

EL PECULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

Embezzlement in peruvian criminal legislation

*James Reátegui Sánchez**

Recepción: 30/06/2020

Aceptación: 18/12/2020

Resumen

En el presente ensayo, el autor realiza un extenso análisis de las características del peculado, considerando los planteamientos doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales, tanto nacionales como comparados, desde los aspectos históricos hasta aquellos de naturaleza funcional y práctica. De esta manera, se da cuenta de las implicancias de este acto criminal, a partir de la descomposición de cada uno de sus elementos.

Palabras clave: Peculado, malversación, sustracción, apropiación, aprovechamiento, funcionario público, servidor público.

Abstract

In this essay, the author performs an extensive analysis of the characteristics of embezzlement, considering doctrinal, legislative, and jurisprudential approaches, both national and related, from historical aspects to those of a functional and practical nature. Thus, the implications of this criminal act are realized, from the decomposition of each of its elements.

Keywords: Embezzlement, deduction, appropriation, exploitation, public official, public servant.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Diploma de Experto en Victimología. Universidad de Sevilla. Especialista en Destrezas en Litigación Oral en la California Western School of Law. Profesor de Derecho Penal de varias Universidades de Postgrados. Profesor Honorario de la Universidad José Carlos Mariátegui. Miembro Honorario de los Ilustres Colegio de Abogados de Huancavelica, Huaraz, Cañete, Cuzco, Puno y Tacna. Juez Superior (s) de la Sala Pena de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cañete.

I. ASPECTOS HISTÓRICOS Y EL OBJETO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO

Históricamente se ha dicho que el peculado o el *peculatus* en el derecho romano era el delito que consistía en una forma agravada de hurto; era el *furtum publicae pecuniae*, constituido por el hurto de cosas pertenecientes a los dioses (pecunia sacra). Soler (1996) indica que el peculado “para subrayar como característica esencial de este delito la existencia de un abuso de confianza: la cosa no debe haber sido *transferida*, sino *confiada*, lo cual vendría a un tiempo a diversificar el peculado del hurto, por una parte, y del *crimen residuorum*, por otra” (p. 169)¹.

El *peculatus* del derecho romano (de *pecus*, sistema primitivo de transacciones) se aplicó a la *pecunia sacra*, que requería el rito de la consagración pública, de manera que la ausencia de este requisito impedía la calificación de *peculatus* y se transformaba en hurto. En el Digesto se define el *peculato* como hurto de dinero público, entendiéndose por tal el que pertenecía al pueblo romano, al erario, no el de los municipios. Las conductas podían consistir en: sustraer (*auferre*), destruir (*interficere*) o distraer (*vertere in rem suam*) el erario público (Blecua, 1985, pp. 767 y 768).²

Soler (1996) señala que “el peculado es una retención indebida calificada, y que la calificación deriva de que el abuso es cometido por funcionario público, en contra del Estado como propietario o guardián de ciertos bienes, y con abuso de función” (p. 180). Para Núñez (1992),

el objeto del peculado no reside, como se piensa, en la circunstancia de que se sometan a *riesgos* extraños a los fines del fisco, porque la criminalidad

1 Por eso quizá Soler (1996) en el peculado haya dicho que “[l]a razón para especificar la figura no residirá entonces en la naturaleza de la cosa, sino en el vínculo de confianza” (p. 169). También este criterio puede encontrarse en el *Diccionario de la Lengua Española*, cuando describe que el peculado es el “[d]elito que consiste en el hurto de caudales del erario, hecho por aquel a quien está confiada su administración.”

2 Por su parte, Manuel Atansio y M. A. De la Lama, en el tercer volumen de su *Diccionario de jurisprudencia y de legislación peruana (1877)*, nos dan la respuesta al definir la voz malversación. “Este delito era llamado, en el derecho romano y en el antiguo español, Peculado, palabra que se deriva del latín *pecus*: (*Peculatus furtum publicum dicitur exceptus à pecore*). Débese, sin duda, este origen a que, en los primeros tiempos de Roma, el robo de cosas públicas no era sino de ganados, única riqueza de los romanos. Julio César incriminó, después, bajo la misma calificación, por la ley Julia de peculata, la disipación de las especies destinadas a los sacrificios; y, en fin, se hizo extensiva a la distracción de las especies confiadas por los particulares a los depositarios públicos.”

del hecho no reside en la razón objetiva de la inexistencia de esa especie de riesgos, sino en la razón subjetiva-objetiva de la violación de la seguridad de los bienes de que disponen las administraciones públicas (...). (p. 113).

Con relación al bien jurídico-penal protegido en el delito de peculado doloso o culposo, se protege el normal desenvolvimiento de propiedad en su aspecto estatal. El comportamiento típico criminalizado mediante el delito de peculado es el hecho de apropiarse o utilizar caudales o efectos pertenecientes a la administración pública y darle a los mismos un fin distinto al previsto desde un comienzo. El bien jurídico protegido por este delito es “el correcto funcionamiento de la administración pública”. El comportamiento típico criminalizado mediante el delito de peculado es el hecho de dar al dinero o bienes que administra una aplicación distinta de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada. El bien jurídico protegido por este delito es “la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos” o el llamado principio de “legalidad presupuestal” (Abanto, 2001, pp. 384, 385).

El bien jurídico protegido en el delito de peculado es el probo desarrollo de la actividad patrimonial de la administración pública por parte de los funcionarios públicos que, en razón de su cargo, tienen el manejo de los bienes públicos (Buompadre, 2001, p. 250). Sin embargo, es de destacar que nos encontramos ante un delito pluriofensivo, en el sentido de que el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: por un lado, 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 honestidad, lealtad y probidad (Rojas, 2000, p. 281)³. Al respecto, la jurisprudencia penal peruana ha

3 De la misma manera, véase la Ejecutoria Suprema del 24 de febrero del 2014, recaído en el Recurso de Nulidad n.º 287-2013-Puno, donde “[d]efine al delito de peculado doloso como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeñan al interior de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos 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 del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.”

señalado que “[e]l delito de peculado que se le imputa (...), tiene como objeto de protección la intangibilidad de los interesados patrimoniales del Estado y controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar dineros públicos” (Barandiarán y Nolasco, 2006, p. 155). Otra ejecutoria suprema ha señalado que el tipo penal de peculado no solo tutela el correcto desempeño de la función pública, sino también el patrimonio público unido al debido cumplimiento del derecho presupuestario⁴ (Recurso de Nulidad n.º. 1228-2005-Ancash).

4 En este caso “[s]e denunció al tesorero de una unidad educativa por haber cobrado un cheque que estaba asignado para los pagos por concepto de bonificación para docentes contratados, no habiéndose retribuido a cinco docentes cuando correspondía. Aún más, se habría adulterado la firma de recepción de dinero de cuatro de estos. La Sala Superior encontró responsable al agente del delito de peculado. Este formuló su recurso de nulidad, sosteniendo que la sentencia no valoró las pruebas practicadas en el proceso, tales como el informe emitido por la entidad educativa de la cual dependía, que señalaba que el encausado cumplió con pagar lo que correspondía a los docentes. Acotó que la Sala sentenciadora no consideró la forma y circunstancias en que el dinero supuestamente retenido fue entregado en forma oportuna al jefe de auditoría, y que no se ha demostrado que medió dolo en su conducta. Además de ello, en su instructiva señaló que no se apropió del dinero en cuestión, sino que dichas cantidades fueron entregadas a los profesores conforme se acercaban para el pago, y que solo se quedaron sin cobrar tres profesores porque laboraban lejos de la sede institucional. La Sala Suprema emite su fallo valorando los siguientes instrumentos de prueba: 1.- la pericia contable, según la cual el sentenciado en su condición de tesorero giró y cobró un cheque a su nombre, dinero que estaba destinado al pago en efectivo de bonificaciones para 36 docentes contratados; asimismo, del monto en referencia el imputado pagó la respectiva bonificación a la mayoría del personal docente. 2.- Una constancia que acreditaba que en el curso de la investigación realizada por la oficina de auditoría interna se devolvió dinero para que sean entregados a tres profesores, cantidad que dicha oficina trasladó a los beneficiarios; asimismo, otras constancias que dan cuenta que el imputado pagó 100 soles por ese concepto a los últimos profesores. 3.- Un informe que confirma las tres constancias antes citadas. En ese sentido, con las constancias antes señaladas y la declaración del jefe de auditoría interna de la unidad educativa del sector, el Tribunal Supremo advierte que pese a cobrar el íntegro de la suma asignada para pago de docentes contratados, el agente no retribuyó a cinco de ellos y que solo posteriormente, a raíz de las quejas de estos y de la investigación administrativa, recién cancela la deudas pendientes, incluso —según expuso el auditor— adulterando la firma de recepción de dinero de cuatro maestros. De acuerdo con las pruebas señaladas, se llegó a determinar que la conducta del imputado de no pagar a cinco docentes tipificó el delito de peculado. Y es que aquel se apropió del dinero que estaba bajo su control aprovechándose que había efectuado el cobro del cheque destinado al pago de docentes por concepto de bonificación, cantidad que recién entregó a sus beneficiarios una vez que estos reclamaron a la institución e intervino la oficina de Auditoría Interna. Ahora, aun cuando el imputado fue sancionado administrativamente con suspensión de seis meses, la Sala determina que en este caso no se está ante un supuesto de *ne bis in idem*, constitucionalmente prohibido, porque las sanciones administrativa y penal no tienen aquí el mismo fundamento o, mejor dicho, no tutelan el mismo bien jurídico vulnerado. Así, el tipo penal de peculado no solo tutela el correcto desempeño de la función pública

En consecuencia, el acto criminal es perpetrado por el supuesto autor, no por el hecho o acción de extracción de caudales de propiedad del Estado. La acción ilícita es de omisión funcional y su efecto secundario recién causa un daño patrimonial. Se trata de evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, asegurando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos al que están obligados los funcionarios o servidores” (Rojas, 2000, 2081). En esta medida, la norma resguarda la correcta administración de los intereses patrimoniales del Estado, y evita el abuso del poder conferido al funcionario público en razón de su cargo. Ahora bien, el tipo penal de peculado descrito en el artículo 387° del Código Penal exige la concurrencia de elementos objetivos materiales para su configuración, los mismos que deben verificarse en la realidad a fin de preservar el principio constitucional de legalidad.

Por ello, el sujeto pasivo normalmente será el Estado y la Administración Pública, concretamente la dependencia administrativa que se ve perjudicada por el actuar ilícito del sujeto activo del delito⁵ Por extensión, se puede considerar como eventual perjudicado de este delito a un particular como consecuencia del acto ilícito de apoderamiento o utilización para otros fines de los fondos o caudales públicos, al tener una relación con la Administración Pública de carácter contractual u otro.

Rojas Vargas refiere que el objeto de protección del delito de peculado involucra un elemento de naturaleza patrimonial, en el sentido que se garantiza la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración

sino también el patrimonio público unido al debido cumplimiento del derecho presupuestario, porque existe un supuesto de relación de sujeción especial del imputado con el Estado al ser funcionario público y contra él se ha concretado el régimen administrativo sancionador. Finalmente, se señala que, aunque el imputado tardíamente cumplió con el pago a todos los docentes, la reparación civil no debe incluir la devolución de lo indebidamente apropiado; y que la pena de inhabilitación, conforme al artículo 57 del Código Penal, no es objeto de suspensión condicional, por lo que debió ejecutarse inmediatamente.”

- 5 Aunque debemos tener en consideración lo dispuesto por la jurisprudencia penal peruana que ha señalado que, por ejemplo, la Municipalidad y el Estado no pueden ser simultáneamente agraviados en el delito de peculado, “[e]l delito de peculado afecta el patrimonio y el orden funcional de la entidad estatal respectiva, y la municipalidad es un órgano autónomo en la administración y gestión de su patrimonio, por lo que el Estado —como Gobierno central— no puede ostentar concurrentemente con ella la calidad de agraviado del mencionado delito”. Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad n.º 2500-2007-Junín, quince de setiembre de dos mil ocho.

pública, y, por otro lado, *un elemento funcional*, referido al quebrantamiento de los deberes de lealtad y probidad con relación al sistema de administración pública, del funcionario público que prevaliéndose de su cargo, disponen ilícitamente de una parte del patrimonio del Estado (rojas, 2000, p. 281). Sin embargo, es de precisar que, para un sector de la doctrina, el elemento patrimonial debería ser ponderado por encima de la sola infracción de un deber funcional por parte del funcionario público, de suerte que el bien jurídico debería ser solamente el patrimonio de la administración pública, pero un patrimonio con características especiales que lo hacen diferente al patrimonio de los particulares⁶.

Posición que, a decir de Abanto, sería compatible con la sistemática peruana, en la medida que: (i) el patrimonio del Estado se protege no solo desde la perspectiva que se vea lesionado a partir de una apropiación o sustracción material, sino también a partir del destino que se debe dar a determinados bienes públicos. Incluso el deber especial de cuidado que poseen los funcionarios públicos determina que este delito sea sancionado en una vertiente culposa, supuesto que escapa al ámbito de otros delitos patrimoniales comunes; (ii) los bienes del Estado presenten un carácter especial que los hace más importantes con relación a los bienes que integran el patrimonio de los particulares, referido a su finalidad pública; y (iii) nuestro Código Penal en su artículo 80° contempla una cláusula a partir de la cual el plazo de prescripción se duplica para delitos cometidos “contra el patrimonio del Estado”, con lo cual se presupone la existencia de delitos de esta naturaleza (Abanto, 2003, p. 334).

En esta medida, es de verse que la norma resguarda la correcta administración de los intereses patrimoniales del Estado, evitando el abuso del poder conferido al funcionario público en razón de su cargo. El sujeto activo del delito es así titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular, respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia en razón de su cargo. En nuestro medio el bien jurídico protegido por el delito de peculado ha sido entendido desde una doble vertiente, es decir nos encontramos ante un delito que cuya acción ilícita consiste en una omisión de carácter funcional, siendo que el efecto

6 En ese sentido, el profesor Abanto (2003) refiere que en España el bien jurídico protegido por este delito es “la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir a los intereses generales de la sociedad” (p. 333).

secundario de esta se traduce en una lesión de naturaleza patrimonial en perjuicio del Estado.

Sin embargo, lo cierto es que el funcionario o servidor público ha asumido una especial función de tutela por la naturaleza de las instituciones a las que pertenece. En esa medida los tipos de peculado (apoderamiento, uso, malversación, demora en el pago), no protege penalmente y en forma exclusiva los derechos de propiedad de los bienes públicos sino fundamentalmente la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado.

En la sistemática penal peruana, el delito de peculado se encuentra encabezando la sección III correspondiente al Capítulo II de los “Delitos cometidos por funcionarios públicos”. No es un dato menor esta observación en la medida que, por ejemplo, el delito de malversación de fondos (artículo 398º) sería una especie de peculado, mientras que en el Código Penal argentino o el español, el peculado es más bien una especie del delito genérico de malversación de caudales públicos.

El peculado es más efectivo y concreto que la malversación, pues en esta todos los funcionarios con facultades para administrar, incluso el presidente de la República, pueden cometer malversación de fondos. También este alto funcionario podría cometer peculado, pero bajo una condición más: la de operar sobre caudales o efectos que posean en virtud del cargo que ejerce. El delito de peculado es llamado también “sustracción de caudales públicos”, delito de malversación por distracción de caudales o efectos públicos. En la segunda parte del artículo 387º Código Penal el peculado se agrava cuando los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En igual sentido se puede observar en la malversación de fondos (artículo 389º del Código Penal, segundo párrafo).

El peculado es un tipo penal que sanciona la deficiente administración de los fondos públicos. Es la mala disposición de los caudales o efectos por parte de quien tiene facultades de hacerlo, precisamente por ocupar el cargo público. El punto está en que también se sanciona al inexperto e incapaz (culposo) funcionario público que no se dio cuenta que otro (funcionario o no) se apropie-utilice los caudales o efectos públicos. Sin embargo, en el delito de malversación de fondos también es una especie de mala administración de los fondos públicos, pero la diferencia con el

peculado, es que en aquel los fondos se desvían a un destino distinto del que tenían inicialmente pero dentro del marco de la administración pública.

En cambio, en el peculado se produce un desvío de los fondos, pero situado fuera de la administración pública, porque tienen como objetivo que los fondos representen un provecho económico para el mismo funcionario o de un tercero. Es por eso que el peculado tiene vinculaciones con algunos delitos contra la propiedad (porque los fondos públicos van a “propiedad del funcionario”) específicamente con el hurto y la apropiación ilícita, y en cierta medida con la estafa por abuso de confianza.

En los delitos patrimoniales como el hurto, robo, estafa, etc., el bien jurídico tutelado de manera general es el patrimonio, entendiéndose que está constituido por la suma de valores económicos puesto a disposición de una persona, bajo la protección del ordenamiento jurídico (Bramont-Arias y García, 1995, p. 285)⁷. Sin perjuicio de lo anterior, se considera que concretamente el objeto de tutela penal es el derecho de propiedad que comprende el derecho de posesión sobre un bien al ser la posesión inherente al dominio, donde el sujeto pasivo de esos delitos puede ser cualquier persona que tenga derecho a la propiedad o la posesión de bien mueble, pudiendo ser tanto una persona natural como una persona jurídica.

En el peculado de uso no existe un ánimo de dominio sobre el bien, solo existe el ánimo de servirse del bien. Ello explica por qué el delito de peculado se encuentre en el capítulo referido a los delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública y no en el capítulo referido a los delitos contra el Patrimonio Rojas, 2002, p. 330).

7 Así lo ha señalado nuestra jurisprudencia en el Recurso de Nulidad n.º 821-99 La Libertad del 11 de noviembre de 1999, “en el delito de robo se atacan bienes jurídicos de tan heterogénea naturaleza, como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo. No es más que un conglomerado de elementos típicos en el que sus componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo.”

II. ASPECTOS ESENCIALES DEL ARTÍCULO 387° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO: EL PECULADO DOLOSO POR APROPIACIÓN-UTILIZACIÓN

2.1. Evolución legislativa del delito de peculado en el Perú

El artículo 387° del Código Penal tipificaba (con la reforma que hubo en el año 1993, a través de la Ley n.º. 26198), en su Capítulo II, Sección III, el delito de peculado:

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 dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

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

Sin embargo, hubo en el Perú una reforma integral del delito de peculado en el Código Penal peruano, a través de la Ley 29703, del 9 de junio del 2011, en la que dicho delito quedó redactado de la siguiente manera:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro ni mayor de ocho años.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.

Ahora bien, luego de un breve tiempo se produjo otra nueva modificación a través de la Ley 29758, del 21 de julio de 2011, y donde el delito de peculado quedó redactado en los siguientes términos:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, **para sí o para otro**, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor a doce años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no mayor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.”

Texto actual

El delito de peculado quedó modificado de la siguiente manera:

«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 tres ni mayor de cinco años.

mido 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 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 libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.”

(Modificado conforme al Decreto Legislativo 1243, publicado el 22 de octubre del 2016.)

2.2. Sujeto activo

Lo primero que se debe destacar, conforme al modo en que nuestro legislador ha concebido el delito de peculado, es que nos encontramos ante un delito de especial⁸, en el sentido que el círculo de autores se encuentra restringido solo a quienes ostentan la calidad de funcionarios o servidores públicos. En esa medida sujeto activo del delito de peculado únicamente

⁸ Conforme a la clasificación de los delitos, según los sujetos, encontramos que estos pueden ser: (i) comunes. Cuando la norma no hace ninguna limitación con relación al círculo de eventuales sujetos activos del delito, en ese sentido, son delitos cuya generalidad hace que puedan involucrar, desde una perspectiva de autoría, a toda la colectividad por igual; (ii) especiales. Los delitos especiales, por el contrario, son aquellos que exigen la concurrencia de determinadas cualidades en la persona del sujeto activo, en el caso en particular la de ser funcionario o servidor público, por ejemplo. Los delitos especiales se dividen en propios e impropios. A mayor abundamiento, véase Berdugo (1999, p. 155).

podrá ser quien tenga con el Estado una relación funcional específica; que en algunos casos el delito de peculado se ha configurado como una *infracción del deber institucional*⁹, es decir, en todo juzgamiento por delitos de infracción del deber, tanto el Ministerio Público como los jueces de instancia tendrán que diferenciar los deberes generales de los específicos que tiene cada funcionario o servidor público; y, a partir de ello, efectuar una evaluación del quebrantamiento del rol de garante¹⁰.

