



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La intervención del derecho penal, un análisis del delito de
peculado culposo**

Tesis para optar el Título de
Abogado

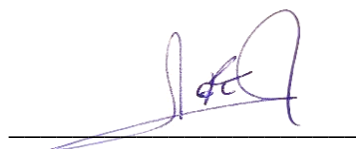
Kevin Andre Flores Romero

**Asesor:
Dr. Percy Raphael García Caveró**

Piura, octubre de 2024

Aprobación

La tesis titulada “La intervención del derecho penal, un análisis del delito de peculado culposo”, presentada por el bachiller Kevin Andre Flores Romero en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de tesis Dr. Percy Raphael García Cavero.



Director de tesis





Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Kevin Andre Flores Romero, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 74277080, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

"La intervención del derecho penal, un análisis del delito de peculado culposo"

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dr. Percy Raphael García Caveró, identificado con DNI: 02810165
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 14/10/2024.



Firma del autor¹



Firma del asesor¹

Firma del co-asesor¹

¹ Firma idéntica al DNI. No se admite digital, salvo certificado.

Dedicatoria

A Dios y a mis ángeles que, desde el cielo, me protegen y guían en cada paso. A Daysi, Oscar y Bruno, porque sin ellos nada de esto hubiese sido posible, han sido y serán siempre, mi mayor motivo de felicidad y orgullo. Este logro es nuestro. Con todo mi amor.



Agradecimientos

A Dios por permitirme afrontar cada nueva etapa de mi vida con valentía y convicción.
A cada uno de los miembros de mi familia por siempre alentarme a ser mejor cada día, y, a cada uno de mis amigos que, desde donde están, me han ayudado a ser una mejor persona.

Y al Dr. Percy Raphael García Caverro por su invaluable guía y tiempo.



Resumen

Vivimos en una sociedad en donde el fenómeno delictivo ha encontrado nuevas formas de manifestación o modalidades de figuras delictivas ya conocidas, y en donde, lamentablemente, la lucha contra la delincuencia por parte del Estado no está obteniendo los resultados que el ciudadano de a pie quisiera. En este contexto, el Estado, como contraparte encargada de velar por la seguridad y tranquilidad de la sociedad, reacciona ante el crecimiento del fenómeno delictivo, creando nuevas modalidades delictivas, aumentando las penas ya existentes, variando las ya establecidas, y a su vez, criminalizando conductas que antes no eran consideradas como delitos.

La presente investigación se centra en la figura delictiva del peculado culposo que actualmente se encuentra dentro del capítulo II de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración pública. A nuestro modo de ver, este delito formaría parte de esa sobrecriminalización de las conductas socialmente rechazadas y que, en buena cuenta, nuestro legislador ha creído conveniente criminalizar, pese a su bajo contenido de desvalor, permitiendo la intromisión del derecho penal para hacerle frente.

La importancia de esta investigación radica en la necesidad de delimitar qué conductas socialmente dañosas merecen la intervención del derecho penal, a partir de ser consideradas intolerables y muy graves, al negar la vigencia de la norma que mantiene la estabilidad de nuestro sistema social actual. Si bien no puede negarse el desvalor social que encierra la conducta regulada en el delito de peculado culposo, lo que resulta insostenible -desde nuestra postura que defenderemos- es recurrir a la respuesta penal en lugar de otros controles sociales formales menos graves.

Tabla de contenido

Introducción.....	9
Capítulo 1 La intervención del derecho penal.....	11
1.1 Introducción.....	11
1.2 La intervención del derecho penal.....	11
1.2.1 Función del derecho penal.....	12
1.2.2 Medidas asumidas.....	16
1.3 Legitimidad de la intervención del derecho penal.....	18
1.3.1 El principio de legalidad.....	18
1.3.2 El principio de lesividad.....	19
1.3.3 El principio de última ratio o mínima intervención.....	21
1.3.4 Respecto al delito de peculado.....	21
1.4 Balance parcial.....	27
Capítulo 2 El delito de peculado culposo, alcances, elementos y problemática.....	28
2.1 Preliminares.....	28
2.2 Delitos contra la Administración pública.....	29
2.2.1 El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública.....	30
2.2.2 El sujeto activo de los delitos contra la Administración pública.....	31
2.3 El delito de peculado culposo.....	34
2.3.1 Conceptos generales.....	34
2.3.2 El bien jurídico protegido.....	35
2.3.3 Elementos típicos.....	36
2.3.4 Algunos pronunciamientos de la Corte Suprema.....	37
2.3.5 Problemática encontrada.....	41
2.4 Reflexiones parciales.....	43
Capítulo 3 La viabilidad del delito peculado culposo en el ordenamiento jurídico penal peruano.....	45
3.1 Cuestiones previas.....	45
3.2 Problemas identificados.....	46
3.2.1 La construcción de la fórmula legislativa del peculado culposo.....	46
3.2.2 La inviabilidad de la conducta imprudente del funcionario o servidor público como un injusto penal.....	54
3.3 Propuesta y validación.....	63
Conclusiones.....	66

Referencias..... 68



Introducción

Actualmente, vivimos en una sociedad en donde el fenómeno delictivo ha encontrado nuevas formas de manifestación o modalidades de figuras delictivas ya conocidas, y en donde, lamentablemente, la lucha contra la delincuencia por parte del Estado no está obteniendo los resultados que el ciudadano de a pie quisiera. En este contexto, el Estado, como contraparte encargada de velar por la seguridad y tranquilidad de la sociedad, reacciona ante el crecimiento del fenómeno delictivo, creando nuevas modalidades delictivas, aumentando las penas ya existentes, variando las ya establecidas, y a su vez, criminalizando conductas que antes no eran consideradas como delitos.

La presente investigación se centra en la figura delictiva del peculado culposo que actualmente se encuentra dentro del capítulo II de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración pública. A nuestro modo de ver, este delito formaría parte de esa sobrecriminalización de las conductas socialmente rechazadas y que, en buena cuenta, nuestro legislador ha creído conveniente criminalizar, pese a su bajo contenido de desvalor, permitiendo la intromisión del derecho penal para hacerle frente.

El delito de peculado culposo, como bien hemos señalado, pertenece al capítulo de delitos que atentan contra la Administración pública y concretamente a aquellos delitos que son cometidos por los propios funcionarios o servidores públicos. Lo particular de este delito es que se trata de la única modalidad culposa que podemos encontrar en ese capítulo de la Parte Especial del Código penal. Esto último no resulta ser lo único resaltante, toda vez que, de su sola lectura, ya podemos apreciar que la fórmula legislativa planteada, evidencia un accionar culposo desarrollado por el agente público y un resultado doloso cometido por un tercero, lo que, visto así, no deja de ser, mínimamente un dato curioso.

