



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Conflicto normativo de los delitos de peculado impropio y apropiación ilícita: ¿es necesaria una doble regulación típica de la conducta de un depositario judicial?**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Jahayra Nohely Reátegui Otero**

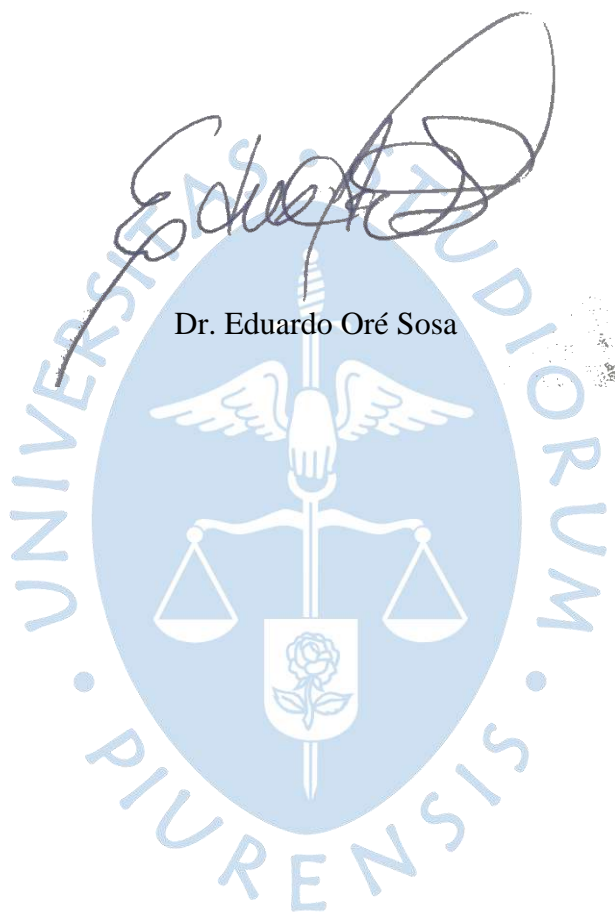
**Asesor(es):  
Dr. Eduardo Oré Sosa**

**Piura, diciembre de 2020**



## Aprobación

Tesis titulada “Conflicto normativo de los delitos de peculado impropio y apropiación ilícita: ¿Es necesaria una doble regulación típica de la conducta de un depositario judicial?” presentada por la bachiller Jahayra Nohely Reátegui Otero en cumplimiento para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. Eduardo Oré Sosa.





## **Dedicatoria**

Al Ser Universal que me ha permitido día a día trazar el camino, a quienes me han acompañado en cada momento formando parte de mi familia con lazos sanguíneos y amicales superando cada barrera de la vida junto conmigo, y a cada persona que ha inspirado esta tesis.





## **Agradecimientos**

A quien en su momento ha sido un paradigma de Vallejo, planteando cuestionamientos enfocados en la dignidad humana; superando la adversidad, cursando la vida en plenitud de su integridad; siendo un agente de cambio de forma constante, inspirando a cada paso.





## Resumen Analítico-Informativo

### **Conflicto normativo de los delitos de peculado impropio y apropiación ilícita: ¿es necesaria una doble regulación típica de la conducta de un depositario judicial?**

**Jahayra Nohely Reátegui Otero**

Asesor(es): **Dr. Eduardo Oré Sosa**

Tesis.

**Abogado**

**Universidad de Piura.** Facultad de Derecho.

**Piura,** Diciembre de 2020

**Palabras claves:** Peculado/Apropiación Ilícita/doble tipificación/Derecho Penal

**Introducción:** El presente trabajo de investigación surge de las consideraciones de los delitos de apropiación ilícita y peculado por extensión o peculado impropio respecto al depositario judicial. Ambas disposiciones normativas presentan una gran similitud de redacción, lo cual hace difícil la tarea de determinar los hechos en uno de los dos tipos penales ante la incidencia del referido sujeto y su posible responsabilidad penal.

**Metodología:** La presente tesis estudia la estructura y naturaleza jurídica de los delitos de apropiación ilícita y peculado por extensión o peculado impropio regulados específicamente en los artículos 190° y 392° de nuestro Código Penal vigente, respectivamente. Haciendo un repaso de los pronunciamientos que sobre este tema han emitido tanto la doctrina como la jurisprudencia. Así mismo, se hace un análisis del concepto de funcionario público y cómo es que esta figura influye en la tipificación de los mencionados delitos, para finalmente evaluar si amerita o no una doble regulación típica de un depositario judicial.

**Resultados:** Como resultado de esta tesis, tenemos: a) Determinar si existe o no un conflicto normativo entre los delitos de peculado impropio y apropiación ilícita; b) Aclarar el panorama normativo respecto a la responsabilidad penal del depositario judicial en los delitos materia de estudio para señalar si se justifica o no una aparente doble regulación de su conducta típica; y c) Proponer una modificación de la redacción de las disposiciones normativas que regulan los precitados delitos a través de una lege ferenda.

**Conclusiones:** Primero, ha quedado establecido que el depositario judicial, desde los postulados propios del Derecho Administrativo, no es un funcionario público propiamente dicho. Ello no quita que, dependiendo de la vinculación institucional, sí será responsable penalmente por el delito de peculado impropio. Segundo, al Derecho Penal no le basta definir qué persona es funcionario público en sentido formal, es decir, definir la naturaleza de quien ostenta tal situación jurídica, sino definir si el sujeto está, ha estado o estará vinculado a alguna función pública. Finalmente, es preciso señalar que, solo se va a considerar como funcionario público a quienes ejercen función pública (artículo 425° del CP), pero, como se señala, no va a definirlos como tales, dado que: definir al funcionario público escapa a los objetivos y finalidades del Derecho Penal, y, el funcionario público está definido por el Derecho Administrativo.

**Fecha de elaboración del resumen:** 30 de Octubre de 2020

## Analytical-Informative Summary

**Conflicto normativo de los delitos de peculado impropio y apropiación ilícita: ¿es necesaria una doble regulación típica de la conducta de un depositario judicial?**

**Jahayra Nohely Reátegui Otero**

**Asesor: Dr. Eduardo Oré Sosa**

**Tesis**

**Abogado**

**Universidad de Piura.** Facultad de Derecho.

**Piura,** Diciembre de 2020

**Keywords:** Peculate, Illegal Appropriation, double criminalization, Criminal Law

**Introduction:** The present research work arises from the considerations the crimes of illegal appropriation and embezzlement by extension or improper embezzlement are regulated by normative provisions that present a great similarity in wording, which makes the task of determining the facts in one of the two criminal types difficult before the incidence of the judicial depositary and its possible criminal responsibility.

**Methodology:** This thesis studies the structure and legal nature of the crimes of illicit appropriation and embezzlement by extension or improper embezzlement are specifically regulated in articles 190 ° and 392 ° of our current Penal Code, respectively. Reviewing the pronouncements on this issue that have been issued by both doctrine and jurisprudence. Likewise, an analysis is made of the concept of public official and how this figure influences the classification of the aforementioned crimes, to finally evaluate whether or not it merits a typical double regulation of a judicial depositary

**Results:** As a result of this thesis have: a) Determine whether or not there is a regulatory conflict between the crimes of improper embezzlement and illicit appropriation; b) Clarify the normative panorama regarding the criminal responsibility of the judicial depositary in the crimes under study to indicate whether or not an apparent double regulation of their typical conduct is justified; and c) Propose a modification of the wording of the normative provisions that regulate the aforementioned crimes through a lege ferenda.

**Conclusions:** First, it has been established that the judicial depositary, from the postulates of Administrative Law, is not a proper public official. This does not mean that, depending on the institutional connection, it will be criminally liable for the crime of improper embezzlement. Second, it is not enough for Criminal Law to define who is a public official in the formal sense, that is, to define the nature of the person who has such a legal situation, but to define whether the subject is, has been or will be linked to any public function.

Finally, it should be noted that only those who exercise public functions will be considered as public officials (Article 425 of the CP), but, as indicated, it will not define them as such, since: defining the public official is beyond the objectives and purposes of Criminal Law, and the public official is defined by Administrative Law.

**Summary date:** October 30, 2020

## Tabla de contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo 1 Estructura del delito de peculado.....</b>	<b>3</b>
1.1. Concepto y evolución.....	3
1.2. Bien jurídico protegido .....	6
1.2.1. Precisiones en torno la administración pública.....	6
1.3. Sujetos del delito.....	8
1.3.1. Sujeto activo: el funcionario público. ....	8
1.3.1.1. <i>El título habilitante</i> .....	9
1.3.1.2. <i>El ejercicio de la función pública</i> .....	10
1.3.1.3. <i>El funcionario público: garante institucional</i> . ....	10
1.3.2. Sujeto pasivo.....	14
1.4. Elementos típicos.....	15
1.4.1. Delito especial de infracción de deber.....	15
1.4.2. Imputación objetiva: la equivalencia acción- omisión.....	16
1.4.2.1. <i>El acuerdo plenario 04-2005-CJ-116 y sus elementos típicos del peculado doloso</i> .....	16
1.4.2.2. <i>El acuerdo plenario 04-2005-CJ-116 y los elementos típicos del peculado culposo</i> .....	16
1.5. Tipicidad subjetiva.....	18
1.6. Consumación del delito.....	18
1.7. Objeto material del tipo penal: caudales y efectos estatales, el patrimonio del Estado.....	20
<b>Capítulo 2 Estructura del delito de apropiación ilícita.....</b>	<b>21</b>
2.1. Concepto y evolución.....	21
2.2. La legislación comparada.....	22
2.2.1. Alemania. ....	22
2.2.2. Argentina.....	23
2.2.3. España. ....	24
2.2.4. Italia. ....	25
2.3. Bien jurídico protegido .....	25
2.4. Sujeto activo y pasivo .....	27

2.4.1. Sujeto activo.....	27
2.4.2. Sujeto pasivo.....	27
2.5. Conducta típica .....	28
2.5.1. Apropiación indebida.....	28
2.5.2. Posesión legítima del agente.....	29
2.6. Objeto material.....	30
2.7. Tipicidad subjetiva.....	30
2.8. Consumación del delito.....	32
2.8.1. Circunstancias agravantes en el depositario judicial.....	32
<b>Capítulo 3 Superposición normativa: el peculado impropio y la apropiación ilícita. 37</b>	
3.1. Análisis crítico de la regulación actual .....	37
3.2. La regulación a nivel comparado .....	38
3.2.1. España.....	38
3.2.2. Colombia.....	39
3.3. Sobre la condición de funcionario público del depositario judicial.....	40
3.3.1. Aproximación normativa de la función del depositario judicial.....	42
3.3.1.1. <i>Administración pública y PJ</i> .....	42
3.3.1.2. <i>La administración pública del PJ</i> .....	43
3.3.1.3. <i>PJ y su actividad (materialmente) administrativa</i> .....	44
3.3.1.4. <i>La administración pública de apoyo al PJ</i> .....	44
3.3.2. El depositario judicial: ¿sujeto cualificado para ser imputado por el delito de peculado impropio?.....	46
3.3.2.1. <i>Delimitación entre función pública y funcionario público</i> .....	46
3.3.2.2. <i>Depositario judicial, privilegios y cargas públicas</i> .....	48
3.3.2.3. <i>El depositario judicial y la relación especial de sujeción</i> .....	50
3.3.2.4. <i>Para el derecho administrativo, el depositario judicial no es funcionario público</i> .....	53
3.3.3. Naturaleza jurídica de los bienes, efectos y caudales entregados al depositario judicial.....	56
3.4. Similitudes y diferencias entre peculado impropio y apropiación ilícita, ¿concurso de delitos o de leyes?.....	56
3.5. La responsabilidad del legislador en la doble tipificación.....	60
3.6. El recurso de nulidad N° 2212-04 como aplicación práctica de cada tipo penal.....	61

3.7. Aporte personal. Propuesta de lege ferenda.....	62
<b>Conclusiones.....</b>	<b>69</b>
<b>Referencias bibliográficas.....</b>	<b>71</b>





## Lista de tablas

Tabla 1 Modificaciones al artículo 387° .....	4
Tabla 2 Modificaciones al artículo 392° .....	5
Tabla 3 Legislación comparada.....	5
Tabla 4 Funciones .....	14





## Introducción

Existen circunstancias especiales en las cuales ingresan a la esfera de protección patrimonial de determinados sujetos, bienes en custodia, administración o depósito, que generan no solo la obligación de conservación y vigilancia, sino también la obligación de devolución de los mismos, ya sea ante requerimiento o ante el término de título que originó la obligación.

Ante la negativa de devolver dichos bienes, ya sea por haber sido usados o apropiados indebidamente, en beneficio de un tercero o propio, se estaría produciendo una defraudación a expectativas normativas que son tuteladas por el Derecho Penal, para lo cual se han previsto dos posibles respuestas punitivas para este tipo de conductas.

En el Código Penal, específicamente en los artículos 190° y 392°, se prevén el delito de apropiación ilícita y el peculado por extensión o peculado impropio respectivamente. Estos artículos permiten determinar en cuál de los dos tipos penales deberán subsumirse los hechos; tarea que no resulta tan fácil, dada la gran similitud en la redacción de ambas disposiciones normativas.

Desde la jurisprudencia, este conflicto de disposiciones normativas ha sido abordado, tratado y solucionado en diferentes maneras. Sin embargo, no han logrado sentar una solución sólida respecto a la necesidad de contar con ambos tipos penales. Asimismo, la doctrina nacional tampoco ha formado una posición respecto a la distinción de ambas disposiciones normativas.

Por ello, esta situación genera la necesidad de abordar esta investigación jurídica con el objetivo de determinar si cada tipo penal ha sido creado para tutelar los bienes jurídicos distintos o, por el contrario, dichos tipos logran superponerse entre sí, existiendo una doble e innecesaria tipificación de una sola conducta; además, de abordar doctrinalmente el problema antes indicado y hacer una propuesta de lege ferenda.

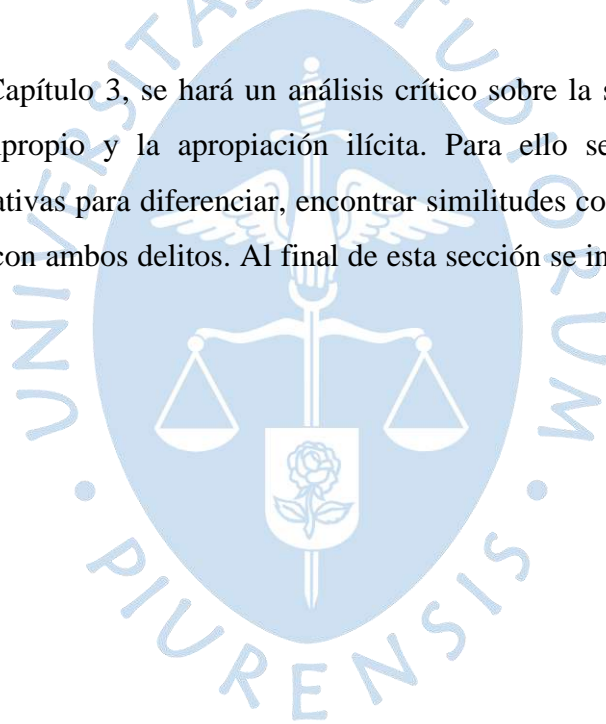
La composición del presente estudio se presenta así:

En el Capítulo 1, se abordarán los aspectos esenciales del delito de Peculado, teniendo en cuenta que el artículo 392° del CP solo estaría contemplando una extensión de la punibilidad en el sentido de ampliar el círculo de autores del delito de peculado.

En este orden de ideas, se explicará brevemente la evolución normativa del delito de peculado impropio en el Código Penal de 1991, así como su regulación en la legislación comparada. Posteriormente, se desarrollarán los aspectos típicos como el bien jurídico protegido, los sujetos activo y pasivo, la tipicidad objetiva y subjetiva, la consumación y, finalmente, el objeto material del delito.

En el Capítulo 2, se abordarán los aspectos esenciales del delito de apropiación ilícita de acuerdo al artículo 190° del CP, así como su evolución normativa y su aplicación desde el derecho comparado, así como todos sus elementos que la componen. También se desarrollarán los aspectos típicos como el bien jurídico protegido, los sujetos activo y pasivo, la tipicidad objetiva y subjetiva, la consumación y, finalmente, el objeto material del delito.

Por último, en el Capítulo 3, se hará un análisis crítico sobre la superposición normativa entre el peculado impropio y la apropiación ilícita. Para ello se desarrollarán distintas aproximaciones normativas para diferenciar, encontrar similitudes con respecto al depositario judicial y su relación con ambos delitos. Al final de esta sección se incorporará una propuesta de lege ferenda.



## Capítulo 1

### Estructura del delito de peculado

#### 1.1. Concepto y evolución

El término "peculado" viene de las raíces latinas *latus* y *peacus*, que significan hurto y ganado respectivamente, o sea "hurto de ganado". Este tipo penal tiene mucha importancia en la Roma Antigua, pues el ganado, al igual que la tierra, eran bienes muy preciados, que funcionaban como un medio de intercambio comercial y definía el estatus socioeconómico del ciudadano.

Para la época de la República, este término era utilizado para nombrar el hurto para cosas de valor, pero, durante la época del Imperio, se utilizó conjuntamente con la frase *criminis peculatus*, para hacer referencia, específicamente, al hurto de bienes del Estado o dinero del tesoro público<sup>1</sup>. Esta última referencia prevalece hasta el día de hoy<sup>2</sup>.

Ahora bien, en el Perú, el delito de peculado está expreso en el artículo 387° del Código Penal de 1991 de la siguiente manera:

**“Artículo 387°.** - El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho 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 prestaciones de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas.”

Sin embargo, dicho texto original ha sufrido varias modificaciones a largo del tiempo, las cuales se presentan en la tabla siguiente:

---

<sup>1</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos contra la administración pública, p 315. Citado en SALINAS SICCHA, Ramiro, en Delitos contra la Administración Pública, Grijley, Lima, 2009, p. 289

<sup>2</sup> Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro, en Delitos contra la Administración Pública, Grijley, Lima, 2009, p. 289.