El sujeto activo del delito es así titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia; aunque debemos de tener en cuenta que el tipo delictivo de peculado se trata de un delito especial de infracción de deber, pero lo es con “elementos de dominio” —éste se erige por la conjunción de actos concretos de organización, la infracción de deberes institucionales en orden a la Administración Pública y la producción de perjuicio—¹¹.

Contrario a lo que sucede con el sujeto activo de los delitos patrimoniales, que puede ser cualquier persona, los tipos penales no exigen que el agente cuente con determinadas cualidades o condiciones; solo exige que el agente se haya apoderado de un bien ajeno o parcialmente ajeno mediante la sustracción. En lógica, no podrá ser sujeto activo del delito de hurto el propietario de tales bienes. Si llega a determinarse que la sustracción la ha realizado el propio propietario del bien a un posesionario, por ejemplo, no será autor de un delito de hurto sino del delito de apropiación ilícita (Salinas, 2006, p. 57).

Así, tampoco es sujeto activo de hurto simple el poseedor inmediato del bien que estando obligado a devolverlo opta por apropiarse indebidamente del mismo, pues en este caso, la conducta constituye un supuesto de apropiación ilícita. Por otra parte, constituye circunstancia agravante del

9 Así, véase la Ejecutoria Suprema del 15 de mayo 2019, recaída en la Casación n.° 1500-Huancavelica, que ha señalado que “[e]l delito de peculado es uno de infracción de deber (más específicamente, un delito especial de deber). Se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada.” (*Énfasis agregado*)

10 Conforme a la Ejecutoria Suprema del 5 de marzo de 2020, recaída en la Casación n-° 1527-2018-Tacna, por la Sala Penal Permanente.

11 Ejecutoria Suprema de 26 de Julio de 2018, recaída en la Casación n.° 1004-2007-Moquegua emitida por la Sala Penal Permanente.

delito de hurto, cuando el hecho es realizado mediante el concurso dos o más personas, y solo se alude con esto a que bastará el acuerdo entre los individuos para aplicar la agravante.

2.3. Conducta típica

La acción típica en el delito de peculado está conformada por los verbos rectores “apropiar” o “utilizar”. En cuanto al concepto de “apropiación”, parte de la doctrina distingue entre el acto de apoderamiento y la sustracción, entendiendo que el “apoderamiento” sería sustraer la cosa de la esfera de custodia del legítimo tenedor para ingresarlo en la propia esfera. Por otro lado, la “sustracción” solamente implicaría “apartar, separar, extraer” la cosa de la esfera de custodia en que el bien se encontraba legalmente. A contrario sensu, la doctrina italiana ha sostenido una interpretación distinta, entendiendo que la apropiación sería no cumplir con devolver o entregar a tercero una cosa recibida con esa finalidad, lo cual incluso podría incluir la simple sustracción. Sin embargo, el criterio para definir la “apropiación”, en opinión predominante por la doctrina nacional es que el acto de apropiar estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos, y este criterio encierra tanto el acto de apropiar como el de sustraer, pues implicaría que el sujeto activo es quien sustrae bienes o caudales ya sea en beneficio de él (peculado propio) o en beneficio de un tercero (peculado en su modalidad de apropiación a favor de tercero).

En este caso, el tipo penal contenido en el artículo 387° del Código Penal presenta 4 modalidades delictivas distintas, a saber:

- Peculado doloso por apropiación para sí.
- Peculado doloso por apropiación para tercero.
- Peculado doloso por utilización para sí.
- Peculado doloso por utilización para tercero.

2.4. Equiparación entre el hurto y el peculado: la sustracción

La acción típica consiste en: “apoderarse ilegítimamente de un bien mueble”. Esto comprende: (i) el desplazamiento físico de la cosa del

ámbito del poder patrimonial del tenedor —de su esfera de posesión— al del sujeto activo; (ii) la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma. Ahora bien, el apoderarse implica adueñarse de un bien, ocuparlo, ponerlo bajo su poder, luego de haberlo sustraído del lugar donde se encontraba.

En tal sentido, Bernal (1998) refiere que «cuando en la forma del delito de hurto se emplea el verbo “apoderarse”, debe entenderse como una acción típica inherente al hurto que consiste en la posibilidad de realizar materialmente sobre el bien actos dispositivos; posibilidad que carecía antes de la acción porque el bien se encontraba en poder de otra persona, fuese propietaria o, simplemente tenedor o poseedor» (p. 35). En efecto, a tener de lo acotado por el artículo 185° de nuestro Código Penal, se requiere la sustracción de la cosa, esto es, la separación del bien del ámbito de custodia del propietario o del legítimo tenedor, así como la incorporación de esta dentro de la esfera de organización del agente.

De lo anterior, pues se desprende que, para configurar la tipicidad objetiva del delito de hurto, se tiene que verificar que el poseedor de hecho, es decir, el agente que se ha apoderado del bien de manera ilegítima, posea una disponibilidad potencial, que no efectiva sobre la cosa —de realizar materialmente sobre ella actos dispositivos— a efectos de establecer un resultado típico, verificable y que comporte una vulneración al bien jurídico que la norma penal tutela.

Por otro lado, es importante determinar el modo de comisión del delito de hurto, el cual se da través de la “sustracción”, no exigiéndose como parte de la tipicidad del delito la “violencia o amenaza”, pues estos son modos de comisión que configuran el delito de robo. El término sustracción debe entenderse como un hecho material que constituye un medio obligado para lograr el apoderamiento. Por tanto, esta acción puede tener lugar no solo con la aprehensión manual del bien por el agente, sino que este puede valerse del empleo de fuerzas extrañas, como sería utilizar un perro adiestrado, un niño, etc. (Bernal, 1998, p. 37).

El tipo penal se verifica a través de la utilización de caudales o efectos del Estado. La utilización supone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y una aplicación privada temporal de los bienes sin consumirlos, es decir, la utilización implicaría desviar de manera temporal

el destino de determinados bienes del Estado, o sea bienes que tienen como destino el cumplimiento de una función pública se destinan a determinados trabajos de carácter privado (Abanto, 2003, pp. 344 y 345). En Argentina, coincide Donna en que “sustraer (...) [es] separar o apartar los bienes (...) de la administración pública”. En el mismo sentido, para Boumpadre la sustracción “[es]separar, apartar, quitar los bienes de la esfera de actividad (...) de la administración pública” (Donna, 2000, p. 277). Mir Puig apunta que el término legal “sustraer” debe ser entendido en el sentido amplio de “expropiar” (que comprende las modalidades de apoderamiento y de apropiación) (Boumpadre, 2001, p. 251).

Existen legislaciones penales que, para la consumación del peculado doloso, se exige solo la mera sustracción del agente público de los bienes del Estado, sin hacer mención expresa a ningún componente de enriquecimiento o provecho subjetivo. Así, el Código Penal de Argentina (artículo 261°) prescribe que “el funcionario público que sustrajera”; el antiguo Código Penal de España (artículo 394°) determina que “[e]l funcionario público que sustrajera”; el Código Penal de Francia (artículo 169°) dispone que “[t]odo recaudador, empleado en la recaudación o escribiente que hubiese hurtado o sustraído”; el antiguo Código Penal de Italia (artículo 168°) determina que “[e]l funcionario público que sustraiga”; y el actual Código Penal (artículo 314°) señala que el que “se apropia de ello”. Ahora bien, nuestro Código Penal describe la sustracción en el peculado culposo (artículo 387°, segundo párrafo). Equiparan la acción de sustraer con la de apoderarse del hurto. Es decir, para averiguar los contornos generales del concepto de apropiación en el delito de peculado tenemos que saber previamente lo que se ha comentado en relación al delito de hurto.

2.5. La apropiación en el peculado

Existe otro grupo de legislaciones penales que exigen algo más que la mera sustracción en el peculado, ahora se trata de que el sujeto activo se “apropie” de los bienes públicos. Así, el Código Penal de Bolivia (artículo 142°) dispone que el “que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare”; el Código Penal de Uruguay (artículo 153°) prescribe que “[e]l funcionario público que se apropia”; el Código Penal de Brasil (artículo 312°) señala que “[s]i el funcionario público se apropiare”. Sin embargo, aquí caben

dos posiciones: para un sector de la doctrina no es posible sustraer lo que se tiene en posesión, de manera que, encontrándose el funcionario público en esa situación, la conducta que debería realizarse es la de apropiación. Otros argumentan que la idea de sustraer se relaciona con apartar, separar, extraer y no es óbice para materializar la acción expresada en el verbo que los caudales o efectos estén en posesión del funcionario público (Mir Puig, 2000, p. 299; Ferreira, 1995, p. 30).

El peculado doloso por “apropiación” exige que el bien haya salido de custodia de la Administración Pública. A decir de Rojas Vargas, “[se concreta] apartándolo de la esfera funcional de la administración pública (...) y colocándose en situación de disponer de los mismos” (Núñez, 1992, p. 114).

2.6. La apropiación y el *animus* de aprovechamiento

Los verbos rectores que integran la conducta típica son apropiarse y utilizar, bien sea en beneficio del mismo funcionario o servidor público “para sí” o de un tercero “para otro”. El término apropiación descrito por el tipo, en un primer momento puede remitirnos a la conducta típica del delito de apropiación ilícita, en el sentido que este tipo penal se verifica en el momento en que opera una “apropiación ilegítima” de un determinado bien mueble por parte de la persona del sujeto activo. Es decir, el delito de apropiación ilícita se consuma cuando el sujeto activo del delito, incumpliendo una obligación específica de devolución o de hacer un uso determinado, se apodera de un determinado bien mueble, incorporándolo de manera ilegítima a su patrimonio.

Sin embargo, las posibles similitudes entre el contenido de ambos tipos no debe llevarnos a restringir el ámbito de la tipicidad del delito de peculado a la mera verificación del apoderamiento del funcionario o servidor público de los bienes del Estado que administra en razón de su cargo, sino que el elemento “apropiación” descrito por la conducta típica del delito de peculado, constituye un estadio posterior a un supuesto de apoderamiento, pues implica que el funcionario o servidor público dispone de la cosa como si fuera el dueño (usa o vende, por ejemplo). En tal sentido, la apropiación implica que el funcionario o servidor público dispone del patrimonio del Estado como si fuera su legítimo dueño. La jurisprudencia penal ha

señalado que en el peculado requiere que el funcionario se coloque en situación de apropiación-disposición de los caudales y apartados de la esfera pública. Así, “[n]o se configura el delito de peculado si el agente no se ha apropiado de los caudales o efectos pertenecientes al Estado, apartándolos de la esfera de función de la Administración Pública y colocándolos en situación de disponer de ellos; o no los ha utilizado, aprovechándose de las bondades que permiten dichos bienes, sin el propósito de apoderárselos”¹².

Por último, también puede ubicarse hasta un tercer grupo en el ámbito legislativo comparado que exige en el peculado doloso, además de la mera sustracción y de la apropiación de los caudales públicos, le agregan a la misma descripción típica la expresión “un provecho propio o de un tercero”. El antiguo Código Penal de Colombia (artículo 133°) determina que “[e]l empleado oficial que apropia en provecho suyo o de un tercero”; el Código Penal de Portugal (artículo 424°, I) señala que “[e]l funcionario que ilícitamente se apropiare, en provecho propio o de otra persona”; y el Código Penal de 1995 (artículo 432°, 1) determina que “[l]a autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajera”. Esto es, además de las definiciones aludidas, se advertirá que para algunos en el aspecto subjetivo quedará satisfecho con el dolo, para otros tal aspecto exigirá un dolo específico. Debemos enfatizar que el elemento “para sí o para otro” en el peculado del artículo 387 del Código Penal, lo que quiso decir el legislador peruano es “en provecho propio o para otro”. No es lo mismo el ánimo de lucrar y el ánimo de apropiarse.

El artículo primero del artículo XI Desarrollo Progresivo de la Convención Americana contra la Corrupción estipula que “[a] los fines de impulsar el desarrollo y la organización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas: (...) b) El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio de un tercero por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada. (...) d) La desviación ajena a su objetivo que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios

12 Conforme a lo señalado por la Segunda Sala Penal Transitoria en el Recurso de Nulidad n.º 3412-2007-Amazonas, del 28 de marzo de 2008.

públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.”

La descripción típica de “apropiación” y “utilización” de los caudales o efectos resulta un problema de interpretación, en la medida en que son muy pocas las diferencias que existe entre uno y otro. Pues, se recurre a elementos subjetivos poco claros para diferenciarlos: ánimo de apropiación definitiva o ánimo de apropiación temporal. Además, porque ocasiona una tipicidad superpuesta en la misma estructura del peculado con el artículo 388° del Código Penal peruano (peculado de uso) al sancionarse la conducta del “funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use”. El término “sustraer” nada tiene que ver con el “apoderamiento” de los delitos de hurto y robo, pues esta doctrina considera que lo único que cambia en el delito de peculado es la condición del agente y la calidad de la cosa.

En la doctrina argentina se critica el empleo de la expresión sustracción en el peculado, cuando en realidad debió haberse utilizado el verbo típico apropiación. Incluso, quienes se enrolan en esta posición van de suyo que exijan un ánimo de lucro que se sostiene forma del tipo objetivo. Sin embargo, la apropiación del peculado es algo más que el apoderamiento del hurto: en este es la simple sustracción, pero omitiendo la cosa a su verdadero poseedor. En el peculado, la sustracción pone al Estado fuera de la órbita de disponibilidad de sus caudales. Esto quiere decir que quien se los sustrae no necesariamente los disfruta o goza, pero comete el ilícito con el solo hecho de colocarlos fuera de su alcance dispositivo.

El peculado, tal y como está previsto en nuestro Código vigente, no contiene descripciones de medios especiales de comisión, por lo que resulta indiferente la manera en que el funcionario público logre apoderarse los caudales o efectos. El acto de apoderamiento puede no consistir en una aprehensión material por parte del funcionario, sino que puede que otro lo sustraiga teniendo la posibilidad el funcionario encargo de la custodia, de evitar la sustracción de los caudales. Es decir, no haga las acciones necesarias (omisión impropia) para impedir el resultado. La apropiación es en realidad también una sustracción, un acto de dominio, tanto para sí como para otro, puesto que en ambos supuestos se dispone de la cosa ajena como si fuere propio, superando las dificultades correlativas al vínculo

existente con esa cosa ajena, que está circunscrito a la naturaleza de una posesión y de una posesión.

Entre la sustracción que significa el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia y dominio de la administración pública, con aprehensión física de los mismos por parte del mismo sujeto activo, que sería la fase mínima de ejecución y luego si el agente público ejerce una mínima disposición de los caudales o efectos públicos puede presentarse la interrupción del proceso ejecutivo del delito de peculado, con lo cual quedará en grado de tentativa. Habrán supuestos donde la sustracción se confundiría con la disposición, no puede haber disposición si antes no existe una sustracción, pues mediante ella es donde se le aleja del ámbito de dominio de Estado. Así, en el hurto, por ejemplo, la sustracción es el medio para el apoderamiento. En el derecho argentino, el hurto comienza con la sustracción. En suma, el apoderamiento-utilización en el peculado comprende dos estadios de análisis y de límites: la mera “sustracción” sería una tentativa y la “mínima disposición” y una “relativa irrecuperabilidad de los caudales públicos”, serían ya una consumación formal.

A veces, puede presentarse el caso que quien sustrae físicamente no sea el mismo quien dispone finalmente de los caudales públicos. En tal sentido, lo más importante en el delito de peculado no será quien realice la sustracción (actos materiales de apartar los caudales de la administración pública), sino fundamentalmente quien en última instancia disponga siquiera mínimamente de los caudales públicos (actos de dominio de los bienes públicos como si fueran propios en beneficio de sí mismo o de un tercero). Habrá que tener en cuenta que el artículo 387° del Código Penal prescribe que la apropiación-utilización de los caudales públicos puede hacerse “en cualquier forma”, es decir, entonces, que los actos de disposición pueden ser mediante retenciones definitivas, enajenaciones (oneroso o gratuito), destrucciones o el consumo de la cosa.

Los caudales siempre están ya en poder del sujeto activo, pues, por definición legal, se encuentran a su cargo por razón de sus funciones y, por tanto, no puede decirse con propiedad de “sustracción”.

Apropiarse de un bien del Estado, estando este bajo la disponibilidad de servidor público (autor), no significa siempre desplazarlo materialmente del dominio o utilización de la función pública. La apropiación puede

hacerse mediante operaciones contables, transferencias telegráficas de fondos o actos de dominio, aunque el bien no haya sido desplazado de un lugar a otro. En el peculado, la sustracción pone al Estado fuera de la órbita de disponibilidad de sus caudales. Esto quiere decir que quien se los sustrae no necesariamente los disfruta o goza, pero comete el delito con el solo hecho de colocarlos fuera de su alcance dispositivo.

El título quizá más amplio sea el de administración, puesto que comprende a la percepción. *Administrar* supone disponer y, en ciertos casos, también destinar los bienes que son objeto material del peculado. La *percepción* es la facultad por la cual se reciben bienes para la administración pública, lo que tiene indudable referencia a la cobranza de tributos o derechos¹³. No es forzoso que se reciban en propiedad, puede ser en calidad de depósito, garantía o situaciones semejantes; pero los bienes son para la administración pública. La *custodia* consiste en tener los caudales o efectos bajo cuidado y conservación del funcionario público, sea a título de depósito o a otro que signifique la tenencia de los bienes. Por consiguiente, la vigilancia sin tenencia, como puede ser la policial, no implica custodia en el sentido del peculado.

2.7. El elemento “por razón del cargo” como presupuesto objetivo. Vinculación funcional

El apoderamiento en el peculado implica dos formas de relaciones jurídicas: la del funcionario público con la administración pública que forma parte, según la ley y las disposiciones pertinentes, y la del funcionario público con los bienes que estos posean por “razón del cargo” (no en “ocasión del

13 Véase, en este sentido a Estrella, O. y Godoy, R. (1995), donde “[l]a sustracción, como acción típica del peculado, significa ‘apartar’, ‘separar’, ‘extraer’ o ‘quitar’ los bienes del ámbito de tenencia en que se encuentran dentro de la administración pública y en virtud de lo dispuesto por las leyes, reglamentos u órdenes, aun cuando simplemente el ánimo del agente sea el de apartar la cosa de la esfera de tenencia de la administración” (p. 414). Asimismo, a Breglia, G. (2003), quien señala que “[e]n cuanto al hurto, se ve inmediatamente la separación entre una conducta y otra, pues la acción de sustraer, del peculado, implica sacar algo de la esfera de custodia, mientras que la de apoderamiento del hurto, aparte de violar la tenencia de otro (aun la mera tenencia) significa también y necesariamente, ponerla en la propia esfera de disponibilidad. Es por eso que en el delito de peculado puede haber lesión patrimonial, pero esta es ajena la esencia del delito” (p. 661). De su parte, Di Giorgio, J. (2004) explica que “el hecho de que los caudales estén en poder del funcionario público, como dispone el tipo, no es incompatible, al menos por ahora, con el significado socialmente otorgado al término sustraer, pues si la acción expresada por dichos verbos —según se dijo— apartar, separar, extraer, perfectamente puede realizarla aquel que tiene bajo su órbita tales objetos” (pp. 133 y 134).

cargo”). El peculado no sanciona a cualquier funcionario público, sino a quien ha confiado la administración de los caudales o efectos (Rojas, 2002, pp. 335 y 336), por eso a nuestro juicio, aquí radica uno de los presupuestos objetivos del peculado. Por ejemplo, el elemento limitante “por razón de cargo” también se incorpora en el delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401 CP antes de la reforma de 2004 decía que “*El funcionario o servidor público que, por razón del cargo...*”). La importancia de la relación funcional se explica por cuanto el delito de peculado trasciende la simple esfera patrimonial reprochando más bien la violación flagrante a los deberes de garantía y confianza que fueron asumidos por el funcionario o servidor público en razón de su cargo (Martínez, 1997, p. 24).

