



IUS ET  
TRIBUNALIS

Cuadernos Jurídicos

Año 6, n.º 6 | enero-diciembre 2020  
ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660





IUS ET  
TRIBUNALIS

Cuadernos Jurídicos

Año 6, n.º 6 | enero-diciembre 2020

ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660

**Ius et Tribunalis**  
**Cuadernos Jurídicos de la Facultad de Derecho**  
**Año 6, n.º 6 | enero-diciembre 2020**  
**ISSN impreso 2518-4067 | ISSN en línea 2519-0660**

**Comité Editorial**

**Director General**

Halley Lopez Zaldívar (Universidad Continental)

**Editor Responsable**

Tony Vínolo Osorio (Universidad Continental)

**Integrantes**

Omar Sumaria Benavente (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Hugo Sologuren Calmet Ponte (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Julio Salomé Castro (Universidad San Martín de Porres)

**Comité Consultivo**

Dante Torres Altez (Universidad Continental)

Luis Alfaro Valverde (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Juan Manuel Sosa Sacio (Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

Roberto González Álvarez (Universidad Andina del Cusco)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2016-13514

Disponible a texto completo en <http://journals.continental.edu.pe/>

**Cuidado de edición**

Jullisa del Pilar Falla Aguirre, Fondo Editorial

**Diseño y diagramación**

Yesenia Mandujano Gonzales, Fondo Editorial

**Traducción**

Giuliana Suce Simeón

Revista disponible a texto completo en <http://journals.continental.edu.pe/>

# Contenido/Content

Editorial 7

Cuando se legaliza el despotismo el derecho fracasa:  
una perspectiva jurídica

When despotism is legalized, the law fails: a legal perspective

*Abel Augusto Zegarra Ramos* 11

El conocimiento del profesional del Derecho sobre los  
aspectos jurídicos del expediente clínico en México

Knowledge of the Law professional on the legal aspects  
of the clinical record in Mexico

*Omar Alejandro Bravo Acevedo, Fernando González  
Contreras, Marco Antonio Santana Campas* 19

La visa humanitaria para los venezolanos en el Perú,  
simil al caso peruano en Argentina. Análisis y comentarios

The humanitarian visa for Venezuelans in Peru, similar to  
the Peruvian case in Argentina, analysis and comments

*Fabio Olivares Ramón* 43

SUNAT, un aliado que podría ayudar a encontrar indicios  
en contribuyentes que puedan estar cometiendo delitos  
de lavado de activos

SUNAT, a partner who could help to find indications in  
taxpayers who may be committing money laundering crimes

*Hugo Anthony Espinoza García, Mayra Nicole Rengifo Tovar* 57

El peculado en la legislación penal peruana Embezzlement in peruvian criminal legislation <i>James Reátegui Sánchez</i>	73
Requisitos y condiciones de redacción, y envío de artículo jurídico	147

# Editorial

doi: <http://dx.doi.org/10.18259/iet.2020001>

El actual contexto, provocado por la pandemia de la COVID-19, ha generado cambios profundos en el sistema educativo y, en alguna medida, en el sistema de investigación en toda latitud. No obstante ello, así como los educadores y educandos, los investigadores han logrado adaptarse a estas nuevas circunstancias, lo que incluso ha llevado a identificar nuevos espacios para la aplicación de las categorías jurídicas, tal es así que se ha llamado la atención hacia nuevas áreas relacionadas con la sanidad, los derechos colectivos, además del análisis crítico de las herramientas actuales y su capacidad para atender los efectos generados por la pandemia.

De manera paralela a lo mencionado, los ensayos jurídicos han podido ver la luz respecto de los diferentes asuntos de interés para la comunidad jurídica y general, como es el caso de la corrupción, el lavado de activos y la migración, temas que son presentados en esta nueva edición de *Cuadernos Jurídicos Ius et tribunalis*

Corresponde entonces agradecer las colaboraciones a nuestros autores, así como al cuerpo editorial por el esfuerzo realizado para poner en pantalla un nuevo número de esta publicación periódica de la Facultad de Derecho.

Halley López Zaldívar

Director





# Editorial

The current context, caused by the COVID-19 pandemic, has generated profound changes in the educational system and, to some extent, in the research system at all latitudes.

However, as well as educators and students, researchers have managed to adapt to these new circumstances, which -even- has led to the identification of new spaces for the application of legal categories, so much so that attention has been drawn to new areas related to health, collective rights, as well as critical analysis of current tools and their ability to address the effects generated by the pandemic.

In parallel to the aforementioned, legal tests have been able to see the light regarding the different matters of interest to the legal and general community, such as corruption, money laundering, and migration, the same that are presented in this new edition of “Cuadernos Jurídicas Ius et Tribunalis”.

Corresponds - then - to thank our authors for their contributions, as well as the editorial staff for the effort made to put on screen a new number of this periodical publication of the Law School.

Halley López Zaldívar

The General Director



## **CUANDO SE LEGALIZA EL DESPOTISMO EL DERECHO FRACASA: UNA PERSPECTIVA JURÍDICA**

**When despotism is legalized, the law fails: a legal perspective**

*Abel Augusto Zegarra Ramos\**  
*Universidad Católica San Pablo*

Recepción: 03/06/2020

Aceptación: 18/12/2020

### **Resumen**

Dos grupos económicos extranjeros se han posicionado en el mercado nacional, gracias a una resolución ministerial del año 2010 que permitió que solamente se pueda utilizar oxígeno medicinal con una concentración de 99 % o 100 % para inhalación humana. Sin embargo, para cumplir con la producción de tales concentraciones, deberían utilizar implementos costosos y los empresarios nacionales no tendrían la capacidad de proveer cantidades suficientes para la comercialización, sobre todo en los centros hospitalarios. Con estas medidas se promueve el mercantilismo que eleva los costos y acaba con el libre mercado.

Ante la crisis ocasionada por la pandemia del covid-19, en la cual miles de personas se han visto afectadas, y la urgencia por adquirir balones de oxígeno, se han perdido muchas vidas. Las empresas extranjeras comercializadoras de este vital elemento no han abastecido la demanda. Ante esta situación, el Estado peruano emitió un decreto de urgencia, válido por este año, que permite el uso de oxígeno de una concentración del 93 %, y que las empresas nacionales puedan comercializarlo, y con ello se ha satisfecho la demanda de este producto. Sin embargo, una vez pasada la crisis, la producción seguirá en manos de capitales extranjeros.

**Palabras clave:** adquisición y utilización de medicamentos, oxígeno medicinal, grupos económicos, covid-19, crisis sanitaria.

---

\* Abogado por la Universidad Católica San Pablo. Egresado de la Maestría de Derecho en Ciencias Penales por la Universidad San Martín de Porres. Abogado litigante en temas relacionados a Derecho Penal y otras disciplinas.

### **Abstract**

Two foreign economic groups have placed themselves in the national market due to a ministerial resolution of the year 2010, which allowed that only medical oxygen of 99% or 100% concentration could be used for human inhalation. However, in order to fulfill the production of such concentrations, the implements to be used are expensive and the national businessmen would not be able to provide enough quantities for their commercialization, especially in health centers.

In the face of the crisis generated by the Covid-19 pandemics, where thousands of people have been affected, and the urgency of counting with enough oxygen tanks, many lives have been lost since the foreign businesses that commercialized it have been unable to cope with the demand, the Peruvian State has decided to emit an urgency decree that allows the use of oxygen of a concentration of 93% only for this year, thus letting national businesses to commercialize it again, which in turn has satisfied the evident demand of this product; nonetheless, once the crisis is over, this production will continue to be in the hands of foreign capitals.

**Keywords:** Acquisition and use of medicines, medical oxygen, economic groups, covid-19, health crisis.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El 27 de enero del año 2010 se publicó la Resolución Ministerial N.º 062-2010-MINSA, firmada por el entonces ministro de Salud, Oscar Raúl Ugarte Ubilluz, en el gobierno del entonces presidente de la república, Alan García Pérez.

Esta resolución, que contiene el Petitorio Nacional Único de Medicamentos Esenciales para el Sector Salud, ostenta por finalidad «[r]egular la prescripción, dispensación, adquisición y utilización de medicamentos en todos los establecimientos del Sector Salud, acorde con la Política Nacional de Medicamentos, promoviendo de esta manera el uso racional de los medicamentos.». En otras palabras, establecía los lineamientos para la obtención por parte del sector salud de todos los medicamentos e insumos requeridos para su utilización en la población.

En ella se dispuso que el oxígeno medicinal utilizado debía tener una concentración de 99 % o 100 % para inhalación. Antes de esta modificación, la concentración era de 93% y 95% en el Perú, y era

elaborado y producido por varias empresas nacionales que abastecían (o proveían) a postas, hospitales y a quienes lo requirieran.

Los oxígenos de 93 % y 95 % tienen un costo menor y el método de producción suele ser un sistema de absorción que se puede instalar en cualquier posta u hospital. Además, es preciso señalar que las características de uso por grado de pureza de oxígeno difieren ya que el de 93 % suele ser empleado con frecuencia en el cultivo de peces, tratamiento de agua potable, en los hospitales para la respiración artificial de pacientes de salas de operaciones, en vehículos de emergencias para la atención médica primaria de víctimas de accidentes, en clínicas veterinarias para la respiración artificial de animales mientras se les presta asistencia médica, entre otros.

El oxígeno con una pureza de 95 % suele ser utilizado en el uso de biorreactores para producir medicamentos, extracción de oro, soldadura, corte de materiales, etc.

El oxígeno con un grado de pureza igual o superior al 99,5 % es utilizado en entornos sanitarios para el tratamiento de hipoxia, en anestesia y reanimación, nebulización de medicamentos y cefaleas en racimo o tipo clúster; sin embargo, el costo de producción y la tecnología requerida para lograr esta pureza es sumamente elevada y el empresario nacional no iba a poder lograr una comercialización masiva ni global del producto.

## **II. DESARROLLO DE LA COMERCIALIZACIÓN DE OXÍGENO EN EL PERÚ A PARTIR DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL N.º 062-2010-MINSA**

Para exponer el presente acápite, es menester hacerse el siguiente cuestionamiento: ¿la distinción del uso de oxígeno de 99 % - 100 % a 93% - 95% es determinante? La respuesta está en el Dictamen Preliminar de Evaluación de Tecnología Sanitaria sobre el Uso de Oxígeno Medicinal al 93 por Ciento en Pacientes Oxígeno Requirientes (2017).

Al respecto, esta evaluación concluye en que «la descripción técnica de la composición del oxígeno al 93 % en la farmacopea mexicana, europea u estadounidense, evidencian que existe un uso autorizado de oxígeno medicinal al 93% en dichas sociedades.» (IETSI-EsSalud, 2017, p. 19). Según indica la opinión de expertos en medicina intensiva, «el oxígeno medicinal al 93 % es de beneficio para los pacientes con insuficiencia

respiratoria al igual que el oxígeno medicinal al 99%, lo cual se condice con las recomendaciones de la OMS y las guías clínicas revisadas.» (IETSI-EsSalud, 2017, p. 19).

En otras palabras, el estudio indica expresamente que se puede —y pudo— utilizar oxígeno medicinal al 93 % sin ningún problema, teniendo en consideración que la investigación fue publicada en junio de 2017, fecha en que no había crisis pandémica como la que tenemos hoy en día.

Ahora bien, debemos tener en consideración que las normas jurídicas, las leyes y las resoluciones ministeriales deberían atender a intereses de la sociedad y responder al fortalecimiento del bien común, y bajo ninguna perspectiva sujetarse a intereses privados de sectores económicos poderosos. Las personas que estuvieron detrás de esto, entre ellos el ex ministro de Salud por el APRA, Oscar Raúl Ugarte Ubilluz, sabían perfectamente lo que estaban haciendo al realizar estos cambios dentro del sistema de gobierno en el sector de salud. Si se revisa los miles de soles obtenidos en cientos de contratos con el Estado peruano, nos daremos cuenta de esta realidad.

Empero, el cuestionamiento inmediato que se hace es el siguiente: ¿a quién favorecía, entonces, la resolución ministerial emitida? Surgen así los nombres de dos grupos económicos extranjeros, Grupo Linde, de Alemania, y Air Products, de Estados Unidos.

En la Tabla I se muestra cómo ha sido el desarrollo de la comercialización del oxígeno medicinal en el Perú durante los últimos 12 años. Como se aprecia existe un monopolio de dos grupos internacionales que operan en el país y que no pudieron suministrar oxígeno para los miles de peruanos que lo necesitaron en esta pandemia. Todas aquellas personas que no disponían de seis mil soles o más para conseguir balones de oxígeno tuvieron que fallecer.

### **III. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL DECRETO DE URGENCIA N.º 066-2020**

El Decreto de Urgencia N.º 066-2020, publicado el 4 de junio de 2020 —ante la crisis que ya ocasionó muertes y un desabastecimiento absoluto de oxígeno—, ha tratado de poner paños fríos y una solución provisional. Al respecto, indica que ya se puede utilizar el oxígeno medicinal al 93 % y brindárselo a los pacientes que así lo requieran.

**Tabla 1.** Comercialización del oxígeno medicinal en el Perú (2008-2020)

Grupo internacional	País del grupo	Empresa peruana	Contratos (millones de soles)	Periodo del contrato	Sector contratante del Estado
Grupo Linde	Alemania	Praxair Perú S.R.L. <sup>1</sup>	180	2008-2020	Minsa, EsSalud y gobiernos regionales
Grupo Linde	Alemania	Linde Gas Perú S. A. <sup>2</sup>	67	2008-2020	Minsa, EsSalud y gobiernos regionales
Grupo Linde	Alemania	Tecnogas S. A. <sup>3</sup>	35	2008-2020	Minsa y EsSalud
Air Products	EE. UU.	Air Products Perú S.A. (Ex Messer Gases del Perú) <sup>4</sup>	57	2008-2020	Minsa, EsSalud y gobiernos regionales
Air Products	EE. UU.	Indura Perú S. A. <sup>5</sup>	30	2008-2020	Minsa y EsSalud
Oxyman	Perú	Oxyman Comercial S.A.C. <sup>6</sup>	13	2008-2020	Minsa, EsSalud y gobiernos regionales

Pero, tal cual menciona el citado decreto de urgencia, esto se da sólo de manera *excepcional*, siendo que de un momento a otro el Estado se dio cuenta de que sí podía utilizar, como antes lo hacía, el oxígeno de 93 %. En este sentido, el Decreto señala lo siguiente:

2.2 Excepcionalmente, se autoriza el uso del oxígeno medicinal con una concentración no menor al 93%, para lo cual el establecimiento de salud debe garantizar el cumplimiento del programa de mantenimiento y calibración del equipo generador, líneas de distribución y almacenamiento del oxígeno medicinal, así como el control de calidad y cambio de los consumibles.

1 Véase <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20338570041/contratos>

2 Véase <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20100128994/contratos>

3 Véase <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20100381894/contratos?pageNumber=92>

4 Véase <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20382072023/contratos?pageNumber=431>

5 Véase <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20473938929/contratos?pageNumber=97>

6 Véase <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/20516367670/contratos?pageNumber=70>

Este decreto de urgencia señala expresamente que tendrá una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020, lo cual significa que una vez vencido el plazo se volverá a aplicar la Resolución Ministerial N.º 062-2010-MINSA y los intereses económicos pregonarán, de nuevo, por sobre las necesidades sustanciales de una sociedad magullada y desangrante. Esto es algo que no se debe permitir y que requiere comprender que un decreto de urgencia no soluciona el problema real, tan sólo mitiga las consecuencias de los favorecimientos a grupos económicos poderosos. No significa, en otras palabras, instrumentalizar el derecho para ciertos intereses económicos, que ya van más allá del gobierno de turno.

#### **IV. CUANDO EL DERECHO HA SIDO SOBREPASADO Y SE SUPERPONEN LOS INTERESES ECONÓMICOS**

Una perspectiva de la filosofía del derecho en la visión de Bodenheimer (1940), nos puede llamar a la reflexión. Para el citado autor, el poder visto en sentido sociológico «es la capacidad de un individuo o grupo de individuos de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos. Puede ejercerse el poder por medios físicos, psicológicos o intelectuales.» (p. 15).