**Tabla 1***Modificaciones al artículo 387°*

<b>Ley</b>	<b>Modificación</b>
La Ley N.° 29703 (2011) <sup>3</sup>	i) Aumentó el mínimo de la pena a cuatro años; e ii) Incorporó como agravante el valor de lo apropiado (cuando el mismo sobrepase el valor de 10 Unidad Impositiva Tributaria -UIT).
Ley N.° 29758 (2011)	Deroga la Ley N.° 29703, que introdujo, en el primer párrafo, la fórmula “para sí o para otro” para simplificar la redacción de la conducta típica. Por otra parte, mantuvo, como circunstancia agravante, la calidad de los bienes cuyos fines son de apoyo social o asistenciales.
Ley N.° 30111 (2013)	Modifica la Ley N.° 29758, introduciendo los días- multa como consecuencia accesoria adicional a la pena privativa de libertad, con base a cada uno de los supuestos típicos.
Decreto Legislativo N.° 1243 (2016)	Finalmente, este DL. modifica la ley antecedente en el 2016 con el siguiente texto: <b>Artículo 387°. Peculado doloso y culposo</b> 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 años ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho años ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, 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 prestaciones de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días- multa.”

Fuente: Sistema peruano de información jurídica. Elaboración propia.

Por su parte, el peculado impropio se expresa en el artículo 392° del CP de la siguiente manera:

**“Artículo 392°.** - 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, así como los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares”.

<sup>3</sup> Ley que modifica el Código Penal respecto de los Delitos contra la Administración Pública, del 10 de junio de 2011.

Al igual que el artículo anterior, esta norma también ha sufrido modificaciones desde su creación, conforme es de verse en la tabla a continuación mostrada:

**Tabla 2**

*Modificaciones al artículo 392°*

Ley	Modificación
Ley N.° 26198 (1993)	Modifica el texto original, extendiendo dicho supuesto típico a: “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”. Dicho tipo penal quedó con el siguiente tenor: “ <b>Artículo 392°.-</b> 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 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.”
Ley N.° 28165 (2004)	Finalmente, en su Séptima Disposición Final, modificó el texto del delito con el fin de incorporar, como sujetos activos, a los “ejecutores coactivos”. Dicho tipo penal quedó con el siguiente tenor: “ <b>Artículo 392° - Extensión del tipo.-</b> 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, <b>los ejecutores coactivos</b> , los 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.”

Fuente: Sistema peruano de información jurídica. Elaboración propia.

Como puede observarse, el legislador, al regular el tipo penal de “peculado impropio”, pareciera que abarca conductas que también se encuentran comprendidas en el delito de apropiación ilícita (artículo 190° del CP); pues hace referencia expresa a los depositarios de bienes pertenecientes a particulares y administradores.

El peculado impropio en la legislación comparada, conforme se muestra en la tabla siguiente:

**Tabla 3**

*Legislación comparada*

País	Explicación	Norma expresa
Colombia	El derogado CP de 1980, en su artículo 138°, contemplaba, el delito de peculado impropio por <i>peculado por extensión</i> . No obstante, con la Ley N.° 599 (2000) se derogó dicho artículo re	“También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas sobre bienes: 1. Que administren o tengan bajo su custodia, pertenecientes a empresas o instituciones en el que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a cualquier título de éste.

País	Explicación	Norma expresa
	direccionando, dichas conductas delictivas a los delitos contra el patrimonio hasta el día de hoy.	2. Que recaude, administre o tenga bajo su custodia, pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales.”
Argentina	En cambio, en el CP argentino, el tratamiento a este delito es distinto. En el artículo 263, mantiene vigente el peculado impropio; en los siguientes términos:	“ <b>Artículo 263°.</b> - Quedan sujetos a disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.”
España	Para este país, el CP español, específicamente en su artículo 435° contempla el peculado por extensión o impropio, ya hace punible la conducta de peculado, a los particulares; señalándose lo siguiente:	“ <b>Artículo 435°.</b> - Las disposiciones de este capítulo son extensivas: 1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas. 2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos. 3. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. 4. A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecidos en la ley.”
Chile	El tratamiento de esta pena es muy similar a lo expreso el CP chileno. En su artículo 238°, contiene la misma cláusula extendida a la conducta de peculado, bajo el siguiente tenor:	“ <b>Artículo 238°.</b> - Las disposiciones de este párrafo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia”.

Fuente: Sistema peruano de información jurídica-doctrina comparada. Elaboración propia.

## 1.2. Bien jurídico protegido

**1.2.1. Precisiones en torno la administración pública.** De acuerdo al CP peruano de 1991, el peculado es un delito cometido por un funcionario público contra la Administración Pública, pues la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados es el bien jurídico que se pretende tutelar<sup>4</sup>. Este delito no se encuentra dentro de los delitos contra el patrimonio.

Entonces, la misma Administración Pública sería el sujeto pasivo del delito de peculado, ya que es la titular del bien jurídico, el que ejerce la función pública y como de esta entidad dimana el deber y el derecho, exige el ejercicio correcto de la actividad administrativa.

<sup>4</sup> BENAVENTE CHORRES, Hesbert/CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, Delitos de corrupción de funcionarios, 1° Ed. Gaceta Penal, Lima, 2012, pp. 171-172.

Secundariamente, dicho delito, al igual que otros delitos relacionados con la Administración Pública, afecta el comportamiento típico del administrado, pues son ellos los legítimos interesados cuyos derechos le asisten, ya que les perjudica la resolución arbitraria<sup>5</sup>.

Al efectuarse la exégesis de los delitos que se encuentran en el Título XVII del CP, lo que se quiere proteger es la Administración Pública. Bajo esta finalidad, es importante conocer qué se entiende por ésta y cuáles son los aspectos jurídicos y penales que se protegen; es decir, puede ser su funcionalidad (visión funcionalista), la misma institución (visión organicista) o, en todo caso, ambas (visión mixta)<sup>6</sup>. Habiendo dicho esto, cuando lo que se protege es la visión funcionalista, se hace referencia a un concepto genérico de lo que sería la función pública<sup>7</sup>.

Por otra parte, volviendo al concepto de Administración Pública, este sería un sistema dinámico, vivo y vital, con la capacidad de relacionarse con otras entidades de origen estatal, particular o paraestatal; así como relacionarse con la ciudadanía y participar activamente en la vida social.

De esta manera, este relacionamiento no está limitado a la mera prestación de servicios públicos, sino también a formular y aplicar normas regulatorias en sus propias instituciones e instancias que puedan afectar a terceros. Además, todas las actividades están ejecutadas por parte de encargados, sometidos a una jerarquía, para hacer funcionar el Estado y así alcanzar sus objetivos y metas<sup>8</sup>.

Con respecto a la función pública, esta debe entenderse como una forma de manifestación de las potestades conferidas a una autoridad en ejercicio. Es una manifestación inherente al Estado, que se le atribuye a todos los servidores públicos cuya finalidad consiste en el logro eficaz y oportuno de la visión de una organización política<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J, Citado en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, El Funcionalismo en el Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 471-472.

<sup>6</sup> BENAVENTE CHORRES/ CALDERÓN VALVERDE, Delitos de corrupción de funcionarios, p. 78.

<sup>7</sup> GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso/GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, Delitos contra la Administración Pública, 2º Ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 65.

<sup>8</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, Delitos de corrupción de funcionarios, p. 78.

<sup>9</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, Delitos contra la Administración Pública, p. 65.

Así, cuando se menciona sobre el delito de peculado, el bien jurídico que se protege sería: uno; el desenvolvimiento normal de todas las actividades del sector estatal que componen la Administración Pública, y dos; garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales para evitar cualquier abuso de poder de algún servidor o funcionario facultado que ha quebrantado su propia probidad y lealtad<sup>10</sup>.

Como se aprecia, el concepto de función pública, abarca todo lo concerniente al Estado<sup>11</sup>, mientras la Administración Pública se percibe como un conjunto indistinto de realidades normativas que cuya existencia tiene como finalidad servir a la ciudadanía. En ese sentido, el servidor público promueve los mecanismos para el desarrollo de la sociedad y la lesión a una adecuada y eficaz prestación de dichos servicios no solo posterga o desvincula las expectativas ciudadanas, sino también obstruye los logros y objetivos concretos del sistema<sup>12</sup>.

### 1.3. Sujetos del delito

**1.3.1. Sujeto activo: el funcionario público.** Más allá de lo que puede estipularse en el Derecho Administrativo, es importante tomar en cuenta el artículo 425° del CP sobre los servidores públicos:

- “1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

---

<sup>10</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, Delitos de corrupción de funcionarios, p. 172.

<sup>11</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, Delitos contra la Administración Pública, p. 65.

<sup>12</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, Delitos de corrupción de funcionarios, p. 172.

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

7. Los demás indicados por la Constitución y la ley.”

Ahora bien, la relación con el tipo penal en mención no necesariamente exige una relación con las denominaciones. Solo considera los destinados a su ámbito de competencia. Tal como lo expresa el artículo 388° del CP, que extiende el alcance del tipo penal, como calidad de autores, a terceros contratados por la Administración Pública, los cuales pueden ser la empresa contratista o sus empleados que han realizado alguna obra pública o servicio cuya jurisdicción o instrumentos de trabajo le pertenezcan al Estado o algún organismo público.

No obstante, el delito de peculado solo podrá recaer en el funcionario público, mas no en un extraneus, tal como refiere la Casación N.° 782-2015- Del Santa:

“(…) en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esta condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad”<sup>13</sup>.

En ese sentido, la delimitación que debe hacerse para que el agente deba ser considerado funcionario público –intraeus-, debe ser cuidadosa; todo ello con el fin de que se le pueda imputar, tanto de manera objetiva como subjetiva, la infracción cometida a su deber asignado. Dicha delimitación debe reunir los siguientes requisitos co- constitutivos asociados al concepto de funcionario público, los cuales son propuestos en el Derecho Penal<sup>14</sup>:

**1.3.1.1. El título habilitante.** Permite la facultad del ejercicio de la función pública, además de legitimarla. El título proviene de tres fuentes: el nombramiento por la autoridad competente, la ley que la regula y la elección. Esta forma de incorporación resulta constitutiva a la cualidad

---

<sup>13</sup> SALA PENAL PERMANENTE, Ponente JAVIER VILLA STEIN, fundamento 10 de la Casación N.° 782-2015- Del Santa.

<sup>14</sup> REYNA ALFARO, Luis Miguel, en Delitos contra la Administración Pública, Lima: Idemsa/Centro de Estudios Penales, p. 77.

del funcionario público, pues le da sentido real a lo dispuesto por la norma. A partir de este elemento es posible que, jurídicamente, se trace el vínculo con el Estado u organismo público<sup>15</sup>.

**1.3.1.2. El ejercicio de la función pública.** Es la segunda exigencia derivada al concepto funcional, pues, después del título, es necesario que el agente haga uso del ejercicio de las funciones encomendadas por la Administración Pública, así sea de manera temporal, permanente o con poca relevancia. Este requisito es fundamental, debido a los delitos que se comenten contra la Administración<sup>16</sup>.

El ejercicio de la función pública es una condición imprescindible para que califique el agente como funcionario y puedan establecerse los efectos penales pertinentes. Esta exigencia se basa en el principio de ofensividad: el que ejerce la función pública es el que tiene capacidad para la afectación de un posible bien jurídico que la ley protege. Posteriormente, se examinarán algunas problemáticas específicas<sup>17</sup>.

**1.3.1.3. El funcionario público: garante institucional.** El artículo 392° del CP hace extensiva el carácter punible a aquellos funcionarios que administran dinero de ejecutores coactivos, bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, administradores, entidades de beneficencia, depositarios de dinero. Asimismo, también se extiende a particulares, representantes legales de personas jurídicas administradores o custodios de dinero para programas de apoyo social o fines asistenciales.

Esta extensión se refiere a funcionarios o personas que tiene un deber institucional con la Administración Pública. Es por ello que los delitos de funcionarios son infracción de un deber funcional y dicha calificación se une a los todos los delitos de funcionarios. Tal como refiere la teoría de la infracción del deber: no todos los delitos de infracción son delitos cometidos por funcionarios; sin embargo, los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos son delitos de infracción de deber<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> REYNA ALFARO, en Delitos contra la Administración Pública, Lima: Idemsa/Centro de Estudios Penales, p. 77y ss.

<sup>16</sup> REYNA ALFARO, en Delitos contra la Administración Pública, Lima: Idemsa/Centro de Estudios Penales, p. 81.

<sup>17</sup> REYNA ALFARO, en Delitos contra la Administración Pública, Lima: Idemsa/Centro de Estudios Penales, p. 81.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en El Funcionalismo en el Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Gunter Jakobs, p. 471.

La posición jurídica determina la conducta típica de los delitos de infracción de deber. Ello define los siguientes elementos: primero, la ubicación del interviniente con relación al titular del bien afecto; segundo: los deberes especiales vinculados a la organización autónoma; y tercero: la prestación positiva exigida al obligado institucional, donde se identifica el incumplimiento y se fundamenta la responsabilidad penal<sup>19</sup>.

Como señala BACIGALUPO:

“Los delitos de funcionarios deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial, de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, clasificando, por tanto, a estos delitos como infracción de deber”<sup>20</sup>.

El fundamento del injusto busca sancionar al funcionario público por no haber procurado la mejora de la institución, no por haber usurpado una libertad ajena. De esta manera, el injusto típico que configura el peculado está relacionado con el quebrantamiento del deber a probidad y lealtad, agravantes de la función pública, es decir, en la disposición inadecuada e incorrecta del patrimonio estatal que gestiona o administra<sup>21</sup>.

En Colombia, la conocida sentencia de 13 de noviembre de 2001 a cargo del ponente Montealegre Lynett, recoge y analiza la aplicación moderna de la teoría de los delitos relacionados a la infracción del deber:

“Los deberes institucionales se estructuran, aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas de la sociedad”, aclarando que “se trata de deberes positivos, porque, al contrario de los deberes negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en estos, debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos”.

---

<sup>19</sup> REAÑO PESCHIERA, José Leandro, en Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, Jurista Editores, Lima, 2009 p. 33.

<sup>20</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en El Formalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, p. 471.

<sup>21</sup> REAÑO PESCHIERA, en Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, p. 30.

No se exige, pues, una conducta activa o comisión, propia de la teoría del dominio del hecho, sino la infracción de deberes institucionales de parte de quien tiene una posición de garante”<sup>22</sup>.

Sobre esta discusión teórica, en Colombia, la Corte Constitucional, ha reafirmado su posición sobre el quebrantamiento de los deberes de las funciones para con el Estado, clasificándolos como infracciones del deber<sup>23</sup>:

“El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado social y democrático de derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el Estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente [...]. En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública, que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometieran en contra de los habitantes”.

Esta posición convertida en tendencia por la jurisprudencia constitucional colombiana, recae en la posible identificación de una escasa virtualidad de la causalidad naturalista, la cual es propia de la concepción causal mecánica del fundamento del injusto que da lectura sobre el grado de lesividad que modifica el mundo externo y que, muchas veces, es tomada como un criterio de imputación.

Del mismo modo, esta tendencia abriga la idea que los factores de decisión que configuran el injusto penal serían la adscripción o imputación sobre la relación causal, pero en un plano valorativo o normativo<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> REAÑO PESCHIERA, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, p. 31.

<sup>23</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en El Formalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs, p. 472.

<sup>24</sup> REAÑO PESCHIERA, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, p. 31.

En el caso del delito que es objeto de estudio, existe una protección penal que abarca un conjunto de funciones ejecutadas y organizadas por los órganos del Estado. Es por ello que la protección frente a estos delitos contra la Administración Pública busca que el desarrollo de la función pública se desenvuelva de manera correcta y normal<sup>25</sup>.

Por tanto, el peculado no necesita de la constatación del grado de afectación material o una modificación en el mundo exterior. Es posible que un objeto haya causado de manera mecánica un acto lesivo sobre un bien protegido jurídicamente, sin embargo, ello no posee un significado penal.

Por ello, es preciso valorar la conducta asociada al delito desde un plano normativo, o sea, lograr el vínculo con el deber de evitar dicho resultado. Asimismo, esto será posible a partir de la configuración status quo de la organización, donde se podrá presentar dicha causa como obligación de actuar u omitir<sup>26</sup>.

El ejercicio de la función pública en un Estado de Derecho es eminentemente normativo y el servidor público ejerce dicha función como la ley manda, todo ello con rectitud, transparencia, probidad, responsabilidad y honestidad<sup>27</sup>.

Por ende, si un sujeto afecta de manera causal un bien de la administración sin haber faltado a sus deberes funcionales no está sujeto a alguna responsabilidad, pues no estaría respondiendo por el resultado causado de manera física. De la misma manera, si dicho suceso lesivo no le incumbe y no ha logrado administrarlo, entonces no podrá ser vinculado con el titular que sufrió por la pérdida del bien<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> HUGO ÁLVAREZ, Jorge, en *El delito de peculado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p.58.

<sup>26</sup> REAÑO PESCHIERA, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, p. 32.

<sup>27</sup> HUGO ÁLVAREZ, *El delito de peculado*, p.58.

<sup>28</sup> REAÑO PESCHIERA, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, p. 32: "Dicho de otro modo, no responde por que no es posible fundamentar una posición de garantía. A menudo, en la mayoría de supuestos de comisión activa el posicionamiento del autor como garante es tan evidente que tal presupuesto puede pasar desapercibido, puesto que en tales casos casi siempre la posición de garantía surge de la propia acción. Sin embargo, si la producción- incluso consciente y de propia mano- del resultado lesivo no es consecuencia de una administración defectuosa del ámbito de organización personal, en tanto lo organizado esté dentro de los límites del riesgo permitido, ni el interviniente se haya vinculado institucionalmente a la víctima, entonces decae la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a quien en términos naturalistas causó dicho resultado; sino que, a lo sumo, podrá imputarse la infracción simple o cualificada de deberes de solidaridad (arts. 126° y 127° CP)".