El elemento “por razón del cargo” puede interpretarse en dos sentidos: en *sentido lato* referido a la expresión “con ocasión de” o “en consideración a”, cualquier funcionario público quedará vinculado a la entrega o custodia de los caudales o efectos públicos, aunque sea por circunstancia ocasional. Un punto de vista como el señalado amplía y extiende de manera exagerada el ámbito de protección de la norma penal, llegando a una sobrecriminalización de los comportamientos funcionariales.

En sentido estricto, a diferencia de la anterior, cabe la posibilidad que entre la función pública y tenencia de los caudales o efectos debe de existir una determinada relación de dependencia normativa (Donna, 2000, p. 276). El delito solo podría perfeccionarse luego de comprobar que existe una “vinculación funcional” del sujeto con respecto a los caudales y efectos públicos. Aquí se suscita una interrogante, ¿es suficiente la entrega facultativa o es necesaria que la entrega sea obligada o determinada por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas? La ley penal no se refiere a la entrega facultativa sino a la impuesta o aquella autorizada por las disposiciones administrativas, en cuanto otorgan *competencia*¹⁴ al funcionario o servidor para realizar dichas funciones.

Es cierto que los objetos materiales del peculado pueden ser materia de apoderamiento o utilización por parte de cualquier persona, o sea que pueden ser tipificados como un hurto básico (artículo 185° del Código Penal) o de uso (artículo 187°). Sin embargo, sostenemos que el peculado es una configuración

14 También esta discusión podría plantearse con respecto al delito de “malversación de fondos” (artículo 389° del Código Penal) que prescribe que “[e]l funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra (...)” (Énfasis agregado).

típica distinta al hurto y a la apropiación ilícita, aunque comisivamente sean similares, y es que al funcionario público —a través de una ley, reglamento, decreto o una orden emanada del Estado— se le ha *confiado* y está más *próximo* al cuidado y tenencia de los caudales o efectos públicos.

Un funcionario público si no posee los caudales o efectos por razón del cargo, por más funcionario estatal que sea—por muchos años— en una determinada dependencia, no comete peculado; de la misma manera, un particular puede apoderarse del dinero del Estado, lo puede hacer reiteradamente y ante los ojos de sus compañeros de oficina, pero si no posee la calidad de funcionario público, tampoco se le puede imputar el delito de peculado. En efecto, la diferencia más contundente está en la calidad del sujeto activo que en la calidad de la cosa.

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 tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública.” (Expediente N.º 43-2006, Ejecutoria suprema del 20 de diciembre de 2006).

En este sentido, debemos identificar la participación del sujeto activo, el cual tiene necesariamente que desempeñar el cargo de “funcionario público”. Esta conducta típica deberá significar siempre una violación del “deber especial” que tiene el funcionario público en relación con el objeto específico; no bastará que los hechos hayan sido realizados “con ocasión” del ejercicio de las funciones o que el sujeto se arrogue funciones públicas, ya que en el delito de peculado no es autor cualquier funcionario público, sino solamente aquél que tiene el deber especial de administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos materia del delito¹⁵. Para que un

15 Otra jurisprudencia penal ha dicho que la “figura delictiva que tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario público, entendiéndose como tal aquel que realiza la función pública. Como se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de este delito, sino que el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa requiriéndose la existencia de una relación funcional específica.” (Expediente n.º 024-02-Lima, Sent., 16-05-2005, 3º SPE, CSJ).

funcionario pecule, no basta con que el sujeto sea un funcionario público descrito en el artículo 425° del Código Penal¹⁶, por cuanto no cualquier funcionario o servidor puede cometer el delito de peculado, toda vez que es necesario, para que opere la conducta típica del delito de peculado, que los bienes se encuentren en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo, es decir, exista una relación funcional entre el funcionario público y el bien objeto del delito.

Precisamente, de conformidad con el contenido del bien jurídico protegido por el delito, esta relación funcional será el sustento del deber específico de respeto, probidad y honestidad, que el funcionario adquiere con el Estado y que debe guardar durante todo el desarrollo de su función, el mismo que se verá quebrantado cuando el funcionario o servidor público dispone indebidamente de una porción del patrimonio del Estado que este la ha confiado en razón de su condición de funcionario o servidor público, o sea en razón a la competencia funcional que asume.

2.7.1. La vinculación funcional en el delito de peculado y el fallo judicial de absolución de Alberto Fujimori en el caso “Diarios Chicha”

Siempre se ha señalado que el peculado —doloso o culposo—, y en general todo delito cometido por funcionario público en contra de la Administración pública, se trata **de una infracción del deber o de competencia institucional positiva**, esto es, que sólo la sujeción estricta de los deberes de lealtad y probidad respecto a la correcta administración de los caudales/efectos atañen exclusivamente a los funcionarios/servidores públicos, y no a terceras personas—*extraneus*— que se encuentran alejadas de la administración pública. Esto ha sido una posición doctrinaria y jurisprudencial consolidada de alguna manera en nuestro país, en los últimos años.

Aunque debemos enfatizar que históricamente el peculado o el *peculatus* en el Derecho romano era el delito que consistía en una forma agravada de

16 “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 tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública” (Expediente n.º 43-2006, ejecutoria suprema del 20 de diciembre de 2006).

hurto (sustracción de la cosa); era el *furtum publicae pecuniae*, constituido por el hurto de cosas pertenecientes a los dioses (*pecunia sacra*). El profesor argentino Sebastián Soler indicaba que el peculado era “para subrayar como característica esencial de este delito la existencia de un abuso de confianza: la cosa no debe haber sido *transferida*, sino *confiada*, lo cual vendría a un tiempo a diversificar el peculado del hurto, por una parte, y del *crimen residuorum*, por otra” (1996, p. 169).

Y esto es lo que ha puesto de manifiesto el fallo reciente de la Corte Suprema (Sala Penal Permanente), a través del Recurso de Nulidad n.º 615-2015-LIMA en el caso “Diarios Chicha”, en el sentido que el delito de peculado doloso —y por ende culposo— no se trata simplemente de sancionar aquellas conductas desplegadas dolosamente por un funcionario o servidor público, en el pleno ejercicio del cargo, sino que dicho funcionario o servidor público haya *estado en posesión —inmediata o mediata— de los caudales o efectos públicos*. Es lo que se conoce en la doctrina y jurisprudencia penal actual con el nombre de “vinculación funcional”¹⁷. La jurisprudencia

17 Una ejecutoria suprema señala que en el delito de peculado se exige la necesidad que la Administración Pública sea despojada de la “disponibilidad de sus bienes”. Así “[e]n el delito de peculado se sanciona la lesión sufrida por la Administración Pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes por parte de quienes ostentan el poder de administrarlos de administrarlos, quienes incumplen el mandato legal que establece el destino que debe dárseles para que cumplan su finalidad. De ahí la exigencia de que los causales y efectos deban estar confiados o en posesión inmediata o mediata del agente, en razón del cargo que tiene asignado al interior de la Administración Pública”. (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad n.º 3321-2012-Ancash del 20 de febrero de 2014). Existe otra ejecutoria suprema en la cual se absolvió por peculado: funcionarias sustrajeron bienes estatales, pero estos no se hallaban bajo su custodia o administración. “Si bien las encausadas, en su condición de funcionarias de la Municipalidad Distrital, retiraron del Camal Municipal 5,400 ladrillos que donó el Gobierno Regional al Municipio agraviado sin contar con la autorización respectiva, no se acreditó que, en razón del cargo que desempeñaba [regidoras], tuvieran dichas especies bajo su custodia o administración, tal como exige el artículo 387 del CP; en tal sentido, el hecho incriminado no configura el delito de peculado, pues los bienes sustraídos no se encontraban bajo el dominio de las encausadas en función al cargo que ostentaban.” (Sala Penal Permanente en el Recurso de Nulidad n.º 3790-2008-Lambayeque del 2 de marzo de 2010). Por otro lado, un tema de vinculación funcional que constituye peculado doloso son por ejemplo los pagos de remuneraciones efectuados a “trabajadores fantasmas”. Así, “[e]l encausado, en su condición de exadministrador y contador, permitió que se registre falsamente como trabajador de la obra a una persona que no laboraba en ella y que se le pague indebidamente sus remuneraciones, pese a que no realizó labor efectiva a favor de la entidad agraviada, causándole así perjuicio económico. Dicho incumplimiento de su obligación de cautelar los caudales, cuya administración le fue confiada por razón de su cargo, fundamenta el delito de peculado.” (Sala Penal Permanente en el Recurso de Nulidad n.º 4936-2008-Puno del 29 de enero de 2010).

penal peruana ha señalado, por ejemplo, que la sustracción de bienes por vigilantes de las entidades estatales no configura delito de peculado, sino de hurto, en tanto no se haya demostrado la llamada “vinculación funcional”. Así, “[s]e acreditó que el encausado tenía la calidad de servidor público (vigilante de la entidad estatal) y que se sustrajeron bienes públicos del almacén que resguardaba; sin embargo, no poseía una relación funcional con los bienes sustraídos, ya que estos no se hallaban en su posesión en virtud a deberes propios de su cargo (su labor se limitaba a brindar servicio de seguridad del personal y locales de la entidad). En tal sentido, no se le puede atribuir el delito de peculado, sino el de hurto agravado, el cual, sin embargo, ha prescrito” (Recurso de nulidad n.º. 2413-2012-PIURA del 06 de febrero de 2014).

Ahora bien, la posesión de los causales-efectos públicos, o mejor dicho, la vinculación funcional tendrá que ser de *manera material-física*, es decir, cuando de manera directa y causal el funcionario/servidor público los administra, custodie o perciba —de manera lícita— los caudales-efectos de carácter públicos; ahora bien, también el funcionario/servidor público los puede administrar-percibir-custodiar de manera *jurídico-legal*, es decir, cuando la normatividad de cada institución pública —ROF o MOF— así lo establezca de manera expresa. En este punto, la jurisprudencia penal ha señalado que en el peculado el estatus de alcalde fundamenta su deber de control sobre el destino de los recursos municipales. Así, por ejemplo, “[e]l alcalde es el titular del pliego y, como tal, tiene la disponibilidad jurídica de los recursos municipales, tanto más si el mismo si él mismo firmó los cheques a través de los cuales desvió fondos públicos municipales a conceptos distintos a los legalmente previstos y presupuestados (la relación funcional y el control sobre el destino del dinero involucrado son patentes)” (Recurso de nulidad n.º. 5257-2008-Moquegua del 12 de febrero de 2010).

En otro fallo la jurisprudencia peruana ha señalado que en el delito de peculado puede configurarse en supuesto de *delegación o encargo de funciones* de percepción, administración o custodia de caudales públicos, configurándose supuestos de confluencia entre disponibilidad material y jurídica. Así, “[a]l interior de la Administración Pública, los servidores públicos que desarrollan determinadas labores inherentes a sus cargos específicos, paralelamente, pueden recibir encargo de ejercitar funciones

relacionadas a la percepción, administración o custodia de recursos económicos que genere la institución; en tal sentido, el no rechazo de tales funciones encierra, evidentemente, una aceptación de ellas, generando en los servidores facultades de percepción y administración de dichos caudales. Si bien la procesada tenía vinculación contractual con la entidad para desempeñarse como coordinadora académica, y su coacusada para labores de secretaría, correspondía a la primera, por ser la máxima responsable de la institución, velar por el correcto uso de sus recursos, teniendo disponibilidad jurídica sobre ellos; mientras que la segunda, por el otorgamiento de función delegada de la primera, detentaban la disponibilidad física o inmediata sobre aquellos (como tesorero), precisamente en base a la relación de subordinación existente. A los procesados les fueron confiados los caudales que recibían la entidad, surgimiento de tal vinculación material y funcional, el deber de cumplir con hacer entrega de ellos en forma íntegra a la municipalidad. Las procesadas eran conscientes de que les eran exigibles los deberes de entregar dichos recursos o, en su defecto, de sustentar los egresos realizados. En ausencia de justificación o de sustentación con documentación falsa, tales egresos deben reputarse inexistentes y, por ende, concluirse que lo que no se gastó fue objeto de apropiación” (Recurso de Nulidad n.º 497-2010-Junín del 20 de mayo de 2011).

Aunque también puede haber peculado, cuando la relación funcional entre el agente y los caudales puede concretarse por encargo de un *superior jerárquico*. Así, la jurisprudencia ha señalado que “[s]i bien el encausado, en su calidad de administrador del mercado municipal, no tenía entre sus funciones la cobranza de arbitrios, realizada dicha labor por encargo del director del área de abastecimiento y comercialización de la municipalidad agraviada, es decir, tenía un encargo funcional adicional por disposición superior del órgano no competente, por lo que la relación funcional con el dinero faltante está concretada legalmente y, por ende, se le puede atribuir la responsabilidad, a título de peculado (artículo 387 del CP), por el destino de dichos caudales, pues estaban en ámbito de competencia o de organización” (Recurso de Nulidad n.º R.N. n.º 2905-2012-Ucayali del 12 de marzo de 2013).

Así las cosas, la diferencia con el delito de hurto respecto al delito de peculado, es que en este último, sólo pueden ser sujetos activos aquellos

funcionarios/servidores a quienes se les ha confiado previamente la administración de los caudales/efectos dentro de una institución pública. Resulta imposible poder sancionar por delito de peculado a quienes no se le haya podido acreditar dicha posesión de los fondos/efectos públicos, según reza el artículo 387° del Código Penal; por el contrario, en el delito de hurto, necesariamente tiene que ser una “tercera” persona —cualquier persona en realidad— y que debe ser “ajena” dichas personas respecto a la cosa hurtada. Por ello, el reproche penal es doblemente gravoso en el delito de peculado que en el delito de hurto, ya que en este último, el autor se trata una persona que nada tiene que ver con la cosa hurtada, no existe ninguna relación y lo sustrae ilícitamente para incorporarlo en sus dominios; mientras en cambio, en el delito de peculado es la propia persona física —funcionario/servidor— a quien la Nación le confió la administración/percepción o cuidado del dinero, caudales o efectos que en realidad es de todos los peruanos¹⁸. En otras palabras, de ahí la importancia de la relación funcional, en la cual se explica por cuanto el delito de peculado trasciende la simple esfera patrimonial reprochando más bien la violación flagrante a los deberes de garantía y confianza que fueron asumidos por el funcionario o servidor público en razón de su cargo.

El objetivo del fallo judicial en el caso *Diarios Chicha* de la Corte Suprema de Justicia es tratar de marcar distancia el concepto de peculado respecto al delito de hurto, y tratar de acercarlo, de alguna manera, al delito de apropiación ilícita (190° del Código Penal), porque en este delito, el autor ha tenido que previamente haber recibido sumas de dinero o cosas muebles de parte de la propia víctima o sujeto pasivo; es decir, el autor ha

18 Véase sobre esta problemática del delito de peculado y el delito de hurto la ejecutoria suprema del 6 de febrero de 2014, recaído en el Recurso de Nulidad n.° 2413-2012-Piura, cuyo considerando señala que “[p]or tanto, habiéndose acreditado en autos que la sustracción de los bienes públicos del almacén de la Dirección Regional Agraria de Piura fue detectada el tres de agosto de dos mil uno, periodo en el cual el acusado recurrente Mauricio Girón Girón y el acusado Pedro Pulache Villegas, se desempeñaban prestando servicio de seguridad en dicho local, de conformidad con lo dispuesto en el artículo doscientos ochenta y cinco A del Código de Procedimientos Penales, corresponde proceder a la desvinculación del tipo penal imputado en la acusación fiscal (peculado), por el tipo penal referido al delito contra el Patrimonio, en la modalidad de hurto agravado, previsto en el artículo ciento ochenta y cinco, concordado con el inciso cinco del artículo ciento ochenta y seis del Código Penal, que sanciona al agente con pena privativo de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; sin embargo, a la fecha, ha transcurrido en exceso el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal para el referido delito (nueve años), conforme con lo dispuesto en los artículos ochenta y ochenta y tres del Código Penal.”

tenido que ejercer actos de disposición/administración como si fuera el verdadero dueño; por tanto, en el delito de apropiación ilícita como en el delito de peculado doloso o culposo, lo que quiebra, reitero, es el principio de confianza en la correcta administración de los fondos públicos o cosas privadas en el caso de la apropiación ilícita.

Ahora bien, lo que el citado fallo judicial en el caso “Diarios Chicha” permite colegir con meridiana claridad es que la vinculación funcional puede estar en efectiva posesión, cuando el mismo funcionario o servidor público está en administración de los caudales públicos (disponibilidad material); en cambio, cuando un funcionario público de alto rango, como el presidente de la República, también podrá estar inmerso dentro de la vinculación funcional en tanto se demuestre —de manera directa o indirecta— que estuvo en posesión material o jurídica respecto de los caudales/efectos públicos. Sin embargo, ante temas tan complejos de estructuras orgánicas dentro de la Administración Pública, nos enfrentamos a un tema de orden procesal-probatorio, de garantía hacia el imputado dentro del proceso penal, nos preguntamos: ¿resulta relevante que se demuestre que efectivamente el funcionario público, aun cuando se encuentre en altas esferas de poder, que haya dispuesto o decidido el desvío de fondos públicos hacia fines personales o ajenos a la Administración pública? La respuesta es positiva.

Es lo que el fallo de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad n.º 615-2015 llama “contextualizar” la vinculación funcional respecto del Administrador de caudales y me parece que es una novedad el criterio contextual-factico de cara a reducir racionalmente los ámbitos de aplicación judicial del delito de peculado doloso por apropiación y/o utilización. La vinculación funcional, como parte del tipo objetivo del artículo 387º del Código Penal, como parte de la conducta típica, se trata de un *elemento normativo del tipo*, en la cual el juez penal, deberá buscar su sentido y esencia en la normatividad extrapenal.

Volviendo al caso, la Corte Suprema consideró que, si bien la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional sostiene que el Servicio de Inteligencia Nacional depende directamente del presidente de la República, estas son disposiciones genéricas y representativas. En ese sentido, no se puede determinar un vínculo funcional de Administración o custodia de los fondos públicos del Sistema de Inteligencia Nacional (SIN). La Corte Suprema especificó que del Decreto Ley 25635 se desprende que la máxima autoridad del Sistema de Inteligencia Nacional es el jefe del

SIN, quien es el encargado de dirigirlo y representarlo. Finalmente, el Reglamento de Organización y Funciones determinaba que era el director de la Oficina Técnica de Administración el órgano competente para la ejecución de contabilidad y tesorería del SIN. En esa medida, no era posible que el expresidente Alberto Fujimori ejerciera competencia funcional —vinculación funcional en otras palabras— respecto de los fondos públicos.

Finalmente, la Sala Penal Suprema valoró un video de noviembre de 1999 entre Vladimiro Montesinos y otros tres comandantes generales. Es decir, consideró que lo expresado por los actores de ese video permitía concluir que el expresidente Alberto Fujimori no solo no dispuso el uso de los fondos públicos (criterio objetivo), sino que no sabía de la compra de los medios de comunicación (criterio subjetivo). Específicamente tomó en consideración que Vladimiro Montesinos dijo que el ahora condenado expresidente “ni idea tiene” de cómo ha llegado a su posición en las encuestas y que no sabía cómo estaban manejando.

En todo caso, lo que debemos remarcar es que el Derecho penal no sólo castiga al autor —directo, colectivo o mediato— del delito, sino también a aquellas personas que coadyuvan la consumación del delito, es decir, los partícipes —inductor y cómplices—. En ese sentido, para estos últimos, no es necesario acreditar en el proceso penal la llamada “vinculación funcional” con los caudales-efectos públicos. En consecuencia, lo cuestionable del fallo de la Corte Suprema es que no se ha analizado si el expresidente Alberto Fujimori ha colaborado o inducido a otros funcionarios/servidores de menor rango dentro de la administración pública de aquel entonces donde quizá sí hayan estado en plena posesión física o jurídica de los caudales-efectos públicos, claro dichos funcionarios/servidores sí serían autores directos del delito de peculado doloso por apropiación o utilización; entonces el expresidente Alberto Fujimori sí podía ser sancionado a título de partícipe —cómplice o inductor—, mas no de autoría.