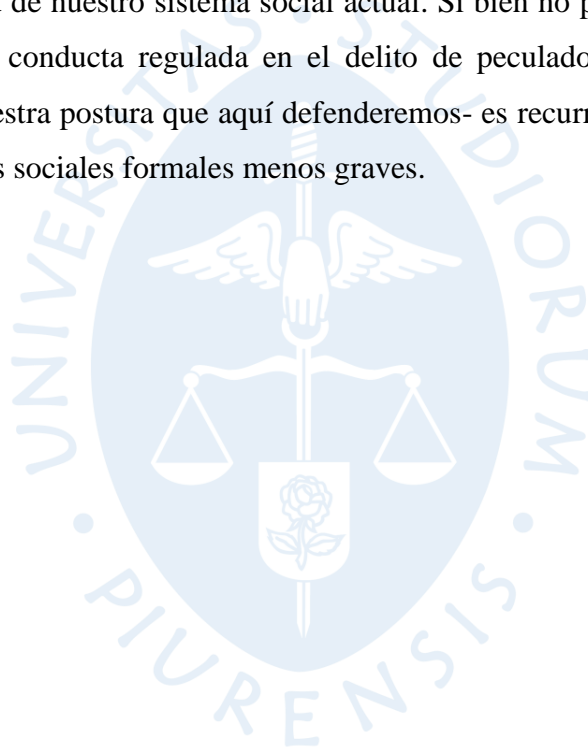
A partir de ello, proponemos el presente trabajo dividido en 3 capítulos. En el primero de ellos delimitaremos y expondremos conceptos generales dogmáticos sobre la función del derecho penal, la legitimidad en su intervención y el objeto de intervención, así como los principios que sirven de directrices para esa intervención. Al final de este capítulo, daremos una mirada inicial al delito de peculado culposo a partir de algunos pronunciamientos de nuestra Corte Suprema a modo de ejemplificar el tratamiento que, en nuestro ordenamiento jurídico-penal, actualmente tiene el tipo penal.

En el segundo capítulo abordaremos de lleno el delito de peculado culposo, con un breve repaso de los aspectos comunes de los delitos contra la Administración pública y, posterior a ello, analizaremos lo pertinente al delito de peculado culposo, como es el sujeto activo, la forma de actuación y el resultado exigido para su consumación. Asimismo, veremos las interrogantes

que surgen al analizar los principales pronunciamientos que ha tenido la Corte Suprema sobre el delito de peculado culposo y la problemática que podemos observar que surge de su análisis.

De igual forma, y a modo de conclusión, en el tercer capítulo de nuestra investigación, expondremos lo pertinente a dicha problemática encontrada, dando razones que, a partir de la dogmática jurídica y de los principios del derecho penal, apoyan nuestra postura respecto a la inviabilidad de la figura penal del delito de peculado culposo en nuestro sistema jurídico penal, es decir, lo que aquí se propone es su despenalización.

Finalmente, cabe indicar que la importancia de esta investigación radica en la necesidad de delimitar qué conductas socialmente dañosas merecen la intervención del derecho penal, a partir de ser consideradas intolerables y muy graves, al negar la vigencia de la norma que mantiene la estabilidad de nuestro sistema social actual. Si bien no puede negarse el desvalor social que encierra la conducta regulada en el delito de peculado culposo, lo que resulta insostenible -desde nuestra postura que aquí defenderemos- es recurrir a la respuesta penal en lugar de otros controles sociales formales menos graves.



Capítulo 1

La intervención del derecho penal

1.1 Introducción

En este primer capítulo, sentaremos de forma muy breve las bases dogmáticas de la intervención del derecho penal en el desarrollo de determinadas conductas desplegadas por las personas dentro de la sociedad, diferenciando entre conductas merecedoras de un reproche penal y conductas que, si bien pueden ser socialmente no aceptadas o rechazadas, no necesariamente alcanzan relevancia para el derecho penal, y por tal, no merecen una intervención punitiva.

La dogmática juega un papel muy importante al momento de presentarnos las diferentes posturas que se han ido forjando con el tiempo y que buscaban encontrar una respuesta a la interrogante ¿cuál es la función del derecho penal? Esta respuesta está muy ligada a la función de la pena como consecuencia jurídica inmediata de la comisión de un delito. Por esta razón, resulta necesario hacer un repaso muy breve de las teorías más importantes que se encargaron de darle una respuesta a dicha interrogante planteada.

Seguidamente, expondremos los principios del derecho penal que sustentan la legitimidad de su intervención, estableciendo el camino a seguir y los límites del mismo, para llegar con ello a la presentación del problema que se aborda con el presente trabajo. De la mano de casuística nacional, trataremos de determinar en este primer momento, cómo es entendido el delito de peculado, en específico en su modalidad culposa, en nuestro sistema jurídico penal, poniendo en relieve los diferentes elementos objetivos del tipo, diferenciando entre dolo y culpa, y qué es lo que entienden por ello los operadores de justicia al darle un contenido respectivamente.

1.2 La intervención del derecho penal

En la sociedad en la que vivimos y nos encontramos inmersos, uno de los factores imperantes es la interacción entre las personas al desarrollar conductas que nos ponen en contacto con otras tantas y que nacen de un dominio individual; a la vez, es claro que, al entrelazarse dichas conductas, surgen situaciones totalmente nuevas como conflictos u ocasiones que resulten en la lesión de las expectativas propias de cada individuo, y que se contraponen por tal, a la orientación inicial del individuo que ha sufrido la lesión.

Señala el profesor de la Universidad de Bonn, GÜNTHER JAKOBS, que las personas tiene contactos sociales, y que solo resulta posible la orientación de ellas cuando no se tiene

que contar con un comportamiento impredecible de las otras personas que las rodean¹, comportamientos que pueden no solo ser diferentes al propio, sino resultar lesivos, y de esta forma, causar un desenlace no esperado. Ante estos comportamientos lesivos desplegados, surge una reacción frente al mal cometido, buscando devolver la estabilización de la norma lesionada con el accionar defectuoso de esa persona².

El Estado, en tanto titular exclusivo del ejercicio del Ius Puniendi, tiene la potestad de castigar las conductas lesivas, pero no mediante un ejercicio irrestricto de tal poder. Esta potestad no puede ser ilimitada, es decir, no puede extenderse sin frontera alguna. Su ejercicio se sujeta a un conjunto de principios que encaminan y dirigen el uso del derecho penal directamente a conductas dañosas. Estos límites son los principios político-criminales³.

La presencia del derecho penal encuentra su justificación dentro de una sociedad, en su eficacia, al desplegarse frente a esas conductas defectuosas que ocasionan una lesión a una persona en su esfera individual de organización. Tenemos que entender, por tal, que el derecho penal, como medio de control social formal, desarrolla una intervención frente a la comisión del delito, entendiendo a este como el injusto culpable que pone en tela de juicio la norma penalmente garantizada.

Hasta aquí y de forma muy breve, hemos querido exponer cómo y ante qué tipo de conductas, el derecho penal interviene. Ahora, nos tocará señalar cuál es su función y la reacción que se tiene frente a dichas conductas; dicho de otra forma, las medidas que se asumen como respuesta a dicho fenómeno criminal.