En suma, para que la actuación de un funcionario público tenga posibles efectos penales, debe cumplir con dos requisitos imprescindibles: haber desempeñado funciones en la Administración Pública y, por consiguiente, haber asumido un cargo de acuerdo a ley<sup>29</sup>. Cumpliendo estos dos requisitos logran vincularse con el Estado, asumiendo una serie de deberes que son de naturaleza altamente personal, aunque, a veces, puede librarse de dichas responsabilidades y delegarlas a otros funcionarios, claro está, respetando los procedimientos de delegación. Solo aquellos que tengan una posición institucional normativa son responsables por las futuras infracciones al deber<sup>30</sup>.

**1.3.2. Sujeto pasivo.** La Administración Pública sería el sujeto pasivo en el delito de peculado y, de acuerdo a Feijoo Sánchez<sup>31</sup>, puede desempeñar dos funciones:

**Tabla 4**

*Funciones*

Función	Explicación
<b>Dogmática- hermenéutica y de ordenación sistemática:</b>	Objetivo: delimitar el contenido preceptual sobre la parte especial, desde una interpretación teleológica.
<b>Una función político criminal</b>	Objetivo: criticar a los bienes protegidos penalmente, así como su trascendencia.

Fuente: Bernardo Feijoo. Elaboración propia.

La Administración Pública justifica su existencia para prestar bienes y servicios, a través de sus funcionarios, acorde a las expectativas de la sociedad. Es así que, de la relación Administración Pública - funcionario surgen deberes para asegurar dichas expectativas. Por esta misma razón, los delitos cometidos por los funcionarios públicos, en especial los estipulados en el artículo 425° del CP no son meros “delitos especiales”, si no, más bien está relacionado a una infracción de un deber asegurado por parte de la institución. Esta imposición, obligaría a todos las autoridades y funcionarios a que ejerzan de manera correcta su función pública<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> HUGO ÁLVAREZ, El delito de peculado, p.80.

<sup>30</sup> REAÑO PESCHIERA, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, p. 33-34.

<sup>31</sup> FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo, en Delitos contra la Administración Pública, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, p.14.

<sup>32</sup> Sobre los delitos de infracción de deber véase: CARO JOHN, José, Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber, en Anuario de Derecho Penal, Asociación peruana de Derecho Penal, p. 65.

## 1.4. Elementos típicos

**1.4.1. Delito especial de infracción de deber.** En el artículo 387° del CP, el peculado se encuentra tipificado bajo la modalidad de dolosa y culposa. La primera modalidad sucede cuando un servidor público, encargado para custodiar los caudales o efectos públicos, se apropia de los mismos para su beneficio personal o para el beneficio de otro<sup>33</sup>. Como se mencionó anteriormente, este delito del tipo especial sería una infracción al deber, tal como lo respalda la Ejecutoria Suprema del 12 de abril de 2010, textualmente se señala que:

“(…) se trata de un delito de infracción de deber con necesaria obligación de acreditar el vínculo funcional del servidor público con el bien objeto de apropiación, ante la ausencia absoluta de dicha prueba, el fallo absolutorio se encuentra plenamente justificado<sup>34</sup>”.

Con base a esta ejecutoria, sería insuficiente afirmar que se estaría tratando de un delito “especial”, pues dicho análisis se limitaría a un plano formal. En cambio, lo más adecuado sería decir que es “delito especial que infracción del deber”, pues estarían referidos distintos criterios de índole material de imputación, los cuales son deducibles de la función social del Derecho Penal: garantizar la vinculación y separación de las esferas de organización<sup>35</sup>.

En síntesis, esto se reduce de la siguiente manera: el delito especial atiende solamente su estructura formal, mientras que la infracción del deber tiene efectos en todos los niveles de las estructuras que configuran una imputación<sup>36</sup>. Además, si ocurre el delito de infracción propio o impropio, hay un quebrantamiento de la norma y del bien que se pretende proteger. De esta manera, la distinción que existía sobre delitos de funcionarios era superflua y el ímpetu de generar conclusiones era cuestionable.

La infracción del deber fundamenta la pena y no solo la eleva. Entonces, donde haya un tipo básico y otro relacionado a funcionarios no es que se esté presenciando un caso de agravación. Ello sería un delito completamente diferente: desde la clasificación malamente denominada del tipo básico sería, entonces, el delito de dominio; mientras que, en el delito de funcionario, había una infracción del deber<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, Delitos de corrupción de funcionarios, p. 164.

<sup>34</sup> R.N. N.º 2062-2009-Lima.

<sup>35</sup> REAÑO PESCHIERA, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, p. 25.

<sup>36</sup> REAÑO PESCHIERA, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, p. 22-23.

<sup>37</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en El Formalismo en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 474.

### **1.4.2. Imputación objetiva: la equivalencia acción- omisión**

#### **1.4.2.1. El acuerdo plenario 04-2005-CJ-116 y sus elementos típicos del peculado doloso.**

La Corte Suprema, respecto a la configuración del delito de peculado doloso, en su Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116 estableció lo siguientes elementos materiales del tipo penal:

“a) Existencia de una relación funcional: también puede entenderse como el poder de vigilancia o control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario e virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales y efectos. No basta para realizar el tipo la formalidad de ser funcionario o autoridad, sino que el injusto solo existe si el funcionario o la autoridad infringen los deberes propios del cargo. (...) trabajo<sup>38</sup>.

b) La administración: que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia, que importa la típica posesión que implica protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

c) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

d) El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final de un tercero.

e) Apropiación o utilización. En el primer caso, apropiar, estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso, utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

#### **1.4.2.2. El acuerdo plenario 04-2005-CJ-116 y los elementos típicos del peculado culposo.**

La Corte Suprema también, con respecto a la configuración el delito de peculado culposo, en su Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116, determinó los siguientes elementos:

---

<sup>38</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, en Delitos contra la Administración Pública, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, p.30.

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

b) La sustracción. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público”.

Los delitos de infracción de deber se difuminan entre un comportamiento que lo hace por medio de una acción o por medio de una omisión. Entonces, no es una cuestión dogmática penal, sino lógica: si el funcionario incumplió con su deber positivo, es preciso verificar cómo actuó en contra del deber impuesto o simplemente no actuó para cumplirlo<sup>39</sup>.

En el artículo 387° del CP castiga al servidor público en caso se apropie o utilice para su propio beneficio o para otro, efectos o caudales del Estado, siempre y cuando se le haya confiado la custodia de dicho bien, en razón a un cargo conferido. En este caso, el aprovechamiento de lo ajeno no debe estar sujeto a dudas: si el mismo personaje deja que otra persona tome los bienes, responderá por no impedirlo, debido a que se halla como garante. Entonces, el apropiarse se equipará con la omisión o impedimento del resultado que, en algunos casos, puede ser causado por un tercero.

En efecto, el legislador lo ha entendido de manera expresa en el artículo 388° del CP, con respecto al delito de peculado por uso, pues este tipo penal castiga de la misma manera al servidor que hace el uso indebido (acción) como el que permite que otro haga uso de dichos bienes (omisión).

---

<sup>39</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *El Formalismo en Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 474.

### 1.5. Tipicidad subjetiva

La imputación subjetiva sigue siendo un problema clásico con respecto al tratamiento de los delitos de funcionarios públicos. Como expone el presente estudio, el CP completa dos tipos de peculado y en su modalidad dolosa exige que, pese a que puede cometer delito, tiene conocimiento que su deber le obliga a ser probo y leal en administrar, percibir o custodiar los bienes públicos que se le han confiado<sup>40</sup>.

En cambio, en el peculado culposo, dicho delito se configura cuando el funcionario, debido a su negligencia, genera una ocasión para que un tercero sustraiga bienes públicos, tales como caudales o efectos<sup>41</sup>. Entonces ¿Cómo se puede distinguir si el funcionario tenía, o no, el ánimo de apropiación?

Por lo tanto, es importante acreditar si el autor actuó con negligencia, impericia o imprudencia en el hecho que está siendo investigado. En caso contrario, el funcionario habría tenido conocimiento de los hechos de sustracción de los caudales o efectos por la hechura de otras personas. Entonces, este hecho no sería considerado como un delito de peculado culposo, sino peculado doloso<sup>42</sup>.

### 1.6. Consumación del delito

El delito de peculado es un delito de resultado. Entonces, en el peculado doloso, puede configurarse como grado de tentativa. Por ejemplo: si el funcionario público, a punto de cruzar la puerta es intervenido con dinero en su bolsillo<sup>43</sup>.

Como señala el artículo 16° de CP, la sola infracción de su deber como funcionario, así no haya un posterior perjuicio, configura los fundamentos suficientes para responsabilidad penal en grado de tentativa. Por otro lado, si el erario público ha sido afectado, solo cumple su

---

<sup>40</sup> SALINAS SICCHA, en Delitos contra la Administración Pública, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 366.

<sup>41</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, Delitos de corrupción de funcionarios, p. 165.

<sup>42</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, Delitos contra la Administración Pública, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p.391.

<sup>43</sup> SALINAS SICCHA, en Delitos contra la Administración Pública, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 371.

relevancia para verificar la lesividad procedente del delito en mención. Para graficarlo con otro ejemplo: si se observa que un funcionario estaría ofreciendo dinero del Estado a un particular; entonces, esta conducta es punible como autor de peculado en grado de tentativa, aunque el particular se niegue, posteriormente, a aceptar dichas causales<sup>44</sup>.

Asimismo, y por esta razón, la punibilidad del extraneus como participe de un delito de peculado sólo puede apreciarse cuando en alguna medida haya proporcionado la entrega de los caudales, pues de otro modo su aporte no sería decisivo para el quebrantamiento del deber por parte del funcionario. Dicho con otro ejemplo, el particular que sólo se limita a recibir una suma de dinero, sin haberla solicitado directa o indirectamente al funcionario o sin haber participado en alguna negociación previa a su entrega, interviene luego de la infracción del deber institucional, y consiguientemente su aceptación sólo tiene relevancia en el marco de los delitos patrimoniales o de encubrimiento<sup>45</sup>.

Para ROJAS VARGAS, las diferentes formas de tentativas, tales como frustradas o inacabadas, o de desistimiento o tentativa acabada; pueden ser verificables por los actos fragmentados que se aprecian durante la consumación del delito. Es importante también anotar que estas fases punibles, es decir la consumación o tentativa producen una afectación al patrimonio estatal lesivo o con peligro de lesión y el quiebre funcional<sup>46</sup>.

Por otro lado, no habrá peculado culposo, si ha habido una negligencia o imprudencia en la vigilancia de los caudales por parte del funcionario público, y si dicha negligencia no ha afectado o involucrado al extraneus para que pueda sustraer dolosamente dichos bienes económicos. La condición es expresa: tienen que haberse sustraído los caudales o efectos de otras personas, o sea, haber sido retirados de la vigilancia de la Administración Pública. Estos supuestos, entonces, se configurarían en el marco del delito imprudente o culposo<sup>47</sup>.

El legislador en materia penal protege determinados presupuestos básicos, muy independientes del carácter lesivo que puede ocurrir en un supuesto concreto. Además, existe

---

<sup>44</sup> REAÑO PESCHIERA, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, p. 30.

<sup>45</sup> REAÑO PESCHIERA, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, p. 30.

<sup>46</sup> ROJAS VARGAS, Delitos contra la Administración pública, p. 344.

<sup>47</sup> Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, Delitos contra la Administración Pública, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p.402.

un interés por desarrollar determinadas condiciones para que la Administración Pública cumpla con su labor<sup>48</sup>.

### **1.7. Objeto material del tipo penal: caudales y efectos estatales, el patrimonio del Estado**

Antes de empezar con el análisis es importante añadir que los bienes, en general, se presumen como todo lo que tiene contenido económico, donde también se incluye el dinero<sup>49</sup>; mientras que los efectos de dichos bienes, objetos o cosas estarían representando un valor patrimonial público. En ese sentido, también se estarían considerando como efectos a los títulos valores de carácter negociable.

Ante la indefensión del rasgo patrimonial del delito de peculado en su sentido más puro, su naturaleza, sería el aspecto patrimonial, o sea, la conducta está dirigida sobre efectos públicos o caudales.

Por último, como se aprecia, los delitos de funcionarios están centrados a mantener el correcto ejercicio de la actividad en la Administración Pública. Esto quiere decir que los deberes que obligan al funcionario deben ser tomados en cuenta para que el ejercicio correcto de la función y actividad administrativa sea dirigido de manera eficaz y al servicio de la sociedad<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, en *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, p.17.

<sup>49</sup> Según REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública*, p.252: "Los caudales comprenden toda clase de bienes, no reducen su contenido al dinero, aunque sí debe tratarse de objetos dotados de valor de naturaleza económica. En este caso, los viáticos, que son asignaciones de dinero, tienen propiamente la calidad de caudales públicos, pues egresan del tesoro público para mejorar las condiciones de trabajo del empleado para realizar una comisión de servicio".

<sup>50</sup> Cfr. ROCA DE AGAPITO, en *Delitos contra la Administración Pública*, p. 411.

## Capítulo 2

### Estructura del delito de apropiación ilícita

#### 2.1. Concepto y evolución

Actualmente, el artículo 190° del CP regula el delito de apropiación ilícita. En el antiguo CP de 1924, regulado en el artículo 240°, estaba incluido con los delitos de estafa y hurto. No obstante, por la influencia del código italiano de XIX (Código Zanardelli), este delito adquirió sustantividad y autonomía propia, pues le fue consignado el nombre de apropiación indebida, mientras que en el CP Rocco de 1930, reforzó su autonomía, pese a que era compartida con otras figuras delictivas, llamados “delitos contra el patrimonio mediante el fraude”<sup>51</sup>.

La apropiación indebida, en el primer CP peruano, no gozaba de la autonomía sistemática. Dicho delito se encontraba clasificado en el rubro de estafa específicamente en los delitos titulados “otras defraudaciones”, además, se regulaba en el artículo 345° inciso 6 de esta manera:

“Los que, en perjuicio de otro, nieguen haber recibido, o se apropien o distraigan dinero, efecto o cualquier cosa mueble que se les hubiera dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver (...)”

Actualmente, en el CP de 1991, las figuras sobre apropiación ilícita son las siguientes:

- a. Apropiación ilícita (artículo 190°)
- b. Sustracción de bien propio (artículo 191°)
- c. Apropiación de bien perdido o apropiación de tesoro ajeno (artículo 192° inciso 1)
- d. Apropiación de bien ajeno (artículo 192° inciso 2)
- e. Apropiación de prenda (artículo 193°)

En el artículo 190° del CP peruano establece lo siguiente:

“El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro

---

<sup>51</sup> Vid. SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra el patrimonio, 5ta ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 199.

título semejante que produzca la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando el agente se apropia de bienes destinados al auxilio de poblaciones que sufren las consecuencias de desastres naturales u otros similares la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años”.

## 2.2. La legislación comparada

**2.2.1. Alemania.** En Alemania, la apropiación (Zueignung), vértice sobre el que descansa toda la construcción de delitos de apropiación (entre los que incluyen, junto a la apropiación indebida (Unterschlagung), también el hurto (Diebstahl) y el robo (Raub), en sus diversas modalidades), es pacíficamente definida a partir de los dos elementos: positivo y negativo que, a juicio de la doctrina mayoritaria, la integran.

Así, el concepto de apropiación requiere la verificación de una conducta de apropiación en sentido estricto (Aneignung), que se concibe como la constitución de una relación de dominio con la finalidad de ejercer un uso de la cosa, análogo a aquel que tan solo corresponde al propietario y que implica, externamente la utilización, aunque tan solo sea temporal, de la cosa por parte del sujeto activo como si fuese el propietario de la misma, realizada con la intención de incorporarla, si quiera sea momentáneamente, a su propio patrimonio<sup>52</sup>.

Como se explicó anteriormente, la regulación de la realidad jurídica- social, a la que se aplica en el derecho peruano sobre los preceptos relativos a la apropiación indebida son procedentes del derecho alemán, específicamente en el párrafo 246 (Unterschlagung) y 266 (Untreue) del StGB:

- **Parágrafo 266 “Untreue”:** este tipo penal es una lesión al patrimonio ajeno, ejercido por un abuso del poder jurídico de representación. Esta lesión patrimonial, además, se

---

<sup>52</sup> BINDING, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrecht, p.26. Citado en SIMONS VALLEJO, Sobre el contenido injusto de los delitos de apropiación indebida, p. 5-6.

daría por una infracción del deber establecido por un negocio jurídico, es decir, una ruptura de la confianza por haber custodiado los bienes patrimoniales confiados.

- **Parágrafo 246 “Unterschlagung”:** castiga a través de la apropiación de cosa mueble ajena, de su sustancia o de su valor, con ánimo de apropiación, pero sin ataque alguno a la custodia ajena.

Esta dualidad de figuras es la característica más significativa que en el derecho alemán se realiza en la incriminación de la apropiación indebida, y que nos da base para incluir, con base a ella, una separación en la sistematización que en las distintas legislaciones se hacen<sup>53</sup>.

En resumen, los párrafos 246 y 266 del StGB, en contraste con el artículo 197° del CP peruano, no contemplan el término “depositario judicial” o “en depósito”. Solamente hacen mención de la naturaleza de la obligación (nace de la confianza) y del deber de custodia del patrimonio ajeno.

**2.2.2. Argentina.** En el CP argentino, este delito se encuentra expreso en el artículo 173° inciso 2 y se le denomina “Retención indebida”:

“El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver”.

La norma expresa actual proviene del Proyecto de 1917, cuya estructura típica fue construida alrededor de dos conductas bien diferenciadas: no restituir a su debido tiempo y negarse a restituirlo

Además, el tipo penal de retención indebida exige dos condiciones: la existencia de una relación de hecho o jurídica entre la persona que retiene el bien y el titular de dicho bien, que lo puede poseer como un depósito, administración, comisión entre otros; y que posteriormente debe devolverlo.