2.8. Los bienes que administra el funcionario público: ¿en qué momento los bienes adquieren la calidad de “públicos”?

Abanto Vásquez es muy claro al tratar dicho elemento objetivo del tipo, señalando que “[l]a administración, percepción o custodia de los bienes

públicos deben haber sido confiadas al funcionario en razón de su cargo (relación funcional específica). No se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario (entrega facultativa), o derivada de la costumbre o del consenso o de cualquier otra circunstancia (p. ej., que se haya llegado a la tenencia por engaño, abuso, etc.); el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes “con ocasión” de sus funciones”¹⁹.

Los *caudales* comprenden toda clase de bienes²⁰, no reduce a su contenido en dinero, aunque sí tiene que tratarse de objetos dotados de valor de naturaleza económica. Los *efectos* atañen a todos aquellos documentos de crédito (valores en papel, títulos, sellos, estampillas) emanados del Estado que representan valores económicos y son negociables. El objeto material en el peculado debe ser público. Los caudales o efectos pueden estar representados en dinero²¹ o en bienes, siempre y cuando pertenezcan al Estado (Caro, 2007, p. 444). Ahora bien, no solamente el funcionario debe ser “público” en el peculado, sino también deben ser “públicos” los bienes que dicho funcionario administra por razón de su cargo, con lo cual crea una problemática adicional²². Así, los bienes que recibe el encargado

19 Auto del 2 de octubre de 1975, extraído de Ferreira (1995, p. 21).

20 De la misma manera, la ejecutoria suprema del 11 de julio 2019, recaído en la Casación n.º 282-2018-Lambayeque, la cual señala que “[e]l objeto material del delito de peculado lo constituyen los bienes sobre los que recae el uso o apropiación. El objeto de prueba en juicio será la acreditación del empleo o apropiación de los caudales o efectos públicos que se imputa al servidor o funcionario público. En esencia, el Ministerio Público debe individualizar o cuantificar los bienes estatales cuyo uso o apropiación se le imputa a una persona para determinar la tipicidad objetiva del tipo penal materia de juzgamiento.”

21 Al respecto, Núñez (1992, p. 112) menciona que “[n]o deja de ser un funcionario y de tener esa competencia, el que poseyendo esa calidad y esa facultad se encuentra gozando licencia o fuera del desempeño de sus tareas específicas. Cuando a un funcionario legalmente incompetente la autoridad con facultades para ello, le ha confiado formalmente por su calidad funcional la administración, percepción o custodia de caudales o efectos, se trata del caso de un funcionario competente de facto y que, por lo tanto, puede ser autor de un peculado.”

22 Sobre este tema, véase, la ejecutoria suprema del 5 de febrero del 2013, recaído en el Recurso de Nulidad n.º 4151-2011-Ica, donde el considerando 2.6 se sostiene que “[r]especto a lo señalado en el recurso de nulidad, sobre que los fondos el SUB-CAFAE, no constituye dinero público, sino privado y por tanto su conducta deviene en atípica, constituye un argumento de defensa, ya que, folios cuatrocientos cincuenta y siete a cuatrocientos setenta y tres corre copia certificada de los Registros Públicos, con número de partida 11005908, en que se aprecia que mediante Resolución Directoral número cero cero doscientos cuarenta de veintisiete de febrero de dos mil cuatro, que fue expedida por el Director del Programa Sectorial III-Unidad

de recaudar los impuestos en la oficina de tesorería de la administración tributaria ¿serán públicos cuando están en poder del funcionario que se encarga de percibirlos, cuando este da cuenta de este ingreso al jefe de oficina al final del día o cuando se consigna esto en los balances diarios, semanales o mensuales a la oficina central de la administración? Para responder a las interrogantes planteadas, existen dos teorías al respecto: la teoría de la *incorporación* y la del *destino* (Abanto, 2003, pp. 32 y 33).

Para la primera teoría los bienes serán públicos cuando hayan sido incorporados efectivamente al tesoro público, es decir, que hayan sido ingresados de un modo formal en el inventario de los bienes. En cambio, para la segunda teoría, un bien será público a partir del momento en que se encuentre destinado a ingresar en el tesoro público, esta teoría adelanta el concepto de bien “público” y lo ubica en una etapa anterior al ingresado al erario público. La teoría que más se acerca a la descripción típica del artículo 387 es la segunda, pues la expresión “percibir” implica que los caudales o efectos todavía no hayan ingresado efectivamente al erario nacional, aunque sí estén destinados hacerlo. Entonces, nuestro funcionario público en la interrogante planteada administrará bienes públicos-tributarios cuando aquél los tenga en su poder materialmente con una condicionante: en tanto y cuando tengan como “finalidad potencial” dar cuenta a su jefe inmediato o en su defecto cuando se realice el inventario diario, semanal o mensual.

En cuanto a los caudales o efectos públicos, se tiene los siguientes criterios:

- Por un lado, está la *teoría del riesgo* que indica que los bienes públicos son los que pertenecen al Estado en cuanto no estén afectados a actividades de índole comercial, en los cuales el Estado encara los mismos riesgos que un particular respecto de esos bienes; o sea, solo son públicos los que están afectados a fines administrativos específicos.
- Por otro lado, está la *teoría de pertinencia*, que indica que los bienes serán públicos los que en principio pertenezcan al Estado y no cabe duda de que no está en juego la protección de la propiedad según la primera teoría, sino la seguridad de las finalidades administrativas que deben cumplir

de Gestión Educativa de Chíncha, se constituyó el SUB-CAFAE-Chíncha; además, obra a folio quinientos sesenta y dos, copia de la Resolución Ministerial número 169-98-ED de diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y ocho, expedida por el Ministerio de Educación, que aprueba el Reglamento Interno de CAFAES y SUB-CAFAES de los trabajadores del sector educación, de donde se verifica su carácter de entidad pública.”

los bienes. Para Creus (1997), los “bienes públicos son los propios del Estado o sus entes autárquicos que aquel puede disponer para el cumplimiento de sus servicios o fines públicos (Núñez); quedan excluidos, pues, aquellos sobre los cuales el Estado asume gestiones de guardador, pero sin tener la facultad de disponer de ellos para el cumplimiento de sus fines” (p. 287)²³.

2.9. Tipicidad subjetiva

Con relación al aspecto subjetivo del delito, la modalidad dolosa del peculado está determinada por el conocimiento del sujeto activo en el carácter de bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes (Abanto, 2003, p. 336).

En esa medida, el dolo del sujeto activo involucrará dos elementos, en un primer término el hecho que el funcionario o servidor público sea consciente de que las conductas de apropiación o utilización que lleva a cabo involucran bienes que constituyen parte del patrimonio del Estado, y, en segundo lugar, que el sujeto activo lleve a cabo la acción con la intención de dar un uso privado o particular a los bienes en cuestión²⁴.

El peculado en análisis es doloso por cuanto exige del funcionario o servidor público que sus actos sean cometidos con conocimiento de que los bienes que se apropia y utiliza voluntariamente son de pertenencia

23 El artículo 425° del Código Penal describe a quienes se les considera funcionarios públicos para efectos de la aplicación de la sanción penal:

“Artículo 425.- Funcionarios y servidores públicos

Se consideran 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.- Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y organismos sostenidos por el Estado.
- 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 demás indicados por la Constitución Política y la ley.” (Énfasis agregado).

24 Esta misma apreciación se puede percibir en la ejecutoria suprema del 09 de mayo del 2019, recaído en el Recurso de Nulidad n.º 1202-2018-La Libertad, que ha dicho que “[e]l tipo penal de peculado doloso, se configura cuando el funcionario o servidor público se apropie, en beneficio propio o de terceros, bienes cuya administración o custodia le han sido otorgadas en razón de su cargo. En el presente caso, el sentenciado realizó la modalidad de apropiación de los caudales que le fueron entregados debido a la función pública que ejerció como alcalde, con pleno conocimiento y voluntad, tal como ha quedado acreditado.” (Énfasis agregado).

pública. El dolo exigible para consumir el tipo es el dolo eventual al no requerir el tipo ningún propósito especial o la presencia de algún reforzante subjetivo, como el a sabiendas, el ánimo de lucro o la finalidad de enriquecimiento.

El dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes. Es decir, se tiene que verificar el elemento subjetivo de querer apropiarse de los caudales o efectos que le son confiados (*animus rem sibi habendi*).

Precisamente, este ánimo especial sirve como criterio de distinción entre una y otra modalidad. El elemento subjetivo del dolo está dirigido al conocimiento del carácter público de los bienes de los que se apropia el funcionario o servidor público, conocimiento que no lo determina a no disponer de dichos bienes. Por eso no es posible el dolo eventual a diferencia del tipo argentino, sino solamente el dolo directo.

2.10. Consumación típica

2.10.1. Cuestiones generales

La consumación se da no con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si fuera propio. Respecto al momento consumativo del delito de peculado, Rojas ha señalado que “[e]l delito es de resultado en su forma activa y omisiva. La consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio personal, o en su modalidad, a través de la utilización o uso de caudal o efecto. Cuando el destino de los caudales o efectos va dirigido a terceros, la consumación no está definida por el momento en que este recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionario o servidor público debió de haberse apropiado de los caudales o efectos y por lo mismo consumir el delito”²⁵.

En este punto, debemos de complementar la idea de la consumación del peculado, en el sentido que no practicarse una pericia contable constituye

25 Para Pariona (2002), “[n]uestra posición es que no existe distinción estricta entre caudales y efectos pues ambos suponen los mismos objetos, por lo que deberían ser sustituidos en una próxima reforma legislativa por el término más feliz de bienes jurídicos” (p. 161).

una grave irregularidad u omisión de trámites o garantías procesales. Así lo ha señalado expresamente la jurisprudencia penal peruana, cuando refiere que “[c]onstituye una línea jurisprudencial definida considerarse acreditada la lesión al patrimonio público con la presencia positiva de la pericia técnica valorativa. En el presente caso, no se ha practicado dicha pericia contable que coadyuve dilucidar el grado de participación de la encausada y el perjuicio económico ocasionado a la entidad agraviada. Esta omisión constituye la causal de nulidad prevista en el inciso 1 del artículo 298 del C de PP, por lo que debe llevarse a cabo un nuevo juzgamiento por otro Colegiado. De la revisión de autos se aprecia la vulneración al principio de inmediación —que garantiza que el juicio oral se desarrolle ante el órgano que va a dictar sentencia, lo cual implica la inalterabilidad de la composición del Colegiado, salvo por razones excepcionales y justificadas— ya que la confirmación del Tribunal que aperturó el juicio oral no fue la misma que sentenció, modificándose la composición del Colegiado sin justificación alguna”²⁶.

Además, un tema interesante que ha mencionado la jurisprudencia penal en relación con la probanza en el delito de peculado es el tema de la necesidad de determinar la existencia de un desbalance patrimonial en los bienes confiados al agente con motivo de su gestión. Así, “[e]l tipo penal de peculado es un delito de infracción del deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia de actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en una responsabilidad penal de corte institucional.

La relevancia penal de la conducta imputada, además de posición en la esfera institucional de los encausados, implica acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera del dominio del Estado a la esfera de dominio personal de funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados con motivo de su gestión.

26 Lo refiere la Sala Penal Permanente en el Recurso de Nulidad n.º. 2028-2007-Tacna el 19 de marzo de 2009.

Se ha acreditado la responsabilidad penal del encausado por el delito de peculado, pues este, en su calidad de tesorero del núcleo ejecutor, autorizó que se depositara en la cuenta corriente de su coprocesado (ingeniero residente) dinero que estaba destinado para la construcción de la obra. En ese momento quebrantó su deber institucional, toda vez que, pese a estar a cargo de la custodia de los caudales, permitió dolosamente que otro se apropie de ellos²⁷.

Por otro lado, algún sector de la doctrina ha postulado que el tipo penal al referir que el sujeto activo del delito debe buscar un beneficio personal o a favor de un tercero, habría pues incorporado al aspecto subjetivo del tipo un ánimo específico adicional al dolo directo de actuar, en el sentido de que el sujeto activo debería actuar determinado por la obtención de un provecho o beneficio ilícito. Sin embargo, esta conclusión que convertiría al delito de peculado en un ilícito de tendencia interna trascendente, no se encuentra respaldada por el texto expreso del tipo penal, pues de la redacción del tipo no se desprende que esté presente específicamente un elemento adicional al dolo, con lo cual el aprovechamiento ilícito antes referido debe ser considerado como un elemento que corresponde al dolo general del sujeto activo.

El resultado lesivo, o si se quiere, perjuicio, existe siempre con la *separación* del bien de la esfera de custodia de la administración pública. El delito de peculado doloso, y en esto sí hay uniformidad en la doctrina, no es un delito de resultado con efecto permanente ni nada similar que pueda extender el estado de antijuricidad en el tiempo. Es un delito de resultado instantáneo.

El delito se consuma a través de los siguientes momentos:

(i) En el caso de la apropiación de efectos o caudales: el delito se consuma cuando el sujeto activo del delito se apropia de los bienes objeto del ilícito, apropiación que por cierto no exige sustracción. Ahora bien, la apropiación se verificará en la medida que el sujeto activo del delito apoderándose de los bienes que el Estado le ha confiado a su cargo, se comporta como legítimo propietario de ellos y dispone de los bienes como si formaran parte de su patrimonio personal o privado, es decir este

27 Lo determina la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República en el Recurso de Nulidad n.º 62-2009-Ica del 5 de abril de 2010.

supuesto se perfecciona cuando el funcionario o servidor público usa los bienes que le han sido confiados por el Estado como si fueran propios.

(ii) En el caso de la utilización: la verificación de este supuesto exige que los bienes que tiene a su cargo el sujeto activo del delito previamente hayan sido separados de la esfera pública de custodia, y luego se les haya asignado una aplicación privada, es decir son desviados de su destino para el cumplimiento de una función pública, para ser utilizados en el marco de trabajos de carácter privado.

Esta exigencia respecto a la salida del bien fuera de la Administración Pública goza en el Perú de fuerza vinculante, en mérito al Acuerdo Plenario n.o 4-2005 del 30 de septiembre de 2005, asumido por la Corte Suprema, que a continuación se transcribe:

**ACUERDO PLENARIO N.º 4-2005/CJ-116.
ASUNTO; DEFINICIÓN y ESTRUCTURA
TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO**

Lima, 30 septiembre 2005

I. ANTECEDENTES.

(...)

6. "... el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan la estructura típica del delito de peculado, por cuanto resulta pertinente precisar definiciones relativas al tipo penal.. y.. deslindar esta figura típica de los demás tipos penales..."

7. "... c) **Apropiación...** estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, **apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública...**" III, **DECISIÓN.**

10. "**ESTABLECER** como doctrina legal, las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado, las que se describen en los párrafos 6º, 7º y 8º del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedentes vinculantes".

2.10.2. La etapa “ejecutiva” del peculado doloso se inicia con la sustracción y culmina con la mínima disposición-perdida relativa de los caudales públicos

Para saber cuándo se consuma formalmente el delito de peculado doloso tenemos que saber, en principio, cuál es la técnica legislativa (resultado lesivo o peligroso) que se emplea en el tipo penal. El tipo penal del artículo 387 emplea simplemente la expresión “apropiación-utilización”. La doctrina nacional ha establecido que se trata de un resultado instantáneo tanto en el peculado de apropiación como en la utilización²⁸.

Para la consumación típica del delito de peculado en el Código Penal se entiende cuando el sujeto activo se “apropia”-“utiliza” los bienes públicos que le están confiados por razón del cargo. En ese momento (temporal) se ha afectado el bien jurídico —porque sale del ámbito de dominio público— y porque, además, es de resultado instantáneo. El carácter instantáneo del tipo penal y, por lo mismo, del delito, se define más que la instantaneidad del proceso ejecutivo, por la de la fase consumativa. Lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico dure en el tiempo o sea susceptible de reiteración en la misma fase consumatoria. Rojas indica que en el delito instantáneo las “implicancias de este delito radican en el hecho de que ya no es posible ni la agravación del mismo, ni la existencia subseguida de participación y concurso, que desde ese momento se tornan irrelevantes, pues el delito se ha perfeccionado con plenitud. Asimismo, en el delito instantáneo la violación de la norma penal y el efecto lesivo se identifican en una sola unidad jurídica.

La determinación del tiempo de la consumación es importante para fijar el momento desde el cual comienza la prescripción y que en el caso de los delitos de resultado instantáneo se empieza a computar desde que se consumó. Debe señalarse, además, que el peculado puede cometerse a través de un *delito continuado*.

28 Es mismo sentido, véase la ejecutora suprema del 17 de enero de 2018, recaído en el Recurso de Nulidad n.º 158-2017-Ancash, cuyo considerando quinto señala que “[c]onstituye línea jurisprudencial establecida, que en el delito de peculado es imprescindible acreditar la lesión al patrimonio público con la presencia positiva de la pericia contable; que en el presente proceso se advierte que la pericia judicial determinó que hubo más gasto de lo presupuestado.”

La delimitación del *iter criminis* tiene importantes consecuencias para el ámbito de la autoría delictiva, ya que solo aquel que haya traspasado la frontera de actos preparatorios a actos ejecutivos (en este caso de “apropiación”) será considerado autor de peculado. Después puede haber otra figura delictiva (por ej. encubrimiento) pero ya no peculado.

En consecuencia, para considerar la consumación formal en el delito de peculado doloso será relevante quien ostente los “actos de dominio de *disposición*” y no los “actos materiales de *sustracción*”, ya que puede suceder que el funcionario público con vinculación funcional jamás haya “tocado” los bienes públicos. Por eso Soler anota que cuando “se habla de apoderamiento, importa hacer referencia *a la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o simple tenedor*”²⁹. En suma, pues, todos estos actos de sustracción y luego de disposición de los bienes públicos se denominan “actos de *apoderamiento*”.

En consecuencia, no se configura «peculado» si no fue posible determinar cuánto dinero ingresó y el monto apropiado; así lo ha determinado Ejecutoria Suprema en el sentido que **“tanto el Informe Pericial Contable número 005-2016-CPPE-CS-PJ como el Informe Pericial Contable número 008-2016-CPPE-CS-PJ (fojas 1269 y 1430), del treinta y uno de octubre y el veinte de noviembre de dos mil dieciséis, respectivamente, concluyeron que no era posible establecer o determinar el total de los ingresos de las recaudaciones de arbitrios e impuestos de la Municipalidad Distrital de San Martín de Porres en las fechas del treinta y treinta y uno de diciembre de dos mil dos, así como el destino de estos fondos, ya que solo se remitió parcialmente la documentación requerida. Por dicha limitación, no fue posible**

29 El dinero como objeto material en el delito de peculado incorpora una problemática especial, ello dada su naturaleza ultrafungible. Se sostiene que la doctrina considera que la naturaleza peculiar del dinero obliga a entender que la propiedad sobre el mismo se ejerce sobre los signos, monedas o billetes en circulación que lo representan, y en el tráfico comercial el dinero se entrega y recibe no como lo que físicamente representa, sino en cuanta fracción de una unidad ideal. Dada su naturaleza ultra fungible, difícilmente podrá considerarse que está disponiendo de un dinero “ajeno” y no del “suyo propio”. Si se quiere mantener la adecuación típica de estas conductas habrá de apelar a la lesión de un bien jurídico diferente de la propiedad (estatal), que no puede ser otro que el derecho de crédito de quien realiza la entrega. Si el peculado protege el patrimonio estatal, no podría en todo caso criminalizarse a quien hace uso de “su dinero”. Se le estaría criminalizando, vía apropiación, de una disposición abusiva de dicho bien.

determinar la existencia de un faltante o sobrante de dinero en el referido periodo”.³⁰

En lo que respecta a la consumación del peculado doloso, este se produciría cuando el sujeto activo tiene la última posibilidad de poder recuperar los caudales públicos. Esto tiene coherencia con la postura *objetiva-individual*, que indica que los actos ejecutivos se inician, según el plan del autor, con una peligrosidad cercana para el bien jurídico. Bacigalupo nos dice que la doctrina se ha propuesto pues, una solución, el hecho de recurrir a una determinada cercanía de los actos con la acción ejecutiva del delito al peligro corrido por el bien jurídico (puntos de vista objetivos) o bien se ha intentado apoyar la decisión en el propio juicio del autor (puntos de vista subjetivos basados en el plan del autor)³¹.