El mencionado autor sostenía que el Derecho es una suerte de mediador o término medio entre la anarquía y el despotismo. Entiende a la anarquía como «la situación social en la que se da a todos los miembros de la comunidad un poder ilimitado» (Bodenheimer, 1940, p. 18). Mientras el despotismo lo observa como «una forma de gobierno en la que un hombre goza de un poder ilimitado sobre los súbditos a los que rige. Puede manifestarse en dos formas. En primer término puede significar el poder puramente arbitrario y caprichoso de un hombre que trata de dominar a otros para satisfacer un ansia personal de poder. En segundo lugar puede aparecer en forma de una idea o propósito impersonal que el déspota intenta —o finge querer— realizar. La segunda forma de despotismo tiene más éxito y es a la vez más peligrosa.» (Bodenheimer, 1940, p. 21).

El autor alemán afirmaba que el Derecho tiene un papel fundamental en la sociedad, ya que, para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; y para evitar el despotismo, enfrenta el poder del gobierno. El derecho debe crear restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder (Bodenheimer, 1940, p. 26).



Del análisis hecho hasta el momento, se puede detectar que, a pesar de los múltiples estudios realizados respecto al oxígeno medicinal y su utilización al 93 % de pureza, el Estado peruano decidió, sin sustento o fundamento científico alguno, el cambio de elaboración al 99 % o 100% de pureza. La intención de la resolución ministerial y de las personas que estuvieron detrás de ello, las cuales no son personas comunes y corrientes, sino más bien servidores públicos que sabían perfectamente lo que estaban haciendo; sobrepasa y excede las verdaderas necesidades de la población, aprovechando un entorno en el que casi nadie podía denunciar tal abuso en la utilización normativa para imponer dichas medidas y así favorecer a intereses económicos extranjeros, monopolizando el mercado de oxígeno a nivel nacional.

Esto es una suerte de despotismo en segundo estado —para referirse en términos del profesor Bodenheimer—, ya que disfrazado por un cambio en la adquisición y utilización de medicamentos en todos los establecimientos del sector salud, acorde con la Política Nacional de Medicamentos y promoviendo de esta manera el uso «racional» de los mismos, se desbarató a la industria nacional o a los empresarios que podían proveer de oxígeno a los establecimientos de salud, bajo la fachada de una «idea» de mejora para el sistema. En otras palabras, el Derecho fue sobrepasado, los intereses particulares se impusieron y esto ha quedado en evidencia no sólo con el desabastecimiento, sino con el hecho de que el actual gobierno con el Decreto de Urgencia N.º 066-2020 es plenamente consciente de la situación que exponemos, pero que no tiene el ánimo de cambiar a futuro, por el contrario, después de la emergencia, se pretende continuar con el mismo sistema, hecho que a través de este artículo ponemos de manifiesto.

## V. CONCLUSIONES

- La Resolución Ministerial N.º 062-2010-MINSA, firmada Oscar Ugarte, entonces ministro de Salud en el segundo gobierno aprista, dispuso que el oxígeno medicinal utilizado en centros hospitalarios y otros debía tener una concentración de 99 % o 100 % para inhalación. Antes de esta modificación, el oxígeno medicinal utilizado tenía una concentración de 93 % y 95 % en nuestro país y era elaborado y producido por varias empresas nacionales.

- El Dictamen Preliminar de Evaluación de Tecnología Sanitaria sobre el Uso de Oxígeno Medicinal al 93 por Ciento en Pacientes Oxígeno Requirientes ha indicado expresamente que se puede —y pudo— utilizar oxígeno medicinal al 93 % sin ningún problema, teniendo en consideración que el estudio fue publicado en el mes de junio del año 2017, sin ninguna crisis pandémica como la que tenemos auestas hoy en día.
- El desarrollo de la comercialización del oxígeno medicinal en el país durante los últimos doce años permite evidenciar que son dos los grupos económicos dominantes en la industrialización de oxígeno medicinal como consecuencia de la Resolución Ministerial N.º 062-2010-MINSA.
- El Decreto de Urgencia N.º 066-2020, publicado el 4 de junio de 2020, ha colocado una solución al desabastecimiento de oxígeno de manera excepcional y sólo por el presente año 2020, autorizando el uso del oxígeno medicinal con una concentración no menor al 93 %. Pasado este año, volverá a entrar en vigencia la Resolución Ministerial N.º 062-2010-MINSA.
- El Derecho es un mediador entre la anarquía y el despotismo. Sin embargo, cuando el despotismo se camufla como una suerte de idea impersonal o de movimiento, su peligro es mayor porque tiene la intención de solo seguir intereses personales o que favorezcan a un grupo o grupos de poder como puede evidenciarse en el presente caso.

## REFERENCIAS

Bodenheimer. E. (1940). *Teoría del derecho*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.

Instituto de Evaluación de Tecnologías en Salud e Investigación – IETSI-EsSalud. (2017). *Uso de oxígeno medicinal al 93 por ciento en pacientes oxígeno requirientes. Dictamen Preliminar de Evaluación de Tecnología Sanitaria N.º 029-SDEPFyOTS-DETS-IETSI-2017*. Lima: junio-2017.

## **EL CONOCIMIENTO DEL PROFESIONAL DEL DERECHO SOBRE LOS ASPECTOS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE CLÍNICO EN MÉXICO**

**Knowledge of the Law professional on the legal aspects of the  
clinical record in Mexico**

*Omar Alejandro Bravo Acevedo\**

*Fernando González Contreras\*\**

*Marco Antonio Santana Campas\*\*\**

Recepción: 15/05/2020

Aceptación: 18/12/2020

### **Resumen**

A medida que avanzan los años, las ciencias jurídicas van evolucionando y adaptándose a nuevas realidades y contextos sociales, y estas pretenden que las personas interactúen y vivan en armonía con sus semejantes, por lo que es indispensable regular la conducta y actividad humana en cada área del Derecho. En este artículo se estudió una figura jurídica del área de la medicina, específicamente el expediente clínico, el cual se origina a partir del servicio de atención médica entre el profesional de la salud y el paciente, por lo que el objetivo principal de esta investigación fue establecer los aspectos jurídicos básicos del expediente clínico que debe conocer el profesional del Derecho para que pueda proceder legalmente en representación de los usuarios de la salud, ante la autoridad competente. A efecto de cumplir con el objetivo de esta investigación, se usó la metodología cualitativa documental, a través de la revisión sistemática de la literatura, donde se identificó los aspectos jurídicos básicos que son del interés del abogado y que este debe conocer, así como las sanciones que contempla la legislación mexicana en contra de los médicos por el mal manejo del expediente clínico.

**Palabras clave:** Expediente clínico, profesional del derecho, profesional médico, aspectos jurídicos, responsabilidad profesional.

---

\* Maestrante en derecho por el Centro Universitario del Sur, Universidad de Guadalajara  
\*\* Médico cirujano partero por el Centro Universitario del Sur, Universidad de Guadalajara  
\*\*\* Doctor en Psicología, profesor e investigador en el Centro Universitario del Sur, Universidad de Guadalajara.

### **Abstract**

As the years go by, the legal sciences evolve and adapt to new realities and social contexts, which look for people to interact and live in harmony with their peers, so it is essential to regulate human behavior and activity in each area of the law. In this article, a legal form of medicine, specifically, the clinical record, was studied that it's originated from the medical care service between the health professional and the patient. Therefore, the main objective of this research was to establish the basic and legal aspects of the clinical file, the law professional must know, so that they can proceed legally on behalf of health users before the competent authority. To fulfill the objective of this research, a qualitative documentary methodology was used through a systematic review of the literature whence it was possible to establish the basic legal aspects of knowledge and interest to the lawyer, as well as the sanctions contemplated by Mexican legislation against physicians for mishandling the medical record.

**Keywords:** Clinical record, law professional, health professional, legal aspects.

## **I. INTRODUCCIÓN**

En las últimas décadas, el ejercicio de la profesión médica ha evolucionado a tal grado que hoy en día ofrece grandes posibilidades de asistencia, servicio y diagnóstico. Todo ello tiene que ver con los avances de las comunidades médica y científica, que han venido dando pasos agigantados en los últimos tiempos, pero también hoy en día se le exige más al profesional de la salud. Así, para la práctica médica actual, se requiere un riguroso y ético ejercicio de la profesión, ya que los errores en esta área no son tolerados; en ese sentido, las legislaciones de los países han implementado leyes que rijan y sancionen las eventualidades que surgen con motivo de una *lex artis* indebida.

Resulta pues necesario que surja en la actualidad una responsabilidad profesional más rigurosa, que sancione al profesional de la salud, en comparación con años anteriores. Tiene sentido lo narrado por Galván et al. (2015), que dicen que toda atención médica conlleva un riesgo médico-legal, por lo que el acto médico debe cumplir con la *lex artis* para disminuir el daño al paciente, por lo tanto, es pertinente darle máxima importancia al expediente clínico, ya que este servirá como el mejor medio de prueba en caso se presente un juicio por una *mala praxis*.

Esta investigación tiene como eje central el estudio del expediente clínico, el cual, según datos históricos apareció de manera formal, en 1824 (Garduño, 2006), cuando en el Hospital de Santa María (Massachusetts) se empieza a registrar de manera sistemática las acciones que se hacían en los pacientes, y se continúa hasta llegar a la actualidad, donde cada país ha recogido esta figura médica-jurídica como garantía de calidad en el servicio de asistencia médica. En el estado mexicano, el expediente clínico encuentra sustento en diferentes normatividades, especialmente en la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012.

En ese tenor, esta investigación se centró en el estudio de diversos artículos científicos, normas y leyes que contienen los aspectos jurídicos del expediente clínico, con el fin de establecer los elementos que debe conocer el profesional del Derecho, respecto de dicho expediente, con el propósito de que pueda proceder legalmente cuando un usuario se vea afectado por una mala *praxis* médica. Asimismo, se establecen las sanciones a las que se hace acreedor el profesional de la salud por no cumplir con dichos aspectos jurídicos del expediente clínico.

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El expediente clínico es un instrumento jurídico en el que descansan datos personales y profesionales. Nace de la atención médica, de acuerdo con los requisitos establecidos por la ley. Además, es un documento de gran valor para los avances de la medicina, ya que su estudio sirve de base para realizar investigaciones y políticas de salud que involucran a la comunidad médica y científica a nivel internacional. Su integración mantiene una gran similitud entre naciones, pero su regulación jurídica es exclusiva competencia de cada país.

En el estado mexicano, encuentra su sustento principal en la norma oficial mexicana NOM-004-SSA3-2012, la cual menciona puntualmente los requisitos que debe considerar el profesional de la salud para la integración de dicho expediente, por lo que cualquier violación esta norma, por los profesionales de la salud, el personal administrativo o las instituciones de asistencia médica, ya sean públicas o privadas, constituye una responsabilidad profesional, y va desde una infracción administrativa hasta la comisión de un delito, dependiendo de la gravedad y circunstancia específica.

En atención a lo anterior, el expediente clínico debería ser el instrumento de máxima importancia médica dentro de las instituciones de salud, pero con frecuencia no sucede así, ya que no se le da la importancia debida. Esto se explica, por un lado, por la falta de sanción a médicos, enfermeros, personal administrativo y, en general, a representantes de las instituciones de asistencia médica que están en contacto o que tienen alguna participación con dicho expediente, y por otro lado en el desinterés de los particulares por conocer el contenido de su expediente clínico y las condiciones en que este se encuentra o si realmente se encuentra resguardado en las instituciones, tal como lo marca la ley, y que seguridad o garantía existe de que terceras personas no tengan acceso a él, o que el personal médico haga un uso indebido del mismo.

Al respecto, Ramos, Nava y San Juan (2011), en una investigación, entrevistaron a 90 profesionales de enfermería, quienes reconocieron la importancia de los registros de enfermería y que estos debían conformar el expediente clínico; sin embargo, a pesar de ello, se demostró que el 54,4 % del personal desconoce los requisitos legales o científicos mínimos para la cumplimentación de los registros, además no reciben capacitación institucional. Asimismo, manifiestan que la carga excesiva de trabajo es el principal factor que influye en el incumplimiento del llenado de los registros de enfermería. Como consecuencia de ello, se encontraron múltiples deficiencias en el personal para la cumplimentación de los registros.

Para Hernández (2019), otro aspecto que afecta el uso de expedientes clínicos es el que se hace con fines de investigación, ya que a menudo existen prácticas invasivas, donde se evidencian riesgos de discriminación mediante el uso indebido de la información contenida en dicho expediente. Es decir se accede a la información sin autorización, y esta acción se considera una intromisión a la privacidad con el fin de obtener un beneficio. Estas situaciones se constituyen en una vulneración a los aspectos jurídicos del expediente, porque no se ha respetado la ley.

Si bien es cierto, la legislación mexicana contempla los mecanismos para el acceso al contenido del expediente con fines investigación clínica, en términos de la Declaración de Helsinki (2004), que establece que la investigación clínica se realiza con el propósito mejorar los procedimientos diagnósticos, terapéuticos y preventivos, así como la comprensión de la etiología y fisiopatología de las enfermedades que afectan al ser humano.

No obstante, para que el acceso a la información sea permitido, debe realizarse con la autorización del paciente o por mandamiento de autoridad competente, y no por autonomía del profesional médico o de la institución.

Con relación a lo anterior, para efectos de que un médico pueda brindar información contenida en un expediente clínico, debe informar al paciente para saber si este está de acuerdo en que el contenido de su expediente sea revelado a terceras personas; de lo contrario, sería una violación a los derechos del paciente. En ese sentido, López (2006) refiere que el derecho a la información constituye un derecho fundamental, el cual deriva de un derecho humano y es una garantía que tiene toda persona y de la que goza ampliamente; por su parte, Vallejo y Nanclares (2019) mencionan que cuando el profesional se desatiende de la obligación de informar, se generan consecuencias jurídicas de carácter patrimonial o incluso de privación de la libertad.

Así, el expediente clínico ha pasado de ser una documentación que servía exclusivamente para valoración de criterios médico asistenciales a un documento con criterios médico legales. En la actualidad, la actualización del expediente clínico ha sido descuidada en la práctica médica, ya que se considera que es un simple registro, y con frecuencia no se gestiona de manera ordenada, tampoco existe un resguardo adecuado y confiable o se escribe en él de manera ilegible; en general esto sucede porque no visionan los riesgos y la posibilidad de que se genere alguna complicación. Al respecto Barba (2018) menciona que en el transcurso de la historia el profesional de la salud ha hecho caso omiso y ha menospreciado el marco jurídico en el que desarrolla su actividad, esto les ha causado (en más de una ocasión) sorpresa o desconcierto cuando por algún motivo alguno de sus pacientes presentó una querrela o demanda.

La vulneración jurídica en la integración del expediente clínico es una constante en las instituciones de salud, y aún más en el sector privado, donde menos control existe. Entre los años 2010 a 2017, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), en la Síntesis de la Recomendación General N.º 29/2017 sobre el expediente clínico como parte del derecho a la información en servicios de salud, menciona que ha emitido 96 recomendaciones a diversas instituciones del sector público, derivadas del incumplimiento de las normas oficiales mexicanas, por la indebida integración del expediente clínico, lo que demuestra la falta de capacitación e irresponsabilidad por parte de los centros de asistencia médica.

De lo expresado en las líneas anteriores, se puede comprender que la intención de las autoridades en materia de salud es que se conozca y se respete el contenido del expediente clínico, tanto en sus ámbitos procedimentales, en los campos de aplicación médica, como en los requisitos y aspectos jurídicos generales que dicho expediente debe cumplir, para que en ese tenor, se pueda conocer y demostrar cuáles son las fallas en los centros de asistencia médica que originan las malas prácticas del personal de salud, ya sea por revelar información indebida, por el mal llenado o extravío y uso indebido de dicho expediente.

En ese sentido, y con apego a la normatividad, se busca que toda práctica médica esté fundamentada bajo las guías clínicas, estándares de ética y profesionalismo, así como en la observancia de las normas jurídicas, donde todos estos elementos se reúnen para conformar el expediente clínico, en el cual se hallará toda información necesaria para realizar un correcto ejercicio de la *lex artis*, dejando evidencia de los procedimientos y diagnósticos que el médico realizó en pro de un paciente.

### III. JUSTIFICACIÓN

La norma oficial mexicana NOM-004-SSA3-2012, respecto del expediente clínico, es de observancia general en el territorio mexicano, por ende sus disposiciones son obligatorias para todos los prestadores de servicios de atención médica, ya sean públicos, sociales o privados, por lo que, en ese orden de ideas, no solo obliga a cumplir con lo dispuesto a las instituciones de atención médica de alta importancia, sino también incluye a los pequeños consultorios y médicos ambulantes. Es en ese sentido que los elementos y requisitos del expediente clínico deben ser conocidos, respetados y cumplidos por todo aquel que ejerza un servicio médico, donde se involucre a un paciente.