---

<sup>53</sup> SAINZ-PARDO CASANOVA, El delito de apropiación indebida, p. 40-41.

Por tanto, la comisión del delito por parte del autor requiere, en un primero momento, que el autor haya recibido la cosa de otra persona. Así, los actos de sustracción, apoderamiento o receptación ilícita son descartados. El título de tenencia es un factor esencial, más que la propiedad o dominio y siempre tiene que existir un compromiso u obligación de devolverla o entregarla<sup>54</sup>.

El CP argentino, al igual que el español y el peruano; también hace mención del depósito como una de las formas en las que el sujeto activo entra en custodia del bien ajeno. No obstante, como se verá en otra sección posterior, en el CP peruano, dicho delito es contemplado como peculado por extensión.

**2.2.3. España.** En el CP español, este delito se encuentra regulado en el artículo 235° de la siguiente manera:

“1. Serán castigados con las penas del artículo 249° o, en su caso, del artículo 250°, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este código, los que, en perjuicio de otro, se apropian para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido”.

“2. Si la cuantía de lo apropiado no excediera de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses”<sup>55</sup>.

Desde un primer punto de vista, la apropiación implicaba necesariamente que el sujeto activo hiciera la cosa suya, esto es, “que se comportara como si fuese dueño de la misma”<sup>56</sup>, disponiendo de ella en calidad de propietario.

La influencia francesa se advierte en el CP español de 1822, aunque el término “apropiación indebida” solo aparece con la reforma de 1944. En el CP de 1983 se incluyó, en el mismo precepto, pero denominado como apropiación de la cosa perdida, manteniéndose en el mismo texto, pero en CP de 1995 se encuentra aparte. Asimismo, se le agrega un agravante si la cosa

---

<sup>54</sup> BUOMPADRE, Tratado de derecho penal: parte especial, p. 278-279.

<sup>55</sup> Código Penal español de 1995, artículo 252°.

<sup>56</sup> SAINZ-PARDO CASANOVA, El delito de apropiación indebida, p. 74 y ss.

perdida, tiene un valor histórico, artístico, científico o cultural (artículo 253°). La apropiación indebida se mantiene con igual redacción en el artículo 252°<sup>57</sup>.

Como puede observarse, el CP español es bastante similar al CP peruano. En el artículo 253°, legislador español, también utiliza el término “depósito”, al igual que el peruano

**2.2.4. Italia.** El CP italiano, expresa el delito de apropiación indebida en el artículo 646°, Capítulo II, titulado “Delitos contra el patrimonio mediante el fraude” y Título XIII, titulado “Delitos contra el patrimonio”.

Para MANTOVANI, este delito tiene una historia, progresiva y lenta diferenciación respecto al delito genérico de hurto. La denominación actual proviene del Código Zannadelli (1889)<sup>58</sup>. Luego, en el Código Rocco (1931) se modifica a la apropiación y esta nueva configuración no requiere que el objeto o cosa que se tiene en posesión la tenga el sujeto activo, o que haya sido confiada o consignada por el dueño de la misma<sup>59</sup>.

En resumen, el artículo 646° del CP italiano sobre el delito de apropiación indebida, tampoco hace mención expresa del depositario judicial o del término “en depósito”, como lo hace el Código Penal peruano.

### 2.3. Bien jurídico protegido

La ubicación sistemática del delito en mención en el CP precisa que el tipo penal en análisis constituye una modalidad de atentado contra el patrimonio, por lo que será éste el bien jurídico protegido; y, de acuerdo a la redacción del artículo 190° del CP, la propiedad podrá ser una suma de dinero, una cosa mueble o un valor.

No obstante, la determinación de lo que debe comprenderse por “patrimonio”, en tanto bien jurídico penalmente protegido, ha dado lugar a largas y complicadas discusiones. El problema

---

<sup>57</sup> BUOMPADRE, Tratado de derecho penal: parte especial, p. 274.

<sup>58</sup> MANTOVANI, Diritto penale. Delitti contro il patrimonio, p. 98. Citado en BUOMPADRE, Tratado de derecho penal: parte especial, p.273.

<sup>59</sup> SAINZ-PARDO CASANOVA, El delito de apropiación indebida, p. 42.

consiste en precisar el o los criterios específicos apropiados para delimitar cuál es el contenido de la noción de patrimonio<sup>60</sup>. Como señala el recurso de nulidad 2347-2002, Lambayeque:

“Lo que aparece protegido especialmente en el delito de apropiación ilícita es la propiedad sobre una cosa, y en relación a esta la capacidad de disposición que tiene el propietario, lo que implica que tenga derecho su restitución y como contrapartida obliga al otro a la restitución de la cosa”

O la Casación N.º 301-2011-Lambayeque:

“El delito de apropiación ilícita lesiona el derecho de propiedad que permite al propietario usar, disfrutar o disponer de sus bienes, dinero o valores”.

La doctrina extranjera, cuando se refiere al contenido de la noción jurídica de patrimonio, discute si, junto a los derechos reales, derechos de crédito, posesión, se deban considerar como elementos patrimoniales también las deudas, es decir, el activo y el pasivo; los derechos que tienen por objeto cosas no valuables económicamente, las meras expectativas; los valores poseídos en contra del derecho<sup>61</sup>.

En la doctrina nacional, sin entrar en una discusión de mayor detalle, la formulación mixta que ha alcanzado mayor consenso es aquella que comprende como patrimonio “todos los bienes con valor económico que una persona tiene bajo la aprobación del derecho de los bienes”<sup>62</sup>. En la doctrina nacional, diversos autores se han adherido a esta comprensión de patrimonio<sup>63</sup>.

En conclusión, la doctrina nacional mayoritaria precisa que el bien jurídico que se pretende proteger es el patrimonio; aunque, no existe claridad sobre qué debe entenderse por “patrimonio”.

---

<sup>60</sup> HURTADO POZO, Derechos humanos, Bien jurídico y Constitución. Anuario de Derecho Penal, p.93.

<sup>61</sup> SAINZ-PARDO CASANOVA, El delito de apropiación indebida, p. 65.

<sup>62</sup> CRAMER, en Strafgesetzbuch Kommentararm Schonke-Schroder (Hrsg.), s 263, n.m. 82. Citado en García Cavero, Nuevas formas de Aparición de la Criminalidad Patrimonial, p.27.

<sup>63</sup> Salinas Siccha, Derecho Penal, Parte especial, p. 851; VILLA STEIN, Derecho Penal, Parte especial, p.26; BRAMONT-ARIAS TORRES/GARCÍA CANTIZANO, Manual, Parte especial, p.259. Citado en PEÑA CABRERA FREYRE, Derecho Penal, Parte especial, p. 148-149.

## 2.4. Sujeto activo y pasivo

**2.4.1. Sujeto activo.** La apropiación ilícita es un delito especial que exige la concurrencia de dos circunstancias especiales: primero, la obligación de devolver o entregar el bien recibido y, segundo; se haya recibido el bien, el cual ha sido transmitido por posesión mas no la propiedad<sup>64</sup>.

De lo anterior se extrae que la específica cualificación del agente distingue a la apropiación ilícita de las demás modalidades de atentados contra el patrimonio que regula el capítulo V del CP. En ese sentido, el tipo penal en análisis calificaría como un delito especial propio; esto es, aplicable solo para determinados sujetos cualificados.

En consecuencia, ello implica, que el extraneus (persona ajena a la relación entre la persona obligada y la cosa) no puede ser autor sino que, en todo caso, deberá responder a título de partícipe<sup>65</sup>.

Por otro lado, en el segundo párrafo del artículo 190°, incluye, como circunstancia agravante, cuando el agente tenga las cualidades de tutor, curador, depositario judicial, síndico, albacea, o si se dedica a una profesión o trabaja en una industria, se le haya entregado el bien.

De acuerdo a la norma, cuando se tutela la propiedad del bien, el propietario no es un sujeto activo de una infracción delictiva. Su conducta puede adecuarse al tipo penal del artículo 191° CP. Entonces, esta postura resulta “ambivalente”, debido a que el propietario de un bien se encuentre obligado a devolver un bien a un tercero<sup>66</sup>.

**2.4.2. Sujeto pasivo.** El sujeto pasivo de este delito es cualquier persona, ya sea natural o jurídica, que sea propietaria de un bien mueble, valores o dinero, el cual le haya entregado al agente titular. Tal como lo menciona la Casación N.º 301-2011-Lambayeque:

“El sujeto pasivo es genérico, puede ser cualquier persona titular del bien ilícitamente apropiado por el agente. Víctima o sujeto del delito de apropiación ilícita será cualquier persona

---

<sup>64</sup> SALINAS SICCHA, Delitos contra el patrimonio, p. 200.

<sup>65</sup> BUOMPADRE, Tratado de Derecho Penal Parte Especial, p.286.

<sup>66</sup> PEÑACABRERA FREYRE, Derecho penal parte especial, p. 265.

natural o jurídica con la única condición de ser la propietaria del bien mueble, dinero o valor entregado por título legítimo al agente, para después ser devuelto o entregado a una tercera persona o hacer un uso determinado del bien”.

En caso de presentarse separado el goce de la disponibilidad, correspondiendo uno al nudo propietario y otro al titular del derecho real o personal la tutela del ordenamiento jurídico penal se concreta en la protección del primero<sup>67</sup>.

Cabe resaltar que, junto al sujeto agente pueden existir perjudicados, los cuales podrán constituirse como actores civiles según sea el caso. Sin embargo, el sujeto pasivo solo será el titular del bien jurídico tutelado en la norma penal y que el agente vulnera con su actuación como dominus sobre la cosa.

## 2.5. Conducta típica

Se configura de la siguiente manera: el agente se apropia, adueña, apodera o adjudica un bien mueble, valor o dinero que ha recibido de un sujeto pasivo en calidad de depósito, administración, comisión, u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado del bien, con la finalidad de aprovecharse del patrimonio para sí mismo o para un tercero.

**2.5.1. Apropiación indebida.** El artículo 190° especifica la acción que el agente deberá realizar con un único verbo rector:

“El que, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor”.

Al respecto, es importante reconocer los actos de disposición por parte del sujeto activo), pues evidenciarán el paso de lo lícito (la posesión en aras a un título específico) a lo ilícito (disponer del bien como dominus ilegítimamente).

En ese orden de ideas, PEÑA CABRERA precisa lo siguiente:

---

<sup>67</sup> SAINZ-PARDO CASANOVA, *El delito de apropiación indebida*, p. 69.

“La nuclearidad descansa, en el incumplimiento por parte del autor de disponer del bien con las exigencias que en el título se expresan. La esencia de esos delitos se limita a aquellos casos en los que se transmiten la posesión a través y exclusivamente mediante un título que señala la forma y modo de devolver el bien jurídico”<sup>68</sup>.

Asimismo, en la Casación N.º 301-2011- Lambayeque, se advierte que:

“El primer predicado rector que define este tránsito de lo lícito a lo ilícito es la apropiación, entendida esta como la incorporación a la esfera propia del patrimonio de aquello que fue recibido meramente a título posesorio”<sup>69</sup>.

**2.5.2. Posesión legítima del agente.** La apropiación ilícita exige, como elemento típico la existencia de un legítimo título específico, el cual puede ser depósito, administración, comisión, entre otros, que delega la posesión al agente, creando una obligación de devolver posteriormente el bien entregado. En palabras de GARCÍA CAVERO:

“El agente se encuentra incurso en esta infracción criminal, cuando el objeto material del delito haya ingresado a su esfera de custodia de forma ilícita”<sup>70</sup>

En esencia, cuando existe la obligación de entregar, devolver o hacer un bien, tiene que existir una recepción del mismo. Entonces, el núcleo probatorio gira de acuerdo a una relación jurídica que ya ha existido con anterioridad entre los siguientes dos elementos: el agente y el objeto material<sup>71</sup>. Esta relación es importante, tal como se puede apreciar en el expediente N.º 6494-97-Lima:

“Es atípica de apropiación ilícita la conducta reprochada al encausado de negarse a devolver la suma de dólares adelantada por arras, ya que el título por el que se entregó la referida suma no contemplaba la devolución posterior; circunstancia que impide que se configure este delito, ya que falta el elemento objetivo del tipo penal que es el título de la entrega que impide devolver o entregar”.

En este mismo sentido, SOLER señala lo siguiente:

---

<sup>68</sup> PEÑACABRERA FREYRE, Derecho penal parte especial, p. 210

<sup>69</sup> Sentencia de Casación N.º 301-2011- Lambayeque expedida por la Corte Suprema de Justicia Sala Penal Permanente.

<sup>70</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, Nuevas Formas de Aparición de la Criminalidad Patrimonial, p. 218.

<sup>71</sup> Expediente N.º 4131-2004 citado en Rojas Vargas, Los delitos contra el patrimonio en la Jurisprudencia, p.447.

“Otras figuras suponen la preexistencia de un trato en el cual una de las partes se encuentra expuesta, sin culpa y de acuerdo con las condiciones normales del contrato mismo, al riesgo de un perjuicio derivado del poder de hecho concedido legítimamente a otra persona sobre una cosa”<sup>72</sup>.

## 2.6. Objeto material

Como se ha referido anteriormente, el objeto sería un bien mueble, dinero o un valor. PEÑA CABRERA<sup>73</sup> agrega, además que, en el caso de los títulos valores, llevan inherente una acción cambiaria. Por tanto, para este objeto de apropiación, sería su soporte material, sino, su valor en dinero en sí.

## 2.7. Tipicidad subjetiva

El artículo 12° del CP prescribe que el agente de infracción culposa también sería objeto de castigo siempre y cuando su caso se encuentre expresamente establecidos por la ley. Entonces, de acuerdo a la redacción del tipo penal, que no incorpora una figura imprudente, solamente será punible a título de dolo. Al respecto, el recurso de nulidad N° 88-2001-ICA, expresa lo siguiente:

“El delito de apropiación ilícita es eminentemente doloso. El agente debe conocer y querer la apropiación, requiriéndose además el elemento subjetivo de ánimo de lucro en provecho propio o de terceros.

Asimismo, también ello se contempla en el Expediente N.° 2002-98:

“En el delito de apropiación ilícita no basta con la retención del bien sobre el que pesa la obligación de devolver, sino que dicha conducta debe ser completada con un ánimo subjetivo de querer comportarse como dueño del mismo ejecutando actos propios de tal, como son, la disposición o el uso para fines distintos por los que fuera recibido”.

---

<sup>72</sup> SOLER, Derecho Penal argentino, p. 407. Citado en PEÑA CABRERA FREYRE, Derecho Penal parte especial, p.264.

<sup>73</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, Derecho Penal. Parte especial, 268.

La intención de aprovecharse del patrimonio para sí o para un tercero es una exigencia adicional en el elemento subjetivo adicional referido al dolo. Esta conducta guiada también se le conoce como ánimo de lucro, o sea la intención del agente de conseguir una utilidad, beneficio o ventaja contemplativa.

Por tanto, cuando la no devolución se sustenta en un precepto autoritario y/o permisivo, que faculta al tenedor de retener la posesión del bien, hasta que su propietario cumpla con abonarle la acreencia que mantiene con el agente; se trata del ejercicio legítimo de un derecho<sup>74</sup>. Como expresa la Ejecutoria Superior del Expediente N.º 186-98-A 109:

“El hecho de haber solicitado en vía civil, el procesado el embargo del vehículo, no lo hizo con el propósito de apropiarse del mismo, sino de garantizar su acreencia y al no ser devuelto oportunamente ante el requerimiento del juez hubo negligencia, pero no voluntad de no devolver, por tanto, era su obligación legal, tanto así que devolvió y luego de este hecho, recién fue denunciado cuando el vehículo sub litis ya había sido entregado a su copropietario”.

Los hechos consistentes en haber retenido al procesado los bienes de la entidad supuestamente afectada, no configurarían el delito en mención al existir una deuda de dinero pendiente de pago. El acusado no ha realizado actos de disposición y menos ha usado los bienes muebles de propiedad de la entidad agraviada<sup>75</sup>.

Por último, el aprovechamiento para uno mismo o para un tercero es una ventaja de orden patrimonial. Por ejemplo, si el agente entrega un auto para que un tercero lo use como taxi, entonces no se requiere que el agente busque el provecho económico, sino que se verifique el propósito que lo llevo a su aprovechamiento<sup>76</sup>. No obstante, si la apropiación del bien tuvo como finalidad su destrucción, dejaría de ser apropiación ilícita, sino un delito de daños<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. 2008. Derecho penal parte especial. Lima, Perú: Moreno S.A. Tomo II, P. 272.

<sup>75</sup> ROJAS VARGAS, Jurisprudencia Penal Comentada, p. 246. Citado en PEÑACABRERA FREYRE, Derecho penal parte especial, p. 272.

<sup>76</sup> SALINAS SICCHA, Derecho Penal, Parte Especial, p. 765.

<sup>77</sup> PEÑACABRERA FREYRE, Derecho Penal Parte Especial, p. 272.

## 2.8. Consumación del delito

SALINAS SICCHA<sup>78</sup> precisa que el tipo penal expreso en el artículo 190° del CP adquiere cierta perfección cuando hay un estado consumativo y está relacionado con determinados actos efectuados para aprovecharse del bien; además que exista la intención de un nuevo dominus sobre cosa la apropiada, es decir, que haya sido vendida, ocultada u otorgada en arrendamiento. Al respecto, el recurso de nulidad N.º 713-97-Cañete, señala lo siguiente:

“El delito de apropiación ilícita, previsto en el artículo 190° del Código Penal se configura cuando el autor realiza actos de disposición o de un uso determinado a un bien mueble, que ha recibido en razón de un encargo o título que no establece tal potestad, incorporando a su propio dominus ya sea del bien que se ve privado su legítimo propietario o un valor integrado del mismo, esto es el valor inherente al mismo bien en función de la naturaleza del mismo”<sup>79</sup>.