No obstante, el citado autor español-argentino siguiendo a Jakobs opina que debe distinguirse en este aspecto entre criterios obligatorios (negativos) y criterios variables (positivos). En los criterios negativos no debe considerarse para la ejecución del delito aquellas situaciones que no se encuentran en *cercanía con la consumación* y aquellos comportamientos socialmente habituales, por tal motivo se deben excluir, en principio, del ámbito de la punibilidad acciones como dirigirse al lugar del hecho, **ingresar en un lugar público**, etc.). Mientras que los criterios de decisión variables se conectan con la cercanía temporal con la acción misma y el comienzo de ejecución se debe admitir cuando el autor se introduce en la esfera de protección de la víctima o actúa sobre el objeto de protección (p. e.: se introduce en la casa donde va a robar o tiene en sus manos el documento que ha decidido falsificar en ese momento) (Pariona, pp. 161 y 162).

Para la consumación en el peculado doloso, téngase en cuenta dos cuestiones puntuales: en primer lugar, la idea de la *“recuperabilidad de los caudales públicos”*

30 Conforme a la ejecutoria suprema del 15 de abril 2019, recaída en el Recurso de Nulidad n.º 1013-2018-Lima Norte.

31 Si entendemos que el dinero se entrega como bien fungible, es evidente que se transmite la propiedad sobre el mismo y que, por tanto, debemos concluir que en estos casos el comportamiento delictivo no podrá ir dirigido contra el derecho de propiedad estatal, sino contra el Derecho de crédito, como parte integrante del patrimonio estatal. “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”.

y, en segundo lugar, la “*capacidad de poder desistirse o arrepentirse*” en el instante temporal antes de la producción del resultado lesivo (Abanto, 2003, p. 356). Tanto el uno y como el otro están íntimamente vinculados. Solo existe la posibilidad de recuperar los caudales (dinero) del Estado en la medida que en haya también la capacidad de poder desistirse según el plan del autor (teoría objetiva-individual), obviamente en plena vigencia de la fase ejecutiva en el *iter criminis* externo. Esto tiene amparo en el artículo 18° del Código Penal que prescribe que “[s]i el agente desiste voluntariamente de proseguir los **actos ejecutivos del delito** o impide que se produzca el resultado.”

Hasta acá habría lo que se llama en la doctrina la *cercanía temporal hacia la afectación al bien jurídico* y tampoco se habría consumado formalmente el delito, pues Montesinos tendría un “chance” de retractarse en ese instante y paralizar la ejecución del delito de peculado. Por ej., con una llamada telefónica. Recién se consumiría formalmente cuando los sujetos obtienen la respectiva constancia de transacción de la institución competente para recibir el pago, porque estimamos que ahí recién ya no habría *más* posibilidad de poder recuperar el dinero del Estado, y porque reiteramos, según el plan de Montesinos recién ahí se imaginó cumplido con su objetivo delictivo de “pagar” con dinero del Estado.

El momento consumativo del delito de peculado doloso por apropiación-utilización es desde que se remueve la cosa del lugar en donde se encuentra en forma tal que *se salga de la esfera de custodia de la administración, o cuando se han agotado las diligencias necesarias para que pueda afirmarse que el Estado ha perdido el poder de disponibilidad sobre los bienes*. En casos en que la conducta sea producto de formalidades y jurídicas determinaciones, órdenes o instrucciones, etc., es confundir el *apoderamiento* con *apropiación* y, en consecuencia, dar equivocadamente al peculado que se estudia el mismo momento consumativo del hurto, cuya conducta gira alrededor del verbo rector *apoderamiento*, que sí queda perfecto una vez que el sujeto activo saque la cosa mueble de la esfera de dominio o protección de su legítimo tenedor, o dueño, de tal manera que logre un efectivo desapoderamiento de este, según lo considera la teoría de mayor aceptación (*de la ablatio*) (Rojas, 2002, pp. 343 y 344).

Consumación es apropiación del bien, lo que sucede cuando jurídica y materialmente este ingresa al dominio y libre disposición del usurpador o de un tercero. Esto es, que la consumación no se da con la simple

sustracción de los bienes públicos, sino con el uso del bien como si fuera propio (utilización o apropiación).

En esta misma línea, se ha establecido a través de una Ejecutoria Suprema que la pericia contable resulta la prueba idónea necesaria para acreditar el resultado lesivo en el delito de peculado; así “pese a que los hechos datan del marzo de dos mil ocho a febrero de dos mil nueve, no se realizó la pericia contable necesaria; y no se aprecia actividad procesal de las partes de colaboración para la realización de dicho acto. Y, conforme a la jurisprudencia anotada de la Corte Suprema, debidamente citada en el considerando octavo de la decisión impugnada, dicho medio probatorio de carácter técnico resultaría necesario. Sin embargo, tal defecto, aunado a la inexistencia de acreditación de la imputada con el acto de apropiación, lleva a ratificar la decisión impugnada”³²; a tal punto que si no se realizó en su momento alguna pericia contable deviene en nulo el proceso penal³³; aunque debemos hacer la precisión que la omisión de pericia no tiene trascendencia si se aprecia notable diferencia entre los recibos cuestionados³⁴; aunque debemos señalar que en el delito de peculado en la modalidad de utilización no es necesario que se practique una pericia contable para establecer el perjuicio patrimonial que se causó al Estado (que se requiere cuando se trata de la modalidad de peculado por apropiación), pues se sanciona al agente por usar el bien de la administración pública ilegalmente (y sin el ánimo apropiatorio), independientemente de la producción de un perjuicio patrimonial³⁵.

32 De acuerdo a la ejecutoria suprema de 5 de noviembre de 2018, recaída en el Recurso de Nulidad n.º 425-2018-Huánuco.

33 Conforme a la ejecutoria suprema del 6 de junio del 2016, recaída en el Recurso de Nulidad n.º 1106-2014-Huancavelica emitida por la Sala Penal Transitoria.

34 Véase la ejecutoria suprema del 13 de septiembre de 2016, recaída en el Recurso de Nulidad n.º 1489-2015-Del Santa, donde se ha expresado que “[r]eferente al cuestionamiento de la ausencia de la pericia grafotécnica a los recibos por honorarios, se advierte de autos que la diferencia entre los recibos percibidos por el abogado Montero Honores —fojas cuarenta y cinco— y los recibos elaborados por el recurrente Pinedo Estrada —a fojas cuarenta y ocho—, se aprecia una notable diferencia entre ambos recibos, advirtiéndose que dichos documentos son de distinta índole, siendo utilizado el recibo de ilícita procedencia a favor del citado encausado para aprovecharse del patrimonio del Estado.”

35 Véase la ejecutoria suprema del 21 de marzo del 2017 recaída en la Casación n.º 131-2016-Callao, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria.

“Basta, pues, —indica Soler— *comprometer* el dinero, porque ello basta para hacerle perder al dinero del Estado la condición de ser una clase de fondos que solamente se mueven por actos de autoridad” (Soler, 1996, p. 192). Creus (citado por Bacigalupo, 2004) sostiene que

[e]l peculado no requiere necesariamente una lesión patrimonial (...), ya que es indudable que la consumación se puede dar sin esa lesión (puede ocurrir que produzca un verdadero beneficio, y no un perjuicio de ese orden), pero ello no importa desconocer que se está ante un delito de resultado en cuanto requiere la efectiva separación del bien de la esfera de tenencia de la Administración. (Bacigalupo, 2004, p. 447).

En el *iter criminis* externo debemos fraccionar el desplazamiento de la conducta para efectos típicos, y la delimitación y frontera de lo “punitivo” es en el momento mismo en que el sujeto activo (funcionario público) dispone jurídicamente de los bienes públicos. Después esto, no puede haber ninguna forma de criminalizar el comportamiento. Se puede afirmar que en el peculado doloso por apropiación la tenencia de los bienes públicos resulta posible, teniendo el carácter de delito plurisubsistente o de ejecución compuesta, como para su cumplimiento requiere de varios actos, desde el efectivo desapoderamiento de la administración pública, hasta la realización de un acto de disposición, de manera que el *iter criminis* puede resultar interrumpido por factores ajenos a la voluntad del sujeto activo.

La sustracción que haga el funcionario no se contenta con la utilización del bien, por más ilegítima que sea, sin que sea apartado del ámbito de custodia estatal. Los caudales o efectos tendrán que ser consumidos, destruidos, transformados o hecho desaparecer, de tal modo que implique quebrar en la medida de lo posible el respectivo cuidado público en que se hallaba. Claro está que, en ocasiones, el simple uso equivaldría a la sustracción, como ocurre con el dinero o cosas consumibles, pero en ocasiones no sucede. Así, por ejemplo, el peculado de uso de vehículos, máquinas o cualquier instrumento de trabajo (artículo 388° del Código Penal) prevé una cláusula liberatoria de tipicidad en el último párrafo, al prescribir que “[n]o están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”.

En el proceso ejecutivo del delito hay que distinguir las etapas de ejecución y consumación, y la de agotamiento, pues esta última ya no es abarcada

por casi ningún tipo penal de la parte especial (salvos tipos específicos como por ejemplo el encubrimiento, receptación). El agotamiento del delito constituye un momento del *iter criminis* extra típico, que no sirve para determinar la acción de realización del ilícito penal, sino quizá como circunstancia de determinación de la pena.

Otra razón complementaria, a la que deriva del proceso ejecutivo del delito, para determinar la irrelevancia del delito de peculado, reside en una argumentación por sí evidente: tanto el “otro” como en general los *extraneus* o *intraneus* que intervengan a *posteriori* no están infringiendo ningún deber reglado de función, ni han tenido la posibilidad real o potencial de dominar ejecutando la acción el hecho de apropiación del caudal público.

Por último, un tema relevante es el tratamiento jurídico-penal de la devolución de los bienes o efectos por parte del funcionario-servidor público, cuando fueros apropiados; al respecto una Ejecutoria Suprema ha dicho que “[e]n lo concerniente al delito de peculado doloso, es de acotar que la apropiación de caudales públicos importa, por parte del agente público concernido, el empleo privado que les da a los mismos. El funcionario competente dispone de ellos como si fueran parte de su patrimonio; los aparta de la esfera funcional de la administración pública. Es irrelevante el fin que este último le da al dinero o caudal o el acuerdo con los funcionarios responsables respecto a su destino. El hecho de que se devuelva con posterioridad, por ser un acto post ejecutivo, a lo más puede implicar una atenuante genérica, pero no una causa de exención de responsabilidad penal”³⁶.

2.11. Circunstancia agravatoria

Como se sabe, existe en el Código Penal peruano una circunstancia agravatoria específica respecto del delito de peculado, la misma que se consigna en el artículo 387°, párrafo tercero, el sentido que se describe que “[c]onstituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social”; en el contexto en que vivimos, de la pandemia del Covid-19. Bajo este contexto,

36 De conformidad a la ejecutoria suprema del 3 de agosto del 2016 recaída en el Recurso de Nulidad n.º 2280-2015-Arequipa.

el Gobierno Nacional ha desembolsado enormes cantidades de dinero público a distintos sectores de la Administración pública paliar de alguna manera la crisis económica que se padece.

En tal sentido, puede presentarse el caso que algún funcionario —con vinculación funcional— realice una apropiación dolosa respecto de los caudales públicos para fines personales, produciendo una afectación patrimonial en las arcas del Estado. Hasta aquí estamos ante la tipificación del tipo base del artículo 387°, primer párrafo, del Código Penal, y si fuera que los caudales fuera de más de 10 unidades impositivas tributarias estaríamos en el segundo párrafo del artículo 387° del Código Penal. Sin embargo, aquí debemos de preguntarnos lo siguiente: ¿Si la emergencia sanitaria por el COVID-19 se puede incluir como circunstancia agravante especial del delito de peculado por apropiación?; de la misma manera: ¿Puede entenderse a la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 como una forma de “asistencia social” de los caudales públicos que se vayan destinando?

En principio, un estado de emergencia sanitaria como el que tenemos actualmente —que abarca un lapso de tiempo en la cual involucra una serie de restricciones de los derechos de tránsito y libertades individuales como la inmovilización social obligatoria y el “toque de queda”— una de las consecuencias es que el Estado está subsidiando económicamente, dentro de las limitaciones, determinados ámbitos de la Sociedad —por ejemplo, bonos económicos, etc.—; en otras palabras, subsidiar sería una figura jurídica que encerraría de todas maneras una asistencia social que brinda el Estado, focalizada como factor primario: el sector de la Salud pública y como factor secundario: no desestabilizar la economía nacional; en otras palabras, no tenemos que analizar los caudales o efectos públicos en función al “concepto legal” en sí mismo, sino en función al “objeto” que persigue, a la finalidad que debe cumplir dichos caudales públicos, que es precisamente la de asistir socialmente a las personas más vulnerables de nuestro país, producto de la crisis por la emergencia sanitaria; así las cosas si un funcionario público —de cualquier jerarquía— encargado de administrar —por Ley o por delegación— los caudales públicos en el marco de una emergencia sanitaria estará incurriendo en un delito de peculado doloso en forma agravada, por un mayor *disvalor* de la acción, por la coyuntura social en que se produce la sustracción ilícita de los caudales, no importando en este caso el *quantum* económico de dichos caudales; y

también se sustentaría la agravante en un mayor *disvalor del resultado* que afecta a grandes familias vulnerables de nuestro país.

III. PROBLEMÁTICA DEL “PARA SÍ O PARA OTRO” EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO

La expresión “*para sí o para otro*” en el peculado tiene que ver con dos cuestiones. En primer lugar, con el aspecto consumativo: ¿se perfecciona el peculado con la apropiación u utilización de los caudales o efectos cuando son beneficiados cuando llegan a poder del *otro*? En segundo lugar, si dicha frase “para el otro” es un elemento objetivo del tipo o un elemento subjetivo, o sea, en referencia al dolo.

Cuando el tipo refiere que la apropiación debe operar “para sí” o “para otro”, evidentemente nos encontramos ante una cláusula cuya amplitud de contenido indica que el tipo penal se puede realizar a favor de cualquier tercero; tercero que además puede ser una persona natural o jurídica. En todo caso, lo importante a este nivel de la tipicidad, es verificar que la persona o tercero favorecido, no forme parte del sistema de administración pública, pues el desvío de fondos de un sector a otro dentro de mismo sistema de administración pública, en sí mismo, corresponde a otra figura penal, a saber el delito de malversación de fondos.

La expresión “*por razón del cargo*” que recoge el tipo penal obliga a realizar una interpretación restrictiva del delito de peculado, porque no basta la llegada ocasional de los bienes a manos del funcionario, ya sea porque se los confiaron otros funcionarios o particulares o porque erróneamente le fueron entregados.

3.1. La sentencia del Tribunal Anticorrupción del 29 de mayo considera un elemento objetivo “para sí o para otro”

La sentencia del 29 de mayo del 2003 refiere que, “respecto a la fase consumativa del delito de peculado por apropiación, materia de juzgamiento, debe puntualizarse que se trata de un hecho criminal global cometido en los marcos de un **aparato organizado de Poder estatal**, en el que el acusado Vladimiro Montesinos Torres tuvo una actuación de primer nivel, fue quien decidió la apropiación de fondos para su cómplice Bedoya de Vivanco, que se solicitó al hacerle entrega de un presupuesto,

que según refiere era para gastos de su campaña política. **Cabe agregar que el tipo penal de peculado exige que la apropiación sea para sí o para otro, siendo este un elemento material del injusto y no subjetivo o trascendente**, por lo que su consumación en estos casos requiere que el tercero efectivamente reciba el dinero apropiado, pues a él estaba destinado, de tal suerte que el delito se configura cuando los caudales ingresan a la esfera de dominio patrimonial del tercero”. Por el solo hecho, entonces, que el elemento “para sí o para otro” esté taxativamente descrito en el tipo penal de peculado, no lo convierte en un elemento objetivo.

Para la configuración del delito de peculado, según Rojas no es necesaria la existencia de traslado del dinero público una vez producida la apropiación por el funcionario peculador, consumándose el delito de peculado en el instante de apropiación, y no con la entrega del dinero a tercero.

Ese “otro” al que hace referencia el tipo penal de peculado no necesariamente está vinculado al autor como partícipe del delito de peculado, pues el “otro” favorecido con el delito de peculado para ser partícipe tiene que realizar conductas de aporte en la comisión del delito de peculado, es decir tiene que haber actuado induciendo al funcionario a cometer el delito de peculado (instigador), o como cómplice primario o secundario si es que ese “otro” ha *participado con actos significativos y posibilitadores en fase de la preparación del delito o con aportes durante su ejecución*.

3.2. La doctrina y jurisprudencia indican que el elemento “para sí o para otro” es un elemento subjetivo

Está claro que el sujeto activo puede actuar por cuenta propia o para favorecer a terceras personas. Una cosa es, pues, la “apropiación” y otra cosa, es “favorecer a otro”. En la primera es una modalidad típica consustancial al peculado, en cambio, si los bienes públicos son destinados a terceras personas, es un elemento subjetivo finalístico que puede darse, como tampoco no. Puede llevar a confusión el hecho que el destino de los bienes públicos puede acarrear algún tipo de beneficio económico, pero que esto último *no es un elemento expreso en el delito de peculado*. Esta confusión entre beneficiar para sí o para otro con el provecho económico ha llevado a Rojas Vargas a detectar casos por ejemplo en la “disposición en *provecho propio* o de terceros del alquiler de los bienes públicos, consumo del bien, etc. (Bacigalupo, 2004, p. 448).

Rojas Vargas sostiene que no interesa para considerar consumado el delito qué fin dé el sujeto activo o el tercero a los bienes o efectos apropiados o utilizados, (venderlos, destituirlos, regalarlos, guardarlos) (Peña, 1995, p. 100). Es más, el mismo autor enfatiza que “el tipo no requiere que necesariamente se produzca, para consumir el delito, provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero. Ello representa en el proceso del *irte crimines* una fase de agotamiento que para los efectos de tipificar el delito resulta irrelevante³⁷. Abanto Vásquez refiere que el peculado “donde el beneficio perseguido por el agente “para sí o para otro” es consustancial a las acciones típicas de apropiarse o utilizar, pues ellas de por sí ya implican la búsqueda de este beneficio, hay un “ánimo de lucro implícito”³⁸.

37 Al respecto, Soler (1951) refiere que “[l]a sustracción a que se refiere el artículo 261 consiste en el acto de poner los bienes fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos o, en general, las disposiciones las colocan. Para la consumación del delito, es necesario poder afirmar que ese vínculo, en algún momento ha sido quebrantado” (pp. 182 y 183). Asimismo, Laje y Gavier (1996) señalan que “sacarlos o quitarlos de varias maneras con un apoderamiento, furtivo, fraudulento, o con una apropiación, pero el tipo no exige que el sujeto activo haga ingresar en su patrimonio o el de un tercero los bienes de que se trata, basta con que los saque de la esfera administrativa” (p. 157). Por su parte, Rodríguez y Galetta (1999) señalan que “[e]l delito se consume con la acción de sustraer, es decir, cuando se lo quita de la esfera de la administración pública; en ese sentido podemos afirmar que se trata de un delito de resultado” (p. 444).

38 C Fed. de San Martín, sala II, 7-5-96 “2.S., M.A. s/Denuncia”, c, 1393, PjN Intranet, extraído de Donna (2000 pp. 428 y 429), donde “[e]l encuadre de una conducta en el tipo de peculado, solo requiere que tenga aptitud suficiente para hacer peligrar la normal y regular marcha de la actividad patrimonial pública. De ahí que para registrar el momento consumativo de este delito, basta con que el agente aparte de su destino específico, aunque sea momentáneamente, los fondos que le han sido confiados; sin tener relevancia alguna que luego rinda cuentas correctamente sobre su gestión. Desde ya que la lesión patrimonial puede existir, y es lo más común que ello ocurra, pero es ajena a la esencia de este delito, por cuanto su materialidad radica en quebrantar la seguridad legal que la administración ha establecido para preservar los caudales públicos. Basta, pues, comprometer el dinero, porque ello basta para hacerle perder al dinero del Estado la condición de ser una clase de fondos que solamente se mueven por actos de autoridad. El otro parámetro que es necesario transitar para dilucidar el tema en debate, se vincula con la acción típica del peculado definida por el verbo ‘sustraer’, porque, precisamente, consiste en poner el dinero fuera de la custodia legalmente establecida por la autoridad competente, extrayendo el que está en caja y separando o apartando de la esfera pública el recibido para hacerlo ingresar (cfr. Carrera, ob. cit., pp. 137-139). Es decir, consiste en colocarlo en una objetiva situación de riesgo que el dinero del fisco no tiene por qué correr. Por ende, nuevamente, el momento consumativo en el peculado es independiente del efectivo perjuicio patrimonial que pueda sufrir el Estado, dado que el solo peligro de que se produzca, importa la lesión que se quiere evitar con el fin de asegurar su regular desenvolvimiento administrativo.”