Uno de los fines del expediente clínico es conocer el procedimiento de manera específica, de cómo el profesional de la salud llevó a cabo dicha práctica médica. Así en atención a que si la relación médico-paciente resultara litigiosa por considerarse que se empleó un tratamiento indebido, que según el paciente fue perjudicial para él, el expediente servirá como la principal prueba ante un proceso legal, ya que se le podrán hacer dictámenes médico-jurídicos para determinar si hubo una mala *praxis* o



no, en el sentido de que al haber anomalías en el expediente o de no existir un expediente, esto solo contribuirá en perjuicio del médico.

Por lo tanto, el expediente clínico debe contener información actualizada y registros de los elementos técnicos esenciales para el estudio y la posible solución de los problemas de salud del paciente, incluyendo, además, los tratamientos de prevención, curativos y rehabilitadores. Este expediente se constituye como un instrumento obligatorio funcional para las instituciones de asistencia médica de todos los sectores de salud integrado, conforme a ley.

Por ello, para que los profesionales del derecho puedan brindar una asesoría o representación más profesional y adecuada, es pertinente hacer una relación de los aspectos jurídicos necesarios que deben considerar en el análisis del expediente clínico, y conocer si hubo o no una violación al mismo y, según sea el caso, proceder con las demandas o denuncias o explicarle al cliente que su petición no es pertinente. Con esta revisión previa se evitará que el aparato de administración de justicia se active por un procedimiento sin causa.

El presente trabajo también analiza las normas y leyes que rigen la vida jurídica del expediente clínico, a efecto de establecer qué sanciones podría recibir un profesional de la salud por un mal manejo de dicho documento, con el objetivo de que se prepare y capacite a efecto de evitar un proceso legal. Asimismo, ya que el expediente es una herramienta primordial para el médico cuando exista una acusación en su contra por una supuesta mala *praxis*, este instrumento le servirá en su defensa de haberse integrado como manda la ley.

## **IV. OBJETIVOS Y PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN**

### **4.1. Objetivo General**

Identificar los aspectos jurídicos básicos que establecen la norma oficial mexicana NOM-004-SSA3-2012 y la normativa aplicable al expediente clínico, que deben ser del conocimiento del profesional del derecho, para que este pueda proceder legalmente en representación de los usuarios de la salud, ante la autoridad competente.

#### **4.1.1. Objetivo específico**

Describir las sanciones que contempla la legislación mexicana a los profesionales de la salud, por la revelación de información a personas no autorizadas o por la mala integración del expediente clínico, o por el uso indebido y/o extravío del expediente clínico.

#### **4.2. Pregunta de investigación**

1. ¿Cuáles son los aspectos jurídicos básicos del expediente clínico que debe conocer el profesional del derecho para proceder legalmente en representación de los usuarios de la salud ante la autoridad competente?

##### **4.2.1. Pregunta secundaria**

2. ¿Qué sanciones existen para los profesionales de la salud en la legislación mexicana por la revelación de información a personas no autorizadas, o por la mala integración del expediente clínico, o por el uso indebido y/o extravío del expediente clínico ?

### **V. METODOLOGÍA**

La investigación es cualitativa con un enfoque hermenéutico fenomenológico y de tipo documental descriptivo, dado que busca analizar documentos, instituciones, normas y hechos en su contexto natural para ser interpretados desde una visión fenomenológica. En ese sentido, se hizo una revisión sistemática de artículos de investigación con adaptación de los criterios de la declaración PRISMA (Urrútia & Bonfill, 2010).

#### **5.1 Fuentes de información**

Para identificar las fuentes primarias de información se recurrió a las bases de datos Scielo, Vlex, Ebsco, ProQuest Central y SciencDirect y la revista Conamed. Los términos de búsqueda, mediante los operadores booleanos comillas (“”) y AND, fueron los siguientes descriptores profesional del Derecho, profesional médico, aspectos jurídicos, responsabilidad profesional, todos ellos conjugados con el término expediente clínico. Los resultados de la búsqueda arrojaron 127 artículos, de los cuales se descartaron 111 por no cumplir con los criterios de inclusión (obras

originales o de revisión, haber sido publicados entre 1999 y 2020), estar repetidos o no estar relacionados con el tema de investigación.

Además, de los 16 artículos seleccionados, se consultó la normativa de la legislación mexicana: códigos, leyes federales, leyes generales y normas oficiales, y algunos artículos seleccionados manualmente o sugeridos por los expertos. Para el almacenamiento y análisis de los artículos, se utilizó la hoja de cálculo Excel.

## **VI. RESULTADOS**

El objetivo general de esta investigación fue identificar los aspectos jurídicos básicos que establecen la norma oficial mexicana NOM-004-SSA3-2012 y la normativa aplicable al expediente clínico, que deben ser del conocimiento del profesional del derecho, para que este pueda proceder legalmente en representación de los usuarios de la salud, ante la autoridad competente. En este apartado se responderán las preguntas de investigación, para ello primero se describe la normativa mexicana sobre el expediente clínico; luego, se realiza el análisis a la luz de las investigaciones en la materia, y, por último, se describen las responsabilidades administrativas, penales y /o civiles por faltas al expediente clínico.

### **6.1. Generalidades del expediente clínico**

El expediente clínico es un acto jurídico que nace de la relación de un profesional de la salud y un paciente, con motivo de un acto médico, el cual debe ser recabado de manera profesional y de acuerdo a la ley. Al respecto, la Norma oficial mexicana NOM-004-SSA3-2012, en su numeral 4.4:, describe al expediente clínico

Como el conjunto único de información y datos personales de un paciente, que se integra dentro de todo tipo de establecimiento para la atención médica, ya sea público, social o privado, el cual consta de documentos escritos, gráficos, imagenológicos, electrónicos, magnéticos, electromagnéticos, ópticos, magneto-ópticos y de cualquier otra índole, en los cuales el personal de salud deberá hacer los registros, anotaciones, en su caso, constancias y certificaciones correspondientes a su intervención en la atención médica del paciente, con apego a las disposiciones jurídicas aplicables. ( NOM-004-SSA3-2012, numeral 4.4)

Según la definición de la NOM-004-SSA3-2012, el expediente clínico es un registro que contiene toda la información atinente a la evolución del paciente, su enfermedad, avances y retrocesos, su recaída o su cura. Como dicho expediente tiene información sobre los exámenes practicados al enfermo y las anotaciones médicas de los miembros del equipo de salud que participa en el tratamiento de aquel, es importante su buena integración, manejo y custodia, pues es una parte de la historia del paciente que puede trascender para el tratamiento de casos futuros y para un mejor servicio de salud en general. Por ello, se considera que es un documento básico en todas las etapas de la atención médica al fungir como guía metodológica para la identificación integral de los problemas de salud de cada persona.

En la Ley General de Salud (LGS), específicamente en los artículos 77 Bis 9 y 77 bis 37, se hace referencia al expediente clínico. La LGS establece como una obligación que “la acreditación de la calidad de los servicios prestados deberá considerar al menos los aspectos siguientes: [...] V. Integración de expedientes clínicos [...]” (artículo 77 Bis 9), y por la otra como un derecho que se fundamenta en el artículo 77 bis 37: «los beneficiarios del Sistema de Protección Social en Salud tendrán además los derechos establecidos en el artículo anterior, los siguientes: [...] VII. Contar con su expediente clínico [...]».

Al hacer un análisis del expediente clínico con relación a los párrafos anteriores, se aprecia que la NOM-004-SSA3-2012 plantea más obligaciones para el sector salud, ya que en la propia definición del expediente clínico, se establece que este deberá ser integrado en los establecimientos de salud pública, social y privada, a diferencia de la Ley General de Salud, que únicamente lo contempla como derechos y beneficios para aquellos beneficiarios que pertenecen al Sistema de Protección Social en Salud, como por ejemplo, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) o Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE).

En atención a la NOM-004-SSA3-2012, se puede establecer que el expediente clínico es el resultado del vínculo que surge entre la obligación que tiene el profesional de la salud y el derecho del paciente, a ser integrado con motivo de la relación de un servicio de salud ya sea pública, privada o social. Esta obligación a la que se hace referencia, relacionada con el profesional de la salud, es igualmente obligatoria para las terceras personas que participan en la elaboración del expediente clínico, por lo que se les

debe exigir igual observancia y cumplimiento de manera profesional, de tal modo que el expediente clínico pueda ser una fuente confiable de datos que sirva para el seguimiento adecuado del paciente.

La Ley General de Salud menciona que la atención médica “es el conjunto de servicios que proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud”. En ese entendido, el personal médico debe registrar su atención y servicio, llenando de manera ordenada los datos clínicos del usuario conforme a la NOM-004-SSA3-2012, denominada precisamente “Del Expediente Clínico”, y aunque esta no contempla un protocolo para el llenado de dicho expediente, sí establece los requisitos mínimos que debe contener, por lo que el médico al ser omiso o negligente con la información podría incurrir en una responsabilidad profesional o inclusive en un delito, si la falta es grave.

En ese sentido y dado que es un documento de máxima importancia, Ojeda, et al (2019) dice que, al contener dicha información tan valiosa, el expediente clínico debería emigrar completamente a la virtualidad, ya que de manera electrónica se podría tener un mejor cuidado de la información en razón a que los expedientes se deterioran o se extravían, de igual forma se podría tener un único expediente clínico para todas las consultas y que esté disponible las 24 horas. Idea que resulta además pertinente ya que la Ley del Seguro Social, en su artículo 111, y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en su artículo 10, contemplan el registro electrónico del expediente clínico.

### **6.1.1. Del contenido del expediente clínico**

Para establecer un dato exacto del contenido del expediente clínico, se debe tomar en cuenta lo contenido en el numeral 5.2, de la NOM-004-SSA3-2012, precisamente llamada del expediente clínico, donde se establecen los términos generales, los datos que debe contener, como, por ejemplo, tipo, nombre y domicilio del establecimiento, el nombre de la institución a la que pertenece, denominación social del propietario o concesionario, nombre, sexo, edad y domicilio del paciente.

A partir de ahí, esta norma hace una relación amplia de figuras médico-legales trascendentes que deben aparecer en el expediente clínico, figuras en las cuales establece una serie de requisitos con que estos deben contar

y que se encuentran ubicadas desde el punto 5.2 hasta el 10.6.2, y pueden ser consultadas de manera específica en la NOM-004-SSA3-2012. En las líneas siguientes se hará un análisis de las figuras que se consideran más relevantes y que deben ser de las de mayor interés para el profesional del derecho: la historia clínica, propiedad del expediente, protección de datos y las sanciones en que incurre el profesional médico.

### **6.1.2. Historia clínica**

En términos De Freitas y Drumond (2016) “la historia clínica es un documento valioso para el paciente, para el médico que lo asiste y para las instituciones de salud, así como para la enseñanza, la investigación y los servicios públicos de salud” (p. 13), pero además es un instrumento de defensa legal que tiene como objetivo principal recabar los datos del estado de salud del paciente para facilitar la asistencia sanitaria. Entonces, se puede considerar que la historia clínica es el instrumento básico del buen ejercicio médico y que sin ella es imposible que el profesional de la salud pueda tener una visión completa del paciente en la línea del tiempo.

En ese sentido, Ramos (2000) comenta que la integración de la historia clínica de los pacientes es obligación del médico que los atiende, con independencia del servicio prestado o lugar y establecimiento donde este se realice; por ello es preciso recordar que la NOM-004-SSA3-2012 habla de la obligatoriedad de integración del expediente clínico para los tres sectores: público, privado y social. De igual forma, menciona el autor que los pacientes tienen derecho a tener una historia clínica, donde figuren todos los datos relativos a su atención médica, por lo que la historia clínica debe integrarse teniendo en cuenta los diferentes usos que la legislación le atribuye, ya sea en lo asistencial, formativo y docente, científico e investigativo, evaluación de la calidad asistencial, inspección médica, administrativos y jurídicos.

Para Gómez y Triana (2001), la historia clínica es el estudio principal que se realiza para conocer en qué estado se encuentra el paciente y qué problemas clínicos tiene, es un diagnóstico y un plan de tratamiento. Asimismo, mencionan que, a medida que se amplían los estudios y se desarrolla el tratamiento, toda esta información se debe documentar en el expediente clínico a través de las notas médicas.

Al respecto y en total concordancia con los autores antes citados, la norma oficial mexicana NOM-004-SSA3-2012, del expediente clínico, menciona que la historia clínica efectivamente debe ser elaborada por el personal médico, pero abre la posibilidad a que otros profesionales del área de la salud también puedan integrarla, de acuerdo con las necesidades específicas de información de cada uno de ellos, en particular. Esto quiere decir que, además del médico, terceras personas están facultadas para elaborarla, como podrían ser enfermeros o inclusive personal administrativo en ejercicio de funciones.

Con relación a lo anterior, por cuanto ve a terceros que no son médicos, pero que están obligados a cumplir con las formalidades del expediente clínico, López, Moreno y Saavedra (2017) señalan que la participación del personal de enfermería se debe plasmar en un registro clínico y en tal reporte se debe anotar toda atención que se brinda de una forma completa, basada en la valoración, planeación y cuidado del paciente, de acuerdo con las necesidades de la persona con la finalidad de otorgar un cuidado de calidad. Dichos registros de enfermería deben estar integrados en la historia clínica del paciente, lo que conlleva repercusiones y responsabilidades de índole profesional y legal, y se precisa llevarlos a la práctica con el necesario rigor científico que garantice su calidad.

Entonces, todo aquel sujeto que tenga relación con el expediente clínico debe ser responsable del cuidado de dicho expediente, de tal manera que la integración de sus elementos no sea viciada. La norma oficial mexicana NOM-004-SSA3-2012, entre los elementos más importantes que la historia clínica debe contener, menciona puntualmente los siguientes:

- Interrogatorio
- exploración física
- resultados previos y actuales de estudios de laboratorio, gabinete y otros
- diagnósticos o problemas clínicos
- pronóstico
- notas terapéuticas.

La historia clínica, según Criado (1999), debe ser completa, ordenada, única, legible y comprensible, respetuosa, rectificable cuando sea necesaria

y veraz, pero además —señala— qdeben existir elementos esenciales como la confidencialidad, el acceso al paciente a tener una copia y el secreto médico, ya que este último constituye una doble obligación: por un lado, el aspecto deontológico, es decir, el deber ético y moral del médico hacia su paciente, y por otro lado, el aspecto legal, donde la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados y el Código Penal Federal, con sus correlativos estatales, establecen la obligación de protección de datos particulares y las sanciones a los profesionales de la salud por el ejercicio indebido de la praxis médica.

### 6.1.3. De la propiedad del expediente clínico

Hoy en día es bastante discutido el tema de la propiedad del expediente clínico, aunque la legislación ya se ha pronunciado al respecto, queda aún la incertidumbre acerca de la titularidad de dicha figura jurídica. Al respecto, Hernández (2019) refiere que

la normatividad mexicana define a la información del expediente clínico como datos personales y datos personales sensibles, siendo el paciente el titular de esta información, por lo que el acceso, manejo, obtención, uso, divulgación, almacenamiento, aprovechamiento o transferencia está sujeta al consentimiento del titular. (p. 62)

Esto da a entender que el paciente es dueño de la información que contiene el expediente clínico, pero la titularidad de ese expediente físico, que contiene los datos del paciente, pertenece a un tercero.

Por su parte, Ramos (2000) afirma que el expediente clínico es propiedad del médico cuando este ejerce la profesión por cuenta propia y es propiedad de la institución sanitaria cuando el médico actúa por cuenta ajena, como es el caso de los profesionales que trabajan en el Sistema Nacional de Salud. Además, menciona que ninguna ley otorga la propiedad de la historia clínica al paciente, ya que este solo tiene derecho a conocer la información que se recabó con motivo de su servicio de atención médica, por lo que tiene derecho a obtener una copia de su historia clínica.

En el mismo sentido, se manifiestan Carrasco y Lejía (2019), quienes opinan que el propietario de dicho expediente es la institución o el prestador del servicio de salud que lo generó, pero el paciente es el único titular de los derechos del expediente clínico, que se conforma con la información



de los datos personales e información sensible, pero hace la distinción de dicha titularidad de derecho para los fines de investigación, por lo que es el paciente quien debe dar la autorización para usar la información. También comentan que las instituciones de salud tienen que regular sus procedimientos para utilizar el expediente clínico con fines de investigación, y solicitar una carta de consentimiento informado al paciente con el fin de tener acceso a sus datos.