1.2.1 Función del derecho penal

La respuesta a la cuestión de cuál es la función del derecho penal debe atender básicamente a la función que se le atribuye a la pena. Como bien señala el profesor GARCÍA CAVERO, “(...) Queda claro que, si la pena es la principal consecuencia jurídica de las leyes penales, la discusión sobre la función del derecho penal se centrará en la cuestión de la función de la pena⁴”. En ese sentido, el análisis para determinar cuál sería la función asignada al derecho penal, obtendrá su respuesta al analizar las diferentes teorías de la pena, teorías que también han tenido diferentes enfoques. No obstante, al no ser el fin del presente trabajo analizar con

¹ Jakobs, Günther. *Derecho penal Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid: Segunda edición, 1997, pág. 9.

² Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general Fundamentos*, pág. 9 y ss.

³ García Caverro, Percy. *Derecho penal: Parte general*, Jurista Editores, Lima: Segunda edición, 2012, pág.116.

⁴ *Ibidem*, pág. 81.

detalle dicha evolución histórico-dogmática, nos referiremos solo a las más importantes y de una forma muy breve, en cuanto a lo que aquí nos importa.

1.2.1.1 Ámbito dogmático. Pues bien, al hablar sobre el fin de la pena, podemos encontrar en los diferentes enfoques planteados al respecto una división básica entre teorías absolutas y teorías relativas⁵. Mientras las primeras entienden que la pena se debe imponer siempre que se cometa un delito por razones de justicia, las segundas condicionan el castigo penal a que tenga una utilidad social.

Dentro de las teorías relativas se encuentran las teorías de la prevención, las que sostienen que la pena tendría por función motivar a la persona a no lesionar o poner en peligro los diferentes bienes jurídicos penalmente protegidos. Si la motivación se dirige a los ciudadanos en general, la prevención es general; si se dirige a la persona que ha cometido un delito, la prevención es especial.

La teoría de la prevención general, se subdivide en dos en función del mecanismo utilizado para motivar a los ciudadanos. Si el mecanismo de motivación es la amenaza (conminación penal), entonces se habla de una teoría de la prevención general negativa; si el mecanismo de motivación es la internalización de los valores de la acción, entonces a la prevención general se le califica como prevención general positiva⁶.

La teoría de la prevención especial acoge también el efecto motivatorio de la pena, pero, a diferencia de la anterior teoría señalada, reduce su ámbito de aplicación solo a la persona. Este enfoque particular de la función de la pena que se ejecuta sobre el individuo que delinque le permite extender aún más su función, pues si el delincuente no puede ser intimidado, podría ser corregido e incluso, de no ser posible su corrección, su eliminación o inocuización⁷.

Las críticas que se han esbozado a las distintas teorías antes mencionadas han llevado a que se formulen teorías eclécticas que intenten salvar las críticas modulando el enfoque⁸. Posiblemente la teoría que mejor ha logrado la combinación de teoría es la llamada teoría de la unión. Puntualmente, esta teoría entiende que la pena despliega distintas funciones en momentos distintos: al momento de establecerse la conminación penal por el legislador, la pena cumpliría una función de prevención general negativa; al momento de la imposición judicial de la pena, ésta cumpliría la función de retribuir el delito en función de la culpabilidad del autor;

⁵ *Ibidem*, pág. 82 y ss.

⁶ *Ibidem*, pág. 86 y ss.

⁷ *Ibidem*, págs. 91 – 92.

⁸ *Ibidem*, pág. 93.

y finalmente cuando la pena se ejecuta, la función que entra a tallar es la prevención especial en la forma de resocialización⁹.

Tras el escenario expuesto, surge un planteamiento distinto a lo ya mencionado de la mano del profesor JAKOBS, quien cuestiona que la función de la pena sea evitar la lesiones de los bienes jurídicos¹⁰, toda vez que, al momento de intervenir el derecho penal, los bienes jurídicos ya se encuentran lesionados, es decir, esa intromisión siempre es posterior a la lesión¹¹, por lo que hablar de una protección de los bienes jurídicos por parte del derecho penal no es una idea que se corresponda con la realidad, como bien señala el profesor JAKOBS.

Al respecto, podemos observar diferentes situaciones en donde, por un lado, se evidencia la lesión de un bien jurídico, pero que no ameritan la intromisión del derecho penal, como, por ejemplo, la muerte natural de las personas; y, por otro lado, situaciones en donde, si bien interviene el derecho penal, no hay una efectiva lesión de un bien jurídico, como por ejemplo la comisión de un delito en grado de tentativa¹².

Así pues, el planteamiento del profesor JAKOBS pone de relieve que la pena apunta a mantener la vigencia de la norma, la protección de las expectativas sociales que se ven defraudadas con acciones que socialmente son consideradas perturbadoras¹³ al poder lesionar bienes jurídicos. Con ello, se evidencia que la función de la pena no es no lesionar los bienes jurídicos, sino devolver la vigencia de la norma que se ha visto defraudada con una actuación defectuosa de un individuo en su esfera de organización y que niega, así, el sentido comunicativo social de la norma. Tras la negación de la norma, ello no debe significar que la misma se tenga que eliminar, pues lo incorrecto no es la norma como tal, sino la acción cometida por el autor, sobre el que recaerá como castigo una pena a fin de reestablecer la expectativa normativa defraudada con su comportamiento.

Dicho planteamiento, respecto a la teoría de la reestabilización, a nuestro entender, responde de una mejor forma a la función de la pena. Sin embargo, ello debe ser matizado con lo señalado por el profesor GARCÍA CAVERO, al referir que el concepto de persona inmersa en la teoría de la reestabilización, no solo debe tener una base sociológica, sino también una

⁹ *Ibidem*, págs. 93 – 94.

¹⁰ Jakobs, Günther. *Sobre la teoría de la pena*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 33.

¹¹ Debiendo hacer acá la salvedad respecto de los delitos de peligro abstracto.

¹² García Caveró, Percy. *Acerca de la función de la pena*, Universidad de Piura, pág. 8. 2006. Ver en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_80.pdf, consultado el día 16 de diciembre del 2022.

¹³ Cfr. Vílchez Chinchayán, Ronald. *Los delitos contra la administración pública en el Perú: Aproximación a una propuesta de clasificación tripartita*. En García Caveró, Percy y Vílchez Chinchayán, Ronald (dirs.), *Delitos contra la Administración pública*. Editorial Ideas, Lima, 2020, pág. 18.

base ontológica, y así, no nacer de concepciones convencionales o de la configuración que la propia sociedad le brinde¹⁴, tal como lo señala el profesor HERVADA: “ser persona no es de origen positivo sino natural, porque los hombres por naturaleza, son sujetos de derecho¹⁵”. Sumado a ello, tenemos que la pena como la inmediata consecuencia del accionar del delincuente, no puede ser cualquiera ni muchos menos su aplicación de cualquier forma, a partir de que, todas las personas poseen dignidad, y esta funciona, a su vez, como límite a la función de la pena.

1.2.1.2 Ámbito político criminal. El Estado ve en el derecho penal a uno de sus mejores instrumentos para combatir la criminalidad, que al igual que la sociedad, evoluciona constantemente. Esta situación ocasiona, a su vez, que las respuestas a las mismas cambien o se adapten a ella con el fin de encontrar una respuesta a modo de represión de esas nuevas conductas que, como ya hemos señalado, niegan la vigencia de la norma.