Abanto Vásquez anota que nuestro tipo legal no precisa ánimo de lucro, sino ánimo de apropiación “para sí o para otro”³⁹. Así, pues, basta el *animus rem sibi habiendo* (ánimo de apropiación definitivo), sin ánimo de reintegrar los caudales o efectos públicos. Este autor anota que la “la falta de exigencia expresa de ‘ánimo de lucro’ en el tipo penal peruano permite

39 En este sentido, para atribuir responsabilidad por peculado, primero es necesario establecer si existe un desbalance patrimonial. Así, véase la ejecutoria suprema expedida por la Sala Penal Transitoria Corte Suprema de Justicia en el Recurso de Nulidad n.º 1 253-2005-Ica, donde se ha señalado que “[f]uncionarios regionales son denunciados por haber utilizado parte de un material adquirido (8334 galones de líquido asfáltico) para la pavimentación de un pueblo joven en otras dos obras públicas que no contaban con los expedientes técnicos respectivos. A fin de lograrse dicho objetivo intervinieron dos jefes de almacén, también denunciados y en dos momentos distintos (en sus respectivos periodos de funciones), quienes tenían a su cargo el material asfáltico posibilitando su salida. Durante la investigación se habría determinado que uno de los procesados después de haber cumplido su periodo como jefe de almacén, no cumplió con hacer la entrega formal del cargo, obviando informar que en poder de uno de los proveedores se encontraba una parte del material (6840 galones de líquido asfáltico). Por último, durante la gestión del siguiente jefe de almacén se detectó otro faltante (1612 galones). Analizado el caso, la Sala de Juzgamiento absuelve a los agentes de los cargos imputados, pero esta sentencia es impugnada por el procurador público, quien interpone recurso de nulidad. A efectos de determinar si los hechos se subsumen en el tipo penal, la Sala Suprema precisa que la acción típica del delito de peculado supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de tercero. Por lo tanto, la prueba debe orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en algún momento le fueron confiados al presunto autor con motivo de su gestión. En ese sentido, es necesario establecer, en primer lugar, si ese desmedro patrimonial se ha producido para luego examinar si es posible atribuir responsabilidad penal. De otro lado, la Sala señala que la acción típica del delito de malversación de fondos, imputado a los funcionarios regionales, consiste en dar aplicación definitiva diferente de aquella a la que están destinados el dinero o bienes de la administración pública. Se trataría, por lo tanto, de un cambio de destino que los fondos tienen fijados, sin lucro ni fin de lucro para el autor o para un tercero. Luego, tras valorar las pruebas, la Sala determina respecto a este delito que las obras ejecutadas en la ciudad referente a la pavimentación de diferentes calles y arterias fueron realizadas conjuntamente con otra entidad estatal en base a una donación a solicitud de la Policía Nacional, y con el material sobrante de dichas obras ya ejecutadas se realizaron otras en beneficio de la comunidad, específicamente del deporte, no pudiéndose establecer, por lo tanto, una responsabilidad penal acreditable. Respecto al delito de peculado imputado a los jefes de almacén, se valoran las actas de entrega de cargo que hiciera uno de ellos, así como el acta de custodia de materiales donde no aparece probado un desbalance económico perjudicial al Estado, hecho que corroboró su participación negativa en los cargos imputados. Asimismo, la Sala señala que la salida de material, en el periodo del segundo jefe de almacén, se encontraba justificada con las pecosas respectivas; de esa manera tomó en cuenta lo sostenido por este último, quien reiteradamente señaló que al final de su gestión hizo entrega del cargo a un tercer reemplazante y que en ningún momento autorizó la salida de líquido asfáltico. En base a estas conclusiones, los cargos imputados a los procesados en su condición de funcionarios regionales y almaceneros no habían sido establecidos de manera concreta, en consecuencia, la absolución decretada por el Colegiado se encontró arreglada a ley.”

comprender en el tipo una serie de conductas observadas en la práctica. En algunos casos, efectivamente, el sujeto activo no persigue beneficiarse económicamente, sino perjudicar a la administración pública o a un tercero para quien estaban destinados los bienes que el funcionario debía administrar, custodiar o percibir” (Creus, 1997, p. 288). En igual sentido se puede apreciar en el delito de tráfico de influencias, donde el artículo 400° del Código Penal señala que “[e]l que, invocando influencias, reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero” (Rojas, 2002, p. 286).

Así, también Portocarrero Hidalgo dice que “si bien es cierto que la ley no se refiere en forma expresa al beneficio, la expresión ‘para sí o para otro’ deja ese mensaje. No es posible que una persona se apropie de un bien, para guardarlo, utilizando inoficiosamente espacio, sino es para enajenarlo, desaparecerlo, consumirlo; todas estas formas conllevan beneficio, como también es beneficio la sola retención de la cosa en forma indefinida para tener la satisfacción de apreciarla” (Rojas, 2002, p. 290).

La jurisprudencia peruana ha dicho que “[e]ntendido como sustracción de los bienes de la tenencia de la esfera administrativa, atentando con la garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado, acción dolosa que se efectúa con la **finalidad de obtener para sí o para otro un beneficio ilícito**, que en el caso no se ha acreditado de modo alguno” (Abanto, 2001, p. 308).

En cuanto al Código Penal colombiano, con respecto al peculado, la doctrina dice que por el hecho que el artículo 133 emplea las palabras “*en provecho suyo o de un tercero*”, frase similar a la que se empleaba en el artículo 3° del decreto 1858 de 1951, no quiere decir que el peculado por apropiación se agote cuando el peculado disfrutó o gozó del bien apropiado. El Código Penal uruguayo prescribe “en beneficio propio o ajeno”. El Código Penal italiano, en su texto original, prescribía el que “se apropia de ello o la distrae en provecho propio o ajeno”. El Código Penal de Portugal determina que “[e]l funcionario público que ilícitamente se apropiare, en provecho propio o de otra persona”. El Código Penal de Brasil refiere que “o lo desvía en provecho propio o ajeno”.

El Código Penal de España es más escueto en este punto, ya que establece simplemente que “con ánimo de lucro” (Abanto, 2001, p. 294). Como puede verse, en la legislación comparada sí se exige la concurrencia del

ánimo de lucro que normalmente acompaña el delito y aparece como su fin. En este sentido, la valoración del animus sirve para desvirtuar el tipo subjetivo (beneficio personal o de tercero). En España, el delito de malversación propia (peculado), la acción de apropiarse sí necesita que el sujeto activo se lucre con los bienes públicos sustraídos. Ello es consecuencia de la exigencia del propio artículo 432° del Código Penal peruano, inciso 1, que determina: “La autoridad o funcionario público que con **ánimo de lucro** (...)”

Un argumento más para sostener que el elemento “**para sí** o para otro” en el delito de peculado se trata de un elemento subjetivo y no objetivo, es que el Código Penal peruano, en el delito de cohecho pasivo propio e impropio, dice el artículo 393°, “**para** realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones”. El artículo 394° determina: “...**para** practicar un acto propio de su cargo”. El funcionario público recibe el medio corruptor, con lo cual se consuma el delito (peligro), sin esperar que efectivamente dicho funcionario realice el pacto ilícito. De la misma manera, lo expresa en el cohecho activo: “**para** que haga u omita algo en violación de sus obligaciones”. El artículo 321° del Código Penal, delito de tortura, menciona “**con el fin de obtener** de la víctima o de un tercero una confesión o información (...)”. Volviendo al delito de cohecho, es un delito de peligro (abstracto) donde el bien jurídico-jurídico “administración pública” está ayuno de lesividad, la doctrina ha establecido que el elemento “para” juega un papel subjetivo específico, con mayor razón todavía en el delito de peculado, que es un delito de resultado lesivo instantáneo, el elemento “para sí o para otro” sería totalmente irrelevante para efectos de la adecuación típica.

Por ello, los delitos de peculado doloso son *delitos de intención* (tipos de tendencia interna trascendente). En este sentido, por ejemplo, Villavicencio Terreros sostiene que los delitos de intención son aquellos “delitos cuya ‘parte interna’ requiere de una intención especial (Absicht) que no corresponde a la parte externa objetiva”. Se diferencian delitos de resultado cortado y delitos mutilados (incompletos, imperfectos) de dos actos. En los delitos mutilados en dos actos, la conducta típica del agente es el medio para realizar una segunda conducta. Ejemplo: “a quien matare (...) *para* facilitar u ocultar otro delito”, artículo 152° del Código Penal. Estos delitos quedan consumados cuando se produce el resultado típico, no siendo necesario que el agente consiga realizar su específica tendencia trascendente” (Abanto, 2001, p. 309).

La expresión “para otro” no es pues, una *conditio sine qua non* para aplicar el tipo de peculado doloso. La “apropiación” y el respectivo “traslado” de los fondos públicos que realiza el sujeto activo (funcionario público) hacia un tercero, o sea, para el “otro” (puede ser también un funcionario público) debe entenderse como un elemento subjetivo que puede darse como también no. Solo la apropiación-utilización, en los términos que se ha explicado, es punible en el peculado. Luego, el traslado “eventual” que haga el mismo funcionario público hacia un tercero forma parte del *agotamiento* del delito de peculado.

En consecuencia, pues, la expresión “para sí o para otro” en el delito de peculado doloso es un aspecto subjetivo por dos razones: 1) porque establece un *animus de provecho* abarcado por el dolo del agente y 2) porque *direcciona la finalidad* del funcionario público con respecto a los bienes, ya sea suyo propio o para beneficiar a una tercera persona, sin necesidad que efectivamente este último se realice.

3.3. Cuando el tipo penal de peculado alude al “otro” no se está refiriendo a que dicho sujeto beneficiario sea “coautor”

La singular referencia normativa del tipo penal de peculado con respecto al “otro” puede asumir las siguientes configuraciones:

- Puede tratarse de un cómplice, en la medida que haya colaborado en el proceso ejecutivo del delito.
- Puede tratarse de un instigador, en tanto se compruebe que indujo directamente al autor hacia la apropiación del caudal o efecto, que iba a ir en su provecho.
- Puede tratarse de un coautor.
- Puede tratarse de un receptor, en la medida que haya conocido o sospechado la procedencia ilícita del bien. La hipótesis de recepción nos plantea el inconveniente de la innecesaridad de su alusión en la misma redacción del tipo de peculado, por lo que el tipo penal no puede tipificar a la vez dos delitos: peculado y receptación de peculado.
- Puede tratarse tan solo de un referente fáctico normativo, desprovisto de calidad imputable, en la medida que se trata de un hecho ubicado en fase de agotamiento del delito.

El “otro” al que alude la norma penal de peculado no puede ser coautor, pero ¿esto acaso permite entender que entonces se trate de un cómplice? En tal perspectiva, —dice Rojas Vargas— “para considerar que el otro del delito de peculado sea un cómplice deberá acreditarse que colaboró en la fase externa del delito con el autor o coautores a través de actos (materiales o intelectuales) que contribuyeron a la preparación y/o ejecución del delito, que de ser así configuraría una especial situación en la que los terceros que juegan el papel de cómplices adquirirán la calidad de beneficiarios con la consumación de la conducta ilícita del funcionario o servidor público” (Rojas, 2002, p. 438)⁴⁰.

IV. LA INTERVENCIÓN DE TERCERAS PERSONAS EN EL DELITO DE PECULADO

La comisión de un delito de peculado, evidentemente, admite la posibilidad de realización a partir de la intervención de una pluralidad de sujetos. Ahora bien, en la medida que nos encontramos ante un delito especial, la condición de autor o sujeto activo del delito únicamente está reservada a quienes ostentan la calidad de funcionarios o servidores públicos.

Sin embargo, se admite la intervención criminal de sujetos que realicen aportes suficientes para tenerlos como cómplices, con los matices propios que admite este grado de intervención criminal. En tal sentido, Rojas Vargas ha sostenido que, en el marco de una imputación por delito de peculado, en el caso que “el sujeto activo haya consumado el delito, vale decir se haya apropiado del caudal o efecto, para tener luego la posibilidad de disponer del bien (...) no se debe desechar la hipótesis de complicidad primaria o secundaria según haya participado con actos significativos y posibilitadores en fase de la preparación del delito o con actos de auxilio durante el proceso ejecutivo del mismo, supuesto en el cual la referencia al otro perderá valor para adquirir significancia la calidad y cantidad de aportes o contribuciones en tanto cooperador (...).” (Portocarrero, 1996, pp. 174 y 175).

En esa medida, los elementos a valorar en el marco de una intervención criminal a título de complicidad, en el marco de una imputación por

40 “El resultado es meramente óptico sin nexo vinculante obligado con la administración pública. Se trata, pues, de una figura compleja de naturaleza activa, de consumación instantánea (...)” (Rojas, 2002, p. 438).”

delito de peculado son los siguientes: (i) que el cómplice, en el caso de la complicidad primaria, colabore con la realización del hecho a través de un aporte suficientemente significativo; en el caso de complicidad secundaria será a través de un aporte irrelevante; con la característica común que ambos deben presentarse durante la fase de preparación del delito; y (ii) si el aporte se realiza en la fase de ejecución del mismo, esté determinado por un acto de auxilio a la realización del hecho. Es importante destacar que en ningún caso se admite la posibilidad de incluir a un tercero como cómplice si el aporte, de la naturaleza que sea, se produce con posterioridad a la ejecución del hecho.

En ese sentido, el propio Tribunal Constitucional ha aceptado la posibilidad de comprender la intervención de particulares en el delito de peculado, refiriendo que dicha participación debe ser desplegada antes de consumado el delito y no después de ocurrido este. En efecto, mediante sentencia del 23 de noviembre de 2004, recaída en el expediente n.º. 2758-2004-HC/TC, el Tribunal Constitucional resolvió que “tampoco puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del recurrente fue posterior a la consumación del peculado. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado, por lo que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad.”

En todo caso la participación del cómplice en el delito de peculado, corresponde a una intervención ocurrida, en última instancia en la fase de ejecución del hecho y no con posterioridad a su consumación, por ello el Tribunal Constitucional ha afirmado que cualquier participación o actuación penalmente relevante a efectos de la configuración del delito de peculado no puede presentarse con posterioridad a la consumación del hecho, en tal sentido no sería penalmente relevante ni típica, la conducta del tercero luego de haberse producido la apropiación o utilización de los caudales públicos por parte del funcionario o servidor público correspondiente.

Sin embargo, existe otro sector de la doctrina que considera que la intervención del tercero a título de instigación o complicidad corresponde al supuesto en que el tercero que no ostenta la condición de funcionario o servidor público haya propiciado la salida de los caudales de la esfera

patrimonial del Estado; así Reaño Peschiera, sostiene: que “[p]or ello, a mi juicio, la punibilidad de la intervención del *extraneus* en el delito de peculado, bajo el título de instigación o complicidad, presupone que el particular haya propiciado en alguna medida la entrega de los caudales estatales —por ejemplo solicitándolos manifiesta o tácitamente al funcionario público, sea de modo directo o a través de terceros—. Solo en tales casos puede afirmarse la adhesión del particular a la infracción del deber institucional del obligado especial. La aceptación de los caudales constituye la exteriorización u objetivización de dicha adhesión (...) si se sostuviese que el beneficiario de los caudales en ningún caso puede ser responsabilizado por el delito de peculado, su mención en la descripción típica sería del todo superflua, pues para la configuración del injusto típico es indiferente que el funcionario realice la apropiación a favor propio, de un tercero, o que incluso permita su indiferencia o descuido que un tercero sustraiga los bienes confiados en razón de su cargo (...).”⁴¹

En todo caso, en ambos casos de valoración con relación a la intervención y punición del cómplice en el marco de una imputación por delito de peculado: (i) valoración de la entidad del aporte; y (ii) adhesión del particular a la infracción del deber institucional, esta no podrá operar luego de agotada la fase ejecutiva del delito. En este sentido, se tiene que el propio Tribunal Supremo ha entendido que los aportes o contribuciones a la comisión del delito de peculado por parte de los particulares deben darse en la fase de la preparación del delito o durante el proceso ejecutivo del mismo. Recordemos que una parte de la doctrina, a saber, Rojas Vargas, citado anteriormente, es del mismo razonamiento respecto a la participación del colaborador, entendiendo que no se puede abarcar la actuación de un particular dentro de los alcances del artículo 387° del Código Penal (peculado), si es que dicha conducta se realizó luego de la salida patrimonial de la esfera estatal pública.

Así, este sector de la doctrina sostiene que la participación de particulares en el delito de peculado, de ser el caso que se trate de un incentivo a la

41 En cambio, la jurisprudencia colombiana ha dicho que para que haya apropiación en el peculado no es necesaria una consecuencia fenoménica u objetiva de la acción del peculador, sino que basta una simple situación psicológica de querer propio ese bien. Dijo la Corte: “El acto de apropiación se cumple en muchos casos mediante una actividad psicológica que opera sobre la situación jurídica concreta de tenencia, sin que inmediatamente esa conducta trascienda a una realidad fenoménica objetivamente constatable y, el consiguiente comportamiento del sujeto como dueño” (Ferreira, 1995, p. 30).

entrega de los caudales públicos, debe ser punible. Se entiende, por tanto, que los alcances de la norma del artículo 387° del Código Penal (peculado) no se limita a la salida del bien público de la esfera patrimonial del Estado, sino que se extiende a la conducta de los particulares que reciben dichos bienes, si es que de estos han propiciado dicha entrega.

En este sentido, la conducta desplegada por el autor del delito, así como la de los cómplices primarios y secundarios, deben darse hasta dicho momento, hasta la consumación del delito materia de análisis, luego de su perfección y consumación, no puede comprenderse más conductas dentro de los alcances del artículo 387° del Código Penal.

De allí, no se puede extender el tipo penal de peculado a conductas desplegadas ulteriormente a la consumación del delito, esto es, posterior a la salida de la esfera del patrimonio del Estado, es imposible a partir del texto del artículo 387° del Código Penal, comprender en sus alcances a conductas que han tomado lugar posteriormente a la efectiva disposición de los bienes públicos.

V. LAS CONSECUENCIAS DE ADMITIR LA TESIS DE ADMINISTRADOR DE “HECHO” Y DE “DERECHO” EN EL DELITO DE PECULADO

5.1. Cuestiones generales

El delito de peculado doloso (artículo 387° del Código Penal) sanciona al funcionario público que se apropia-utiliza “los caudales o efectos cuya percepción, **administración** o custodia le están confiados por razón del cargo (...)”. Definitivamente cuando el funcionario público administra legal o jurídicamente los caudales o efectos públicos no ofrecen mayores dificultades, pues aquí regirán expresamente las normas civiles o administrativas extrapenales para el cuidado de los caudales o efectos ingresados a la esfera de la administración pública. Lo que sí demuestra una sensible dificultad es la categoría del “administrador de hecho”⁴² en función al cuidado y vigilancia de los caudales públicos.

42 Cuando se refiere al *animus* de lucro en el delito de hurto, como sabemos, se trata de un elemento subjetivo del tipo, que comprende la intención de apropiarse del bien (disponer del bien como propietario) y la de obtener un beneficio o provecho. Por ejemplo, no habría ánimo de lucro en quien se lleva un abrigo de pieles de un restaurante donde ha estado comiendo, creyendo que es el suyo. En este caso, el *animus* de lucro ayudaría a definir el injusto de hurto.

Por ejemplo, la Corte Suprema de Colombia niega este criterio, pues “[l]o relevante para el Derecho penal, en relación con el delito de peculado, no es que el sujeto activo sea empleado de manejo u ordenador, en el sentido de que deba dedicarse funcionalmente en forma exclusiva a recibir y pagar dineros, o que tenga bajo su inmediata vigilancia esos bienes, o, en fin, que directamente sea él quien ordene los pagos, sin mediación de otros. Lo realmente importante es que el funcionario o funcionarios públicos tengan la disponibilidad material o jurídica o la posesión de la misma, en sentido jurídico-penal. Vale decir, es entendida simplemente como la posibilidad de disponer de la cosa por fuera de la vigilancia de otro”⁴³.