Al respecto, la norma oficial mexicana NOM-004-SSA3-2012 fundamenta plenamente lo manifestado por Carrasco y Lejía (2019), cuando establece en el punto 5.4 que:

Los expedientes clínicos son propiedad de la institución o del prestador de servicios médicos que los genera, cuando este no dependa de una institución. En caso de instituciones del sector público, además de lo establecido en esta norma, deberán observar las disposiciones que en la materia estén vigentes. Sin perjuicio de lo anterior, el paciente en tanto aportante de la información y beneficiario de la atención médica, tiene derechos de titularidad sobre la información para la protección de su salud, así como para la protección de la confidencialidad de sus datos, en los términos de esta norma y demás disposiciones jurídicas que resulten aplicables. (NOM-004-SSA3-2012, 2012)

Aunque no todos están de acuerdo en que la NOM-004-SSA3-2012 establezca criterios para la definición de propiedad. Roldán (2006) opina que esta norma no es la adecuada para hacer eso, ya que no es idónea para definir derechos de propiedad en razón a que los derechos de propiedad tienen que definirse fundamentalmente en ley, y por tanto, una norma de carácter administrativo genera una serie de problemas, no solamente por validez legal y constitucional del instrumento en donde se hace, sino también agregando cuáles son los problemas que va generando.

Aunque existan criterios encontrados acerca de la definición de la propiedad en la norma, no se debe perder de vista el sentido que se pretende esclarecer. Ya sea en la norma o en una ley, debe quedar claro que la propiedad del expediente clínico es atribuible a la institución para la cual trabaja el médico que realizó el llenado o para el médico si trabaja por cuenta propia, pero el único titular de los datos recabados y plasmados es el paciente. Sin su consentimiento, esta información no se puede utilizar ni divulgar; solo se podría con el mandamiento de una autoridad competente,

por lo tanto el uso indebido de esta información haría que el médico recayera en una responsabilidad profesional.

Ramos (2006) indica que, solo a petición del propio paciente o en su caso en beneficio de la sociedad, el médico podría revelar el contenido, sin perjuicio del acto médico profesional y que, en caso de un conflicto de decisión donde no se pueda discernir entre conciencia y el interés prevalente, el médico deberá solicitar a la autoridad judicial la dispensa del deber del secreto profesional.

#### 6.1.4. Protección de datos en el expediente clínico

A efecto de hacer un análisis eficaz, acerca de la protección de los datos personales, se debe comprender, en primer lugar, dicho concepto, al cual la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares (LFPDPPP), en su artículo 3, párrafo V, lo define como toda aquella información que concierne a una persona física identificada o a la cual se le pueda identificar, por lo que en esta definición se incluyen el nombre, apellido, domicilio, correo electrónico, y también los que tienen una mayor relación con la intimidad de su titular.

De igual forma, la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados (LDPDPSO) da la misma definición para los datos personales, pero agrega una categoría: datos personales sensibles, y los define como aquellos referidos a la esfera más íntima de su titular o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste, al revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente o futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas y preferencia sexual. Como podemos ver esta definición es más amplia y, a manera enunciativa mas no limitativa, hace algunos señalamientos de cuáles son las categorías que abarcaría dicho concepto.

En orden de lo anterior, resulta importante mencionar que al momento que se realiza un servicio de atención médica, de acuerdo con la ley, todos esos datos o información a que se hace referencia en el párrafo anterior deben ser protegidos de manera rigurosa por mandato de ley, responsabilidad que recae en las instituciones de salud o en el profesional médico, según sea el caso, y por ningún motivo esa información puede ser revelada a

terceras personas sin el consentimiento del paciente o por mandato de autoridad competente. Señala Contreras (2018) que la confidencialidad en la administración de la información que obtiene el profesional de la salud durante el desarrollo del acto médico conlleva la obligación de mantener resguardados y en secreto dichos datos, por lo que no pueden divulgarse, ya que esto podría causar un daño a la integridad personal, social y religiosa del paciente.

La Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, en su numeral 5.5.1, establece que los datos proporcionados al personal de salud, por el paciente o por terceros, son datos personales y con tal hecho serán motivo de confidencialidad, por lo que el profesional de salud está obligado a la secrecía en términos del secreto médico y demás disposiciones jurídicas que resulten aplicables. También manifiesta que solamente se podrán proporcionar datos a terceras personas cuando, **a través de solicitud escrita**, el paciente así lo determine, así como su tutor, representante legal o de un médico debidamente autorizado por el paciente.

Con relación al tema, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de Particulares, en su artículo 21, establece que los responsables y terceros que participen en cualquier etapa del tratamiento de datos personales quedan obligados a guardar confidencialidad respecto de estos, restricción que permanecerá aun después de finalizar sus relaciones con el titular o, en su caso, con el responsable.

Desde el Código de Ontología Médica, tomando en cuenta que el deber de cuidado médico constituye una doble obligación, el secreto médico consiste en la obligación de mantener la reserva y la confidencialidad de toda información que el paciente le haya revelado y confiado, así como todo aquello que por el ejercicio de la atención haya visto o asimilado y tenga estricta relación con la salud y la privacidad del usuario, incluyendo el contenido de la historia clínica. De no cumplirse con esta obligación, independientemente de las sanciones que establece la Ley General de Salud, el propio Código Penal para el Estado de Jalisco, en su artículo 143, establece que será castigable el hecho de que sin justa causa y en perjuicio de alguien donde no medie consentimiento, se revelen secretos o comunicación reservadas con motivo de la confianza depositada. Conducta típica que se encuadra en el tipo penal al que hace referencia dicho mandamiento.

A partir de lo expuesto, queda de manifiesto claramente que la protección de datos dentro del expediente clínico no solo constituye un deber, sino una responsabilidad profesional y legal; por ello, de acuerdo con las diferentes leyes y normas que rigen en la legislación mexicana, queda clara la importancia de proteger dichos datos para evitar cualquier acto de discriminación, deshonra o perjuicio en contra de persona alguna, que a raíz de un servicio de atención médica, un tercero se hace conocedor de datos personales sensibles que de divulgarse causarían un agravio a la dignidad del paciente.

## **6.2. De las responsabilidades en que incurre el profesional de la salud**

### **6.2.1. Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012**

Esta norma rectora establece los requisitos medulares que componen el expediente clínico: su integración, deberes y obligaciones, así como los aspectos médicos-legales que este debe contar, pero no hace mención en lo absoluto sobre las sanciones y delitos en que incurre el profesional de la salud por la revelación de información, la mala integración, el extravío y uso indebido del expediente clínico.

### **6.2.2. Ley General de Salud**

Una vez realizada la búsqueda exhaustiva en esta Ley, se puede afirmar que no existe ni sanción ni delito a los profesionales de la salud por revelar información, por el uso indebido, o efectuar una mala integración y extravío del expediente clínico. Del mismo modo, el CPF solo norma en el caso de los médicos que se rehúsan a atender al paciente o lo abandonan sin causa justificada.

### **6.2.3. Código Penal Federal**

Después de hacer una revisión integral a este mandamiento judicial, se puede establecer con firmeza que no existe ningún tipo de sanción al profesional de la salud, ni se considera un delito, por revelar información, por hacer uso indebido o realizar mala integración o extravío del expediente clínico. El único delito que se contempla es cuando el profesional se rehúsa a brindar servicios de atención médica o que sin causa justificada abandone a su paciente.

#### 6.2.4. Código Penal para el Estado Libre y soberano de Jalisco

**Revelación de secretos, artículo 143:** Respecto a esta conducta, el Código Penal de Jalisco contempla que a aquel que, sin justa causa y sin consentimiento de quien deba otorgarlo cause un perjuicio, al revelar un secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de la confianza depositada, se le impondrá de dos meses a un año de prisión. Este delito se perseguirá a petición de la parte ofendida ante la fiscalía. Así revelar la información contenida en el expediente clínico, sin la autorización del paciente, podría encuadrarse en la conducta típica de revelación de secretos, por lo que la sanción al médico por este acto sería de 2 meses a un año de prisión.

**Responsabilidad Médica Artículo 160.** Con relación a este tema, el Código establece que se castigará con pena de un mes a dos años de suspensión en el ejercicio de la profesión y multa por el equivalente de quinientos a mil días de salario mínimo a los médicos, cirujanos y demás profesionistas similares o auxiliares, por el daño físico o moral que causen por dolo o culpa en la práctica de su profesión. En caso de reincidencia, la sanción deberá elevarse hasta dos tercios.

Esta sanción podría ser atribuible a los profesionales de la medicina, cuando, por el hecho de revelar alguna información del expediente clínico, ya sea por ignorancia o por dolo, con el fin de obtener un beneficio económico o no, se transfiera información a terceras personas, y que, con esa información revelada, cause un detrimento económico o moral al paciente en su persona, vida privada, social, cultural, religiosa o de cualquier otra índole.

En este sentido, de manera enunciativa mas no limitativa, esta conducta típica se podría encuadrar al profesional de la salud en los casos de uso indebido, mal llenado y extravío del expediente clínico, siempre y cuando con ese mal actuar, ya sea por dolo o por culpa, se genere un menoscabo al físico o moral del paciente.

**Responsabilidad Profesional y Técnica Artículo 161 Bis.** Este artículo señala que en este delito incurre quien, en el ejercicio de su profesión, oficio, disciplina o arte, cause daño corporal, patrimonial o moral al receptor del servicio por dolo o culpa. Al responsable de este delito se le impondrán de

tres meses a tres años de prisión e inhabilitación para ejercer la profesión, arte u oficio por el doble de la pena privativa de libertad impuesta.

En ese orden de ideas, podría encuadrarse esta conducta para el caso de que el profesional revele, haga un mal llenado, uso indebido o extravíe el expediente clínico, si con esa conducta se afecta al paciente.

### **6.2.5. Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares**

Independientemente de las infracciones y sanciones a que se refieren los artículos 63 y 64 de la propia ley en comento, serán delitos castigables los que en adelante se establecen:

El artículo 67. De los Delitos en Materia del Tratamiento Indebido de Datos Personales establece que se sancionará con tres meses a tres años de prisión al que esté autorizado para tratar datos personales y, con ánimo de lucro, provoque una vulneración de seguridad a las bases de datos bajo su custodia.

En esta conducta se podría encuadrar el hecho de que los responsables de resguardar los expedientes clínicos, o aquel que tenga en su deber el cuidado de estos, destruyan o extravíen los expedientes. ya sea de su archivo o del lugar donde los tengan en resguardo, con el fin de lucrar con esa situación.

El artículo 68 establece que será sancionable, con prisión de seis meses a cinco años, al que, con el fin obtener un lucro indebido, trate datos personales mediante el engaño, aprovechándose del error en que se encuentre el titular o la persona autorizada para transmitirlos.

En este supuesto, quien negocie con datos o trafique con ellos, aprovechándose de que el responsable o titular de esos datos se encuentra en un error de información o desconocimiento de estos, y obtenga un beneficio con esa conducta, aprovechándose del cargo o confianza conferida, se hará acreedor a la sanción punible mencionada en el párrafo anterior. En esta circunstancia podría el profesional, faltando a su código de ética, otorgar información del expediente con motivo de alguna investigación, aprovechándose de que el titular de los derechos desconoce que es facultad de él otorgar consentimiento para que terceros conozcan dichos datos, y que, con esa información revelada, reciba un pago a cambio u obtenga cualquier otro beneficio indebido.

Asimismo, en el artículo 69 se menciona que las penas serán duplicadas en caso de que la información revelada contenga datos personales sensibles.

#### **6.2.6. Ley del Seguro Social**

Si bien la Ley del Seguro Social, en su sección séptima, menciona los registros electrónicos con que se debe hacer el llenado del expediente clínico, en su apartado de sanciones y delitos, no establece ninguna responsabilidad civil o penal a los profesionales médicos por la revelación de información sin el consentimiento de su titular, el uso indebido y extravío de dicho expediente. Esta ley solo establece las responsabilidades en el ámbito obrero patronal, el cual no es materia de la presente investigación.

#### **6.2.7. Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado**

De la revisión al contenido de esta ley, se puede decir que establece precisamente los registros electrónicos con que debe contar el expediente clínico, y estipula claramente que cualquier violación a la difusión de la información contenida en dichos registros sin autorización del titular, de las autoridades del instituto, y sin causa justificada, esto deberá sancionarse de acuerdo con la legislación penal federal vigente. Pero en cuanto a su apartado de sanciones, no establece punibilidad alguna al respecto, delega dicha responsabilidad a otra normatividad.

### **VII. CONCLUSIONES**

Se concluye, en primer lugar, que la normativa referente al expediente clínico se encuentra dispersa en distintas normas, leyes y reglamentos. Esta situación contribuye a que el profesional médico y terceros que participan en el servicio de atención médica, y que tienen contacto con dicho expediente, desconozcan la norma vigente y cometan errores y descuidos legales: por lo tanto, es primordial la unificación de criterios en una sola normatividad, que establezca de manera clara y precisa tanto lo sustantivo como lo procedimental.

En segundo lugar, la norma oficial mexicana NOM-004-SSA3-2012, solo da conceptos y definiciones en forma de obligaciones y deberes del

profesional de la salud, pero no instaura las sanciones a las que se hace acreedor en caso de incurrir en una violación a dichos preceptos. Así, para tipificar una conducta punible, se debe hacer una revisión sistemática e integral de las distintas normas y leyes que integran la legislación mexicana.

En tercer lugar, en la legislación mexicana, en las normas que establecen los aspectos jurídicos del expediente clínico, no existe obligación legal en el orden civil, penal o administrativo que obligue al profesional del derecho a conocer el contenido médico del expediente clínico para poder representar a un usuario ante una mala *praxis*, por lo que adquirir estos conocimientos tiene que ver más con un sentido de interés del abogado, así como de un deber ético y profesional cuando un paciente le solicita asistencia jurídica.

En ese sentido, al no existir una obligación, ni un deber jurídico para que el abogado se especialice o cuente con los conocimientos jurídicos suficientes, en el área médica, específicamente en los aspectos médico-jurídicos del expediente clínico, es que los juicios y procedimientos médico-pacientes en los cuales intervienen los abogados, lejos de ayudar a conseguir una justicia reparadora, hacen que los litigios se prologuen y terminen siendo además costosos para las partes.