El profesor MIR PUIG señala que la política criminal consiste en un sector de la política que guarda relación con la manera de tratar la delincuencia, es decir, se refiere al cúmulo de criterios empleados para el tratamiento de la criminalidad, añadiendo que cada ordenamiento jurídico tiene una determinada orientación político-criminal¹⁶.

Podemos señalar, así, que la política criminal, como ciencia jurídico-penal, tiene por finalidad evaluar los medios utilizados o que se utilizarán, para prevenir el fenómeno delictivo, mejorar el tratamiento que se le da y así erradicarlo o disminuirlo, teniendo como factores para ello la severidad de la pena o certeza del castigo; asimismo, la política criminal puede determinar la reforma en el derecho penal vigente en la sociedad, ejemplo de ello sería la creación de nuevos tipos penales e inclusión de ellos en el código penal, así como el aumento cuantitativo y cualitativo de las penas; actividad -esta última- que recae necesariamente sobre los legisladores¹⁷.

Asimismo, el profesor PEÑA CABRERA refiere que una política criminal orientada al fin preventivo del derecho penal, ha de perfilar la legislación penal conforme a dichas necesidades, lo que en algunas veces incide en la viabilidad de tipificación de la modalidad delictiva imprudente, según la cláusula de taxatividad prevista en los artículos 11° y 12° de la

¹⁴ García Cavero, Percy. *Derecho penal: Parte general*. pág. 99.

¹⁵ Hervada, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Universidad de Piura, Piura, Primera edición, 1999, pág. 140.

¹⁶ Mir Puig, Santiago, Gómez Martín, V. y Valiente Iváñez. V. *Derecho penal: Parte General*, Euro Editores, Buenos Aires; Décima edición, 2016, pág. 53.

¹⁷ García Cavero, Percy. *Derecho penal: Parte general*. pág. 56-57.

parte general del Código penal¹⁸. Este aspecto en particular cobra especial relevancia para los fines de la presente investigación, toda vez que nos permite sentar la idea, de que, si bien se señala que la creación de los tipos penales culposos responde a un fin preventivo del derecho penal -que el legislador cree conveniente así-, ello no significa que toda decisión del legislador en ese sentido se encuentre justificada en una mayor prevención. De manera concreta, nos preguntamos si efectivamente se cumple con dicha finalidad preventiva en el caso de la modalidad culposa del delito de peculado, siendo este -como dato al menos curioso- el único tipo penal culposo en la parte respectiva a los delitos contra la administración pública. La interrogante planteada puede, a nuestro modo de ver, dividirse en dos cuestiones básicas: ¿se justifica la existencia del delito de peculado culposo?, y si la respuesta fuese afirmativa, ¿es efectiva su aplicación?

Dichas interrogantes que surgen como un adelanto del objetivo de esta investigación, se tratarán de ir dilucidando a lo largo del presente trabajo, culminando con la postura asumida.

1.2.2 *Medidas asumidas*

Como ya se ha mencionado en el punto anterior, a raíz de la evolución propia de la sociedad, junto a ella, el fenómeno delictivo también ha ido cambiando, encontrando nuevas formas de lesionar los bienes jurídico-penales protegidos, y con ello negar la vigencia de la norma. Todo ello evidencia nuevas situaciones que ameritan reacciones punitivas para hacerles frente.

Entre las medidas que podemos mencionar, y que se hace así por el objetivo del trabajo, tenemos las siguientes:

a) **Inclusión de nuevos tipos penales:** Muchas veces este tipo de medidas que encuentra su origen en una tarea que recae fundamentalmente en el legislador, responden a una técnica meramente simbólica, de querer tipificar tantos aspectos de la realidad como sea posible, a fin transmitirle a la sociedad un mensaje erróneo, el cual sería: “mientras más derecho penal haya, mayor satisfacción y tranquilidad habrá”. Sin embargo, basta tan solo con ver la atareada labor diaria que desarrollan los funcionarios que administran justicia en nuestro país y los índices de delincuencia, para desmentir tal mensaje.

Señala el profesor SILVA SANCHEZ, citando a su vez al profesor POLAINO NAVARRETE, lo siguiente: “El derecho penal ha de tender a la racionalización, y ha de ser consciente de sus límites. No todos los problemas de la sociedad moderna pueden

¹⁸ Peña Cabrera, Alonso R. *Derecho penal Parte Especial*, Idemsa, Tomo V, Lima: Tercera edición, 2019, pág. 452.

combatirse con pena criminal¹⁹”; con ello se hace alusión a que, si bien suele ser “tentador” para la labor de nuestro legislador -y muchas veces una salida fácil-, penalizar tantas situaciones sociales rechazadas como crea conveniente, una correcta labor desplegada debe ser una que se caracterice por ser racional y lograr satisfacer los fines de la política criminal acorde a los principios generales del derecho penal y que sirven de guía para ello. Sin embargo, estando al actual panorama de nuestro sistema jurídico penal peruano, ese proceder no es lo habitual.

- b) Ampliación de los supuestos típicos:** De la misma forma que pueden existir diferentes tipos penales, “el intervencionismo” de nuestros legisladores toma las nuevas situaciones criminales que puedan aparecer y las penaliza, ampliando los tipos penales ya existentes en su forma básica o agravada. Así, se puede verificar que mediante una ampliación típica dicha conducta intolerable encuentra en el derecho penal la vía “idónea” para solucionar su incidencia social. Ello, con el pasar del tiempo, se ha vuelto algo claramente ilustrativo, al ver la evolución de los tipos penales y la inclusión de otros tantos que responden, tanto al fenómeno criminal, como a las necesidades sociales para su correcto funcionamiento.
- c) Creación de modalidades delictivas imprudentes:** Aquí nos referimos a situaciones generadoras de un riesgo “prohibido”, pero que se alejan del dolo y que infringen una norma de cuidado. Dichas situaciones constituyen un injusto imprudente, cuya tipificación, como ya se ha mencionado, responde a la lista taxativa prevista en el artículo 12 de nuestro código penal. Como muestra de ello, tenemos el delito de peculado culposo -tipo penal objeto de la presente investigación-, que, como se señala en la doctrina nacional, complementa las tareas preventivas del peculado doloso, castigando aquellas vulneraciones a los deberes funcionales que no han sido desarrollados de forma consiente²⁰. Sin embargo, creemos que dicha modalidad no deja de ser al menos extraña, como por ejemplo -y por mencionar solo algunas cosas-, dista mucho la pena prevista en el delito de peculado culposo a la del delito de peculado doloso, es decir, estamos ante un delito menor, y por otro lado, no se trata de causar un resultado por imprudencia o negligencia, sino que esa actitud negligente da ocasión a la acción de otra persona, es decir una estructura general de una acción culposa que da pie a un resultado doloso infringido por un tercero. Ello no hace más que cuestionarnos por su validación y eficacia en nuestro sistema jurídico penal.

¹⁹ Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Euros Editores, Montevideo: Tercera edición ampliada, 2011, pág. 119.

²⁰ Peña Cabrera, Alonso R. *Derecho penal Parte Especial*. pág. 452.