Y también en el recurso de nulidad N.º 1583-2007- Santa:

“Existe apropiación ilícita cuando el agente realiza actos de disposición o un uso determinado sobre el bien mueble, suma de dinero o valor; que ha recibido lícitamente por un título que no le da derecho a ello, incorporándolo a su patrimonio, ya sea el bien o dinero del que se ve privado el propietario, ya sea el valor incorporado a él, esto es, el valor inherente al bien mismo en virtud de la naturaleza y función del objeto en cuestión”<sup>80</sup>.

**2.8.1. Circunstancias agravantes en el depositario judicial.** El depositario judicial es un encargado nombrado por un juez de custodiar bienes muebles embargados o incautados por efectos propios de un proceso penal. Para el artículo 1814° del Código Civil (CC), el depósito voluntario está obligado a recibir un bien con el fin de custodiarlo, así como devolverlo a solicitud del depositante.

Entonces, para que el depositario judicial concrete su actuación, de acuerdo a las medidas cautelares tramitadas que pueden estar dentro o fuera del proceso, específicamente bajo la medida de secuestro judicial (artículos 643° al 652° del CPC respectivamente) como una

<sup>78</sup> SALINAS SICCHA, Delitos contra el patrimonio, p. 222-224.

<sup>79</sup> RN N.º 713-97-Cañete, en PEÑACABRERA FREYRE, Derecho penal parte especial, p.270.

<sup>80</sup> Resolución N.º 1583-2007- Santa.

agravante, se debe determinar la infracción del deber encargado, pues, a pesar de su función encargada, se apropia de los bienes en custodia para su provecho personal o para un tercero<sup>81</sup>.

Bajo este escenario legal tan diverso, que estaría generando incoherencias de rango normativo y dicotomías, se estaría poniendo en riesgo el orden sistemático y conceptual que rige todo tipo de normas. Ante ello, es necesario realizar una comparación sobre los tipos penales glosados en la Parte Especial del CP, específicamente en los siguientes artículos:

El artículo 392°: el cual precisa varios ilícitos penales, tales como peculado en sus dos modalidades, malversación de depósito de dinero encargados a una persona natural o jurídica<sup>82</sup>, bienes embargados y uso indebido de bienes públicos.

El artículo 425°, titulado “Calidad de funcionario público”, inc. 4: “comprendía a los administradores y depositarios de causales por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares”.

Como se aprecia, hay un evidente conflicto entre la norma agravante sobre apropiación ilícita, así como el delito de peculado. Para dilucidar esta confusión, es preciso, entonces, desarrollar el fundamento de los injustos de cada tipo de penal y su afectación a la Administración Pública que es cometida por el funcionario público.

Es importante resaltar que los tipos penales especiales, residen en dos aspectos: el primero, es la vinculación de tutela que el intraneus, cuando se le encomienda el cargo de custodio, debe preservar de los caudales, efectos y bienes; mientras que el segundo, está referido a la independencia, objetividad e imparcialidad que dichos encargados deben mantener para tutelar dichos recursos.

---

<sup>81</sup> BACA CABRERA, D. y otros, Jurisprudencia Penal. Procesos Sumarios, p. 287. Citado en PEÑACABRERA FREYRE, Derecho penal parte especial, p. 275.

<sup>82</sup> También se considera a los 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

Con base a ello, si un encargado no está ejerciendo una función pública no podrían quebrantar o incumplir con su deber encomendando. Es así como el depositario judicial es penalizado de acuerdo al artículo 190° del CC y no bajo los artículos 387 ° y siguientes del CP. Entonces, este afán altamente criminalizador del legislador no estaría ejerciendo una perturbación sobre la correcta interpretación de las normas penales, de acuerdo al ratio de tutela correspondiente a la naturaleza del bien jurídico tutelado<sup>83</sup>.

Al respecto, el Recurso de Nulidad N.° 3396-2010- Arequipa, precisamente, el cuarto considerando constituye un precedente vinculante:

“**Cuarto:** Que estando a lo expuesto, es de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal de las normas en cuestión, ya que la mención “depositario”- condición imputada al encausado- se encuentra prevista en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en el artículo trescientos noventa y dos del código acotado respecto al delito de peculado por extensión, que también hace referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente- en cuanto a la condena y pena a imponerse-, se considera que debe aplicarse la norma más favorable a éste (...) al existir una dualidad de preceptos legales aplicables al caso en concreto, corresponde aplicar la más favorable, que viene a ser el tipo penal contra el patrimonio en la modalidad de apropiación ilícita en forma agravada- regulada en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas”<sup>84</sup>.

Entonces, con respecto a lo referido por este recurso, se estaría ante un supuesto de concurso de leyes y la regla para determinar la norma prevalente sería el principio de especialidad (*Lex specialis derogat lex generalis*).<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> BACA CABRERA, Jurisprudencia Penal. Proceso Sumarios, p. 287. Citado en PEÑACABRERA FREYRE, Derecho penal parte especial, p. 275.

<sup>84</sup> ORÉ SOSA, El depositario judicial en los delitos de apropiación ilícita y peculado por extensión comentario al precedente vinculante de la Corte Suprema de la República. Revista de Derecho de la Universidad de Piura.

<sup>85</sup> SALINAS SICCHA, 2010, p. 224-225

Por último, el artículo 190° del CP, refiere que los depositarios judiciales son agentes del delito, mientras que el artículo 392° los menciona como designados por una autoridad competente en su sentido genérico. Entonces, el artículo 392° incluye a todos los depositarios, excluyendo al judicial, que es designado para dicho cargo, los cuales, en este caso, podrían ser una autoridad municipal, un intendente de la SUNAT, entre otros.<sup>86</sup>



---

<sup>86</sup> SALINAS SICCHA, Tratado de Derecho Penal, p. 222-223.



## Capítulo 3

### Superposición normativa: el peculado impropio y la apropiación ilícita

#### 3.1. Análisis crítico de la regulación actual

El delito de apropiación ilícita común se configura en el primer párrafo del artículo 190° de CP como se muestra a continuación:

“El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

Ahora bien, en su segundo párrafo del citado artículo se contempla una agravante que depende de la calidad del sujeto activo. En ese caso, el tipo penal se convierte en un delito especial impropio. Así, se señala:

“Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”.

Conforme puede observarse, se incluye al depositario judicial, en el grupo de autores del delito en mención de forma agravada<sup>87</sup>. Ahora bien, hay un problema que acarrea la legislación. Al parecer, el idéntico supuesto ha sido recogido también en el artículo 392° del CP a través de la extensión de punibilidad en el delito de peculado impropio en los términos siguientes:

“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 jurídicas

---

<sup>87</sup> Esto en atención a la interpretación literal del precepto, interpretación que marca la pauta en Derecho penal, aunque no se puede negar que, en muchos casos, no refleja la real intención del legislador, de ahí que se ha de combinar con otros métodos interpretativos.

que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social”

En ese sentido, el supuesto de apropiación del depositario judicial, podría subsumirse en los tipos penales de peculado impropio por extensión y de apropiación ilícita agravada<sup>88</sup>. Es así, que un mismo supuesto está regulado por dos normas penales; existiendo, por tanto, una antinomia normativa para resolver.

De la misma manera, ocurre con el bien jurídico que se protege, pues el peculado no está considerado como delitos del contra el patrimonio, sino cometido contra la Administración Pública por un funcionario público<sup>89</sup>. La doble regulación del depositario judicial como sujeto activo en ambos tipos penales amerita una solución interpretativa.

### **3.2. La regulación a nivel comparado**

De lo expuesto en esta subsección, las legislaciones penales presentadas contemplan los delitos peculado o apropiación de bienes públicos y de apropiación ilícita, haciendo referencia en algunos casos al depositario judicial.

**3.2.1. España.** En el CP español, específicamente en el artículo 253°, la apropiación indebida permite que el depositario judicial pueda ser autor material de este delito, aunque no menciona, expresamente, el término “depositario judicial”, si es posible su conclusión como autor, por cuanto el tipo penal utiliza la frase: “recibir en depósito”. Por tanto, es posible incluir al depositario judicial. A continuación, se aprecia el citado del tipo penal:

“Artículo 253.1. Serán castigados con las penas del artículo 249° o, en su caso, del artículo 250°, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión o custodia,

---

<sup>88</sup> Entiéndase, a decir de BACIGALUPO, que habrá concurso (aparente) de leyes penales cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor solo haya cometido una única lesión de la ley penal. Véase: ENRIQUE BACIGALUPO, Derecho Penal Parte General, 2da edición, editorial HAMMURABI SRL, p. 570

<sup>89</sup> BENAVENTE CHORRES, H. Y CALDERÓN VALVERDE, L., Delitos de corrupción de funcionarios, 1° Ed. Gaceta Penal, Lima, 2012, Pp. 171-172.

o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de devolverlos, o negaren haberlos recibido.”

No obstante, a diferencia del CP peruano, no contempla de expresamente una agravante en función de la calidad del sujeto activo. Ahora bien, el artículo 435° del citado código, extiende la apropiación sobre el patrimonio público a los depositarios. Así:

“Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1° A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.

2° A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3° A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

4° A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterará el orden de pagos de los créditos establecido en la Ley”

En definitiva, la conducta del depositario judicial se muestra más específicamente en el caso del artículo 435° y no en el 253° del CP español.

**3.2.2. Colombia.** En el CP colombiano, específicamente en los artículos 249° y 250° que tipifican el delito de Abuso de Confianza, equivalente al delito de apropiación ilícita del CP peruano, el depositario judicial está incluido como posible autor:

“Artículo 449° Código Penal. - El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece puntos treinta y tres (13.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes. ”

Mientras que en el artículo 250° señala lo siguiente:

“La pena será prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, y multa de cuarenta (40) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la conducta se cometiere:

1. Abusando de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública.
2. En caso de depósito necesario.
3. Sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la total o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste.
4. Sobre bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales”

Como se aprecia, en el intervalo de los artículos 397° a 401° del CP colombiano referido al peculado, el depositario judicial no es mencionado como sujeto activo. Sin embargo, al utilizarse el término funcionario público como agente del delito de peculado, se considera que también es posible su subsunción en este supuesto típico.

### **3.3. Sobre la condición de funcionario público del depositario judicial**

En el CP, específicamente en el artículo 425° se establecen disposiciones comunes respecto a los funcionarios públicos:

“Funcionario o servidor público. - Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley.”

Ahora bien, con respecto a su vinculación del servidor público con la función pública, en el artículo 608° y 611° del CPC establece que:

“El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada (...) Esto con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva”.

En este orden, el artículo 610° inciso 5 del CPC establece los requisitos de la solicitud de medida cautelar, siendo uno de ellos “designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso”.

La mencionada norma procesal es clara: el que solicita la medida cautelar debe designar a un órgano de auxilio judicial, si lo ameritara; y, para este caso, el embargo, en forma de depósito, constituye el depositario (judicial) correspondiente, en virtud de la decisión (resolución judicial respectiva) del juez competente, conforme lo establece el primer párrafo del artículo 649° del CPC: “Cuando el embargo en forma de depósito recae en bienes muebles del obligado, éste será constituido en depositario, salvo que se negare a aceptar la designación, en cuyo caso se procederá al secuestro de los mismos (...)”.

En ese sentido, para el CPC, el depositario judicial actúa como un órgano de auxilio de la Administración de Justicia, sometido a un régimen jurídico específico, esto es, sometido a las normas jurídicas establecidas para procesos judiciales de índole privada. Aunque dicho órgano sea designado por la parte con la solicitud de medida cautelar, como señala el artículo 610° del CPC: su status inicia desde el dictado de dicha medida con la respectiva resolución judicial, esto es, la condición de depositario judicial proviene del poder del juez para constituirlo. En consecuencia, bajo las reglas de la lógica, si el juez no dicta medida cautelar, no existirá el depositario judicial.

Puesto que se menciona a un particular (persona natural o jurídica) y a la función judicial, se torna necesario explicar la condición de depositario judicial desde el Derecho Público, específicamente desde el Derecho Administrativo. Esta discusión tiene como base dos razones: primero, se tiene en cuenta que, dentro de su organización, el Poder Judicial (PJ) cuenta con una Administración Pública que le sirve de apoyo en su función jurisdiccional; y segundo,

debido a la importancia del concepto “función pública- función judicial” determina la responsabilidad en materia penal del depositario judicial.

A continuación, se analizará la relación existente entre la Administración Pública y el PJ y, seguidamente, desarrollarán los conceptos de función pública y función judicial, para luego dilucidar si este depositario judicial es un funcionario público.

### **3.3.1. Aproximación normativa de la función del depositario judicial**

**3.3.1.1. Administración pública y PJ.** La Administración Pública es una especie de organización conferida de poder público que se encuentra bajo sometimiento de un control judicial, pero que carece de potestad jurisdiccional en sí<sup>90</sup>. En el ordenamiento jurídico peruano, se ubica en la Constitución Política del Perú, específicamente en el artículo 148°: “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso- administrativa”.

Como se aprecia, la Administración Pública en el Perú está sujeta a un régimen universal comprendida en sus vías administrativas y, en última instancia, del control del PJ<sup>91</sup>. La función jurisdiccional se hace presente en estas dos entidades, es decir, ambas entidades juzgan.

Para el caso de la Administración Pública, esto se ve claramente cuando se resuelven los recursos administrativos que se interponen ante ella y, asimismo, al momento de resolver los denominados procedimientos administrativos trilaterales. Sin embargo, aquella función jurisdiccional que ejerce la Administración Pública es de orden material: materialmente juzga.

La característica jurídico- formal es la diferencia del juzgamiento material de la Administración pública con la función propia del PJ. La emisión de resoluciones administrativas no tiene la misma fuerza que las sentencias dictadas por el PJ. La primera tiene cierta presunción de legalidad o *iuris tantum*. Con ello, la sujeción de la vía administrativa al

---

<sup>90</sup> Vid. MARTINEZ LÓPEZ- MUÑIZ, J., Introducción al Derecho Administrativo, Tecnos, Madrid, 1986, p. 97.

<sup>91</sup> Se entiende como régimen universal, pues integra varios regímenes sobre los cuáles se establece la forma en las que los trabajadores de la Administración Pública desempeñan sus funciones. Vid. ABRUÑA PUYOL, A., Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano, Editorial Palestra, Lima, 2010, p. 109-110.

PJ es plena<sup>92</sup>. Esta sujeción como señala MARTINEZ LÓPEZ- MUÑIZ es “la garantía institucional de su efectivo sometimiento a la ley y al ordenamiento jurídico, con la consiguiente protección debida de los derechos y libertades individuales y sociales amparados por dicho ordenamiento”<sup>93</sup>.

Como es sabido, cuando se agote el recurso previsto en el ordenamiento procesal, dicha sentencia no podrá ser revisada. La sentencia judicial está revestida de una presunción de legalidad iuris et de iure y, en esta fase radican los efectos de la firmeza de los actos administrativos y la cosa juzgada determinada en las resoluciones judiciales<sup>94</sup>.

**3.3.1.2. La administración pública del PJ.** Para el Derecho Administrativo, el PJ es un conjunto de órganos integrados con autonomía en la persona jurídico- pública del Estado<sup>95</sup>. El artículo 138° de la Constitución Política le asigna su función básica como “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el PJ a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las Leyes”.

Bajo este esquema, la Administración Pública del PJ tiene tres características que serán explicadas a continuación:

**Es especial:** tienen funciones específicas sobre un determinado sector de actuación. Con base a ello, pueden tener supremacía general sobre todos los ciudadanos, o supremacía especial dependiendo del alcance de su actuación. Asimismo, puede subdividirse en administraciones corporativa sectoriales e institucionales<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> Vid BRUÑA PUYOL, A., Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano, Editorial Palestra, Lima, 2010, p. 109-110.

<sup>93</sup> MARTINEZ LÓPEZ- MUÑIZ, J.L, Introducción al Derecho Administrativo, Tecnos, Madrid, 1986, p. 109-110.

<sup>94</sup> ABRUÑA PUYOL, A., Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano, Editorial Palestra, Lima, 2010, p. 109-110.

<sup>95</sup> En este sentido el artículo 139, 2 de la carta magna señala: “son principios y derechos de la función jurisdiccional: 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”. De igual manera, el artículo 2 de la Ley Orgánica del PJ señala: “el PJ en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional”. Vid. Ídem, p. 169.

<sup>96</sup> ABRUÑA PUYOL, A., Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano, Editorial Palestra, Lima, 2010, p. 164-165.

**Es institucional:** es una creación estatal que gestiona un determinado interés o intereses públicos<sup>97</sup>.

**Sirve de apoyo al Poder Ejecutivo**<sup>98</sup>: están al servicio y depende de los órganos creados constitucionalmente por el Poder Ejecutivo. Su creación facilita una función específica encomendada. Las instituciones de apoyo son el Legislativo, el PJ y el Tribunal Constitucional. Se excluyen como órgano de apoyo el Concejo Municipal y el Congreso Regional de los gobiernos locales y regionales.

**3.3.1.3. PJ y su actividad (materialmente) administrativa.** Así como la Administración Pública ejerce función materialmente jurisdiccional, el PJ ejerce función materialmente administrativa. El artículo 749° del CPC demuestra esta aseveración: los procesos no contenciosos son parte de la denominada jurisdicción voluntaria<sup>99</sup>.

Aunque esta jurisdicción sea, materialmente, una actividad administrativa, al ser ejercida por el PJ, es decir, por una organización con potestad judicial, viene sujeta al Derecho Procesal o Judicial y no al Derecho Administrativo. Además, dicha potestad que tiene está dotada de legalidad. En otras palabras, aunque materialmente sea una actuación administrativa, formalmente es actividad judicial, y debe considerarse así<sup>100</sup>.

**3.3.1.4. La administración pública de apoyo al PJ.** En la Constitución Política, en su artículo 143° señala lo siguiente que “El PJ está integrado por (...) órganos que ejercen su gobierno y administración”. Asimismo, el artículo 145° de la misma norma establece que “El PJ presenta su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo y lo sustenta ante el Congreso”.

---

<sup>97</sup>. Ídem, p. 165.

<sup>98</sup>. Ídem.