Por ende, la finalidad de este trabajo, fue la de establecer los aspectos jurídicos básicos, que debe conocer el profesional del derecho respecto del expediente clínico, por lo que se podría decir que son los siguientes: la debida integración de la historia clínica, tener identificada la diferencia entre la propiedad del expediente clínico y titularidad de los datos contenidos en el mismo, así como los derechos y obligaciones con los cuales cuenta uno y con cuales el otro, de igual forma conocer en que consiste la privacidad y protección de datos dentro del expediente por parte de los profesionales de la salud y por último, ser sabedor de las sanciones y delitos en que incurrir los médicos por no acatar dichos aspectos jurídicos del expediente clínico.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Barba, J. (2018). El expediente clínico en el quehacer del patólogo clínico. *Patología Clínica*, 65 (2), 106-112. <https://www.medigraphic.com/pdfs/patol/pt-2018/pt1821.pdf>



- Carrasco, D. y Leija, J. (2019). El derecho a la salud y la confidencialidad de datos en pacientes vulnerables. *Revista Conamed*, 24(2), 55-56. <https://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-2019/con192a.pdf>
- Contreras, C. (2018). Actualidades de la legislación mexicana sobre el uso de datos personales en la atención médica y la confidencialidad como derecho del médico. *Gaceta Médica de México*, 154, 693-697. DOI:10.24875/GMM.18003547
- Criado, M. (1999). Aspectos médico-legales de la historia clínica. *Medicina Clínica* (112), 24-28. <http://www.sc.ehu.es/scrwwwsr/Medicina-Legal/Historia%20Clinica-T.Criado.pdf>
- Declaración de Helsinki, Antecedentes y Posición de la Comisión Nacional de Bioética. *Secretaría de Salud*. <http://www.conbioeticamexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/helsinki.pdf>
- De Freitas, J. y Drumond, L. (2016). La historia clínica: Aspectos Ético-Legales y Jurisprudencia del Secreto Médico en Brasil. *Gaceta Internacional de Ciencias Forenses*, (20), 11-15. [https://www.uv.es/gicf/4A1\\_Drumond\\_GICF\\_20.pdf](https://www.uv.es/gicf/4A1_Drumond_GICF_20.pdf)
- Galván, M. F., et al. (2015). Responsabilidad profesional en el ejercicio de la medicina. *Revista Médica MD*, (1) 32-37. <https://www.medigraphic.com/pdfs/revmed/md-2015/md151g.pdf>
- Garduño J. (2006). Funciones del expediente clínico. *Revista Conamed*, 11(7), 27-28. <https://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-2006/con063l.pdf>
- Gómez, R. & Triana, J. (2001). Guía de autoevaluación del expediente clínico odontológico. *Revista Asociación Dental Mexicana*, 18 (6), 233-236. <https://content-ebsohost-com.wdg.biblio.udg.mx:8443/ContentServer.asp?T=P&P=AN&K=6023732&S=R&D=ddh&EbscoContent=dGJyMNLLe80Se p7E4v%2BvlOLCmsEieqLBSr6y4S7OWxWXS&ContentCustomer=dGJyMPGqtVG2q7RPuePfgeyx44Dt6fIA>
- Hernández, C. (2019). Acceso al expediente clínico en Establecimientos de Atención Médica en México con fines de investigación. *Revista Conamed*, 24 (2) 57-63. <https://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-2019/con192b.pdf>
- López, S. (2006). Impacto del acceso al expediente clínico, regulación y efecto en la práctica médica. *Revista Conamed*, 11(3), 23-24. <https://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-2006/con063j.pdf>

- López, J., Moreno, M. y Saavedra C. (2017). Construcción y validación de un registro clínico para la atención asistencial de enfermería. *Enfermería universitaria*, 14(4), 93-300. <http://dx.doi.org/10.1016/j.reu.2017.08.001>
- Ojeda, F. et al (2019). El expediente clínico electrónico: una opción con posibilidades ilimitadas. *Revista Asociación Dental Mexicana*, 76 (2), 91-96. <https://web-b-ebcohost-com.wdg.biblio.udg.mx:8443/ehost/detail/detail?vid=4&sid=d21e5d2b-faf7-4fb5-859a-cc02566f7f79%40pdc-v-sessmgr05&bdata=JnNpdGU9ZWwhvc3QtbGl2ZQ%3d%3d#AN=136409727&db=ddh>
- Roldán, J. (2006) El derecho de propiedad del expediente clínico. *Revista Conamed*, 11(7), 15-16. <https://www.medigraphic.com/pdfs/conamed/con-2006/con063g.pdf>
- Ramos. E., Nava, M.G. & San Juan, D. (2011). Conocimiento y percepciones de la adecuada cumplimentación de los registros de enfermería en un centro de tercer nivel. *Enfermería Clínica*, (3), 151-158. <https://doi.org/10.1016/j.enfcli.2011.01.008>
- Ramos, V. (2000). Aspectos médico-legales de la historia clínica. *Papeles Médicos*, 9(1), 10-31. <https://xdoc.mx/documents/aspectos-medico-legales-de-la-historia-clinica-5c5f33bf2b2f4>
- Urrútia G. y Bonfill X. (2010). Declaración Prisma: Una propuesta para mejorar la publicación de revisiones sistemáticas y metaanálisis. *Medicina Clínica*, 135(11), 507-508. <http://www.laalamedilla.org/Investigacion/Recursos/PRISMA%20Spanish%20Sept%202010.pdf>
- Vallejo, G. y Nanclares J. (2019). Revisión jurídica de las consecuencias civiles, penales y administrativas por la vulneración del consentimiento informado en la actividad médica. *Colombian Journal of Anesthesiology*, 47(2), 107-112. [http://www.scielo.org.co/pdf/rca/v47n2/es\\_0120-3347-rca-47-02-107.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/rca/v47n2/es_0120-3347-rca-47-02-107.pdf)

## **LA VISA HUMANITARIA PARA LOS VENEZOLANOS EN EL PERÚ, SIMIL AL CASO PERUANO EN ARGENTINA. ANÁLISIS Y COMENTARIOS**

**The humanitarian visa for venezuelans in peru, similar to the  
peruvian case in argentina, analysis and comments**

*Fabio Olivares Ramón\**

Recepción: 15/06/2020

Aceptación: 18/12/2020

### **Resumen**

En el presente trabajo se realiza un análisis de la migración venezolana al Perú, los derechos humanos a los que no tienen acceso los migrantes y la discriminación que sufren en su día a día por parte de la población y del propio gobierno con sus políticas públicas, específicamente la implementación de la visa humanitaria, solicitada a los migrantes venezolanos para ingresar al territorio peruano. Para comprender ello de mejor forma, se compara el actual caso venezolano con la migración peruana de los últimos años hacia la República Argentina.

**Palabras clave:** Migrante, refugiado, discriminación, visa humanitaria, derechos humanos.

### **Abstract**

In this paper, a legal analysis of Venezuelan migration to Peru is carried out, the human rights to which migrants do not have access and the discrimination they suffer in their day-to-day lives by the population and the government itself with its public policies, specifically the implementation of the humanitarian visa, requested to Venezuelan migrants to enter Peruvian territory. For better understanding, the current Venezuelan case is compared with the Peruvian migration to the Argentine Republic during recent years.

**Keywords:** Migrant, refugee, discrimination, humanitarian visa, human rights.

---

\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Continental.

## I. INTRODUCCIÓN

La actual coyuntura política y económica, así como la violación de derechos humanos que se vive en Venezuela, ha provocado un éxodo de los ciudadanos a partir de la segunda mitad de la década del 2010, siendo el Perú uno de los destinos escogidos para la migración. Los venezolanos que radican en el país ingresaron en condición de migrantes, refugiados y solicitantes de asilo, términos que, aunque tengan un sentido similar, tienen una connotación distinta.

Por ello, el Estado impulsó medidas para garantizar el respeto de los derechos humanos durante el proceso migratorio. Sin embargo, la situación en Venezuela seguía empeorando, al punto que cada año el número de migrantes fue creciendo, y los estados que una vez fueron garantes y protectores, ahora les exigen cada vez más requisitos para el ingreso y la permanencia dentro del país.

En el Perú, se pasó de un permiso sencillo y accesible a un requisito que, a pesar de la denominación que se le dio (“visa humanitaria”), no tiene nada de ello. El acceso a la visa humanitaria es sumamente complicado, además de costoso, poniendo en riesgo la salud y la integridad de los venezolanos que pugnan por obtenerla.

En razón a ello, este trabajo analiza la implementación de la visa humanitaria solicitada por el Estado peruano para los venezolanos que pretendan ingresar al territorio nacional. A tales efectos, se hace una comparación con la migración peruana hacia la República Argentina en las décadas pasadas, exponiendo la situación que pasaron los ciudadanos peruanos: tratos discriminatorios y estigmatización, además del difícil acceso a condiciones de vida aceptables.

El caso de los venezolanos no es distinto al que vivieron muchos peruanos en Argentina. Actualmente se discrimina y estigmatiza a la comunidad venezolana, se manifiestan a diario en las ciudades que aglomeran a un mayor número de venezolanos, una relegación social; y el Gobierno, al disponer la obligatoriedad de la visa, incentiva a que la población continúe con dichas prácticas negativas.

En los siguientes párrafos se analizará el tema y se darán a conocer todos los pormenores del problema migratorio venezolano.

## II. DEFINICIONES PARA ENTRAR EN CONTEXTO

Para tratar acerca del tema de los refugiados y migrantes venezolanos en el Perú, debemos aproximarnos a la definición de dichos términos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), en su informe acerca de los derechos humanos y la movilidad humana, da alcances acerca de algunos términos como migrante, refugiado, solicitante de asilo, entre otros. Respecto del término “migrante”, sostiene lo siguiente:

A nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término migrante. En este sentido, la Comisión utilizará el término “migrante internacional” para referirse a toda persona que se encuentre por fuera del Estado del cual es nacional; y “migrante interno” para referirse a toda persona que se encuentre dentro del territorio del cual es nacional, pero por fuera del lugar en el que nació o donde reside habitualmente. (2015, p. 67)

Es decir, a todas las personas que hayan salido de su país, sin importar el motivo, se les denominará migrantes. Con respecto al motivo de salida, se asocia a los migrantes que llegaron a un país sin la documentación correspondiente o sin los permisos adecuados de acuerdo con la normativa jurídica del país de destino con el término “migrante ilegal”. Pero, según la recomendación de la CIDH, se debería utilizar el término “migrante en situación irregular”: señalando lo siguiente:

En este sentido, la Comisión recomienda que los Estados miembros de la OEA eviten la utilización de términos como “ilegal” o “migrante ilegal” para referirse a los migrantes cuya situación migratoria es irregular. La utilización de los términos “ilegal” o “migrante ilegal” refuerzan la criminalización de los migrantes y el estereotipo falso y negativo de que los migrantes, por el simple hecho de encontrarse en situación irregular, son criminales. (2015, p. 67)

La decisión de la CIDH es acertada, pues en el Perú es común denominar a cualquier migrante irregular que se encuentre en el país con el término ilegal. Incluso, ministros de Estado, que deberían fomentar una cultura de paz, hacen uso de dicho término, y declaran a la prensa que “[e]stamos en una coordinación muy directa, no solo con la Superintendencia de

Migraciones sino también con el Ministerio del Interior y la Policía, para que haya un mayor resguardo en toda nuestra frontera y evitar los ingresos ilegales” (El Periódico, 2019), estigmatizando y generando prejuicios contra la población migrante en el país.

Entendida la definición migrante, ahora, es preciso conocer qué se entiende por “refugiado”. La CIDH indica lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, modificada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, el término “refugiado” hace relación a la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. (2015, p. 68)

A diferencia del migrante, el refugiado salió de su país de origen por un motivo fundado, ajeno a su voluntad, y las razones que lo llevaron a abandonar su país le impiden regresar.

A la definición proporcionada por la CIDH, se debe incorporar lo establecido en la Declaración de Cartagena sobre Refugiados firmada en el año 1984, suscrita también por el Perú, se considera también como refugiados a

Las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. (2015, p. 68).

De esa manera, se amplía la definición de refugiado y se incluye a la violación sistemática de los derechos humanos como parte del concepto.

Además de ello, la CIDH (2015) indica que la condición de refugiado se adquiere en el momento en el que una persona reúne todas las condiciones para poderse identificarse como tal, pues, su reconocimiento es declarativo.

### III. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA VISA HUMANITARIA

Para tratar acerca de la visa humanitaria, se debe comprender primero cómo se brinda protección a los refugiados en América Latina y en el Perú. A nivel regional se encuentra regulada en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados (y su Protocolo de 1967), y en la Declaración de Cartagena de 1984; y en el Perú, en la Ley 27891, Ley del Refugiado en el Perú, promulgada en el año 2002.

En la norma peruana se establecen garantías y derechos para los migrantes, entre otros, los derechos al trabajo, el acceso a la salud, a la reunión familiar, a los documentos de identidad y a la residencia temporal, y, en base a las recomendaciones de la Declaración de Cartagena, también se incluyó el derecho y principio de no devolución. (El Peruano, 2002, pp. 2-5).

Es así que, de acuerdo a la Ley del Refugiado y de su reglamento, el Estado tiene la obligación de implementar un procedimiento para la solicitud de la condición de refugiado (ACNUR, 2007), que se solicita ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Especial para los Refugiados, en las oficinas descentralizadas de migraciones o en los puestos de frontera.

Para el año 2017, el Perú fue considerado un ejemplo a seguir por los otros países de la región debido a la política migratoria diseñada para los ciudadanos venezolanos. En el gobierno de Pedro Pablo Kuczynski se otorgó un Permiso Temporal de Permanencia (PTP), que permitía a los venezolanos trabajar o estudiar en el Perú sin mayores trámites (*Gestión*, 2019). Por ello la Defensoría del Pueblo, al año siguiente, invocó al Gobierno a implementar los protocolos necesarios para atender la demanda de solicitudes de refugio, provenientes de venezolanos, mencionando que el carné de solicitante de refugio carece de valor, pues no servía para abrir una cuenta bancaria o inscribirse al Seguro Integral de Salud, por lo que se vulneraba claramente derechos reconocidos en las normas nacionales e internacionales a favor de los refugiados. (Defensoría del Pueblo, 2019).

Ello se implementó en virtud de la Ley 27891, también conocida como Ley del Refugiado, en la cual uno de los fundamentos fue positivizar el principio de no devolución, referido a que un Estado no puede regresar por ningún modo a una persona refugiada o que solicite asilo a un territorio en donde su vida o su integridad corran peligro (Cabrerizo y Villacieros, 2017).

Actualmente la situación en el Perú es distinta y se percibe al venezolano como un enemigo del peruano, que vino aquí para arrebatarle oportunidades y derechos, estigmatizándolos y generando en los peruanos un sentimiento xenófobo hacia la comunidad venezolana. Con las disposiciones anteriores, el Perú admitió una gran cantidad de venezolanos en el país.

Al 5 de junio de 2020, el número de venezolanos que reside en el país, incluidos migrantes, refugiados y solicitantes de asilo, asciende a 829 677. La Plataforma de coordinación para refugiados y migrantes de Venezuela (2020) indica que, de ese total, 482 571 son solicitantes de la condición de refugiado, convirtiéndose el Perú en el segundo país con más presencia de ciudadanos venezolanos, después de Colombia.

Ante el aumento en la cantidad de ciudadanos venezolanos en el país, el expresidente Martín Vizcarra anunció que entraría en vigor la llamada visa humanitaria para los venezolanos que ingresen al territorio nacional, en pos de “asegurar una migración ordenada y segura”. En el portal de la BBC (2019), se recogieron parte de las declaraciones del expresidente, el día en que se deportaron a 50 venezolanos por mentir sobre sus antecedentes penales: “[a]quí no vamos a permitir que continúen personas que delinquen. (Expulsaremos a) los que sean necesarios: 500, 800, 1000 o 2000, porque vamos continuar en esta tarea en aplicación estricta del artículo 58 de la Ley de Migraciones”. A ello se le debe agregar que, previamente, el Ministro del Interior había indicado que los migrantes venezolanos eran la causa del incremento de los índices delincuenciales en las principales ciudades del Perú.

La norma indicada por el expresidente señala lo siguiente:

#### **Artículo 58º.- Expulsión**

58.1. Serán expulsados los extranjeros que estén incurso en los siguientes supuestos: a. Realizar trámites migratorios mediante la presentación de documentación falsa o haber proporcionado datos o información falsa. (...)

f. Realizar actividades que atenten contra el orden público, el orden interno o la seguridad nacional.

g. Por mandato del Poder Judicial.

h. Al obtener la libertad luego de cumplir condena dispuesta por tribunal peruano.

58.2. Para los casos de Asilo y Refugio se aplica la normativa correspondiente. (...)



La noticia de la implementación de la visa humanitaria dio la vuelta al mundo, tanto es así que NTN24 Venezuela (2019) informaba que a partir del 15 de junio del 2019 se exigiría la visa humanitaria y el pasaporte para el ingreso al Perú, y que se podrá tramitar dicho documento en los consulados de Perú en Caracas, Puerto Ordaz y en algunas ciudades de Colombia y Ecuador.

Dicha medida generó la siguiente interrogante: ¿a quiénes está dirigida la visa humanitaria. Por ello en el portal de CNN (2019) se indicaba que con respecto al pasaporte se podría dar la salvedad del ingreso con el pasaporte vencido, además se señalaba que podrían seguir entrando personas en condición de vulnerabilidad que no tengan pasaporte.

Ante la medida del gobierno, algunos activistas en redes sociales (que no son ajenas a lo ocurrido), como una *youtuber* venezolana radicada en el Perú, del canal 2Love Bears, refirió lo siguiente:

Respeto la decisión del gobierno peruano, no tengo nada en contra de esa decisión, pero debo decir que no sabía cuáles eran los requisitos y lo lamento por los venezolanos que están en una situación difícil en Venezuela, ya que esto les va a afectar directamente a ellos (...) pues en mi país hay gente que está muriendo de hambre o con problemas de salud.

La *youtuber* indicaba, a su vez, que, dentro de las ventajas de la visa humanitaria, en comparación con el PTP, es que la visa es gratuita. Asimismo, otorga indicaciones a sus connacionales para poder obtener la visa humanitaria, así como sus requisitos. No obstante, recalca que, por la situación que se vive en su país, es “bastante engorroso y difícil por toda la mafia que hay ahí.”

Lo que se rescata de este video es que al solicitar la visa humanitaria se prolonga el tiempo de permanencia en Venezuela, donde el respeto por los derechos humanos es nulo y el acceso a la salud o a la alimentación es cada vez menor.

La decisión del Gobierno sólo generó en la población peruana sentimientos xenófobos y con ello criminalizar a los venezolanos, dando la apariencia de vivir nuevamente los abusos que se cometieron contra la comunidad peruana en Argentina.