1.3 Legitimidad de la intervención del derecho penal

El mantenimiento de las leyes penales en la sociedad es necesario para su funcionamiento y para que los contactos sociales que nacen de las personas sean de tal forma que no logren lesionar las esferas de organización ajenas. La intervención del derecho penal se da justamente para ese mantenimiento normativo dentro de la sociedad, a modo de garantizar esas expectativas sociales, en la forma dada y exigida por ley²¹.

Así pues, señala el profesor JAKOBS,

(...) Por eso -aun contradiciendo el lenguaje usual- se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal²².

El delito o, como doctrinalmente se le conoce, “la acción típica, antijurídica, y culpable”, constituye una conducta socialmente dañosa, y que desde la posición que acá sostenemos, se traduce en la defraudación de expectativas normativas esenciales. En el plano social, el delito es una comunicación negativa de una persona frente a la vigencia de la norma, con la cual niega la misma, y lo que se busca tras ello con la pena, es esa vuelta a su estadio anterior de la norma. Es entonces, que el derecho penal legítimamente intervendrá, cuando estemos frente a la lesión del bien jurídico penalmente protegido, el cual sería la vigencia de la norma²³, lo que contrariamente, nos lleva a apreciar que no cualquier lesión desplegará la intervención y protección del derecho penal, sino solo lo que resulte como una perturbación grave a un bien, positiva y socialmente considerado así. Estarán dentro de esas situaciones los comportamientos que manifiesten un desprecio a la forma de organización esencial que una sociedad ha fundado.

Ahora bien, pasaremos a explicar algunos de los principios generales del derecho penal que, para el presente trabajo, resultan convenientes.

1.3.1 *El principio de legalidad*

El principio de legalidad se encuentra recogido en el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política del Perú, y regulado en el artículo II del Título Preliminar del Código penal²⁴. Pues bien, por este principio entendemos que el Estado es el encargado de determinar

²¹ Jakobs, Günther. *Derecho penal Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, pág. 45.

²² *Idem*.

²³ García Caveró, Percy. *Derecho penal: Parte general*, pág. 129.

²⁴ Artículo II.- “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

de forma previa y general la comisión del injusto penal, sus características, y las consecuencias como reproche que acarrea la realización de la referida conducta²⁵.

Es en este principio que el ciudadano ve reflejado los límites tanto de su propia actuación como el despliegue de la actuación del Estado, determinando qué conductas están prohibidas y consecuentemente traerán un reproche penal, teniendo en contra parte, la actuación del Estado en la persecución de aquellas acciones reguladas en nuestro sistema normativo.

1.3.2 *El principio de lesividad*

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha identificado al principio de lesividad como aquel que dota de contenido material al tipo penal. En virtud de este principio, la pena precisa de la puesta en peligro de un bien jurídico. Sin embargo, no se trata de cualquier acción peligrosa, o lesiva, sino de aquella que cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal. Caso contrario, ante afectaciones muy leves a este principio, lo que corresponde es considerar la atipicidad de la conducta, al carácter de relevancia de la pena²⁶.

El principio de lesividad, recogido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal²⁷, conlleva la idea generalizada de que, para que se dé el despliegue de la actuación del Estado materializada en el derecho penal, se tiene que tener previamente una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, esto no hace más que determinar que el fundamento de la imposición de una pena es la lesión de un bien jurídico²⁸; en ese sentido, autores nacionales, como VILLAVICENCIO TERREROS, refieren que, para considerar ilícita una conducta, no solo se requiere la realización del tipo penal establecido por el legislador, sino que se hace necesario además que la conducta analizada haya puesto en peligro o lesionado un bien jurídico²⁹.

Como ya hemos mencionado, la postura a la que nos acogemos respecto de la función del derecho penal, nos lleva a entender que el derecho penal interviene, cuando la paz social se ve perturbada con aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos; dicho todo esto, surge una cuestión ya puesta en evidencia por la doctrina, al contrastar lo referido al principio de lesividad con los delitos conocidos como de peligro abstracto. Sin embargo, la posición asumida aquí de que el derecho penal dirige su función no a proteger un bien jurídico, sino a mantener la vigencia de la norma defraudada,

²⁵ García Cavero, Percy. *Derecho penal: Parte general*, pág. 138.

²⁶ Fundamento décimo quinto del Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, de fecha 01 de junio del 2016.

²⁷ Artículo IV.- “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

²⁸ García Cavero, Percy. *Derecho penal: Parte general*; pág. 129.

²⁹ Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho penal: parte general*. Grijley, Lima, 2006, pág. 94.

hace posible admitir la legitimidad del castigo penal de conductas que, sin lesionar un bien jurídico, defraudan por su alto nivel de perturbación social la vigencia de la norma. Veamos esto con mayor detenimiento y brevemente.

1.3.2.1 Delitos de peligro abstracto. La doctrina diferencia dentro de los delitos de peligro, por un lado, a los delitos de peligro concreto y, por otro, a los delitos de peligro abstracto.

Los primeros se caracterizan porque en la situación concreta se presentan todas las condiciones para la lesión del objeto sobre el que se despliega la conducta analizada, sin embargo, esta no se produce por razones fortuitas; y en los segundos, que son sobre los que hablaremos en este punto, lo característico es sancionar conductas peligrosas sin que se haya puesto en peligro o lesionado un bien jurídico³⁰, es decir, hablamos de una peligrosidad.

De entrada, el concepto expuesto de los delitos de peligro abstracto parecería desvirtuar lo expuesto anteriormente respecto a la intervención del derecho penal, en donde se lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos; así, por ejemplo, tenemos el delito de conducción en estado de ebriedad³¹, en donde el derecho penal interviene dando una protección al bien jurídico, sin esperar la afectación efectiva de este y las consecuencias que podrían derivarse; es decir, adelantándose a ello.

Señala el profesor SILVA SÁNCHEZ,

(...) lo que aquí interesa resaltar es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural. Ello, por el hecho de que buena parte de las amenazas a los que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos [...] que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etc.³².

Lo mencionado nos haría entender que el derecho penal en una sociedad que se encuentra en constante evolución, adelanta las barreras de protección desplegadas ante situaciones en donde no es necesario esperar la producción de un resultado que lesione

³⁰ García Cavero, Percy. *Derecho penal: Parte general*, pág. 129.

³¹ Artículo 274 CP: “El que, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36 inciso 7). (...)”

³² Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal*, pág. 14.

efectivamente el bien jurídico-penal protegido, sino que, para esta defraudación, bastará la peligrosidad de la conducta³³.

1.3.3 *El principio de última ratio o mínima intervención*

El derecho penal interviene ante la realización de determinadas conductas que irrumpen contra bienes jurídicos penales, negando así la vigencia de la norma. Pues bien, también es pertinente afirmar que, dentro de la propia configuración social, existen medios de control social, ante aquellas conductas que se consideren socialmente perturbadoras. Así, no todas las conductas desplegadas merecen la intervención del derecho penal como un control social formal, sino que solo ameritan esta intromisión y despliegue del derecho penal, aquellas conductas especialmente graves y dañosas de bienes jurídicos, y que como consecuencia caerá sobre ellas una represión penal, materializada en las consecuencias jurídicas impuestas: la pena³⁴.