<sup>99</sup> Artículo 749° del Código Procesal Civil: “ Se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos: 1. Inventarios; 2. Administración judicial de bienes; 3. Adopción; 4. Autorización para disponer derechos de incapaces; 5. Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta; 6. Patrimonio familiar; 7. Ofrecimiento de pago y consignación; 8. Comprobación de testamento; 9. Inscripción y rectificación de partida; 10. Sucesión intestada; 11. Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero; 12. Las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del juez, carezcan de contención; y 13. Los que la Ley señale”

<sup>100</sup> Vid. ABRUÑA PUYOL, A., Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano, Editorial Palestra, Lima, 2010, p. 112-113.

A partir de las normas señaladas, la doctrina señala que el PJ lleva a cabo actividad propiamente administrativa. Sin embargo, los órganos administrativos referidos en el artículo 143° de la Carta Magna no pueden considerarse como PJ, dado que, propiamente el PJ lo componen solo los órganos jurisdiccionales. Esta actividad administrativa asignada a órganos, que no son ni actúan propiamente como PJ y ejercen una potestad sometida al régimen jurídico-administrativo, indican la presencia de una verdadera Administración<sup>101</sup>.

Según la Ley Orgánica del PJ<sup>102</sup>, la dirección de esta actividad administrativa le corresponde al Consejo Ejecutivo del PJ que cuenta con órganos de control y apoyo, tales como la Gerencia General, la Inspectoría General, la Oficina de Control de la Magistratura y el Centro de Investigaciones Judiciales, como se desprende, entre otros, de los artículos 82° a 86°, 105°, 106°, 108° a 110° y 113° a 115°.

Por otro lado, el PJ también tiene órganos de apoyo encargados de administrar medios materiales y personales requeridos para la actividad del PJ encomendado. Los órganos de la justicia no les competen estas atribuciones. Por tanto, dichos órganos constituyen la Administración Pública de apoyo al PJ<sup>103</sup>.

Como se observa, existe una diferencia fundamental entre la Administración Pública de apoyo al PJ y el Órgano de Auxilio Judicial, esta es, que la primera actúa en virtud de una potestad administrativa sometida al régimen jurídico-administrativo, y el segundo no actúa bajo ninguna potestad pública, dado que se trata de un privado. Por el contrario, su labor de apoyo depende de lo que decida el juez, cuya actuación se encuentra sometida al régimen jurídico de orden judicial.

---

<sup>101</sup> Vid. ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano*, Editorial Palestra, Lima, 2010, p. 171.

<sup>102</sup> Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del PJ, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

<sup>103</sup> En este sentido, la Ley Orgánica del PJ encarga esas funciones al Consejo de Gobierno del PJ, conforme lo establece, por ejemplo, el artículo 82, 2.: "aprobar el proyecto de presupuesto del PJ, propuesto por la Gerencia General, y ejecutarlo una vez sancionado legalmente".

### 3.3.2. El depositario judicial: ¿sujeto cualificado para ser imputado por el delito de peculado impropio?

**3.3.2.1. Delimitación entre función pública y funcionario público.** El Derecho Administrativo, de manera general, establece que los empleados que son parte de la Administración Pública se les llaman funcionarios, y las actividades que realizan se les denominan función pública. Además, se les caracteriza por someterse a régimen especial, propio del Derecho Administrativo, diferente a los trabajadores que forman parte de entidades privadas<sup>104</sup>.

Por otro lado, el concepto de función pública no es pacífico en la doctrina y existen varias propuestas de definición. Tradicionalmente, la función pública estaba delimitada por los asuntos regidos por el Estado y establecidos por el Derecho Público. De esta manera, es ejercida por organismos, agentes, auxiliares, autoridades que forman parte del poder público con la finalidad de hacer que su ejercicio sea efectivo y real<sup>105</sup>.

Este estudio considera que función pública tiene como finalidad cautelar y hacer reales los intereses de la nación en todo el territorio a través del cumplimiento de sus actividades. Desde otra perspectiva, es una acción que proviene del ejercicio del poder del Estado o, simplemente, de sus fines<sup>106</sup>. En este sentido, el ejercicio de dicho poder solo puede realizarse mediante la actuación de personas físicas, investidas de algún tipo de competencia que la Ley le atribuye para que desempeñen su función<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M. Derecho de la función pública. Editorial Tecnos, Madrid, 2014, p. 18.

<sup>105</sup> CABANELLAS, G., Diccionario de Derecho Usual, Ediciones Santillana, Madrid, 1962, p. 25. Citado por BACA MERINO, R., "Apuntes sobre la condición de funcionario público en el Perú. Naturaleza de su función y finalidad de la misma en relación al interés general" [en línea] Ita Ius Esto. Piura. 2010. [www.itaiusesto.com](http://www.itaiusesto.com) [consulta el 09.04.2018], p. 34.

<sup>106</sup> GUERRA CRUZ, G., Función pública. El personal al servicio del Estado. Universidad Antenor Orrego, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, p. 4. En sentido similar, Parada Vázquez señala que: "Con el término de función pública suele designarse tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y los servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que les encuadra". PARADA VÁZQUEZ, R., Derecho Administrativo. Tomo II: Organización y Empleo público, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 372.

<sup>107</sup> Sin que por ello deba confundirse el régimen jurídico de los sujetos que ejercen la acción, con la acción misma. Vid. DELGADILLO GUTIÉRREZ, L. H., El derecho disciplinario de la función pública, INAP, México, 1990, p. 12.

El concepto de funcionario público, por tanto, no ha sido definido de manera satisfactoria por el Derecho Administrativo. Más allá de las definiciones legales o doctrinales que se han elaborado, la jurisprudencia española es clara en este sentido:

“No es fácil definir en términos de incontestable precisión el concepto de funcionario. Ésta es la razón por la que la doctrina científica da una definición amplia de funcionario público, considerando como tal a toda persona que desempeña un destino o empleo público, y da una definición estricta de funcionario público. El funcionario público en sentido estricto es aquel cuyo estatus viene adornado por las siguientes características: la legalidad de su nombramiento; la permanencia en el servicio, completada con la nota de la inamovilidad, y la retribución de sus servicios a cargo de los presupuestos de la Administración<sup>108</sup>”

De acuerdo con ROYO-VILLANOVA<sup>109</sup>, existe una diversidad de conceptos sobre funcionario público que sea válido para todos los ordenamientos jurídicos. La doctrina, la jurisprudencia y las normas positivas han elaborado diversos conceptos al respecto. Es evidente, además, que en cada rama del Derecho se asienta una concepción particular de lo que es un funcionario público. Esto es, para cada sector, el ordenamiento concibe de distinta manera el concepto de funcionario. Por ejemplo, el Derecho Penal, administrativo, y tributario, por ejemplo, lo conciben de modo distinto, pese a que su situación jurídica siempre se encuentra relacionada al Estado.

Los requisitos para que una persona sea considerada funcionario público como señala SÁNCHEZ MORÓN, requiere, al menos, de dos elementos esenciales: primero, una actividad regulada y delimitada por el derecho público; y segundo, el reconocimiento de la Administración Pública por medio de un acto de manera individualizada<sup>110</sup>.

En ese sentido, tal como refiere ROYO-VILLANOVA, un verdadero funcionario público es aquel individuo que es nombrado de manera vitalicia o por tiempo indeterminado y ejerce su función de modo profesional. De esta manera la Administración pública le otorga al funcionario

---

<sup>108</sup> Auto de 18 de febrero de 1997 (R.J. 1997/1507). Citado por SARMIENTO LARRAURI, José I., “Una aproximación al régimen de los funcionarios”, en Foro Revista de ciencias jurídicas y sociales, N° 1, 2005, p. 257.

<sup>109</sup> Vid. ROYO-VILLANOVA, S., “El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo Derecho español”. En Revista de Administración Pública, n° 44, 1964, p. 10.

<sup>110</sup> Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., Derecho de la Función... Ob. cit., p. 319.

un puesto de trabajo, le paga un salario, le garantiza una carrera, seguridad social para su vejez, cuando se enferme o se queda inválido<sup>111</sup>.

**3.3.2.2. Depositario judicial, privilegios y cargas públicas.** El depositario judicial ejerce una función de auxilio a la Administración de Justicia mas no una función judicial propiamente dicha. Además, no todos los sujetos que trabajan en el PJ desempeñan actuaciones judiciales, o sea tienen uso de potestades judiciales.

El carácter público de las actuaciones de las personas que constituyen la Administración Pública viene definido por las prerrogativas o privilegios que poseen o por las denominadas cargas públicas. Respecto al depositario judicial, es necesario verificar si la función que realiza se condice con estas prerrogativas y cargas propias que posee el funcionario público.

En el artículo 118° de la Constitución Política, el Ejecutivo, tiene como responsabilidad propiciar las condiciones para el establecimiento de un Estado social y Democrático de Derecho. A eso apunta la Administración Pública: está encargada de cumplir con ese mandato a través de las leyes, sentencias, entre otros documentos legales.

Para dicho mandato, además, posee prerrogativas o privilegios<sup>112</sup>. En este sentido, el principal privilegio que ostenta la Administración Pública es la autotutela, o sea, la exigencia inmediata de los derechos instaurados y, como tal, de sus efectos, sin autorización alguna e incluso utilizar la coacción para imponerlas (ejecutoriedad o autotutela ejecutiva)<sup>113</sup>. La base constitucional de este privilegio se encuentra en el artículo 43° de la Constitución Política.

Aunque dicho privilegio no se encuentra declarado de manera expresa, se entiende que la autotutela, al ser manifestación del poder que la Constitución asigna al denominado Poder

---

<sup>111</sup> ROYO-VILLANOVA, S., "El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo Derecho español". En Revista de Administración Pública, n° 44, 1964, p. 12.

<sup>112</sup> RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, Un nuevo Derecho administrativo: El derecho del poder para la libertad, Circulo de derecho administrativo, Revista de Derecho Administrativo, número 2 (2006), pp. 84 ss.

<sup>113</sup> Sobre la auto-tutela en general, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, 4.a ed., Madrid, Civitas, 1983, págs. 455-458.

Ejecutivo, se asienta en el núcleo de todo Estado de Derecho, que se expresa, justamente, en el mencionado artículo 43° de la Carta Magna<sup>114</sup>.

Ahora bien, la virtud ejecutiva de sus actos también puede ser impugnada jurisdiccionalmente y sucede a raíz de una afectación a los particulares. A esto se le llama carácter revisor<sup>115</sup>: una forma de control jurisdiccional diferente a la vía civil, o sea la jurisdicción contencioso- administrativa, o también llamada jurisdicción ordinaria<sup>116</sup>.

La doctrina señala que la Administración Pública posee privilegios en más, y también privilegios en menos. Sobre los primeros se tiene la mencionada autotutela, y al status privilegiado de los bienes públicos. Respecto de los segundos, no puede contratar a plena discreción, pues tiene que seguir un procedimiento determinado para seleccionar y contratar a quienes quieran trabajar en la Administración Pública. Tampoco está en la capacidad para actuar con voluntad propia, pues está sujeta a un procedimiento, de lo contrario todo acto que haga sería nulo<sup>117</sup>.

En este sentido, el depositario judicial no ejerce función pública. Su actividad no se enmarca dentro de una Administración Pública. Por el contrario, se enmarca dentro de la función judicial, pero solo lo hace como un auxiliar, el cual puede ser una persona natural o jurídica que, dependiendo de la orden y disposición formal del Juez, se encarga exclusivamente de brindar apoyo a la labor de administrar justicia. Esto denota que las actuaciones del depositario judicial no poseen ningún tipo de privilegio, tal como lo tiene un funcionario público -designado como tal-, y que es parte de una Administración Pública.

En este orden, los actos del depositario judicial no tienen ninguna trascendencia jurídico-administrativa. Antes bien, su régimen versa sobre sus obligaciones de custodia y devolución

---

<sup>114</sup> Conforme con el texto del artículo 43.- “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

<sup>115</sup> Esta potestad revisora está prevista en el artículo 148 Constitución Política del Perú. Una muestra de la preeminencia del orden jurisdiccional sobre el administrativo también se prevé en el art. III, del Título Preliminar-Nuevo Código Procesal Penal.

<sup>116</sup> Tal como lo establece de acuerdo el artículo 148 de la Constitución Política y el artículo 226 del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (D.S. N° 006-2017-JUS).

<sup>117</sup> Véase, en cuanto a la nulidad del acto administrativo PATRON FAURA, Pedro y otro. Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú, 5ta. edición ampliada y actualizada, Editora Grijley, Lima, Perú, 1996, p. 295.

sobre los bienes que les han sido encargados; inclusive el artículo 632° del CPC establece su derecho de recibir una retribución por su labor: “Los órganos de auxilio judicial perciben la retribución que a su solicitud le fije el Juez (...)”. En definitiva, el depositario judicial no ejerce función pública y mucho menos posee algún privilegio de autotutela.

**3.3.2.3. El depositario judicial y la relación especial de sujeción.** En el orden al análisis, la consideración del depositario judicial como funcionario público debe estudiar la relación que existe entre el juez competente de la medida cautelar y el depositario judicial.

Las actuaciones del depositario judicial dependen de las órdenes y disposiciones (resoluciones) que formalmente establece el juez competente dentro del proceso cautelar. Entonces, se puede afirmar que entre ambos existe una aparente relación de dependencia. De esta consideración, surge la cuestión de la relación de sujeción especial del depositario judicial respecto de dicho juez.

Para entender la relación especial de sujeción, es necesario explicar, primero, el concepto de derecho público individual subjetivo. Para OTTO MAYER, el derecho público individual es una forma de poder jurídico que se ejerce sobre el poder público<sup>118</sup>. Esto quiere decir que esta relación es una que tiene por finalidad el poder público, el mismo que puede ser atribuido a los individuos para su ejercicio.

En este sentido, se considera que el Estado crea, para los súbditos, verdaderos derechos públicos individuales para su beneficio, y esto es así porque no está en la naturaleza del súbdito poseer poderes derivados del Estado. Para tal efecto, los instrumentos de otorgamiento de dichos poderes son la ley y el acto administrativo. Estos últimos concretan estos derechos en el individuo, los que a partir de ese momento se convierten en colaboradores de la gestión del poder público<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> MAYER, O., Derecho administrativo alemán. Ediciones Depalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1982, p. 150.

<sup>119</sup> Vid. MAYER, O., Derecho administrativo alemán. Ediciones Depalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1982, p. 150.

En términos simples, el derecho individual subjetivo, es un poder cedido al derecho de representación del Estado. Por ejemplo, el juez representa y ejerce un poder a nombre del Estado por derecho.

Ahora bien, el Estado crea una relación entre él y el súbdito, que es de sujeción especial establecida por el Derecho Público<sup>120</sup>. Así, la sujeción estaría entendida como el «vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior»<sup>121</sup>.

La sujeción, como concepto, forma parte de la Teoría Constitucional del Estado y de la Teoría de la Administración de finales del siglo XIX, básicamente con los aportes de Laband y Otto Mayer. Para esta teoría, existen dos tipos de relación de sujeción:

- i. **La sujeción especial:** comprende relaciones específicas que se dan entre el Estado y el ciudadano, las cuales, pueden ser de manera integrada para determinados ámbitos de la Administración Pública. Por ejemplo, la escuela, centros penitenciarios, otros establecimientos públicos, relación funcional, servicio militar.
- ii. **La sujeción general:** comprende a cualquier persona que posee inherentemente derechos y obligaciones generales<sup>122</sup>.

Con base a ello, la sujeción especial tiene un ámbito interno de la Administración Pública. En consecuencia, aunque el establecimiento coactivo de una relación de sujeción especial requería un fundamento legal, las relaciones específicas derivadas escapaban de los derechos fundamentales, de la reserva de ley y de la tutela judicial<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, Ed. Civitas, Madrid. Reimpresión 2001. Tomo I, p. 42.

<sup>121</sup> Para MAYER, O., Derecho administrativo alemán. Ediciones Depalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1982, pp. 136 s. y 144, este vínculo (relación) puede ser creado por Ley o por acto administrativo. Sin embargo, una vez dentro de ella, el medio por el que se diagrama la relación será el de los actos administrativos.

<sup>122</sup> Vid. MAURER. H. Derecho administrativo alemán, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, pp. 177-178.

<sup>123</sup> Vid. MAURER. H. Derecho administrativo alemán, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, p. 178.

En este punto, la discusión del concepto se torna intensa a partir de la pugna que surge entre el Poder Ejecutivo de dictar reglamentaciones internas, dentro de las relaciones de sujeción del tipo especial, y los derechos de los súbditos que se ven afectados por aquellas. El punto central es dilucidar si dichas medidas pueden ser ordenadas sin una cobertura legal. Lo cierto es que, de acuerdo a lo que explica MAYER, estas regulaciones eran instrucciones administrativas carentes de norma jurídica, pero con cierto nivel de eficacia externa<sup>124</sup>.

No es parte del análisis de este trabajo; sin embargo, cabe precisar que en las relaciones especiales de sujeción, las libertades o los derechos fundamentales están restringidos en razón del consentimiento del interesado<sup>125</sup>. Como señala, MAYER el protegido en sus libertades está libre para someterse, en cierta medida, a cargas personales, obligaciones, entre otros.<sup>126</sup>

Al respecto, como establece la Constitución Política de 1993, se deduce un papel importante de la Ley sobre las relaciones de sujeción especial. El artículo 24°. a. establece que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; mientras que en el artículo 24°. b. señala que “no se permite forma alguna de restricción de la libertad”.

Junto a lo antedicho, se considera que las relaciones de sujeción especial deben interpretarse restrictivamente, pues no son cualquier relación particularizada entre Administración y administrados, sino únicamente las derivadas de su inserción en la organización administrativa<sup>127</sup>. En definitiva, a la vista del papel que juega la ley, la regulación de este tipo de relaciones no puede dejarse exclusivamente a la norma reglamentaria<sup>128</sup>.