#### **IV. PERSPECTIVAS DE LAS ORGANIZACIONES PRO DERECHOS HUMANOS**

Ante la anunciada política migracional, la Coordinación Nacional de Derechos Humanos fue la primera organización que se pronunció y criticó dicha decisión, indicando que es contradictoria. En declaraciones para el portal Sputnik (2019), la directora ejecutiva de la mencionada organización indicó lo siguiente:

A Perú lo tenemos en el Grupo de Lima diciendo que no reconoce al régimen de (Nicolás) Maduro; sin embargo, ahora saca una medida en la que pide que entren los ciudadanos venezolanos con documentos que sean apostillados por ese mismo régimen que no reconocen. Es contradictorio”.

Para la directora, al solicitar dicha visa como requisito, se vulnera el derecho a la libertad de tránsito, y con ello los derechos que podrían alcanzar los ciudadanos venezolanos una vez instalados en el Perú, como la educación o la salud.

En igual sentido se pronunció Mariana Navarro, directora ejecutiva de Amnistía Internacional Perú, quien pidió “revocar” esta medida y que [el presidente] “sea coherente” con el discurso político que ofrece como líder del Grupo de Lima (Gestión, 2019). Indicó que el argumento utilizado por el ministro del Interior era falaz, pues solo habían sido condenadas 300 personas de una población de más de 800 000. Consideraba, por lo tanto, que esas declaraciones y la medida tenían carácter xenófobo.

Además de ello, Amnistía Internacional (2020) recalca que la visa humanitaria es solo de nombre, pues la obligación de presentar el pasaporte, así como los antecedentes penales, genera que los venezolanos deban pagar elevados costos en los consulados de su país y con ello se prolonga el tiempo de permanencia en un país cuyo régimen dictatorial viola sistemáticamente derechos humanos y se ensaña con los que quieren abandonar el país.

El rechazo a la visa humanitaria por estas organizaciones es total; todas coinciden en que el Perú debería suprimir este requisito burocrático e ilegal, que solo perjudica a los venezolanos, y los expone a maltratos y violaciones de derechos por el propio gobierno.

## V. EL CASO PERUANO Y LA MIGRACIÓN HACIA ARGENTINA

Según la Organización Internacional para las Migraciones (2019), la migración hacia el país del sur [Argentina] se inició en la década de 1950, y se elevó de manera exponencial hasta la primera década de este siglo. Fue tanto el flujo migratorio, que en el año 2004 se creó el Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria, conocido como “Patria grande”, con “el objetivo de regularizar la situación migratoria, la inserción e integración de los extranjeros residentes de forma irregular en Argentina.” (2019, p. 44).

Así, con la dación de la Ley 25871, Argentina estuvo a la vanguardia a nivel mundial en materia de políticas de migración. En esta ley se reconoce a los migrantes como sujetos de derecho y se reconoce que “[e]l derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad.”

En una serie de entrevistas realizadas a migrantes peruanos por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en el área metropolitana de Buenos Aires, se detectó que, a pesar de la política migratoria, el acceso a derechos básicos seguía siendo toda una incógnita, pues el acceso a la documentación y a la información era bastante limitada. Los procedimientos para regularizar el estado migratorio no son publicitados de la manera correcta, o —en el peor de los casos— son los propios funcionarios los que ponen trabas a los trámites que inician los peruanos, y además los tratan de forma discriminatoria.

Respecto del acceso al trabajo, la xenofobia, el racismo y —principalmente— la ignorancia por parte de algunos argentinos contribuyen a que los connacionales tengan menos oportunidades laborales en comparación con sus pares argentinos, o accedan a empleos informales o de condiciones precarias, tal como empleadas del hogar, venta ambulante de productos o en el sector construcción. Al no tener una relación contractual laboral, los migrantes peruanos tampoco pueden acceder a una pensión de jubilación o al seguro social de salud, ni acceder a créditos para financiar viviendas o bienes, y con ello puedan tener una mejor calidad de vida. Respecto a la estigmatización del migrante peruano, se puede recoger un fragmento de una entrevista realizada por la OIM:

En algunos barrios con los que hemos trabajado por ahí que te dicen “uy, no me quieren tomar por tal cosa, por tal otra, por el tema del prejuicio, por el tema de que somos chorros o nos conectan también a lo narco de las villas” ... Igual, creo que eso es un poco lo que le pasa a la mayoría de los que pueden llegar a vivir en una villa, pero directamente al peruano el tema narco es como que nos cae y el tema chorro también como que nos cae. (2019, p. 120)

Se aprecia de ese fragmento que, solo por el hecho de ser peruano, se discrimina y criminaliza a los migrantes que radican en Argentina, y esa situación la viven día a día.

El peruano que vive en Argentina tampoco tiene acceso a una educación pública de calidad para sus hijos. El acceso a la educación pública, según la OIM (2019), no es igual para un peruano que para un argentino, incluso, si el niño (hijo de padres peruanos) es argentino, no se le trata de la misma manera que a los otros niños argentinos; siempre se pone énfasis en el origen del estudiante y lo discriminan por ello, ocasionando que el niño ante el *bullying* no quiera ir a la escuela o tenga un rendimiento académico más bajo por los factores negativos de los que es víctima.

En el caso del acceso a la salud, la situación no es distinta, a pesar de que legislativamente se reconoce el derecho de los migrantes a una salud pública. En los hospitales de La Plata la discriminación llegó al extremo de que se colocaron carteles con frases discriminatorias hacia los migrantes. En Buenos Aires, la salud es gratuita para los argentinos, pero para los peruanos, atenderse en un hospital puede costar grandes sumas de dinero. Leamos el siguiente relato:

En [esa clínica] (...), por ejemplo, a los peruanos les cobran la operación; a los argentinos no. A los hijos de peruanos también les cobran la operación [a pesar de que son] siendo argentinos. En [esa clínica] (...) hay mucha discriminación hacia la comunidad, eso me he dado cuenta (...) Como Asociación he acompañado a vecinas; entonces era tipo “¿Tiene documento argentino?”. [Nosotros respondíamos] “pero es argentino”. “No, es argentino, pero de padres peruanos. (OIM, 2019, p. 138)

Con estos testimonios se evidencia que el común denominador en cuanto al acceso a derechos para los migrantes peruanos es la discriminación y la xenofobia.

El acceso a la vivienda es quizás el derecho más vulnerado que sufren los peruanos radicados en Argentina. Los precios de alquiler de una vivienda digna o el acceso a un crédito hipotecario hacen que los migrantes peruanos no puedan acceder a una vivienda (OIM, 2019). La falta de un empleo adecuado, el bajo salario que se percibe, el acceso restringido al sistema financiero, hacen que tener una vivienda sea sumamente complicado, y si se logra, muchas veces estas ni siquiera cuentan con los servicios básicos completos.

## **VI. CONCLUSIONES**

La visa humanitaria es una barrera que impide el desarrollo de los migrantes venezolanos en el Perú. Indudablemente debería existir un filtro que permita a las autoridades peruanas identificar a los extranjeros que delincan o incumplan las normas peruanas. Pero la visa humanitaria no es el camino, pues lo único que genera es una sobreexposición negativa de la comunidad venezolana ante la sociedad peruana. Además, fuerza a los venezolanos a retornar a su país en condiciones vulnerables, y, que cuando lleguen, observen que Venezuela está sometido a un régimen violador de derechos humanos, en donde el acceso a servicios básicos es muy reducido y en muchos casos nulo.

Es evidente que las actuales políticas migratorias del Perú no están en el camino correcto. El gobierno debe volver a las prácticas humanitarias que hicieron que el Perú sea reconocido internacionalmente como un Estado en el que se respetan los derechos humanos y se protege al migrante que busca protección.

La informalidad en el Perú hace que el acceso a los derechos básicos sea restringido al momento de acceder a ellos. El derecho a una vivienda digna o a un trabajo formal y estable son un ejemplo de lo que falta mejorar en el país. Las políticas públicas del Estado deben dirigirse a superar estas brechas sociales y económicas, que incluso afectan a sus propios ciudadanos, y se evidencian cuando un extranjero migrante o refugiado intenta acceder a los derechos básicos.

Se debe aprender de la experiencia de la comunidad peruana radicada en Argentina, en donde a diarios los migrantes peruanos son estigmatizados, discriminados y criminalizados, sin poder acceder a servicios básicos o a

condiciones de vida aceptables, pues el trabajo es restringido y los derechos a la salud o educación no son gozados en su totalidad. La experiencia peruana en Argentina debe servir como modelo para que en el Perú no suceda lo mismo con los migrantes venezolanos.

En estos tiempos de cooperación mutua se debe permitir a los venezolanos acceder a trabajos dignos y mejoras en la calidad de vida, con las reformas planteadas por los organismos internacionales y que son adoptadas por los Estados parte. El acceso a derechos básicos por la población migrante debe ser total; ya se ha demostrado que la migración trae más ventajas que desventajas. Se debe luchar para que la comunidad venezolana sienta al Perú como un país confiable, seguro y respetuoso de los derechos humanos, de esa manera seremos nosotros los verdaderos beneficiados.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 2Love Bears. (2019, 13 junio). *Visa humanitaria para venezolanos en Perú-requisitos*. [Vídeo]. YouTube. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=KrQmXK\\_TUZ4](https://www.youtube.com/watch?v=KrQmXK_TUZ4)
- ACNUR. (2007). *Guía de información para refugiados y solicitantes de la condición de refugiado en Perú*.  
Recuperado de [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Peru/Guia\\_para\\_refugiados\\_y\\_solicitantes\\_de\\_la\\_condicion\\_de\\_refugiado\\_en\\_Peru\\_2017.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Peru/Guia_para_refugiados_y_solicitantes_de_la_condicion_de_refugiado_en_Peru_2017.pdf)
- Amnistía Internacional. (2020). *Buscando refugio: Perú da la espalda a quienes huyen de Venezuela*. Recuperado de <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4616752020SPANISH.PDF>
- BBC. (2019, 16 junio). *Crisis de Venezuela: en qué consiste la visa humanitaria que pide Perú a los venezolanos y por qué genera polémica*. BBC News Mundo. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48651272>
- Cabrerizo, P. & Villacieros, I. (2017). *Refugiados en Lima. Características sociales, medios de vida y percepción sobre el estrés de refugiados y solicitantes de asilo en Lima-Perú*. Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Recuperado de <https://www.uarm.edu.pe/FondoEditorial/humanidades/refugiados-en-lima#.XxMpFihKjIV>

- CNN. (2019, 14 junio). *¿Cuáles migrantes venezolanos podrán ingresar a Perú con la visa humanitaria?* Recuperado de <https://cnnespanol.cnn.com/video/venezuela-peru-migrantes-ingresar-peru-visa-humanitarian-perspectivas-buenos-aires/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>
- Defensoría del Pueblo. (2018, 20 junio). *Estado debe dictar medidas de protección en favor de los que piden refugiarse en el país*. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-recomienda-al-estado-que-dicte-medidas-de-proteccion-en-favor-de-los-que-piden-refugiarse-en-el-pais/>
- El Periódico. (2019, 3 septiembre). *Perú quiere evitar la entrada ilegal de inmigrantes venezolanos*. Recuperado de <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20190903/peru-entrada-ilegal-inmigrantes-venezolanos-7617557>
- Gestión. (2019, 18 junio). *ONG Amnistía Internacional pide a Perú que revoque visa humanitaria para venezolanos*. Recuperado de <https://gestion.pe/peru/ong-amnistia-internacional-pide-peru-revoque-visa-humanitaria-venezolanos-270591-noticia/?ref=gesr>
- Noticias ONU. (2020, 12 mayo). *Los refugiados y migrantes venezolanos tienen cada vez más dificultades para sobrevivir en medio de la pandemia*. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2020/05/1474222>
- NTN24 Venezuela. (2019, 7 junio). *Perú exigirá «visa humanitaria» a los venezolanos* [Vídeo]. YouTube. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=Bo\\_FQJ0ZuNE](https://www.youtube.com/watch?v=Bo_FQJ0ZuNE)
- Organización Internacional del Trabajo. (2020). *Personas refugiadas y migrantes venezolanas en América Latina y el Caribe RESPUESTA DE LA OIT ACTUALIZACIÓN COVID-19*. Recuperado de [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_697644.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_697644.pdf)
- Organización Internacional para las Migraciones. (2019). *La migración peruana en la república argentina. Perfil sociodemográfico, acceso a derechos y acción colectiva*. Recuperado de <http://argentina.iom.int/co/sites/default/files/publicaciones/Migraci%C3%B3n%20peruana%20Final%20Web.pdf>

- Organización Internacional para las Migraciones. (2019, octubre). *Crisis de refugiados y migrantes venezolanos*. OIM ONU MIGRACIÓN. Recuperado de <https://www.iom.int/es/crisis-de-refugiados-y-migrantes-venezolanos>
- Pólemos Portal Jurídico Interdisciplinario. (2018, 21 octubre). *La condición de refugiados en el Perú: beneficios y límites*. Recuperado de <https://polemos.pe/la-condicion-refugiados-peru-beneficios-limites/>
- Plataforma de Coordinación para refugiados y migrantes de Venezuela. (2020, 5 de junio). *Situación Respuesta a los Venezolanos*. R4V. Recuperado de <https://r4v.info/es/situations/platform/location/7416>
- Sputnik. (2019, 7 junio). *ONG: Perú se contradice al exigir visa a venezolanos cuando no reconoce a su Gobierno*. Sputnik Mundo. Recuperado de <https://mundo.sputniknews.com/america-latina/201906071087555568-ong-peru-se-contradice-al-exigir-visa-a-venezolanos-cuando-no-reconoce-a-su-gobierno/>



# **SUNAT, UN ALIADO QUE PODRÍA AYUDAR A ENCONTRAR INDICIOS EN CONTRIBUYENTES QUE PUEDAN ESTAR COMETIENDO DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS**

**SUNAT, a partner who could help to find indications in taxpayers who may be committing money laundering crimes**

*Hugo Anthony Espinoza García\**  
*Mayra Nicole Rengifo Tovar\**

Recepción: 12/06/2020

Aceptación: 18/12/2020

## **Resumen**

En el presente artículo se estudiarán las herramientas que podría utilizar la SUNAT para encontrar indicios en las utilidades, bienes y otros beneficios obtenidos de manera ilegal a través del delito de lavado de activ

**Palabras clave:** Lavado de activos, tráfico, fiscalización.

## **Abstract**

This article will help to see the tools that SUNAT could use to find evidence in the profits, assets, and other benefits obtained illegally through the crime of money laundering.

**Keywords:** Money laundering, traffic, inspection.

---

\* Estudiantes de la Escuela Académico Profesional de Derecho en la Universidad Continental

## **I. INTRODUCCIÓN**

En la actualidad, en el Perú el 72 % de las personas que realizan actividades comerciales se encuentra en situación de informalidad, constituyéndose en uno de los más altos porcentajes en nuestra región.

Si bien la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (en adelante, Sunat) ha mejorado las herramientas de fiscalización (comprobantes electrónicos, libros contables electrónicos, detracción, percepción, retención) y ha realizado mayor fiscalización a las personas naturales o jurídicas que se dedican al comercio o realización de bienes y servicios, estas medidas no son suficientes para erradicar o disminuir la informalidad.

Aunado a ello, debemos tener en consideración que la Sunat fiscaliza los insumos químicos que podrían servir para la preparación de drogas, por lo que cualquier persona que pretenda utilizar tales insumos, deberá estar registrada e informar sobre sus ventas, compras y uso de los mismos.

Para el desarrollo del artículo, es necesario entender, en primer lugar, cuáles son las modalidades que se utilizan para cometer el delito de lavados de activos y, en segundo lugar, cuáles podrían ser las herramientas para que la Sunat pueda disminuir dicha actividad, así como informar a la fiscalía la lista de personas que se encuentran realizando dicho negocio o los posibles sujetos que están cometiendo el delito de lavados de activos.

Para concluir, se analizará el costo y beneficios de estas herramientas, y, con el objetivo de incluirlas en el ejercicio profesional, si se podrían tipificar en la ley o son inconstitucionales.

## **II. MATERIALES Y METODO**

Los materiales a utilizar serán la legislación peruana, la Constitución, sentencias y trabajos de investigación que tocan el tema de manera similar.

La investigación es descriptiva y analítica para saber si se puede realizar y si esta herramienta ayudará o no a disminuir los delitos de lavado de activos.