La pena, como consecuencia jurídica de la conducta delictiva, no asegura o repara el bien jurídico vulnerado, sino que asegura la vigencia de la norma³⁵. Lo dicho no hace más que reforzar que la intromisión del derecho penal en las conductas desplegadas debe ser estrictamente necesaria.

Consecuentemente, no se puede concebir la intervención del derecho penal como legitimada en cualquier situación en donde la conducta sea calificada como socialmente rechazada, porque para ello se cuenta con otros tantos diferentes mecanismos de control social extrapenal mucho menos lesivos y que resultan suficientes e idóneos para la solución de aquellos conflictos suscitados.

1.3.4 *Respecto al delito de peculado*

En los apartados anteriores, hemos intentado dar un panorama general de la intervención del derecho penal y, con ello, determinar su legitimidad en función a su sujeción a sus propios principios generales. Se trata de directrices que encaminan y centran la respuesta punitiva ante aquellas conductas socialmente perturbadoras y graves, y que no encuentran en un control social extra penal, solución a dicha controversia. En efecto, estos debe funcionar como directrices y límites para el legislador en su propia actividad legislativa, como lo es la creación de nuevos delitos o modalidades delictivas ante los nuevos fenómenos criminales; es decir, la labor legislativa debe observar obligatoriamente los principios generales del derecho penal a fin de

³³ García Caveró, Percy. *Derecho penal: Parte general*. pág. 133.

³⁴ *Ibidem*, pág. 136 - 137.

³⁵ Jakobs, Günter. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico - penal*, traducción de Manuel Cancio y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, España, 2003, pág. 59.

que, las medidas adoptadas en cualquiera de sus vertientes ya señaladas, se caractericen por ser idóneas, correctas y pertinentes, evitando formar así parte de ese conjunto de la realidad “sobre criminalizada”.

Una vez visto los principios sobre los que creímos conveniente detenernos a fin de explicar su contenido en relación a la intervención del derecho penal ante situaciones que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico-penalmente protegido, daremos un siguiente paso en esta investigación, al referirnos al delito de peculado³⁶, y ver al final de este primer capítulo -como una mirada inicial- el tratamiento que le brinda la jurisprudencia nacional, llegando al eje central de esta investigación: su modalidad culposa, y lo respectivo al conocimiento del funcionario o servidor público como elemento subjetivo del tipo.

Pues bien, la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116, de fecha 30 de septiembre de 2005, ha establecido cuáles son los elementos típicos del delito de peculado, tanto en su modalidad dolosa como culposa, siendo que, para los fines de esta investigación, solo nos enfocaremos en esta última modalidad:

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

³⁶ Artículo 387 CP: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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

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

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

los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público” como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

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

b. La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando 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 o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

De lo expuesto, podemos apreciar que la Corte Suprema ha delimitado los elementos configuradores del tipo penal del peculado en sus dos modalidades, incidiendo en cada una de sus definiciones y elementos. Así, ha señalado que, el sujeto activo del delito de peculado culposo que, si bien tiene conocimiento de los deberes que ostenta, su actuación descuidada o negligente, propicia que justamente infrinja sus deberes de cuidado, dando ocasión a que una persona, diferente a ella, sustraiga esos bienes. Podríamos dejar aquí, como una primera idea, que la lesión del bien jurídico-penal no ha venido de forma directa por el funcionario, sino de forma indirecta en razón de su descuido. Pero, ¿se le podría exigir al funcionario o servidor público que tome todos los recaudos suficientes y necesarios para no dejar espacio a una actuación descuidada o negligente?, o respecto a los errores burdos o leves en los que pueda incurrir dicho funcionario o servidor público, ¿le pueden ser imputados? O es que acaso, de forma contraria, ¿es necesaria la intervención del derecho penal, o estaríamos ante un contexto de un incumplimiento de funciones propio del Derecho Administrativo Sancionador?

Ahora, pasaremos a señalar muy brevemente y solo de forma expositiva, de la mano de dos casos que hemos elegido, qué es lo que ha indicado nuestra jurisprudencia respecto al delito de peculado culposo, cuál es el tratamiento que le da, y el contenido que le brinda al conocimiento que debe tener el funcionario o servidor público.

1.3.4.1 Casuística. En este punto daremos una mirada rápida al tratamiento del delito de peculado culposo en nuestro actual sistema jurídico penal, y las aristas que podrían

apreciarse a partir de dos Recursos de Nulidad, en donde nuestra Corte Suprema ha emitido pronunciamiento. Estas posiciones jurisprudenciales nos ayudarán a culminar este primer capítulo de nuestra investigación dejando claras las bases del escenario legislativo actual.

Pues bien, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia mediante el Recurso de Nulidad N° 4500-2006-JUNÍN, expone los hechos investigados relacionados a la comisión del delito de peculado doloso por parte de 3 personas con funciones de administración, desembolso y depósito de fondos dinerarios de la Dirección Regional Agraria de Junín. Tras ello, reconduce la conducta de uno de los acusados, inicialmente tipificada como peculado doloso por el Ministerio Público y aceptada así por la Corte Superior, a peculado culposo, bajo la premisa de que la actuación de dicho acusado, en su desarrollo como encargado de la elaboración de las conciliaciones bancarias de la Dirección Regional antes referida, ha estado sujeta a una falta de control interno, es decir, actuó con negligencia en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona, en este caso, el jefe de tesorería y la encargada de hacer los depósitos de la referida Dirección, sustraigan caudales sistemáticamente.

Señalan también que el encausado debió tener la diligencia debida para no permitir la sustracción de los caudales, debiendo haber realizado para ello, una revisión de conformidad diaria o en su defecto, mensual, pudiendo haber advertido con dichas acciones las sustracciones que se estaban suscitando. Culminan decantándose, tras la reconducción del tipo penal, por la prescripción de la acción penal y estableciendo, como precedente vinculante, el cuarto considerando del referido Recurso de Nulidad en lo referido a la estructura del delito de peculado culposo.

De igual forma, la Sala Penal Transitoria mediante el Recurso de Nulidad N° 1911-2019 de fecha 24 de noviembre del 2021, plantea un contexto en donde la acusada, en el ejercicio de su cargo como alcaldesa de la Municipalidad Distrital de Huaros, realizó diversos pagos sin sustento a favor de terceras personas y de sí misma. Ahora bien, lo importante de este pronunciamiento es que, a partir de estos hechos, la Corte Suprema desarrolla la diferencia entre el peculado doloso y el peculado culposo. Se señala concretamente que la Sala Superior recalificó los hechos bajo el delito de peculado culposo, sosteniendo su afirmación en que los actos de disposición o pagos realizados por parte de la acusada los realizó por su desconocimiento, culpa o inexperiencia en el cargo de alcaldesa, toda vez que, a dicha fecha, no era una profesional, sino estudiante de educación, dando ocasión bajo ese “desconocimiento” a que terceras personas sustrajeran los caudales. Esta situación no fue compartida por la Corte Suprema, la que termina reconduciendo los hechos al delito de peculado doloso.