Ahora bien, además de la definición de relación de sujeción especial planteada, es necesario precisar sus características con la finalidad de establecer si el depositario judicial se encuentra

---

<sup>124</sup> Sobre este tema, Vid. OTTO MAYER, *VerwR I*, pp. 101 y siguientes, en donde destaca que “las relaciones de especial sujeción” reemplazan el fundamento legal que normalmente sería necesario, y afirma de manera plástica: “El maestro puede reprimir y encerrar expeditivamente al alumno negligente”. Citado por: MAURER, H. *Derecho administrativo alemán*, Primera Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, pp. 177-178.

<sup>125</sup> Vid. MAYER, O., *Derecho administrativo alemán*. Ediciones Depalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1982, p. 129.

<sup>126</sup> Vid. MAYER, O., *Derecho administrativo alemán*. Ediciones Depalma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1982, p. 130.

<sup>127</sup> BACA ONETO, V. *Notas al curso de Derecho Administrativo. Lección Décimo Sexta: El Administrado y sus situaciones jurídicas*. Pro manuscrito. Edición 2017. Facultad de Derecho, Universidad de Piura. Piura. 2017. p. 3.

<sup>128</sup> BACA ONETO, V. *Notas al curso de Derecho Administrativo. Lección Décimo Sexta: El Administrado y sus situaciones jurídicas*. Pro manuscrito. Edición 2017. Facultad de Derecho, Universidad de Piura. Piura. 2017. p. 3.

o no sujeto a dicha relación especial. De manera concluyente, el profesor GALLEGO ANABITARTE<sup>129</sup>, señala que la relación jurídica de sujeción especial se caracteriza, básicamente, por lo siguiente:

- i. La existencia de una relación personal;
- ii. Un estado general de libertad limitada;
- iii. Imposibilidad de establecer de antemano contenido y extensión de las prestaciones, así como la intensidad de las necesarias intervenciones coactivas en la esfera de los afectados;
- iv. Una acentuada situación de dependencia, de la cual emanan determinadas obligaciones;
- v. La alusión a un determinado elemento de voluntariedad en dicha situación de sometimiento,
- vi. El hecho de que el individuo tiene que obedecer órdenes, las cuales no emanan directamente de la ley, el hecho de que esta situación se explique en razón de un determinado fin administrativo;
- vii. Admitir, expresa o tácitamente, que la justificación de dicha relación se encuentra en la necesidad de una eficiencia y productividad administrativa.

En definitiva, desde el Derecho Administrativo, el depositario judicial no tiene ninguna relación especial de sujeción con el juez competente del proceso cautelar. Tampoco se enmarca ni desempeña alguna función en la Administración Pública.

Luego, su régimen de responsabilidad solo es de índole civil y penal, más no administrativa (disciplinario); esto es, responde ante daños y perjuicios ocasionados a los bienes encomendados para su custodia (y posterior devolución), y ante una probable comisión del delito de apropiación ilícita agravada y peculado por extensión.

#### **3.3.2.4. Para el derecho administrativo, el depositario judicial no es funcionario público.**

El depositario judicial, desde su designación, como tal, está llamado a colaborar con la función pública en base al cumplimiento de sus obligaciones establecidas específicamente en el artículo 655° CPC:

---

<sup>129</sup> GALLEGO ANABITARTE, A., "Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración", en RAP, núm. 34, 1961, p. 25. P. 11-51.

“Los órganos de auxilio judicial están en el deber de conservar los bienes en depósito o custodia en el mismo estado en que los reciben, en el local destinado para ello, a la orden del Juzgado y con acceso permanente para la observación por las partes y veedor si lo hay. Asimismo, darán cuenta inmediata al Juez de todo hecho que pueda significar alteración de los objetos en depósito o secuestro (...)”.

Sumado a su colaboración a la función pública (función jurisdiccional), se debe aclarar que su condición de auxiliar corre a cargo de una disposición judicial y no de la ley (de modo directo) ni de un acto administrativo. Por este motivo, el depositario judicial no ostenta ningún derecho público individual, y mucho menos representa al Estado con su función (como sí lo hace el juez).

Para el presente caso de estudio, es obvio que la actuación del depositario judicial no se enmarca dentro de una Administración pública. Por tanta, el depositario judicial no tiene la calidad de administrado ni mucho menos uno cualificado. Además, los actos de dicho depositario, que puede ser un colaborador o auxiliar de la Administración de justicia, se enmarcan dentro de un proceso judicial. Por esto, desde el Derecho Administrativo, en la relación existente entre el depositario judicial y el PJ -en general-, y el juez -en específico- no existe una “relación especial de sujeción”.

Por ello, desde el Derecho público, entre el PJ y el depositario judicial existe una relación jurídica sui generis: dicho depositario custodia y devuelve los bienes sujetos a medida cautelar y del juez<sup>130</sup>, evitando el deterioro o pérdida del bien que ha sido sujeto a una medida cautelar.

Ahora bien, el depositario judicial designado dentro de un proceso cautelar es un particular nombrado como tal por el juez que, por ese hecho, se encuentra formalmente vinculado con la Administración de Justicia, pues ha sido depositario de bienes, pero cuyo nombramiento como un auxiliar puede ser cambiado tantas veces se considere necesario, ya sea por las partes del proceso cautelar o por el mismo juez. Su nombramiento es constitutivo, pero temporal, y depende de su desempeño como tal.

---

<sup>130</sup> Así lo establece el artículo 626 del Código Procesal Civil: “cuando el juez designa el órgano de auxilio judicial, es civilmente responsable por el deterioro o pérdida del bien sujeto a medida cautelar causado por éste cuando su designación hubiese sido **ostensiblemente inidónea**”. (Énfasis añadido).

En otras palabras, depositario judicial es un colaborador no indispensable e intercambiable de acuerdo a la decisión del juez o de las partes, pero siempre confirmado por el primero mediante resolución judicial. El artículo 617° del CPC así lo establece: “a pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae o su monto, o sustituyendo al órgano de auxilio judicial”.

Como se sabe, la función del depositario judicial se desarrolla en paralelo a la función del juez dentro del proceso cautelar, entonces, el estatuto personal del juez sería la de un profesional que presta servicios a la Administración Pública como cualquier servidor civil.

El juez es un servidor del Estado. Sin embargo, debido a la autonomía constitucional del PJ, se ha instituido para él una carrera especial: la judicial<sup>131</sup>. Bajo esta carrera judicial se enmarca la función auxiliar del depositario judicial. El estatus de auxiliar define toda la función del depositario judicial: su función dependerá de la voluntad jurisdiccional del propio magistrado, en aplicación de las normas propias del proceso cautelar.

En definitiva, se puede concluir que:

- i. Desde el enfoque jurídico el Derecho Administrativo, el depositario judicial no es un funcionario público;
- ii. Su estatus se crea por orden judicial, y su función depende de lo que ordene el Juez dentro del proceso cautelar;
- iii. El depositario sirve de auxiliar de la Administración de Justicia, esto es, apoya, ayuda, colabora, o asiste a la función de administrar justicia;
- iv. El depositario judicial, como auxiliar, no posee potestad judicial delegada, es decir, ejerce su función dentro de su estatus de colaborador;
- v. Tan auxiliar y secundaria es su función, que puede ser intercambiable y transferible a otro depositario dentro del mismo proceso cautelar, ya sea por voluntad de las partes, como por decisión del Juez. En ambos casos aprobados por resolución judicial.

---

<sup>131</sup> Vid. SILVA ROMERO, C. Tesis: Mérito y Capacidad: En defensa de la Carrera y Función Pública, Facultad de Derecho, Universidad de Piura, Piura, 2017, p. 109.

**3.3.3. Naturaleza jurídica de los bienes, efectos y caudales entregados al depositario judicial.** El Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116, respecto a la naturaleza jurídica de los bienes, efectos y caudales entregados al depositario judicial precisa lo siguiente:

“El delito de peculado debe contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los siguientes elementos materiales del tipo penal:

(...) e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero<sup>132</sup>. Los segundos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables”.

Los bienes, efectos y caudales entregados al depositario judicial tienen carácter público a pesar de que pueden provenir de particulares. Ahora bien, como puede apreciarse, los efectos es un concepto más restringido que el de caudales, pues el primero abarca a aquellos objetos representados por determinado valor patrimonial o económico, además de ser negociables.

Por otra parte, la pertenencia a la Administración Pública puede ser comprendida desde el punto de vista lato. Puede ser entendida como una relación sobre el cual los bienes forman parte del patrimonio para fines públicos. En ese sentido, el objeto no solo está limitado a derecho de propiedad, sino también a un cúmulo de derecho que integran jurídicamente el patrimonio de la Administración Pública<sup>133</sup>.

#### **3.4. Similitudes y diferencias entre peculado impropio y apropiación ilícita, ¿concurso de delitos o de leyes?**

La doctrina penal peruana ha elaborado distintas posturas con el fin de dilucidar la aplicación correcta del tipo penal establecido en el artículo 190° del CP sobre apropiación ilícita, específicamente el segundo párrafo, y en el artículo 392° sobre peculado impropio. Para el

<sup>132</sup> Según REÁTEGUI Sánchez, Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública, p. 252: “ Los caudales comprenden toda clase de bienes, no reducen su contenido al dinero, aunque sí debe tratarse de objetos dotados de valor de naturaleza económica. En este caso, los viáticos, que son asignaciones de dinero, tienen propiamente la calidad de caudales públicos, pues egresan del Tesoro público para mejorar las condiciones de trabajo del empleado designado para realizar una comisión de servicio”.

<sup>133</sup> CHANJAN DOCUMET, Rafael, La Administración Desleal de Patrimonio Público como modalidad delictiva especial del delito de Peculado Doloso, en línea: [[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5647/CHANJAN\\_DOCUMET\\_RAFAEL\\_ADMINISTRACION\\_DESLEAL.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5647/CHANJAN_DOCUMET_RAFAEL_ADMINISTRACION_DESLEAL.pdf?sequence=1)] p. 84.

presente estudio, se consideran los criterios más relevantes que la doctrina penal ha aportado sobre el tema. ROJAS VARGAS señala lo siguiente:

“Para el caso del artículo 190°, es del todo claro que se trata de un sujeto activo particular que comete el delito de apropiación ilícita, siendo el origen de la relación, con el bien del cual se apropia, producto de una decisión del juez que le designa custodio, sujeto a las determinaciones normativas del CPC. Esta reducción de la vinculación a la establecida entre el sujeto activo y el juez no se aprecia en la figura del peculado extensivo, en la cual si bien igualmente el depositario es un sujeto particular éste debe su vinculación con los bienes a un espectro más amplio de fuentes, no solo a la designación judicial, pues la norma 392° ha utilizado la frase “por orden de autoridad competente”, lo que ya está ofreciendo pautas al intérprete”<sup>134</sup>.

Por su parte, SALINAS SICCHA<sup>135</sup> sobre el delito de apropiación ilícita agravada precisa lo siguiente:

“A los depositarios judiciales como agentes del delito, en tanto que el artículo 392° en análisis se refiere a depositarios designados por autoridad competente, esto es, la norma más general. De modo que el artículo 392° está reservado para aquellos depositarios no judiciales designados por autoridad facultada para designar depositarios o custodios, por ejemplo, los intendentes de la SUNAT, la autoridad municipal, Indecopi, entre otros”.

Como refiere FLORES ÑIQUÉN “para este sector de la doctrina hay una relación de especialidad entre los artículos 190° y 392° del CP, el primero es más específico en su regulación que el segundo”<sup>136</sup>.

Por otra parte, SALINAS SICCHA, en un afán por completar su postura, señala lo siguiente:

“Si el depositario judicial tiene a la vez la calidad de funcionario público y se apropia de los bienes públicos o de un particular que le fueron entregados en depósito o custodia, cometerá el

---

<sup>134</sup> ROJAS VARGAS, Delitos contra la Administración Pública, Grijley, 4<sup>ta</sup> edición, Lima, 2007, p.587.

<sup>135</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la Administración Pública, Grijley, Lima, 2009, p.p. 412-413.

<sup>136</sup> FLORES ÑIQUEN, Jhonnattan Theodoro, La determinación de la responsabilidad penal del depositario judicial, en Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura, 2014, p. 13.

delito de peculado impropio. Igual, cometerá delito de peculado por extensión el depositario judicial particular, si el objeto de la apropiación o utilización constituyen, dinero o bienes del Estado”<sup>137</sup>.

Por lo tanto, se puede deducir que existen hasta cuatro tipos de situaciones: i. Depositario judicial privado designado por juez, ii. Depositario judicial funcionario público designado por juez; iii. Depositario privado designado por autoridad competente, y iv. Depositario funcionario público designado por autoridad competente.

Asimismo, de acuerdo al criterio del autor en el artículo 392° del CP se regulan dos supuestos de hecho: i. Depositario judicial (funcionario público): siendo indiferente si se apropia de bienes tanto públicos o privados, y ii. Depositario judicial (particular), cuando los bienes apropiados son meramente públicos.

Sin embargo, este criterio no abarca los casos del depositario-funcionario público nombrado por autoridad competente, y el depositario-particular nombrado por autoridad competente. De modo que el segundo párrafo del artículo 190° se circunscribe al siguiente supuesto: los bienes tienen que ser privados y el depositario debe ser una persona particular, no un funcionario público<sup>138</sup>.

Sobre este aspecto, PEÑA CABRERA FREYRE advierte la nocividad y perjuicio para el sistema penal la extensión de la punibilidad del peculado por extensión hacia otros delitos, tales como la malversación de fondos, las modalidades de peculado (doloso y culposo), uso indebido de bienes públicos cometidos por depositarios de bienes embargados o administradores. Cabe precisar que en el artículo 425° del CP define al funcionario público y comprende como autores a depositarios y administradores, aunque pertenezcan a particulares<sup>139</sup>.

Asimismo, como precisa el autor, la existencia del conflicto generado entre los delitos que se encuentran contenidos en los artículos 190° y 392° CP no encuentran su solución, por lo siguiente:

---

<sup>137</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la Administración Pública, Grijley, Lima, 2009, p. 413.

<sup>138</sup> FLORES ÑIQUEN, Jhonnattan Theodoro, La determinación de la responsabilidad penal del depositario judicial, en Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura, 2014, p. 70.

<sup>139</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Derecho Penal. PE.t. III, IDEMSA, Lima, 2010, p. 293.

“al fundamento de los injustos que atentan contra la Administración Pública, que son cometidos por funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones (...), quienes no ejercen per se función pública alguna no están en posibilidad de quebrantar los principios jurídico-constitucionales antes mencionados, por lo que el quebrantamiento del deber por parte de un depositario judicial debe ser penalizado conforme al segundo párrafo del artículo 190° del Código Penal y no según los alcances de los artículos 387° y ss.”<sup>140</sup>.

Poniendo énfasis en la naturaleza del bien afectado por la conducta delictual (pública o privada), ORÉ SOSA hace la siguiente analogía: la aplicación del delito de peculado impropio sucede cuando existe una agresión contra el patrimonio de la Administración Pública; mientras que la aplicación el delito de apropiación ilícita agravada lo que se agrede es el patrimonio privado (bien privado)<sup>141</sup>.

En este sentido, ROJAS VARGAS<sup>142</sup>, señala que entre el segundo párrafo del artículo 190° y el artículo 392° del CP no existe una duplicación de normas o concurso, pues el primero tutela la propiedad en su sentido más genérico sin hacer mención a los fines públicos), y en el segundo demanda la existencia de una vinculación con caudales embargados o depositados para los propósitos o finalidades previstas para la Administración Pública.

Siguiendo la misma lógica, FLORES ÑIQUEÑ, con sentido crítico, señala que no es correcto afirmar que partir del artículo 425° inciso 4 del CP, se deba considerar al depositario judicial como funcionario público, y luego aplicar el artículo 392° del CP (peculado por extensión). Advierte, que se debe tener en cuenta que el primer artículo en mención, por ser una disposición común, sus efectos pueden extenderse a todos los delitos contra la Administración pública. Entonces, se incluye esta disposición, el tipo penal aplicable sería el de peculado sin recurrir a la extensión de la punibilidad (artículo 392° del CP).

En consecuencia, el artículo 392° quedaría virtualmente derogado por el artículo 425° inciso 4 del CP, es decir, la extensión del primer artículo ya habría incluido al segundo. Con base a

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, pp. 293-294.

<sup>141</sup> *Vid. ORÉ SOSA, El depositario judicial en los delitos de apropiación ilícita y peculado por extensión. Comentario al precedente vinculante de la Corte Suprema de la República [en línea], Disponible en: [www.oreguadia.com.pe](http://www.oreguadia.com.pe). [Consulta: 27 de enero de 2017] p. 6.*

<sup>142</sup> *Vid. VARGAS ROJAS, Delitos contra la administración pública, Grijley, 4ª edición, Lima, 2007, p. 587.*

ello, la solución que aporta este autor es que el 425° inciso 4 se refiere a los depositarios incorporados formalmente a la Administración pública, esto es, funcionarios públicos propiamente dichos. En contrapartida, el artículo 392° CP, por ser una cláusula de extensión del tipo, regula la conducta de los depositarios-particulares<sup>143</sup>.

### 3.5. La responsabilidad del legislador en la doble tipificación

El problema surge debido a que el legislador ha considerado al funcionario público como una figura administrativa, de acuerdo al artículo 392° y 425° del CP. Su propósito es práctico: de todos los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos, es posible seleccionar los particulares, o sea de los depositarios. De esta manera, facilita el trabajo de subsunción para los operadores de justicia.

Por otro lado, es importante mencionar que, si el artículo 425° del CP definiera la figura legal del cuerpo de funcionarios públicos, estaría afectando el principio de legalidad. El legislador, entonces, con el artículo 392° (peculado por extensión) ha extendido dicho delito para aquellos depositarios-particulares, pese a que no son funcionarios públicos para ninguna rama del derecho, pero pueden cometer dicho delito, pues estarían vinculado a participar en algún aspecto de la función pública (función judicial).

Por otro lado, otro problema se presenta, cuando, en el delito de apropiación ilícita, también puede ser sujeto activo el depositario judicial; dado que éste recibe el bien en depósito.