La discusión se centra básicamente si el concepto de “administrador de hecho” representa una lícita interpretación extensiva del término “administrador” o más bien ante una construcción que incurre en analogía prohibida: esto ocurrirá para todos aquellos que entienden que la expresión administrador implica elementos formales, de modo que la inclusión en el precepto correspondiente de situaciones puramente fácticas constituye analogía contra reo.

El funcionario público de Derecho o *de jure* (Rojas, 2013, p. 66), el funcionario público de *facto* o de hecho (Rojas, 2013, p. 66), el usurpador de funciones Vladimiro Montesinos no puede ser considerado “autor” del delito de peculado doloso por carecer de “vínculo funcional”, Vladimiro Montesinos no puede ser considerado autor del delito de peculado tipificado en el artículo 387° del Código Penal por las siguientes razones: se necesita que el sujeto activo (funcionario público) del aludido artículo 387° se apropie o utilice, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le hayan sido confiados *por razón de su cargo*. Como es sabido, existe una sentencia que condena a Vladimiro Montesinos Torres por el delito de *usurpación de funciones*, es decir, que no tiene vínculo funcional con los bienes estatales, lo que automáticamente convertiría en atípica la conducta de peculado en calidad de autor para Montesinos Torres. Cabe recordar que Vladimiro Montesinos Torres no puede ser autor del delito de peculado

43 Véase en tal sentido, Villavicencio (1990, p. 151). Para comparar también podemos poner como ejemplo el delito de asesinato (artículo 108°, inciso 2, del Código Penal) donde se mata para facilitar otro delito. No es necesario para la consumación de esta modalidad de asesinato que se dé comienzo a la ejecución del delito-fin. Es indiferente la verificación o no del delito-fin: la intención de cometer el segundo delito es la nota fundamental que da sentido a esta modalidad. La responsabilidad se determina por el grado de ejecución del medio-medio”. Véase, a su vez, Bramont y García (1996, pp. 53 y 54).

por inexistencia en el del imprescindible elemento de tipicidad objetiva de la vinculación funcional. En efecto, el delito de peculado doloso, en la forma como está configurado en la norma penal, requiere algo más que la condición especial para determinar la calidad de autor, y esta característica agregada de naturaleza imprescindible e insustituible es la vinculación funcional *por razón del cargo*.

Soler ha dicho que si “se trata de un funcionario *de facto*, que como funcionario actúa, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuido de estos. En ambos casos, el sujeto presenta el aspecto de funcionario legal: el pago hecho a él en buena fe, es un pago hecho al fisco y, en consecuencia, la substracción que aquél ejecute es peculado. Análoga es la situación del empleado incompetente que se cree competente para recibir una suma”⁴⁴.

5.2. La admisión del “administrador de derecho”

El artículo 77° del Código Penal argentino recepta el concepto de funcionario: “Por los términos ‘funcionario público’ y ‘empleado público’, usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”. La Convención contra la Corrupción en su artículo primero establece un concepto de funcionario público: «“Funcionario Público” “Oficial Gubernamental” o “Servidor público” es “Cualquier funcionario o empleado del estado 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 todos sus niveles jerárquicos”». Se da nociones en el artículo 1 de “función pública”, como de “funcionario público”, extendiéndose a funcionarios “electos para desempeñar actividades o funciones a nombre del estado”.

Se establece así, desde la perspectiva internacional, una concepción de funcionario público mucho más amplia que desde el punto de vista del funcionario o servidor público en perspectiva penal según los supuestos

44 Por eso Soler (1996) ha sostenido que “[e]l presupuesto característico de este delito coincide con el abuso de confianza del artículo 173, 2, con la diferencia de una situación oficial o son legalmente definidos: los bienes son confiados por la razón misma del cargo” (p. 180). En contra, Creus (1997, p. 287).

aplicativos del artículo 425° del Código Penal peruano (Capítulo IV, Disposiciones comunes). Por otro lado, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública (Ley 25188) de alguna manera desarrolló ciertos lineamientos generales en torno a la discusión del concepto de funcionario público, pues establece (artículo 1°) que les alcanza a todas las personas que se desempeñan en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

En segundo lugar, adecuar dicho concepto genérico a las exigencias típicas objetivas de la Parte Especial de espacio, tiempo, medios, etc. Resultará lógico que no habrá posición jurídica de garante, y por ende no existirá el deber de evitar ningún resultado, si el funcionario público realiza un delito de abuso de autoridad —aunque se den los demás supuestos de hecho— si el sujeto activo no ejerce funcionalmente el cargo.

Una cuestión adicional en cuanto a las particularidades del sujeto activo en delitos funcionales. Lo que realmente va a distinguir de un particular de la calidad de funcionario público no es la forma cómo este accedió a tal o cual cargo estatal, sino que lo determinante será, según la descripción legal, “el ejercicio de las funciones públicas”.

El particular puede ser legalmente asimilado a un funcionario público, aunque en la realidad carezca de las condiciones expresadas en el artículo 77° del Código Penal argentino. Así, por ejemplo, serán los artículos 237°, 239° y 240° del mismo cuerpo legal. Por ejemplo, el encargado del registro automotor en el ejercicio cotidiano de su labor; no se puede decir que aquella persona realiza una significación institucional de orden público, que constituye “ejercicio de funciones públicas”. En cambio, la índole de la “función” se califica cuando por ejemplo el escribano actúa como inventariador designado judicialmente, o cuando el abogado es habilitado como auxiliar en una diligencia judicial. La citada Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública también desarrolla un concepto de función pública, así se entiende por esta a “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

Entonces, en resumen, podemos afirmar que existe un antes y un después en las tesis aludidas teniendo como “referente” principal la figura de

Montesinos. En la tesis del Tribunal anticorrupción hay consumación de peculado después que aquel haya dispuesto los caudales públicos hacia terceros. En cambio, en la tesis de la defensa, existe consumación antes que Montesinos lo haya dispuesto.

Ahora bien, en el caso que sigamos la tesis del Tribunal anticorrupción habría que hacer algunas precisiones: ¿cuándo se consume el peculado teniendo como origen una estructura u organización compleja?

El criterio del “administrador de hecho”⁴⁵ ha sido, por el contrario, asumido por el Tribunal anticorrupción en el proceso que se le seguía a Vladimiro Montesinos que terminó condenándolo como autor del delito de peculado. La sentencia anota lo siguiente: “así pues el tipo penal de peculado del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, no solo sanciona al administración de iure sino también al administrador **de hecho o de facto**; debiéndose acotar que la ley no hace mención a que la percepción administración o custodia de caudales o efectos por un funcionario o servidor público sea de iure; basta, entonces, que el agente actúe en cuanto integrante del Sector Público y con motivo de su efectivo dominio del ámbito administrativo concernido. Admitir la figura del administrador de facto, se funda también en la necesidad de protección del patrimonio público (Morales, F., y Morales, O., 2016, p. 1282).

Hasta qué punto puede extenderse el círculo de destinatarios en el delito de peculado, originariamente dirigidas al administrador de derecho, aquel que jurídicamente dispone de los caudales. Es decir, que puede haber otros sujetos no vinculados legalmente con los caudales públicos. De esto puede inferirse que el ámbito de aplicación de esta equiparación entre administrador de “derecho” y de “hecho” se encuentra en los delitos especiales de funcionarios. Es necesario dar a la categoría del administrador de hecho un fundamento dogmático específico que sirva para determinar los contornos de la misma y fijar también sus límites.

45 Nuestra jurisprudencia ha dicho que “Para que se configure el delito de peculado los caudales que se entregan al funcionario o servidor público tienen que estar confiados en razón del cargo; habiendo el procesado recibido y dispuesto los bienes, no en su calidad de técnico de relaciones públicas de AUTODEMA, sino como presidente de una comisión por navidad de los trabajadores de dicha entidad, no concurre la exigencia típica por razón del cargo, ya que se trata de un acto ajeno a su competencia funcional como empleado público, fundamentos por los cuales se declara haber nulidad en la sentencia y reformándola se absuelve al procesado” (Rojas, 1999, Jurisprudencia penal comentada, p. 421).

En esta segunda acepción del administrador en el ámbito del peculado, ha entendido la jurisprudencia española como una disponibilidad fáctica, por parte de funcionarios con ocasión del ejercicio de la función pública, aunque sin tener competencia específica sobre los caudales o efectos públicos, bastando pues una disponibilidad de hecho a la que pudiera haber dado lugar el ejercicio de cualquier función pública (así por ejemplo, quienes desempeñan funciones auxiliares en virtud de las cuales tienen acceso meramente físico al manejo de los fondos del Estado⁴⁶).

Más aún en ámbitos complejos donde no sea compatible la idea de que quien administre tenga, material o tangiblemente, la cosa que administra. La tenencia material del bien que se dispone ilícitamente, es una forma de administrarlo, pero no es la única forma, porque puede suceder que el administrador no sea quien lo tiene, sino quien da las instrucciones de disposición del bien. Otros serán los encargados, materialmente, de tomarlo de un lugar y colocarlo en otro, lícitamente. También administra quien solamente tiene la disponibilidad jurídica u ordenamiento sobre los bienes, aunque no su tenencia o contacto material con ellos (Rojas, 1999, p. 339).

El concreto *estricto* de administrador de hecho se asocia, a partir de un hecho efectivo en virtud del cual se procede al nombramiento del sujeto como administrador, a la ausencia de algunos de los requisitos formales a los que el Derecho mercantil condiciona la eficacia de tal nombramiento. Según esto, el administrador de hecho sería un sujeto válidamente nombrado como administrador, y que obviamente actúa como tal, pero en cuyo nombramiento concurren vicios que pueden resultar determinantes de la anulación, no ha sido ratificado por la Junta.

Por el otro lado, el concepto *amplio* pero concreto en su contenido material de administrador de hecho incluye los casos que integra el concepto restringido en que quepa afirmar que un sujeto, no siendo administrador de derecho, ostentando el dominio social típico sobre la actividad de la persona jurídica. En este punto Silva Sánchez, en el marco de la fórmula del “actuar en nombre de otro”, apunta que estima “preferible seguir la vía de un concepto amplio, pero concreto en su contenido material, de “administrador de hecho”, que precisamente acoge el conjunto de los casos

46 Véase Pariona (2002), quien indica que “son fuentes que legitiman y crean este deber especial en el funcionario que administra los bienes públicos: la ley, el acto administrativo y los supuestos fácticos no contrarios a derecho” (p. 168).

en que el sujeto, en virtud de una actuación fáctica, ostenta el dominio social sobre la situación típica”⁴⁷.

Meini sostiene que el concepto “administrador de hecho” de cara al Derecho penal, ha de incluir a todos los que *de facto* realizan actividades de administración, en cuanto órganos de gestión y representación, constituyéndose, en consecuencia, en un concreto amplio. El fundamento dogmático de la punición del administrador de hecho en cuanto actúa en lugar de otro, ha de ser ubicado en el acceso al dominio social que consigue, lo que determina la existencia de una relación externa entre el administrador de hecho (*extraneus*) y el bien jurídico, idéntica a la que cabría establecer entre bien jurídico y el *intraneus*”.

Gracia Martín anota que “si un sujeto que no ostenta la cualidad de representante legal asumiera *de hecho* tales funciones, por ejemplo un sujeto que se arrogara la facultad de administrador judicial de una sociedad sin haber sido designado para tal efecto por la autoridad judicial, entonces el problema jurídico-penal se resolvería satisfactoriamente según una de estas dos hipótesis: a) para que sus acciones pudieran llegar a producir la lesión del bien jurídico —para que se comprobara la antijuricidad material— tendrían que pasar el filtro de la tolerancia de quienes ejercen el dominio social en el concreto ámbito en el que actúa; si dichas personas ejercen el adecuado control, el principio de intervención mínima relega la necesidad de incriminar aquellos actos usurpador que, a lo sumo, merecerá la pena de la tentativa de autor inidóneo; b) si las personas que ejercen el dominio social en la esfera en la que aquél actúa toleran sus actos y dejan que lleguen efectivamente a producir la lesión del bien jurídico responderán por la omisión si es equivalente a la acción”⁴⁸.

47 Que experimenta un nombramiento irregular que al menos le da una apariencia irregular. Por lo general, son tres los requisitos fundamentales, debe tener un título putativo, una causa justificada y lo más importante es que debe tener una causa lícita para llegar al cargo público.

48 Carece de un título putativo, ha llegado al cargo público ilícitamente, por medio de violencia o medios fraudulentos y no tiene una causa de justificación suficiente. La diferencia entre un usurpador y un funcionario de facto, radica en que el primero tiene una causa que está reñida con el ordenamiento jurídico, o sea, existe una voluntad criminal. En la segunda, —funcionario de facto— existe una causa que está acorde con el ordenamiento jurídico y una complacencia comprobable. La pregunta sería: ¿puede ser considerado funcionario público de facto —o administrador de hecho— quien en otro proceso la misma persona ha sido condenado por usurpación de funciones? La respuesta es definitivamente negativa. Porque ya existe un pronunciamiento judicial que expresa una causa ilícita (voluntad criminal) que torna incompatible con el concepto de funcionario de facto que su licitud.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL DELITO DE PECULADO

Actualmente, para el concepto típico de peculado en el derecho peruano tienen que determinarse por lo menos tres elementos concurrentes: la calidad de los bienes (caudales o efectos públicos), calidad de la persona (funcionario público) y la naturaleza de la relación que media entre el sujeto y los bienes públicos (vinculación funcional). Con respecto a los primeros puntos, el Código Penal no se limita a los bienes públicos ni a los funcionarios públicos, extiende la protección a los bienes privados, y la sanción penal alcanza a los sujetos que no necesariamente son funcionarios públicos.

El peculado (doloso y culposo) debería concebirse como una conducta de sustracción definitiva o distracción temporal de fondos públicos por parte de quien detenta tales bienes, tuviera o no la condición de funcionarios públicos, sin perjuicio de la agravación que ha de aplicarse a quienes ostentan efectivamente el cargo público. Se producía así un cambio relevante en la concepción de este delito de trasladar el elemento esencial que por el momento es el funcionario público, hacia el objeto material: los caudales y efectos públicos.

Precepto que recurre a una doble ficción, apartándose de la tradicional definición y estructura del peculado: en primer lugar, la de conceder a los depositarios de los bienes embargados la cualidad de funcionarios públicos, algo que el mismo Código Penal peruano lo contempla en el artículo 425°, inciso 6, en virtud del nombramiento de autoridad. En segundo lugar, la de considerar los caudales públicos a los bienes embargados de los particulares, a través del acto de afectación judicial o administrativo.

El elemento que nos permitirá descubrir la existencia de una competencia funcional es la esfera de custodia, que está referida a la actividad patrimonial del Estado donde la titularidad corresponde al funcionario público. La administración, percepción y la custodia son diferentes formas de posesión de los bienes que por su cargo ejerce el funcionario público, objetivando la relación funcional existente, dicha relación debe existir para que se configure el delito de peculado.

a) En la administración de bienes.- El funcionario público en razón de su cargo, conforme a los ordenamientos respectivos, posee facultades de disposición de los bienes, ya que tiene por ley facultades para aplicar

dichos bienes a finalidades determinadas por el ordenamiento jurídico⁴⁹. Y es por ello que debe tener el dominio de los bienes públicos, debido a sus funciones que le facultan a disponer de dichos bienes para aplicarlos a una finalidad legalmente determinada.

b) En la percepción de bienes.- El funcionario público, en razón de su cargo, recibe bienes de procedencia lícita para ingresarlos o regresarlos a la Administración Pública.

c) En la custodia de bienes.- El funcionario público, en razón de su cargo, protege, conserva y vigila los bienes públicos, y tal actividad de custodia significa una efectiva tenencia sobre dichos bienes. La custodia puede ser transitoria o permanente, pero en el momento de hechos la custodia del bien público debe haber sido confiada al funcionario en razón de su cargo (Soler, 1996, pp. 181 y 182).

Por último, la jurisprudencia penal peruana ha señalado, con buen criterio, que en relación al delito de peculado, por ejemplo en el caso de apropiación de útiles de escritorio (tampón, sello, engrapador y perforador) no merece la intervención del Derecho penal, por lo tanto debería aplicarse, como pasó en el siguiente, la aplicación del *principio de insignificancia*; principio que en determinadas infracciones penales donde está en juego principalmente el “patrimonio” del Estado debería aplicarse con más continuidad por los

49 En la Sentencia que condena a Vladimiro Montesinos Torres por el delito de usurpación de funciones se puede ver “[q]ue se le imputa al encausado Vladimiro Montesinos Torres (...) haber ejercido funciones diferentes al cargo que ostentaba de Asesor de la Alta Dirección del Sistema de Inteligencia Nacional, **usurpando de esta forma una función pública que no le correspondía (Jefatura del SIN)** habiendo instalado inclusive al interior del SIN su vivienda y oficina, desde donde ejercía el control absoluto en todas las esferas y con el solo propósito de enquistarse en el poder conjuntamente con el prófugo y el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori”. En otro pasaje de la sentencia concretamente se lee “[e]ntonces en ningún caso se le nombró como Jefe del SIN por ello no le estaba permitido dar órdenes que le correspondían a dicha jefatura, **tampoco su función de asesor le permitía haber manejado los fondos del Servicio de Inteligencia Nacional de las partidas I y II, así como otras asignaciones otorgadas al SIN, función que le correspondía al Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional quien era titular del pliego presupuestal** (...) pero lo que da gravedad al hecho es que adquirió autoridad total, controlando ilícitamente la información del Sistema de Inteligencia Nacional entonces vigentes (...) usurpó progresivamente de hecho la jefatura del Servicio de Inteligencia Nacional, desde que entonces era jefe de dicha institución Julio Salazar Monroe y luego Humberto Rozas Bonuccelli quienes no tuvieron reparo en entregar al procesado Montesinos Torres la **disposición de los dineros de la Partida de reserva de dicha institución**, siendo él, quien tomaba la decisión de su aplicación, fue así que progresivamente asumió el control de dicha entidad, siendo él quien decidía y ordenaba, llegando a ser el jefe formal un subordinado del asesor, debiendo implementar las directivas y órdenes que recibía, como fue el caso específico de Rosas Bonuccelli (...)”.

órganos jurisdiccionales de primera y de segunda instancia, claro, siempre y cuando la afectación al patrimonio sea exigua y no comprometa intereses de terceros de manera significativa.

En efecto, ha dicho nuestro máximo tribunal judicial:

Si bien está demostrada la relación funcional del procesado con los bienes apropiados, no se determinó cuáles serían los bienes objeto de esa apropiación. La condena se basa en la pericia contable, que concluye que se apropió de especies valoradas por S/.1, 103; sin embargo, en la acusación fiscal se le atribuye la apropiación de útiles de escritorio y de S/.27. Esta contradicción no ha sido aclarada durante el juicio oral, injiriéndose así una duda razonable. Que favorecer al encausado. Según el principio de intervención mínima, el Derecho Penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general. En ese sentido, la apropiación de útiles de escritorio, como un tampón, un engrapador, un perforador y dos sellos, no merecía la intervención del Derecho Penal, pues no produce una perturbación social que dote de relevancia penal a la conducta, precisamente por no transgredir las barreras mínimas que habilitan su intervención, que es de última ratio. (Sentencia emitida por la Sala Penal Permanente en el Recurso de Nulidad n.º 2676-2014-Puno del 10 de setiembre de 2015).