Así también, la Corte Suprema señala de forma general que las formas delictivas del delito de peculado han sido desarrolladas por el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, y que, respecto a la modalidad culposa, sus elementos típicos son dos: (i) la sustracción hecha por un tercero, y (ii) la culpa del agente materializada cuando él no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones, esto es, cuando viola los deberes del debido cuidado, a los que está obligado por una vinculación funcional. Concluye la Corte Suprema, incidiendo en la modalidad culposa del delito de peculado, refiriendo al respecto que “lo relevante para determinar si la conducta atribuida a la acusada se tipifica como delito de peculado doloso o culposo, (...) si su actuación denota que obró con conciencia y voluntad o por descuido con violación de deberes del debido cuidado³⁷”.

1.3.4.2 Interrogantes. De las Ejecutorias expuestas, podemos apreciar que nuestra Corte Suprema reprime -a modo general- los comportamientos culposos llevados a cabo por los funcionarios o servidores públicos que permiten que otras personas, diferentes a ellos, sustraigan caudales o efectos de forma dolosa y haciéndose de ellos. Asimismo, señala que el funcionario o servidor público ostenta deberes de cuidado y custodia en función del cargo desempeñado, de tal forma que la protección de los bienes deberá ser de tal forma que su actuación no permita, sea por negligencia o imprudencia, un resultado lesivo, es decir, se parte de un sujeto con deberes derivados de una posición funcional que debe observarlos en el cumplimiento de su cargo. Vemos de esta forma, una culpa originada por su actuación defectuosa, e imputable al sujeto público, que origina un delito doloso como consecuencia. Además de ello, podemos apreciar que ese resultado no es lo que se le imputa al sujeto público, sino el dar lugar de forma culposa a que otra persona de forma dolosa realice la sustracción, como bien se señala en el Acuerdo Plenario N° 04-2005. El desvalor de la acción se encontraría en la inobservancia de los deberes que el agente ostenta.

En comparación con otros tipos culposos del Código penal, como por ejemplo en el homicidio culposo, el autor debe conocer que su actuación defectuosa y que por tal, su infracción a un deber de cuidado, puede materializarse en la realidad con la creación de un riesgo prohibido; sin embargo, en el delito de peculado y como bien se ha mencionado en el ya señalado R.N. N° 4500-2006-JUNÍN “(...) resulta imputable al sujeto que por falta de control interno – que es precisamente lo que se imputa al citado -actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales -en este caso-, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero

³⁷ Último párrafo del Fundamento decimosexto del Recurso de Nulidad N° 1911-2019, Lima Norte, Sala Penal Transitoria, fecha 24 de noviembre del 2021.

(...)" De ello, pareciese que el conocimiento que debe tener el agente debe llevarlo a tener presente todos los resultados lesivos que serían consecuencia de su defectuosa organización, es decir, no permitir o facilitar que, por su actuación imprudente, se dé la sustracción de caudales o bienes por otra persona totalmente diferente a él, y que inicialmente fueron puestos en su custodia o vigilia. Pero, en este punto, cabe preguntarse ¿qué tanto debe extenderse ese conocimiento del funcionario o servidor público? o, estando a la remisión obligatoria de la reglamentación administrativa -muchas veces general, por su propia naturaleza- que funge como guía de su correcta actuación según su posición, ¿qué tan específicas deben ser sus actuaciones a partir de una normativa administrativa general?

De esta forma, podemos apreciar que, para la Corte Suprema, lo importante para la configuración del delito de peculado culposo es que el agente dirija su actuación a partir del descuido con violación de sus deberes del debido cuidado respecto de los bienes públicos puestos en su ámbito de vigilancia; dejando así en claro que el actuar negligente debe partir de la inobservancia de sus deberes establecidos en la normativa administrativa, de acuerdo con el cargo desempeñado y el nivel jerárquico en el que se encuentra dentro de la administración pública.

Finalmente, como ya se ha mencionado, a partir de los casos antes señalados, es recurrente -aunque evidente- la remisión que se hace al MOF o ROF del funcionario o servidor público inmerso en el delito de peculado culposo, al momento de aludir a los posibles deberes incumplidos u omitidos por dicho agente, punto central para determinar la "actuación negligente". Sin embargo, lo que no es apreciable o, al menos, no es objeto exhaustivo de análisis o interpretación por parte de nuestra Corte Suprema, es el contenido de dichos deberes o la extensión de los mismos, toda vez que dichos reglamentos -la mayoría de veces- son elaborados de tal manera que regulan los deberes de los funcionarios o servidores públicos de una forma general y amplia, sin concretizarlos, de modo que el campo de atención que debe tener el agente en relación a su comportamiento de cuidado es tan amplio como sea redactado su deber. Dicho de otro modo, la Corte Suprema, al momento de analizar la configuración y comisión de delito de peculado culposo, hace una mera remisión obligatoria a reglamentos de carácter de administrativo, punto que no deja de ser controvertido al observar que nos encontramos ante un incumplimiento de normas administrativas, pero con una consecuencia jurídica de carácter penal, una pena. Culminamos aquí señalando que, errores burdos o leves cometidos por los funcionarios, también ingresarían en aquellos reglamentos generales que regulan sus funciones.

1.4 Balance parcial

Hasta este punto, nos hemos encargado de señalar la función del derecho penal en nuestro ordenamiento jurídico, empezando con un breve repaso de las teorías que han surgido para llegar a la postura asumida respecto de la protección de la vigencia de la norma, al reestablecer con la pena las expectativas normativas defraudadas por el delincuente.

Seguidamente, de la mano de algunos principios generales del derecho penal, hemos indicado su legitimación al momento de intervenir en la comisión del injusto penal, determinando qué conductas ameritan dicha intromisión y, en virtud de ello, la imposición de una pena como consecuencia jurídica. Asimismo, señalamos las medidas asumidas por parte del legislador ante dichas situaciones delictivas en el marco de su política criminal, entre ellas la creación de nuevos tipos delictivos, la ampliación de ellos y la creación de modalidades imprudentes, entrando, con ello, al eje central de la presente investigación: el delito de peculado culposo.

Pues bien, de la mano de la jurisprudencia y doctrina nacional, hemos intentado mostrar, como primer acercamiento, la regulación y el tratamiento del tipo penal del peculado culposo, incidiendo en la conducta reprochada al funcionario o servidor público, los deberes que defrauda, sea por negligencia o imprudencia, y las primeras interrogantes que surgen de ello, al preguntarnos sobre la viabilidad de su existencia y/o eficacia ante dichas conductas socialmente rechazadas.

De esta forma, en el siguiente capítulo empezaremos abordando de forma general la imputación ante la comisión de delitos contra la Administración pública, poniendo en relieve los elementos comunes con el delito de peculado. Posterior a ello, procederemos a entrar de lleno en el análisis de este delito, exponiendo los elementos que concurren para la configuración del tipo penal, incidiendo en lo que aquí nos importa, la modalidad culposa del delito, sus características, elementos y aristas que surgen tras su análisis.