No obstante, ello se podría objetar de la siguiente manera: si en el artículo 425° numeral 4 del CP refiere a depositarios – funcionarios ¿cómo es que, en el mismo artículo, pero en los numerales 1 y 3 del CP, hacen referencia a una clase extensa de funcionarios, incluyendo a los depositarios a la Administración Pública?

Entonces, la repetición de normas estaría ensombreciendo el análisis sobre los bienes que están siendo objeto del delito de peculado propio, pues, para la jurisprudencia peruana, deben

---

<sup>143</sup> FLORES ÑIQUEN, Jhonnattan Theodoro, *La determinación de la responsabilidad penal del depositario judicial*, en Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura, 2014, p. 71.

ser considerados públicos<sup>144</sup>. Siguiendo esta lógica, la conducta de los depositarios permanecería impune por el vacío en la regulación de dicho delito.

Por esta razón, en el artículo 425° numeral 4 del CP prevé incorporando la condicionante siguiente: “aunque pertenezcan a particulares”, infiriendo que los bienes privados también pueden ser objetos de delito de peculado, restringiendo el ámbito de aplicación a dos tipos de funcionarios que se encuentran incorporados en la Administración Pública: administradores y depositarios de caudales por la autoridad competente o caudales embargados.

También se destaca que la doctrina trata de manera parcial esta materia, circunscribiendo el análisis a uno de los tantos mecanismos de vinculación generados entre el juez y el depositario judicial, es decir, entre los sujetos que forman parte activa de los procesos cautelares civiles. Sin embargo, prescinde de los vínculos que pueden existir entre el solicitante de la medida cautelar y del depositario judicial. En el CPC, especialmente en el artículo 601° inciso 5, permite al primero proponer un auxilio judicial con el objetivo de que se hagan cargo de los bienes en litigio en su nombre.

Los dos supuestos y los efectos de su vinculación institucional son completamente distintos. Por ende, las consecuencias penales suelen también ser distintas. No obstante, la resolución de estos casos depende de los criterios de impugnación, subyacentes en la formulación del delito de apropiación ilícita y peculado.

### **3.6. El recurso de nulidad N° 2212-04 como aplicación práctica de cada tipo penal**

El presente caso trata de lo siguiente: por requerimiento del órgano jurisdiccional para disponer de determinados bienes, una de las partes se hizo nombrar depositario judicial de dichos bienes que tenían una medida cautelar para ser embargados. No obstante, el depositario no cumple con dicho mandato judicial. En consecuencia, dicho rehusamiento, se derivó en una condena por el delito de peculado por extensión tanto para Juzgado como Sala Superior.

---

<sup>144</sup> Aunque el tenor literal del precepto de peculado no establece que los bienes sean públicos (a excepción de los objetos señalados en el artículo 388 Código Penal que deben ser “pertenecientes a la administración pública”), el **Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116** de fecha 30 de setiembre de 2005 sí lo exige, pues considera que uno de los objetos del bien jurídico protegido de este delito es “garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública”; asimismo entiende que la “apropiación” consiste en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado” (cursiva añadidas)

El tratamiento de dicho caso en la Corte Suprema fue diferente. Los hechos fueron valorados de otra manera, adecuándolos al “delito de rehusamiento” por el incumplimiento en la entrega de bienes a la autoridad, de acuerdo al artículo 391° del CP. Este cambio en la imputación fue producto del análisis de las diferencias típicas de los delitos de rehusamiento a la entrega de bienes y el delito de peculado por extensión (artículo 391° y artículo 392° del CP).

Al respecto, la Corte Suprema se pronunció sobre el delito de peculado por extensión de la siguiente manera:

“los verbos rectores alternativos del comportamiento típico apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servir del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita “propiedad” sobre el mismo y que excluye de ella al Estado”<sup>145</sup>.

Y sobre el segundo delito se pronunció así:

“El verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente”<sup>146</sup>.

### **3.7. Aporte personal. Propuesta de lege ferenda**

Se ha analizado la condición de depositario judicial (depositario de un bien afectado por una medida cautelar dentro de un proceso civil) como auxiliar de la administración de justicia. Asimismo, se ha rechazado que ejerza función de carácter público, es decir, que sea funcionario público.

Entonces, el problema recaería en la incidencia del depositario judicial respecto a una posible responsabilidad penal, sobre todo porque existe una importante discusión en el derecho peruano sobre los delitos relacionados a la apropiación ilícita agravada (artículo 190° del CP) y, específicamente, sobre el delito de peculado por extensión (artículo 392° del CP).

---

<sup>145</sup> F.j. 5

<sup>146</sup> F.j. 6

En ese sentido, cabe recordar que el depositario judicial tiene dos tipos de responsabilidades: civil y penal, más no administrativa (entiéndase responsabilidad disciplinaria). Esta regulación se condice con el estatus jurídico del depositario judicial, dado que, desde el Derecho Administrativo, no es considerado como un funcionario público.

Por otro lado, en el Derecho Penal, el depositario judicial forma parte del cuerpo de funcionarios públicos desde el tipo penal que le brinda tal condición. Y la explicación viene dada por su vinculación funcional con el Estado, en este caso con la función propia del PJ: administrar justicia, en donde solo tiene el rol de ser auxiliar, en el cumplimiento de unos deberes esenciales: custodiar y devolver el bien objeto de la medida cautelar.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que el legislador penal ha preferido un concepto más material y funcional sobre el funcionario, el cual se desborda por estrechos límites que permiten definir dicha figura por el ordenamiento administrativo<sup>147</sup>.

También es importante tener en cuenta lo siguiente: primero, si el concepto de funcionario es funcional significa la efectiva y real participación del ejercicio de dicha función; segundo: es necesario que dicho el concepto penal se extraiga de cada tipo delictivo en particular. Para ello, es necesario determinar la finalidad político-criminal que persigue el legislador al momento de crear dicho precepto o interpretarlo<sup>148</sup>.

El delito de peculado impropio, o peculado por extensión, castiga al depositario particular que se ha apropiado de los bienes (no importa si son públicos o privados). Y este depositario (judicial) sí es considerado funcionario público porque así lo establece el tipo penal del artículo 392°; pero, como su mismo nomen iuris lo señala, será considerado funcionario público por la misma extensión de punibilidad que realiza el mismo tipo penal.

Por otro lado, se había mencionado que, para el Derecho Administrativo, y para el artículo 425°.4 CP (funcionario público a efectos penales) el depositario (particular) judicial no se le

---

<sup>147</sup> JAVATO MARTÍN, A., "El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales", en Revista Jurídica de Castilla y León, N° 23. enero 2011, p. 154.

<sup>148</sup> Vid. JAVATO MARTÍN, A., "El concepto de funcionario y autoridad a efectos penales", en Revista Jurídica de Castilla y León, N° 23. enero 2011, p. 154.

considera como funcionario público. Sin embargo, cuando ocurra un delito de peculado impropio, el depositario judicial será considerado como tal.

En definitiva, el depositario judicial sí puede ser pasible de ser sancionado por dicho delito. La ley penal, si bien deja de lado la condición subjetiva del sujeto que ejerce la función pública, solo se preocupa en establecer el ejercicio de la función pública, así sea particular o titular de dicho cargo. El Derecho Penal, en definitiva, protege de manera objetiva a la función pública<sup>149</sup>. En palabras de Abanto Vásquez:

“Es particularmente polémico que algunos particulares con ‘títulos de participación’ (es decir, aquellos a quienes se permite ejercer una función pública cualquiera, aunque sea temporal y para un caso concreto) también deban ser considerados ‘funcionarios públicos para efectos penales’: perito, recaudador de impuestos, testigo, depositario de bienes litigiosos, concesionarios de servicios públicos, etc. Cuando no existe una aclaración legal específica, delimitar los particulares de los funcionarios públicos es especialmente difícil debido a los desarrollos actuales de la actividad estatal que suele mezclar lo público con lo privado”<sup>150</sup>.

Incluso, si se hace una simbiosis, el depositario judicial (privado) cumple con los requisitos que determinan la condición de funcionario público (en sentido penal), pues es nombrado de manera formal como depositario judicial a través de una resolución formal (resolución judicial), que corre a cargo de la autoridad competente (el juez del proceso cautelar), en virtud del cual participa (como auxiliar) del ejercicio de funciones públicas (función judicial), y, además, con el derecho de recibir una remuneración correspondiente por su labor.

El artículo 425° no define la figura de funcionario público, solo aparece en el tipo penal contenido en el delito. Por esa misma razón, dicha figura sería un elemento jurídico/normativo utilizado para definir cualquier delito que atente contra la Administración Pública. Además, los operadores de la justicia son libre utilizar enunciados de diversas fuentes jurídicas para conceptualizar el término de funcionario público<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> Vid. ROYO- VILLANOVA, S., “El concepto de funcionario y la relación de función pública en el nuevo Derecho español”. En Revista de Administración Pública, N° 44, 1964, p. 13.

<sup>150</sup> ABANTO VÁSQUEZ, M., Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, 2<sup>da</sup> Ed., Palestra, Lima, 2003, pp.26-27

<sup>151</sup> MONTOYA VIVANCO, Y., (Coord.), Manual de delitos contra la Administración Pública, Lima, Idehpucp, 2015, pp. 38 ss. De igual forma, TORRES PACHAS, D., “El concepto de funcionario público y la Casación N° 634-2015”, en Boletín Anticorrupción y Justicia Penal (7), 2016, pp.20-21

La problemática de esta situación es expresada por GARCÍA CAVERO en los siguientes términos:

“El cumplimiento de los deberes estatales no se reduce a la actividad de los funcionarios, ya que la participación de los particulares en algunos casos puede ser tan relevante como la de los funcionarios. En efecto, puede ser que el ordenamiento jurídico atribuya a determinados ciudadanos ciertas competencias institucionales o quasi-institucionales para el cumplimiento de los fines del Estado. En la medida que los funcionarios públicos no pueden tener un acceso pleno a determinados ámbitos sociales, se establecen ciertas competencias institucionales que vinculan a los particulares con determinados organismos públicos [...]. El cumplimiento de los deberes estatales se amplía a los particulares, de manera que éstos terminan respondiendo, de ser el caso, por la infracción de tales deberes estatales”<sup>152</sup>.

En este sentido, este estudio considera que el depositario judicial no comete, propiamente, un delito contra la Administración Pública. Su eventual conducta delictiva no va en contra de alguna entidad u organismo propio de la Administración Pública, sino que atenta contra la función pública judicial que ejerce, de manera exclusiva, el PJ (función jurisdiccional).

Ahora bien, ¿el depositario judicial (privado) puede cometer delitos contra la Administración Pública (desde su concepción penal)? El problema surge porque, como se ha mencionado, el depositario judicial no tiene relación con alguna entidad administrativa, pues su función de custodiar y devolver los bienes dentro de un proceso cautelar se relaciona directamente con la función propia del PJ, que es la de administrar justicia. En otras palabras, este depositario judicial tiene una relación directa con el PJ y no con la Administración Pública.

Por otro lado, si un particular (depositario judicial) sea considerado un funcionario público por el artículo 392° del CP y pueda cometer un delito contra la Administración Pública (en sentido jurídico-penal), sería un contrasentido. Sin embargo, es un contrasentido aparente, si se entiende de manera correcta los criterios de imputación.

El concepto de funcionario público, en el ordenamiento jurídico peruano, es autónomo, pero no amplio, a comparación de lo que señala la doctrina en su mayoría (que se decanta por un

---

<sup>152</sup> GARCÍA CAVERO, P., Derecho Penal. PG, 2<sup>da</sup> ed., Jurista Editores, Lima, 2012, p. 370.

concepto amplio de funcionario público). El artículo 425° del CP hace referencia a los funcionarios públicos incorporados a la Administración Pública, infiriendo que el concepto expresado en la norma es, en sentido estricto, propio del Derecho Administrativo.

En principio, resulta poco conciso sostener que un privado (depositario judicial) que no ejerce función pública (tal como lo entiende el Derecho Administrativo) pueda ser responsable penalmente por un delito (artículo 392° del CP) que sí lo considera así (funcionario público). Sin embargo, debe entenderse que, aunque en realidad dicho depositario no sea un funcionario público (ni para el artículo 425° del CP ni para el Derecho Administrativo) funcionalmente sí lo es, en virtud de la extensión de punibilidad que el legislador ha dispuesto expresamente para ciertos privados, con el fin de cubrir vacíos de punibilidad.

Por último, se destaca que el artículo 425° del CP, es insuficiente desde el punto de vista político criminal. Este se debe a que es una disposición común a todos los delitos contra la Administración Pública. En consecuencia, su ineficacia impide que logre extenderse a todos los delitos donde el funcionario público es el eje central para su configuración. Unos ejemplos claros son los delitos como tortura o desaparición forzosa (artículos 320° y 321° del CP respectivamente), o, también, el caso del agravante (artículo 46° del CP).

Con todo ello, se insta que en la lege ferenda considere lo siguiente:

No es factible la eliminación de uno de los dos supuestos donde se tiene como autor al depositario judicial. La doble regulación, en ambos tipos penales, amerita una solución.

En ese sentido, además, sería necesario elaborar los siguientes supuestos:

Un primer supuesto que establezca que la conducta del depositario judicial que cometa peculado, sea sancionada dentro de los delitos contra la Administración de la Justicia, siempre y cuando se trate de bienes que pertenezcan a particulares que garanticen una obligación privada, y cuando se traten de bienes que garanticen una obligación con la administración, se subsuma en el delito de peculado por extensión.

Un segundo supuesto donde el artículo 190° del CP refiera a que los depositarios judiciales son agentes del delito, mientras que el artículo 392° los mencione como designados por una

autoridad competente en su sentido genérico. Entonces, el artículo 392° incluye a todos los depositarios, excluyendo al judicial, que es designado para dicho cargo, los cuales, en este caso, podrían ser una autoridad municipal, un intendente de la SUNAT, entre otros.





## Conclusiones

Ha quedado establecido, primero, que el depositario judicial, desde los postulados propios del Derecho Administrativo, no es un funcionario público propiamente dicho, y segundo, que, dependiendo de la vinculación institucional, sí será responsable penalmente por el delito de peculado impropio.

Es importante precisar que, para determinar la responsabilidad penal del depositario judicial, es necesario tomar en cuenta, aparte de sus funciones y obligaciones (custodiar y devolver el bien en litigio), las relaciones que surgen entre él mismo y el juez competente, y entre la parte que propuso al depositario y el mismo juez competente, las que tendrán relevancia jurídico-penal en tanto se parta de un criterio funcional, que deja de lado los criterios estrictos (propios del Derecho Administrativo) de Administración pública y de funcionario público.

Con todo lo mencionado hasta ahora, se colige que el Derecho Penal no le interesa definir qué persona es funcionario público en sentido material, es decir, definir la naturaleza de quien ostenta tal situación jurídica, sino definir si el sujeto está, ha estado o estará vinculado a alguna función pública.

En todo caso, solo se va a considerar como funcionario público a quienes ejercen función pública (artículo 425° del CP), pero, como se señala, no va a definirlos como tales, dado que: primero, definir al funcionario público escapa a los objetivos y finalidades del Derecho Penal, y dos: el funcionario público está definido por el Derecho Administrativo.



## Referencias bibliográficas

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, 1ª ed., Lima: 2001.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Madrid: Akal, 1996.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, *Delitos de corrupción de funcionarios*, 1ra ed., Lima: Gaceta Penal, 2012.
- CARO JOHN, José Antonio: “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2003.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Delitos Contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 11-70.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona: Bosch, 1999.
- GARCÍA CAVERO, Percy: “Algunas consideraciones sobre el Funcionalismo en el Derecho Penal” (pp. 157-172), en *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, 1ª ed., Lima: Ara, 2003.
- GARCÍA CAVERO, Percy: “El artículo 27 del Código Penal: El Actuar en Lugar de Otro en derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2003.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, 2ª ed., Lima: Grijley, 2007.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima: Grijley, 2008.
- GARCÍA CAVERO, Percy, «La pena del partícipe *extraneus* en los delitos especiales» en *Anuario de Derecho Penal: La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú*, 2009, p. 115-126.
- GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, 3ra ed., Universidad Externado de Colombia, 2008.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge B., *El delito de peculado*, Lima: Gaceta Jurídica, 1ra ed., 2000.
- JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Madrid: Civitas, 1996.
- JAKOBS, Günther: “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, trad. Cancio Meliá, manuscrito publicado por la Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- JAKOBS, Günther: “Actuar y Omitir” (pp. 159-181), en YACOBUCCI, G. J., *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Lima: Ara Editores, 2005.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia, «Acciones a propio riesgo» en Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas (CENIPEC), 25 (2006), p. 115-174.

OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena. “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”, en Política Criminal, 1 (2006), p. 1-22.

PARIONA ARANA, Raúl, «La teoría de los delitos de infracción de deber: fundamentos y consecuencias», en HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 95-114.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, «La infracción penal por peculado culposo. Análisis a partir del artículo 387°, cuarto párrafo, del Código Penal», en HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 379-403.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*, Lima: Jurista Editores, 2014.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima: Jurista, 2009.

REYNA ALFARO, Miguel: “Desarrollos Jurisprudenciales en la lucha contra la corrupción administrativa”, en ÉL MISMO, *Comentarios a la Legislación Anticorrupción*, Lima: Jurista, 2002.

REYNA ALFARO, Miguel: “El concepto penal de funcionario público. Desarrollos doctrinales y jurisprudenciales”, en HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 73-93.

ROCA DE AGAPITO, Luis, «El delito de peculado en España y en Perú», en HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 405-438.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 3<sup>a</sup> ed., Bogotá: Temis, 1995.

ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 1998.

ROXIN, Claus, *Dogmática Penal y Política Criminal*, Lima: Idemsa, 1998.

SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos Contra la Administración Pública*, Lima: Grijley, 2009.

SALINAS SICCHA, Ramiro, «El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana», en HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 335-378.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, Madrid: Marcial Pons, 2002.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, «Delitos contra la administración pública en el código penal colombiano», en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje*

*al Profesor Günther Jakobs, Montealegre Lynett (Coord.), Universidad Externado de Colombia, 2003.*