## **III. ANTECEDENTES Y CONCEPTOS**

El lavado de activos es un delito autónomo tipificado en la legislación peruana. La expresión lavado de dinero empezó a utilizarse a principios

del siglo XX para denominar las operaciones que intentan dar carácter legal a los fondos producto de operaciones ilícitas, y facilitar su flujo en la economía del país (Uribe).

En el Perú el lavado de activos se da a través de diversas maneras: formales e informales; entre las más comunes están la creación de empresas fantasmas y los negocios fachada. Según DELL Osola (2009), las empresas fachadas tienen acceso a considerables fondos ilícitos, que les permite subvencionar sus productos y servicios a costos más bajos que el promedio del mercado, esto las hace estar por encima de las empresas legales.

A partir de estos conceptos, se puede señalar que la función del lavado de dinero no es otra que la de propiciar e implementar mecanismos económicos o financieros que permitan que los ingresos provenientes de una actividad ilegal. Otros autores que han estudiado este delito también aluden a conceptos funcionales similares al expuesto, y que resultan primordiales para poder identificar y entender la dinámica de los actos que configuran la legalización de capitales. Así, por ejemplo, Gómez (1994) señala que:

Por blanqueo de dinero debe entenderse aquella operación a través de la cual el dinero siempre ilícito (procedente de un delito grave) es ocultado, sustituido y restituido a los circuitos legales, de tal forma que puede incorporarse a cualquier tipo de negocio como si se hubiere obtenido de forma lícita. (p. 141)

### **Funciones y acciones de la Sunat**

Son funciones y atribuciones de la Sunat las siguientes:

1. Administrar los tributos internos del Gobierno Nacional, así como los conceptos tributarios y no tributarios cuya administración o recaudación se le encargue por Ley o Convenio Interinstitucional.
2. Proponer al Ministerio de Economía y Finanzas la reglamentación de las normas tributarias, aduaneras y otras de su competencia.
3. Expedir, dentro del ámbito de su competencia, disposiciones en materia tributaria y aduanera, estableciendo obligaciones de los contribuyentes, responsables y/o usuarios del servicio aduanero, disponer medidas que conduzcan a la simplificación de los trámites correspondientes a los regímenes aduaneros, así como normar los procedimientos que se deriven de éstos.

4. Dictar normas en materia de organización y gestión interna en el ámbito de su competencia.
5. Sistematizar y ordenar la legislación e información estadística de comercio exterior, a fin de brindar información general sobre la materia conforme a Ley, así como la vinculada con los tributos internos y aduaneros que administra.
6. Celebrar acuerdos y convenios de cooperación técnica y administrativa en materia de su competencia.
7. Promover, coordinar y ejecutar actividades de cooperación técnica, de investigación, de capacitación y perfeccionamiento en materia tributaria y aduanera, en el país o en el extranjero.
8. Otorgar el aplazamiento y/o fraccionamiento para el pago de la deuda tributaria o aduanera, de acuerdo con la Ley.
9. Solicitar, y de ser el caso ejecutar, medidas destinadas a cautelar la percepción de los tributos que administra y disponer la suspensión de las mismas cuando corresponda, de acuerdo a Ley.
10. Controlar y fiscalizar el tráfico de mercancías, cualquiera sea su origen y naturaleza a nivel nacional.
11. Inspeccionar, fiscalizar y controlar las agencias de aduanas, despachadores oficiales, depósitos autorizados, almacenes fiscales, terminales de almacenamiento, consignatarios y medios de transporte utilizados en el tráfico internacional de personas, mercancías u otros.
12. Prevenir, perseguir y denunciar al contrabando, la defraudación de rentas de aduanas, la defraudación tributaria y el tráfico ilícito de mercancías, así como aplicar medidas en resguardo del interés fiscal.
13. Desarrollar y aplicar sistemas de verificación y control de calidad, cantidad, especie, clase y valor de las mercancías, excepto las que estén en tránsito y transbordo, a efectos de determinar su clasificación en la nomenclatura arancelaria y los derechos que le son aplicables.
14. Desarrollar y administrar los sistemas de análisis y fiscalización de los valores declarados por los usuarios del servicio aduanero.
15. Resolver asuntos contenciosos y no contenciosos y, en este sentido, resolver en vía administrativa los recursos interpuestos por los

contribuyentes o responsables; elevar los recursos de apelación y dar cumplimiento a las Resoluciones del Tribunal Fiscal, y en su caso a las del Poder Judicial.

16. Sancionar a quienes contravengan las disposiciones legales y administrativas de carácter tributario y aduanero, con arreglo a Ley.
17. Ejercer los actos y medidas de coerción necesarios para el cobro de deudas por los conceptos que administra.
18. Mantener en custodia las mercancías y bienes incautados, embargados o comisados, efectuando el remate de los mismos cuando ello proceda en el ejercicio de sus funciones.
19. Adjudicar mercancías de acuerdo a Ley.
20. Desarrollar programas de información, divulgación y capacitación en materia tributaria y aduanera.
21. Editar, reproducir y publicar oficialmente el Arancel Nacional de Aduanas actualizado, los tratados y convenios de carácter aduanero, así como las normas y procedimientos aduaneros para su utilización general.
22. Determinar la correcta aplicación y recaudación de los tributos que administra y de otros cuya recaudación se le encargue, así como de los derechos que cobren por los servicios que prestan, de acuerdo a Ley.
23. Liderar las iniciativas y proyectos relacionados con la cadena logística del comercio exterior cuando tengan uno o más componentes propios de las actividades aduaneras, coordinando con las entidades del sector público y privado que corresponda, las cuales deberán implementar los procesos armonizados que se establezcan
24. Controlar y fiscalizar el ingreso, permanencia, transporte o traslado y salida de los bienes controlados que puedan ser utilizados en la minería ilegal, así como en la elaboración de drogas ilícitas.
25. Ejercer las demás funciones que le señale la Ley.
26. Sólo por Ley se pueden establecer funciones adicionales a la SUNAT.
27. (Establecido en el artículo 4° del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunat, aprobado por Resolución de Superintendencia N.° 122-2014/SUNAT y modificatorias)

Las herramientas para la disminución del delito de lavado de activos son aquellas que se puedan realizar en la realidad sin modificar o alterar el sistema ya establecido. Son utilizadas por la Sunat para prevenir el delito de lavado de activos sin perjudicar o coaccionar al administrado.

En cuanto a la viabilidad de las herramientas en el tema constitucional, estas deberán respetar los derechos de los administrados mencionados en la Ley 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) y los derechos constitucionales que tiene cada individuo.

A continuación, veremos los antecedentes que se han realizado sobre la tributación y el delito de lavado de activos.

Esteban, H. et al. (2012) en su trabajo Lavados de activos: impacto económico social y rol del profesional en Ciencias Económicas

En el ámbito regional europeo, los avances en materia de cooperación en la lucha contra la criminalidad organizada vienen de la mano, principalmente, del Tratado de Ámsterdam de 1997, en el que se potencia la creación de un espacio común de seguridad, justicia y libertad, es decir, el Tercer Pilar. Sobre la base del artículo 29 del Tratado de Ámsterdam que dice lo siguiente: “Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a sus ciudadanos un alto grado de seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia”.

En la región el precedente del lavado de activos estuvo relacionado con el delito de tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y las diferentes formas modales que surgen de la Convención de Viena de NN.UU. de 1988, que sirvió como cuerpo normativo modelo para la legislación antidrogas en toda la región.

La Organización de Estados Americanos ha creado la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), la cual en 1992 aprueba el Reglamento modelo americano sobre delitos de lavado de dinero. Desde el GAFISUD se diseñan estrategias para incentivar la promulgación y entrada en vigor de normas administrativas y penales contra el lavado de activos en cada uno de los países miembros, y la utilización de mecanismos idóneos para seguir con los objetivos propuestos.

Normativa de lavado de activos y su relación con la defraudación tributaria  
Ponce Maluquish (2017)

#### **IV. DESCRIPCIÓN DE LAS HERRAMIENTAS**

Las herramientas a utilizar deberán ser acciones o actividades o documentos que se pueda dar de una manera fácil que acepte el sistema de Sunat sin provocar costos adicionales para crear o modificar el sistema actual, además no deberán vulnerar ningún derecho de las personas. Si lo hiciera, se deberá hacer el test de ponderación de derechos fundamentales. A continuación se describirán las herramientas probables:

- a) Declaración de contratos y documentos anexos a cualquier negocio jurídico. Es una herramienta en que los administrados puedan declarar o adjuntar documentos firmados y/o notariados que realiza con cualquier persona: un contrato por arrendamiento o por prestación de servicio, contrato de compra y venta o un contrato de financiamiento, ya sea por el accionista o tercero o por la realización de servicios o de ventas de bienes por el administrado de impacto relevante o que se dé uso frecuente en la sociedad. Esto ayudará a que la Sunat pueda observar movimientos relevantes.

En síntesis, para toda adquisición de bienes y servicios con monto mínimo de 15 000 soles se debe adjuntar el documento escaneado por las operaciones mensuales para que el trabajo no sea demasiado para el administrado.

Constitucionalmente, es factible, debido que no se le vulnera ningún derecho fundamental es más está protegido por el deber de solidaridad de la persona hacia el Estado, que está tipificado en la constitución de manera tácita que las personas o ciudadanos deben apoyar o facilitar el rol del Estado. Es una corriente que se está dando a nivel mundial y el Perú no está exento de esta en la sentencia del 21 de septiembre del 2004 (004-2004-AI/TC) bancarización e ITF.

- b) Declaración de evidencias como anexo a los negocios jurídicos  
Además de la declaración de contratos, se debería adjuntar fotos, videos,

proformas si se tuviera, reuniones, precontratos o los documentos de tramitación, por ejemplo, en compra y venta de bienes (que será registrado en SUNARP) y otros por un monto de 20 000 soles. Esto dará más certeza y se conocerá mejor cómo se lleva a cabo el negocio jurídico desde el inicio hasta la culminación.

Constitucionalmente, es factible, debido que no se le vulnera ningún derecho fundamental es más está protegido por el deber de solidaridad de la persona hacia el Estado, que está tipificado en la constitución de manera tácita que las personas o ciudadanos deben apoyar o facilitar el rol del Estado. Es una corriente que se está dando a nivel mundial y el Perú no está exento de esta en la sentencia del 21 de septiembre del 2004 (004-2004-AI/TC) bancarización e ITF.

- c) Declaración de datos con las personas que se realiza el negocio jurídico  
Es importante adjuntar o detallar los datos de conocimiento público: número de DNI nombre del titular, número de teléfono y dirección. Si bien este dato puede obtenerlo la administración, sería factible que se pueda adjuntar y declarar, eso sí con el mayor resguardo posible, ya que son datos sensibles y protegidos.

Si bien el derecho a la intimidad es un derecho constitucional, esto no afecta. En primer lugar, porque son datos (nombre, apellido, dirección) que conoce el Estado. En el caso del número telefónico, OSIPTEL tiene identificadas las líneas telefónicas; sin embargo, la mayoría de titulares de las líneas no son los que las usan, por eso se necesita conocer a esas personas y estos datos si pueden recibirse y protegerse tal como lo especifica la ley de protección de datos personales.

- d) Análisis de las utilidades de las personas según el giro de negocio  
Esta podría ser la herramienta más importante, ya que el administrado no tendría ningún costo y la Sunat solo debería invertir en las horas hombres, es el análisis económico y financiero de las utilidades que se pueden dar en una actividad económica específica, por ejemplo, en el caso del comercio, la utilidad no es mucho ya que el valor agregado es muy poco el cual sería la logística para que el consumidor pueda adquirir estos productos que está entre un 5 o 6 % de utilidad si



se encuentra una empresa que se dedique a la comercialización de producto y se encuentre que tiene un mayor índice del mercado ya sea un 12 o superior existe mucha probabilidad que exista algo oculto y sería un indicio para poder iniciar las investigaciones del caso y descartar otros debido que en lavados de activos se necesita que el dinero se pueda utilizar en poco tiempo; en tal sentido, se busca un negocio que genere demasiada utilidad con poca inversión, ya que se necesita la devolución del dinero legal a fin de utilizarlo para seguir generando activos ilegales.

Existen sistemas factibles que cargan datos sobre las utilidades de los administrados y luego se pone índices mínimos después arroja un resultado superior a los índices. Estos deberían ser fiscalizados anualmente y darlos a conocer a las autoridades para que hagan investigación, así se descartaría a varios. Esto lo tiene la Sunat para sus fiscalizaciones tributarias.

f) Análisis del financiamiento de las personas y el costo de dicho financiamiento

Si bien nuestra actualidad económica no es muy buena, las personas siguen solicitando créditos de consumo. Esto es muy importante ya que el historial financiero de las personas lo tiene la SBS, y con estos datos se puede analizar cuál es la inversión de las personas en empresas, ya que no es lógico que una persona que tiene deudas busque invertir o aumentar el patrimonio de una empresa que no lo necesita. Se podría analizar el historial financiero de las personas a través de la inversión que hace en las empresas privadas como incremento de capital o préstamos a la empresa privada, ya que es una manera de lavar activos debido a que si una empresa obtiene capital podría trabajar y disimular estos incrementos como obtención de recursos legales.

g) Declaración de bienes, aportes y préstamos que realizan los accionistas de una empresa:

Además de los préstamos que realiza una persona natural, se debería declarar todo capital adicional que realicen los accionistas. Esta acción ayudará demasiado ya que se observará que las personas declaran sus inversiones. Si bien es una carga de horas hombre a los administrados,

no sería inconstitucional; con estos datos se podría analizar qué personas invierten más y si pueden sustentar la inversión con sus ingresos. Si no fuera el caso, se podría iniciar una investigación preparatoria.

- h) Fiscalización de las personas que tengan demasiado consumo en bienes, servicios, que otorgan préstamos.

La Sunat debería fiscalizar a todas las personas que tienen bienes o que hacen préstamos a empresas privadas, con el fin de conocer el origen de sus ingresos y cómo los utiliza para adquirir bienes y otorgar préstamos a otros. Se podría hacer obteniendo información de registros públicos y de la SBS.

En este caso no se estaría vulnerando algún derecho fundamental. Todo administrado o persona es potencialmente un contribuyente y no es necesario que tenga RUC para poder fiscalizarlo.

- i) Información cruzada con municipalidad, registros públicos, SBS

Compartir información entre diferentes instituciones facilitará encontrar operaciones sospechosas como, por ejemplo, una persona que se dedica a la hotelería declara ingresos altos, pero estos no concuerdan con la licencia de la municipalidad, es decir no tienen permiso de construcción o de funcionamiento solo para dos plantas. En este caso podría ser un indicio para encontrar un posible delito de lavado de activos. Por ello, es importante que las entidades públicas puedan intercambiar información, ya que esto facilita la investigación, y se puede fiscalizar mejor. Asimismo, contribuirá a encontrar más desviaciones o posibles negocios que solo están en el papel y que son inexistentes.

En el caso de intercambio de información entre instituciones públicas, el Estado ha estipulado las siguientes políticas:

- Inspecciones a las empresas:

Debería haber más operativos a las empresas, a las que existen indicios. Esto ayudará a corroborar si existe el negocio y si los ingresos declarados mediante una visualicen son correctos, así como observar cuáles son las actividades de un día. Si bien la SUNAT

hace operativos, sobre todo al transporte de productos, deberían enfocarse en ir y revisar las empresas de negocio con más facilidad para lavar activos, entre otros hoteles o construcción.

Los operativos son política de la Sunat, sin embargo, deberían aumentar los operativos a ciertos negocios.

- Entrega de informes a la Policía que ve los casos de lavados de activos:

Al término de las inspecciones y fiscalización, la Sunat debería presentar informes de las personas que tienen un desbalance patrimonial. La Sunat es la institución idónea para hacerlo debido a que conoce los movimientos de las empresas en la declaración jurada de los administrados esto facilitaría las investigaciones policiales y permitiría avanzar desde una base para poder recolectar más información sobre estas personas.

El informe a entregar debe ser simple y en aquellos casos sospechosos, adjuntar documentos o acciones que se han realizado para llegar a tener sospechas.

Así como se realiza en delitos tributarios, la Sunat presenta un informe al fiscal para que este pueda realizar las investigaciones del caso.

## **V. ANALISIS DE LAS HERRAMIENTAS A UTILIZAR**

A continuación, se hará un análisis detallado costo y beneficio y un análisis constitucional de estas herramientas si son factibles de implementar.

- a) Declaración de contratos y documentos anexos a cualquier negocio jurídico:

Al utilizar esta herramienta, se podrá fiscalizar o tener información relevante sobre las actividades de adquisiciones y de ventas de los administrados, se realizarán consultas a otras instituciones y posibilita la entrega de esta información a la SBS y al grupo policial encargado de observar delitos tributarios.