En otro fallo judicial también se aplicó el principio de mínima intervención para dejar de lado la comisión del delito de peculado doloso. El caso es el siguiente: se le acusaba a Eva Giselle García León, en su condición de Procuradora Pública del Ministerio de Energía y Minas, de apropiarse de 133.00 soles. Dicho dinero correspondía al fondo de caja chica de la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas. Asimismo, se le imputa haber falsificado la firma de su practicante preprofesional en los comprobantes de egreso, a fin de sustentar gastos de movilidad irreales ante la Tesorería y Oficina General de Administración de la institución mencionada.⁵⁰

50 Véase, en este sentido a la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente A.V. n.º 09-2015-1 del 14 de marzo de 2016, donde la Corte Suprema actuando como órgano de alzada, declara fundada la Excepción de Improcedencia de Acción planteado por su defensa técnica. En la jurisprudencia nacional existen diversos pronunciamientos sobre este principio. Así, la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad n.º 238-2009-Lima, en su fundamento jurídico quinto, señala que “en el caso concreto es relevante y aplicable el principio de subsidiariedad

En ese sentido, la citada ejecutoria ha dicho como criterio judicial lo siguiente:

El principio de intervención mínima constituye un límite al ius puniendi del Estado, pues señala que se justifica la intervención penal siempre que esta sea necesaria e indispensable para el mantenimiento de la armonía social y pues “El derecho penal deja de ser necesario podrá proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales”. (Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, séptima edición, Buenos Aires: B de I 2005, p. 126). En ese sentido, se tiene que este principio acoge los siguientes subprincipios: fragmentariedad y subsidiariedad (última ratio). En ese sentido, se tiene que el principio de fragmentariedad establece que el derecho penal no interviene en la regulación de todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo en las modalidades, más peligrosas (Vid. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, Parte General, séptima edición, Buenos Aires: B de f, 2005, p. 127). Asimismo, el principio de subsidiariedad y/o último ratio señala que el derecho penal deberá intervenir exclusivamente cuando otros medios de control social hayan fracasado en el intento de salvaguardar el buen desarrollo de la sociedad. (Bramont-Arias L., 2005, pp. 90 y 91).

Continúa el citado fallo judicial señalando lo siguiente:

En ese sentido, entendiéndose que los principios rectores del derecho penal—principio de mínima intervención, entre otros— exigen que su intervención se produzca estrictamente cuando el ilícito ocasionado ten-

según el cual el derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso que se debe utilizar a falta de otro menos lesivo, así como el denominado carácter fragmentario del derecho penal que constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino solo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos —el Derecho Penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad—; que ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima del Derecho Penal que consiste en que la intervención del Estado solo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización.” Siguiendo esta línea jurisprudencial, este Supremo Tribunal también ha expedido las ejecutorias recaídas en los recursos de nulidad n.º 3763-2011-Huancavelica y 1336-2012-Apurímac, indicando que cuando la lesión resulta ínfima se deben buscar otros mecanismos alternativos al sistema penal, toda vez que con dicho obrar no se quebranta significativamente la norma.

ga una alta trascendencia que altere el desarrollo normal de la sociedad, se tiene que la normativa penal no puede intervenir en ilícitos menores que puedan ser resueltos por otros mecanismos legales de nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, pese a que los hechos atribuidos al investigado puedan configurar el tipo penal imputado, no obstante, en aplicación del principio de mínima intervención, el derecho penal no podrá acudir a sancionar dicha conducta. En consecuencia, resulta idóneo analizar en el caso concreto la viabilidad de la postulación de la excepción de improcedencia de acción, pues si la conducta atribuida no es merecedora de pena, carece de relevancia proseguir con el desarrollo del proceso penal, más un si existen otras vías alternas que lesionan en menor grado el derecho del ciudadano.

VII. LA MODIFICACIÓN CONTENIDA EN LA LEY 29703 Y 29758

El día 10 de junio se publicó la Ley 29703, ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la administración pública. Se trata de modificaciones que no solo afectan a las sanciones penales (aumento de penas), sino que —y es lo que en realidad preocupa— pretenden incidir en el sentido de las conductas prohibidas, esto es, en el supuesto de hecho de las figuras delictivas. Si estas últimas modificaciones se conciben en el sentido que promueven una interpretación más restrictiva de los delitos contra la administración pública, entonces las consecuencias serían absolutamente negativas para la lucha contra la corrupción, no solo para aquellos actos de corrupción que se produzcan con posterioridad a esta ley, sino también para los que se produzcan con anterioridad a la vigencia de la misma, esto es, a la corrupción producida durante los regímenes de García, Toledo y Fujimori.

Como se sabe, en Derecho penal rige el principio constitucional de retroactividad de la ley penal más favorable (artículo 103° de la Constitución Política) (Ávila, 2002, pp. 895 y 896), por lo que si las nuevas figuras penales se entienden con menor alcance que las derogadas, esto es, menos conductas se consideran delictivas, entonces los procesados por corrupción podrían acogerse a la nueva normativa por considerar que sus conductas no son, ahora, relevantes penalmente. Incluso a pesar de que el Congreso derogue esta ley, los efectos de esta ya se habrían producido. Ello en razón del principio constitucional de la ley penal más favorable (artículo 139°, inciso 11, de la Constitución).

Es por lo que consideramos que la minimización de los efectos negativos de esta reforma se encuentra, sobre todo, en manos de los operadores del sistema de justicia (jueces y fiscales). Son ellos los que pueden mantener una interpretación óptima de los tipos penales relacionados con la administración pública y así evitar espacios de impunidad en el futuro y en los procesos por corrupción en curso.

En la reforma del delito de peculado se aprecian dos modificaciones relevantes las cuales podrían incidir, por un lado, en los modos de participación (complicidad o instigación) y, por otro lado, en la graduación de la gravedad del delito cometido.

Con relación a la primera, la reforma de la Ley 29703 ha suprimido el peculado para terceros. Esto es la fórmula referida a la apropiación o utilización para otro de caudales o efectos públicos. En su lugar incorporó una figura, tomada del Código Penal español, referida a la conducta de consentir que un tercero se apropie de caudales o efectos públicos.

La fórmula anterior, si bien no permitía una interpretación clara sobre el momento de consumación del peculado para terceros, había sido aclarada por la jurisprudencia mayoritaria. Dicha jurisprudencia había establecido que la consumación del peculado para terceros se producía al momento en que el bien era entregado al tercero o cuando aquel se encontraba a disposición de esta. Esto permitía imputar como cómplice del delito de peculado a aquel tercero (particular) que recibía el bien o tenía a su disposición el mismo.

La modificación producida incorpora una figura autónoma del delito de peculado que tampoco coadyuva una interpretación clara sobre el momento de consumación, reposa sobre el hecho de consentir que otro se apropie, entonces podría evidenciarse una peligrosa y equivocada línea de interpretación que diferencia el momento de consentir y el posterior momento en que otra persona se apropia de los bienes o caudales públicos. Esta diferenciación permitiría excluir a los particulares o extraneus como cómplices del delito de peculado dado que su intervención se produciría con posterioridad a la consumación del delito.

En nuestra opinión, esta modalidad del peculado se puede considerar claramente como un delito permanente (situación de consentimiento sostenida por el funcionario o servidor público), de tal manera que la situación de consentimiento puede extenderse hasta el momento en que

el tercero se apropia de los caudales o efectos del Estado. Esta posición permite, evidentemente, comprender a los extraneos o terceros particulares como cómplices del delito de peculado. Corresponden a la Sala Penal de la Corte Suprema de la República evitar lagunas de impunidad sobre todo con terceros que cooperan con los funcionarios o servidores públicos en la apropiación de bienes o caudales públicos.

Con relación a la segunda modificación, la reforma ha creado una agravante del delito de peculado en razón del valor del perjuicio o peligro de perjuicio producido al patrimonio del Estado. Específicamente el tipo penal agrava la sanción penal al funcionario público en la medida en que lo apropiado o utilizado supere las 10 unidades impositivas tributarias (UIT). En consecuencia, no se trata de una condición objetiva de punibilidad que determine la impunidad de actos de apropiación inferiores a las 10 UIT, sino de una graduación de la gravedad del injusto. Esta es una reforma pertinente.

VIII. RESPECTO A LA MODIFICATORIA DEL DELITO DE PECULADO DE USO ARTÍCULO 388° EN LA LEY 29703

Sin perjuicio del agravamiento de la sanción penal, no apreciamos cambios relevantes en el supuesto de hecho. Cabe señalar que los casos de uso de vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo también se encontraban excluidos de la figura derogada de peculado de uso.

El artículo 387° del Código Penal sanciona el delito de peculado de la siguiente manera: El funcionario público 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 (...).

Los elementos objetivos constitutivos del delito de peculado son los siguientes:

- a) existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos;
- b) la percepción, administración o custodia;
- c) modalidades de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma;
- d) destinatario, para sí o para otro;
- y e) objeto de la acción: los caudales o efectos.

El ordenamiento jurídico penal sanciona, en esta medida, la indebida apropiación o utilización de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia estaban confiadas al funcionario o servidor público a su favor o de un tercero. Hacerse de los caudales y efectos del Estado. Así lo ha entendido también la jurisprudencia nacional: “La conducta típica

supone, en los delitos de peculado, crear un desbalance patrimonial, de suerte que el monto asignado para el desarrollo de una actividad no se vea reflejado en ella misma, siendo causa de este desbalance (para que se realice el tipo penal en la modalidad denunciada) un traslado de recursos de una esfera patrimonial a la otra (...)” (Exp. Camaná 498-98-P/CAM).

IX. SOBRE LOS VIATICOS Y TRATAMIENTO A TRAVÉS DEL ACUERDO PLENARIO N.º 07-2019

Como es sabido, los viáticos constituyen el caudal público que recibe el funcionario o servidor público para cubrir sus necesidades personales cuando se encuentre en comisión de servicio⁵¹. En otras palabras, los viáticos constituyen fondos públicos que son otorgados a un funcionario o servidor público para el cumplimiento de una determinada comisión de servicios, por lo que le son entregados para su correcta administración; esto es, el funcionario, servidor público, recibe un monto a efectos de disponer de él y aplicarlo a la finalidad correspondiente⁵². **Deben distinguirse dos características que integran el concepto de viáticos: i) la calidad del dinero estatal entregado al funcionario o servidor público para efectuar el encargo en el lugar del destino —verbigracia: costos, tasas y derechos de trámite— y ii) el dinero tasado que se le entrega para atender sus gastos personales —movilidad, alimentación y hospedaje—.**

La primera característica es entregada por la administración al funcionario o servidor público en calidad de posesión o administración; mientras que la segunda en calidad de transferencia en disposición, es decir, que puede ser usada por el funcionario o servidor público como lo crea conveniente sin existir otro límite salvo el monto máximo tasado por día —Decreto Supremo n.º 007-2013-EF del 22 de enero de 2013, que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional—, y a quien se le exige el informe de los gastos (Ley 27619, ley que regula la autorización de viajes al exterior de servidores y funcionarios públicos).

51 Ejecutoria suprema del 15 de julio de 2019, recaído en el Recurso de Nulidad n.º 2202-2018-Lima, emitida por la Sala Penal Permanente.

52 Ejecutoria suprema de 13 de julio de 2015, recaído en el Recurso de Nulidad n.º 3186-2014-Cusco, emitida por la Sala Penal Transitoria.

Consecuentemente, al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. Así, existen dos tendencias jurisprudenciales que sostienen que los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia. Ahora bien, si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite rendir cuentas, ya sea en forma negligente o intencional, sin alguna duda da lugar a responsabilidad administrativa y civil, pero de ninguna manera penal⁵³.

Por el contrario, existe otro criterio jurisprudencial en la cual decía cuando el sujeto activo use tales viáticos para fines privados y no para cumplir con los fines propios de la comisión de servicios, se apropiará indebidamente de los caudales públicos, y pondrá en peligro los intereses patrimoniales del Estado; tanto más si se tiene en cuenta que en el caso *sub indice* los caudales, materia de apropiación, no solo estaban destinados a cubrir gastos de viáticos, sino también a la realización de actividades y gestiones municipales que estaban a cargo de los acusados. Aunado a ello, ya existe un pronunciamiento en esta instancia suprema, recaído en el expediente signado como recurso de nulidad número dos mil seiscientos sesenta y cinco-dos mil ocho-Piura, en el que se determinó que constituye delito de peculado que el funcionario o servidor público efectúe actos de disponibilidad, de un monto de dinero que le fue asignado, para un determinado fin: viáticos, gestiones municipales, realización de actividades, entre otros, lo que conlleva a que el Estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia legal; y, por otro lado, se quebrantan los deberes de lealtad y probidad con relación al sistema de administración pública.⁵⁴

Ahora bien, como bien ha precisado el Acuerdo Plenario n.º 07-2019 en la cual menciona que se ha producido una confusión entre la calidad del dinero estatal entregado propiamente para efectuar el encargo (para pagar el valor de bienes y/o servicio que son el objeto de la comisión o son inherentes a

53 Ejecutoria suprema de 26 de marzo de 2015, recaído en el Recurso de Nulidad n.º 907-2014-Tacna, emitida por la Sala Penal Permanente.

54 Ejecutoria suprema del 13 de julio de 2015, recaído en el Recurso de Nulidad n.º 3186-2014-Cusco, emitida por la Sala Penal Transitoria.

ella, como costos, tasas, derechos de trámite, etcétera, en el lugar de destino) y el dinero (en monto tasado) entregado a quien se desplazará para atender sus necesarios gastos personalísimos en el lugar a quien se desplazará (destino provisional). Aunque probablemente se entreguen simultánea o paralelamente ambos montos, cada uno pertenece a rubros presupuestables distintos y su naturaleza y objeto concreto son también diferentes.

El funcionario o servidor público puede utilizar el dinero otorgado como viáticos para alimentarse, dormir y desplazarse como mejor crea conveniente (se trata de necesidades básicas primarias), puesto que no existe otra limitación para gastar el dinero entregado salvo el monto máximo tasado por día, y la razonable advertencia de que no se cubre con aquella suma el consumo de bebidas de contenido alcohólico, pero con cargo a rendir cuentas del gasto realizado, por lo que no es correcto afirmar que aquel específico monto mantiene la condición de caudal público entregado bajo administración. Corresponde tener en claro que la facultad de la libre disposición de los caudales percibidos es incompatible con el concepto de administrar dinero para fines estatales⁵⁵. En consecuencia, no cabe asumir válidamente la presunción de que el comisionado desplazado que no rinde cuentas, pero que realizó cabalmente el encargo del desplazamiento, no efectuó gastos personales durante su viaje para llegar a destino y que una vez en el destino no se alimentó ni se alojó en algún lugar, todo para concluir que debe devolver toda la suma recibida por aquellos conceptos⁵⁶.

Cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir, lo incorporó a su patrimonio, probablemente, constituye un delito de falsedad. Es decir, cuando la conducta que despliega el agente público consiste en sustentar con comprobantes espurios de manera fraudulenta, gastos que jamás se hicieron y de ese modo, lograra ilícitamente quedarse con dinero público. En realidad, estaría cometiendo los delitos de falsificación de documentos (primer párrafo del artículo 427 del Código Penal), uso de documentos falsos (segundo párrafo del artículo 427 del Código Penal) o falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal), según corresponda y no delito de peculado por apropiación⁵⁷.

55 Acuerdo Plenario n.º 07-2019

56 Acuerdo Plenario n.º 07-2019

57 Acuerdo Plenario n.º 07-2019

En tal virtud, existiendo el deber de rendir cuentas para el funcionario o servidor público y el de devolver lo no gastado (exigencia legal en el Perú), el incumplimiento total o parcial no habrá de connotar el delito de peculado por apropiación. En tal supuesto puede configurarse una infracción administrativa y/o laboral; probablemente se podrá procesar administrativamente por no haber rendido o devuelto lo que no se utilizó para gastos personales durante el viaje⁵⁸.

La consecuencia administrativa prevista ante la sola omisión de rendir total o parcialmente cuentas revela en el Perú una posible conducta reacia, tal vez deshonesta, pero sin suficiente entidad como para fundar una imputación penal y menos una condena por delito de peculado, debido a la naturaleza especial de los viáticos, y debe ser separada de la práctica desleal de apropiarse de dinero de las arcas del Estado pretextando una misión irreal o fraguada para tal fin; por tanto se podrá considerar el dinero entregado y recibido en la auténtica calidad de viáticos cuando: i) La comisión (dentro o fuera del territorio nacional) sea cierta y no una falsa formalidad para encubrir una apropiación ii) se cumpla la comisión encargada (independientemente del resultado obtenido) iii) el monto del dinero entregado se ajuste al marco o nivel tope de la cantidad permitida por ley (no se haya inflado o sobredimensionado la suma)⁵⁹.

El ámbito jurídico-penal ha de intervenir ante la ausencia de otros medios menos intensos de reacción estatal que proteja el bien jurídico y restablezca el derecho afectado, ello constituye la materialización de los principios de mínima intervención y fragmentariedad, de las que el tratamiento de la no rendición de viáticos o puede ser excluida. Por tanto, antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión, si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo. Ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene eficaz tratamiento extra penal. Peor aun cuando sin la indagación previa y debida se pudiera imputar⁶⁰.

58 Acuerdo Plenario n.º 07-2019

59 Acuerdo Plenario n.º 07-2019.

60 Acuerdo Plenario n.º 07-2019.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.
- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra.
- Atansio, M. y De la Lama, M. (1877). *Diccionario de jurisprudencia y de legislación peruana*. Lima.
- Ávila, J. (2002). Significación de conceptos empleados en el Código. En Baigún-Zaffaroni (Dir.), Terragni (Coord.), *Código Penal y Normas Complementarias*, 2, *Parte General*, Buenos Aires.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Ara Editores.
- Barandiarán, R. y Nolasco, J. (2006). *Jurisprudencia penal generada en el subsistema Anticorrupción. Corrupción gubernamental*, tomo I, Lima: Palestra.
- Berdugo, I. (1999). *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Editorial Praxis.
- Bernal, J. (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte especial. Los delitos de hurto y robo en el Código Penal*. Lima: San Marcos.
- Blecuá, R. (1985). La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación (estudio del artículo 397 del Código Penal). En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXVIII, fascículo III. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- Boumpadre J. (2001). *Delitos contra la administración pública*. Buenos Aires: Maave.
- Bramont-Arias, L. y García, M. (1996). *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Lima: San Marcos.
- Bramont-Arias, L. y García, M. (1998). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. 4.^a ed. Lima: San Marcos.
- Bramont-Arias, L. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3.a ed. Lima: EDDILL.
- Breglia, G. (2003). *Código Penal y legislación complementaria*. Buenos Aires: Astrea.
- Caro, D. (2002). *Código Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Caro, J. (2007). *Diccionario de jurisprudencia penal*. Lima: Grijley.
- Di Giorgio, J. (2004). El sentido del verbo sustraer en el delito de peculado. En *Revista de Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

- Donna, E. (2000). *Derecho Penal. Parte especial III*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Estrella, O. y Godoy, R. (1995). *Código Penal*, tomo 3. Buenos Aires: Hammurabi: Buenos Aires.
- Ferreira, F. (1995). *Delitos contra la administración pública*, Bogotá: Temis.
- Laje y Gavier. (1996).
- Martínez, A. (1997). *Régimen penal de la función pública*. Bogotá: Editorial Linotipia Bolívar.
- Mir Puig, C. (2000). *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*. Madrid: J. Bosch Editor.
- Morales, F., y Morales, O. (2016). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra: Aranzadi.
- Núñez, R. (1992). *Tratado de Derecho penal*, tomo quinto, volumen II, Parte Especial. Córdoba: Marcos Lerner Editora.
- Pariona, Raúl. (2002). El concepto 'por razón del cargo' en el delito de peculado. En *Magistri et doctores*, año VIII, n°. 2. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Peña, E. (1995). *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibáñez.
- Portocarrero, J. (1996). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Portocarrero.
- Rodríguez, A. y Galetta, B. (2000). *Código Penal. Comentado, concordado, anotado, vol. II*. Parte especial. Rosario: Juris
- Rojas, F. (2000). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Rojas, F. (2002). *Delitos contra la administración pública*. 3.^a ed. Lima: Grijley.
- Rojas, F. (1999). *Jurisprudencia penal comentada*, tomo I. Lima: Gaceta Jurídica.
- Rojas, F. (2013). Ubicación dogmática y el rol que juega el tercero ('para otro') en el delito de peculado doloso. El tema de la vinculación funcional. En *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Salinas, R. (2006). *Delitos contra el patrimonio*. 2.a ed. Lima: Jurista Editores.
- Soler, S. (1996). *Derecho penal argentino*, tomo 5. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Villavicencio, F. (1990). *Lecciones de Derecho penal*. Lima: Cultural Cuzco.