El costo es para el administrado, quien deberá invertir más horas hombres en el escaneo de los archivos y luego en el envío. Sin embargo, el beneficio que obtendrá es que cuando sea fiscalizado ya no deberá presentar estos documentos, debido a que la Sunat los tiene en su sistema. Además, si desea podrá descargarlos y le servirá como un archivador.

b) Declaración de evidencias como anexo a los negocios jurídicos:

La declaración de documentos adicionales a un contrato es importante, ya que todo negocio jurídico se inicia con observación del bien, informes, consulta o proforma. Esta información permitiría evidenciar que los contratos son reales; bastaría mostrar mensajes, fotos o llamadas que den veracidad a que el bien a adquirir, o el contrato de un servicio, es cierto y no que se está simulando un negocio jurídico.

Respecto al costo beneficio, el costo sería mínimo ya que el sistema de la Sunat acepta adjuntar archivos para declarar. Solo tendría que especificarse en la ley cómo y cuándo se debe declarar, cómo hacerlo y qué documentos se debe presentar. Si bien es un costo adicional para los contribuyentes, se guardarían como pruebas para las futuras fiscalizaciones, y ya no sería necesario presentar otra vez dicho documento.

En tal sentido, ambas partes se beneficiarían con esta nueva obligación de declarar. Además, la Sunat podría ver si se hizo un contrato para intercambiar un bien o servicio, y si existiera simulación o existencia de lavado de activos, podría observarse que no concuerda o faltan elementos para que tenga veracidad la contratación.

En caso hubiera incremento de patrimonio, o préstamos a un tercero o al dueño de una empresa, se miraría el trámite, el depósito del dinero y otros. Esto ayudaría a saber si se hizo o es una simulación de financiamiento.

c) Declaración de datos con las personas que se realiza un negocio jurídico

La declaración de datos con las personas que se realiza un negocio jurídico es importante para poder identificar o comunicarse con esa

persona, ya que se podría estar utilizando los datos de personas para lavar activos y sin saberlo. En costo de esto es que los contribuyentes deberán adicionar información a sus declaraciones de contratos, sobre cómo ubicarlos o contactarse con ellos. analizando esta información es de conocimiento general eso si es información que la SUNAT debería tener el mayor resguardo posible y se debería contactarse de manera aleatoria y saber si esta persona efectivamente está realizando contratos con la empresa que está declarando facilitando esta información da facilidad de contactarse con estas persona ya existe persona que la información dada en su ficha RENIEC no es real por diferentes motivos si declara información de los que participan en un contrato ayudaría y facilitar poder contactarse.

d) Análisis de las utilidades de las personas según el giro de negocio.

Esta herramienta es de vital importancia para saber si el contribuyente tiene una tasa mayor a la del mercado. Al separar a estos contribuyentes, la Sunat podría enfocarse en fiscalizar o investigar por qué su utilidad es mayor a la del mercado. En el costo sería la inversión de horas hombres que demandaría el análisis, pero ya existen sistemas que automáticamente arrojan estos resultados. La Sunat utiliza esta información para hacer fiscalización, pero debería enfocarse de manera más detallada para saber exactamente los giros de negocio ya que puede existir un contribuyente que realice varias actividades económicas.

El beneficio sería realmente grande, ya que así se puede identificar e invertir recursos en estos contribuyentes que tienen un mayor índice ya sea el doble de lo que debería tener según el mercado. Los datos de la utilidad se pueden obtener, de manera gratuita, a través del Ministerio de Economía, sin necesidad de inversión.

e) Análisis del financiamiento de las empresas y el costo de dicho financiamiento

La finalidad de hacer un análisis del financiamiento es saber si una empresa ha obtenido préstamo de un tercero y a qué costo. La Sunat podría solicitar información a la SBS para saber cuál es el historial de la persona y si esta cuenta con los recursos, y a la SUNARP para verificar la cantidad de bienes. El costo de dicha información sería cero, no

obstante se invertiría en horas hombres para el análisis y la solicitud de información a otras instituciones. Para averiguar y analizar si la persona cumple o si tiene los recursos necesarios, se deben observar también sus ingresos, ya sea por una empresa o por renta. Es muy importante investigar a aquellas personas que, a pesar de no poseer bienes o no tener un buen historial crediticio, desean prestar dinero a un tercero porque podría ser un indicio de lavados de activos o se podría hallar alguna desviación o contradicción.

f) Inspecciones a las empresas

En fechas determinables, la Sunat debería inspeccionar a las empresas que por su giro de negocio podrían realizar lavado de activos. Si bien esta actividad implica un costo porque se debe movilizar al personal, esto ayudaría a revisar e inspeccionar varios rubros como, por ejemplo, si se emiten comprobantes de pago, si las personas están en planilla, si se declaran los ingresos correctos ya que varias empresas solo existen en papeles y al constatar el ambiente no se corresponde con los ingresos que declaran. El beneficio de la inspección es saber que si están declarando o si la declaración corresponde con sus ingresos, si podría obtener esos ingresos con sus bienes y trabajadores. En caso de que se encuentre que no es probable, podría existir un indicio para iniciar una investigación ya que se estaría ante un probable lavado de activos.

g) Entrega de informes a la policía que ve los casos de lavados de activos

Es muy importante que la Sunat entregue informes sobre los contribuyentes con indicios de lavado de activos, por tal razón se debe presentar la documentación debida y los fundamentos debidos. Si bien el costo es mínimo, serían horas hombres, ya que en fiscalización se realiza un informe de posibles contratos simulados. Así presentar informes a otra institución pública, como la Policía Nacional, ayudaría a que esta institución investigue sobre una base de indicios y facilitaría su labor y observaría a posibles contribuyentes que pudieran estar cometiendo el delito de lavado de activos.

## VI. CONCLUSIONES

Si bien se han dado ideas de herramientas, debemos entender que su aplicación en un contexto donde la formalidad es alta podría no tener un impacto muy grande, pero si ayudará a disminuir las evasiones que se realizan para lavar activos. Esto solo cambiará con políticas de Estado, implementando el gobierno electrónico y las declaraciones, y habilitando un solo sistema contable para las personas que realicen negocios privados. Pero debemos entender que, si se realizan estas acciones, el contribuyente se sentirá un poco coaccionado, sin embargo se concientizaría a las personas en la importancia de adquirir un sistema contable disminuyendo los costos. El Estado, además, debería implementar la conexión de información con las diferentes instituciones para que la tarea de ir tras las personas que cometan el delito de lavado de activos sea eficiente y eficaz.

En el Perú, la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) es el ente especializado encargado de detectar y denunciar los actos que califiquen como lavado de activos, para cuyo efecto solicita y analiza información sobre las transacciones sospechosas que recibe de personas o empresas cuya actividad es sensible para la utilización de mecanismos de ocultamiento de fondos ilegales, como bancos, emisores de tarjetas de crédito, empresas de transferencia de fondos, operadores de casinos de juego, entre otros.

Ahora bien, en 2012 se incorporó toda una gama de normas antielusivas en la legislación tributaria, entre las que destacan la Norma XVI del Código Tributario, que contiene el llamado “fraude a la ley”, y el régimen de transparencia fiscal internacional en la Ley del Impuesto a la Renta. Así, la administración fiscal tiene mejores herramientas para combatir la elusión y, con ello, comunicar indicios de ocultamiento de ganancias proveniente de delitos fiscales, si fuese el caso.

No cabe duda el lavado de activos debe ser penalmente perseguido; sin embargo, deben regularse en forma específica los límites de la facultad del fisco para considerar que existen indicios de la comisión este delito, pues la amplitud y vaguedad de algunas de las nuevas disposiciones podría terminar llevando a sede penal casos que únicamente tienen índole impositiva o, peor aún, que ni siquiera representan elusión tributaria.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Esteban, H., Robledo, J., Capra, M. E. y Pérez, P. (2012). *Lavado de activos: impacto económico social y rol del profesional en ciencias económicas*. San Rafael: Universidad Nacional del Cuyo. [https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos\\_digitales/5213/capratesislavadodefinitiva.pdf](https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5213/capratesislavadodefinitiva.pdf).
- Gómez, D. (1994). Medidas internacionales contra el blanqueo de dinero y su reflejo en el derecho español. En Luis Arroyo Zapatero y Klaus Tiedemann. *Estudios de Derecho Económico*. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha. Cuenca, 1994, p. 141)
- Ponce, L. (2017) Normativa de lavado de activos y su relación con la defraudación tributaria. Tesis (Mg. en Contabilidad con mención en Política y Administración Tributaria). Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Ciencias Contables, Unidad de Posgrado. 2017. 148 p. <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/6198>
- Prado, V. (2008). *Delito de lavado de dinero en el Perú*. [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080526\\_63.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_63.pdf)
- Sáez, J. (2010). *Lavado de activos aproximaciones desde la imputación objetiva y la autoría mediata*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. [https://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/lavado\\_activos.pdf](https://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/lavado_activos.pdf)



# 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)<sup>1</sup>.

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, entendiendo 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).<sup>2</sup>

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)<sup>3</sup>. 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 presupuestario<sup>4</sup> (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 delito<sup>5</sup> 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 prevaleciéndose 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 particulares<sup>6</sup>.

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)<sup>7</sup>. 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 especial<sup>8</sup>, 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*<sup>9</sup>, 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 garante<sup>10</sup>.

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—<sup>11</sup>.

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-Huan-cavelica, 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”<sup>12</sup>.

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.° 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 derechos<sup>13</sup>. 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*<sup>14</sup> 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 delito<sup>15</sup>. 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 Penal<sup>16</sup>, 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”<sup>17</sup>. 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 hurtado. 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 peruanos<sup>18</sup>. 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”<sup>19</sup>.

Los *caudales* comprenden toda clase de bienes<sup>20</sup>, 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 dinero<sup>21</sup> 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 adicional<sup>22</sup>. 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 Chinchá, se constituyó el SUB-CAFAE-Chinchá; 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)<sup>23</sup>.

## 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 cuestión<sup>24</sup>.

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”<sup>25</sup>.

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”<sup>26</sup>.

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 ellos<sup>27</sup>.

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 utilización<sup>28</sup>.

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*”<sup>29</sup>. 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”.<sup>30</sup>**

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)<sup>31</sup>.

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”<sup>32</sup>; a tal punto que si no se realizó en su momento alguna pericia contable deviene en nulo el proceso penal<sup>33</sup>; aunque debemos hacer la precisión que la omisión de pericia no tiene trascendencia si se aprecia notable diferencia entre los recibos cuestionados<sup>34</sup>; 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 patrimonial<sup>35</sup>.**

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”<sup>36</sup>.**

## **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 irrelevante<sup>37</sup>. 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”<sup>38</sup>.

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 los 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”<sup>39</sup>. 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)<sup>40</sup>.

#### **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 (...).”<sup>41</sup>

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”<sup>42</sup> 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”<sup>43</sup>.

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”<sup>44</sup>.

## 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”<sup>45</sup> 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 Estado<sup>46</sup>).

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”<sup>47</sup>.

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”<sup>48</sup>.

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 jurídico<sup>49</sup>. 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.<sup>50</sup>

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 servicio<sup>51</sup>. 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 correspondiente<sup>52</sup>. **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 penal<sup>53</sup>.

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.<sup>54</sup>

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 estatales<sup>55</sup>. 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 conceptos<sup>56</sup>.

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 apropiación<sup>57</sup>.

---

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 viaje<sup>58</sup>.

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)<sup>59</sup>.

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 imputar<sup>60</sup>.

---

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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.

# REQUISITOS Y CONDICIONES DE REDACCIÓN, Y ENVÍO DE ARTÍCULO JURÍDICO

Teniendo en consideración las directrices de la Dirección de Investigación de la Universidad Continental, a continuación se precisan los requisitos y condiciones que debe contener el trabajo para su publicación.

## I. ESTRUCTURA

1. Título en español, el título debe ser conciso pero informativo, se recomienda como máximo 20 palabras.
2. Título en inglés
3. Autor(es): Nombres, apellido paterno y materno. En pie de página, el último grado académico (y la institución donde logró la debida acreditación), el cargo que desempeña en la institución donde trabaja y la institución de educación superior en la que viene desempeñando labores de docencia, de ser el caso.
4. Introducción
5. Cuerpo del documento
6. Conclusiones
7. Citas al pie de página de conformidad con los formatos sugeridos
  - 7.1. *Libros y monografías*  
VILLANUEVA R. *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*. 1.<sup>a</sup> ed. Lima: Palestra Editores; 2009.
  - 7.2. *Libros y monografías con editor (es), director(es), compilador (es) o coordinador como autor*  
MICHEL-KERJAN E., SLOVIC P, (editors). *The irrational economist: making decisions in a dangerous world*. New York: Public Affairs; 2010.
  - 7.3. *Artículo de revista científica con menos de 6 autores*  
BARRANZUELA J.L., VÁSQUEZ E.R., VERDEJA L.F, SALAZAR S., HILL N. «Utilización de los fosfatos de Sechura (Bayóvar-Perú) como fertilizante natural de aplicación directa (FNAD)». *Revista Rocas y Minerales*. Ago. 1995; 24(284): 46-54.

7.4. *Actas de congresos, conferencias, jornadas, simposios, reuniones científicas etc.*

II Jornadas de Historia: Perú-Ecuador, un espacio compartido. Piura; 25-27 de noviembre 1999. Piura: Universidad de Piura; 1999.

7.5. *Tesis*

MARES C. *La reformatio in peius* en la vía administrativa [Tesis]. Piura: Universidad de Piura. Facultad de Derecho; 1999.

7.6. *Documentos legales (Leyes, Decretos, Ordenanzas, etc.)*

Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Ley 55/2003 de 16 de diciembre. Boletín Oficial del Estado, n.º 301, (17-12-2003).

7.7. *Jurisprudencia*

Recursos de inconstitucionalidad 3540/96, 1492/97 y 3316/97 (acumulados). Promovidos por el Presidente del Gobierno frente a la Ley de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica, y la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico; y por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia. Sala del Tribunal Constitucional 109/2003, de 5 de junio de 2003. Boletín Oficial del Estado, n.º 156, (1 julio 2003).

7.8. *Artículo de revista en Internet*

ZETA R. JOSÉ MARÍA DESANTES: Un gran maestro. Desde el Campus-Boletín Informativo de la Dirección de Comunicación de la Universidad de Piura. [Revista on-line] 2004; 2(103). Recuperado de <http://www.udep.edu.pe/publicaciones/desdelcampus/art1041.html>

8. Correo electrónico del autor(es)

## II. REDACCIÓN

Los artículos deben ser redactados usando un procesador de textos, en hojas tamaño A4, a espacio simple, fuente Arial, doce (12) puntos, márgenes

superior e izquierda tres (3) cm, márgenes derecha e inferior dos punto cinco (2.5) cm. El mínimo de páginas a enviar es de cinco (5), no hay una extensión máxima.

Los párrafos deben estar separados por un espacio, sin sangría. Las tablas, gráficos e imágenes deben tener la leyenda en la parte superior y consignar su autoría en la parte inferior. La numeración es arábica.

Las citas que figuran en el texto se enumeran consecutivamente en orden de mención o de entrada.

La numeración y unidades de medida deben ser expresadas de acuerdo al Sistema Internacional de Unidades (SI).

Finalmente, los contenidos de los trabajos deberán guardar relación con el derecho corporativo (derecho constitucional económico, derecho comercial, derecho civil patrimonial, derecho laboral, derecho tributario, derecho administrativo económico, derecho regulatorio, entre otras), así mismo deben ser creaciones originales.

### **III. ENVÍO Y ARBITRAJE**

El envío de artículos en versión electrónica se hará a la siguiente dirección: [revistaderecho@continental.edu.pe](mailto:revistaderecho@continental.edu.pe), serán revisados por el Comité Editorial y el Comité Consultivo. Adjuntar al archivo una Declaración Jurada de autoría.

Mientras el artículo se encuentre en proceso de evaluación, no podrá ser enviado a otras revistas. Una vez aprobada su publicación, todos los derechos de reproducción total o parcial pasan a propiedad del Comité Editorial de la Revista.

El Comité Editorial enviará a los autores una comunicación de la decisión sobre la evaluación del trabajo por parte de los árbitros adscritos tanto a la Universidad como de otras instituciones educativas. En caso de haber observaciones, estas serán comunicadas por el Comité Editorial al autor, quien deberá absolverlas dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes a la comunicación de dichas observaciones.