Capítulo 2

El delito de peculado culposo, alcances, elementos y problemática

2.1 Preliminares

Una vez establecidas las bases generales del derecho penal en cuanto a su legitimación, protección y aplicación, en este segundo capítulo, ingresaremos a lo medular de la presente investigación: el delito de peculado y, en específico, su modalidad culposa, parte última del anterior capítulo.

Como punto de partida, resulta necesario hacer algunas consideraciones generales sobre los delitos contra la Administración pública, ya que dentro del título que los agrupa en la Parte Especial del Código penal se enmarca el delito de peculado culposo. De manera concreta, se hará un breve repaso sobre el bien jurídico y la calidad especial de funcionario o servidor público que se exige para poder responder como autor llegando finalmente al elemento subjetivo del tipo. En este último aspecto nos detendremos especialmente por la importancia que tiene para analizar lo respectivo al lado subjetivo de la conducta desplegada por el funcionario o servidor público, sujeto activo del delito de peculado culposo. Así, se podrá apreciar el tipo de conocimiento que se le exige tener al funcionario o servidor público y hasta dónde debe llegar, estableciendo sus límites en cuanto a la competencia que posee y las distintas interrogantes que cabe plantearse al respecto.

Lo anterior resulta especialmente pertinente porque muchas veces, por no señalar que es una práctica común, se le atribuye un sin número de deberes a los funcionarios o servidores públicos de los diferentes ámbitos del Estado como parte del cargo desempeñado. Como consecuencia de esta atribución generalizada se le termina dando a los órganos de persecución penal carta libre al momento de imputarle algún resultado producto de la creación de un riesgo penalmente prohibido dentro de la Administración pública a la que pertenece. No es que se determine una competencia penal específica del funcionario público por el hecho concretamente realizado, sino una suerte de competencia global, porque como veremos, muchas veces esos manuales o reglamentos de funciones, no tienen un desarrollo o concreción al momento de definir los deberes a cumplir.

Al realizar un breve repaso por los conceptos generales de los delitos contra la Administración pública, y sobre todo al detenernos en las competencias penalmente relevantes del funcionario público y el nivel de conocimiento requerido para suscitar una responsabilidad penal, se podrá desterrar la práctica extendida de sustentar dicha responsabilidad en la sola comisión del verbo rector -en el caso del peculado culposo “dar ocasión”-. Lo que se busca con este desarrollo de los fundamentos dogmáticos de los delitos contra la Administración pública

es concretar la manera como se debe determinar la competencia del funcionario o servidor público por estos delitos y, en especial, lo referido a la imputación subjetiva (culpa).

Si bien la sola posición de ser funcionario o servidor público acarrea unos ciertos deberes generales, las diferentes posiciones que puedan desarrollar dentro de una Administración pública, también podrían traer deberes específicos, propios del cargo y que trazarán un mapa de acción dentro de sus funciones en el estrato de la Administración pública donde desempeñe sus labores, todo ello reglado así en su MOF o ROF.

2.2 Delitos contra la Administración pública

En la doctrina penal general, los delitos contra la administración pública son aquellos en donde la creación del riesgo penalmente prohibido y, en consecuencia, el resultado lesivo ocasionado, va en contra de las condiciones básicas de la administración pública que existen o deben consolidarse. Seguidamente, y sin entrar en mayores discusiones, no cualquier persona puede tener la calidad de autor de dichos delitos, toda vez que, tal como lo exigen los diferentes tipos penales, por ejemplo, el delito de peculado, los mismos exigen para catalogar a una persona como sujeto activo del delito, la condición de funcionario o servidor público. Más aún, lo normal es que los tipos penales exijan que el funcionario o servidor público tenga una relación funcional especial con el ámbito protegido, por lo que incluso no cualquier funcionario o servidor público puede cometer el delito.

A partir de lo dicho, podemos ver la exigencia de un cargo dentro de la Administración pública, y en muchos casos, sumado a ello, una relación funcional por el cargo concreto o especial desempeñado en la mencionada administración para poder ser autor de alguno de los tipos penales comprendidos.

Seguidamente, al observar la base teleológica de los delitos previstos en el Título XVIII del Código penal, podemos afirmar que la protección recaería en la propia Administración pública, por lo que, al menos acá, cabe mencionar que el aspecto de la misma que sería objeto de protección jurídico-penal, sería su funcionalidad, identificando esta con el concepto amplio de función pública y entendiéndola como el mecanismo por el cual se manifiestan las potestades públicas, en el ejercicio de la autoridad que el Estado posee, atribuidas por medio de ley tanto a los servidores públicos como a los administrados, dirigidas a contribuir de forma eficaz y oportuna los fines a cargo de la organización política³⁸.

Así también, del catálogo de los delitos contra la Administración pública, podemos apreciar que están reunidos en dos grandes grupos, los cometidos por particulares contra la

³⁸ Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos. *Delitos contra la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, Colombia: Tercera edición, 2021, pág. 65.

Administración pública, y los cometidos por los funcionarios públicos contra la Administración pública, siendo esta una clasificación que responde a la condición del sujeto activo. Creemos necesario mencionar en este punto -pero sin entrar en mayor discusión por no ser objeto de la presente investigación-, el trabajo del Doctor RONALD VILCHEZ, respecto a su propuesta para una (re)clasificación tripartita, de los delitos establecidos en el capítulo II -delitos cometidos por funcionarios públicos-, en donde los ubica en: (i) Conductas de abuso, (ii) conductas de gestión, y, (iii) conductas de aprovechamiento³⁹. Ubicando el delito de peculado culposo, tipo penal objeto de la presente investigación, en el segundo grupo mencionado, teniendo que, dicha clasificación parte de las características de los tipos penales establecidos en el capítulo II de los delitos contra la Administración pública.

Ahora bien, y señalado lo anterior, creemos necesario indicar en el siguiente apartado, algunas cuestiones respecto a los delitos contra la Administración pública y sus implicancias generales, pero de forma simplificada, sin ahondar en mayores discusiones que las que importan en la presente investigación.

2.2.1 El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública

De forma general, y sobre lo cual la doctrina nacional ya hablado ampliamente, podemos señalar que, en los delitos contra la Administración pública, el bien jurídico penalmente protegido es el normal, idóneo y correcto funcionamiento de la administración pública⁴⁰. Lo mencionado calzaría como el bien jurídico “general” protegido por los delitos contra la Administración pública, sin perjuicio de hacer posteriormente las precisiones necesarias en cada delito comprendido en este título de la Parte Especial del Código penal.

Asimismo, y por no dejar de mencionar los aportes de la doctrina nacional al hablar del objeto de protección en los delitos contra la Administración pública, se han mencionado hasta 4 teorías recurrentes: a) la teoría del quebrantamiento de las expectativas en la Administración pública, b) la teoría del correcto funcionamiento o la funcionalidad de la Administración

³⁹ Vilchez Chinchayán, Ronald. *Los delitos contra la administración pública en el Perú: Aproximación a una propuesta de clasificación tripartita*. Ob. Cit. Pág. 51; Vilchez Chinchayán, Ronald. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Ob. cit. Pág. 191 - 209; y así también en, Vilchez Chinchayán, Ronald. (2022). *Bien jurídico, corrupción pública, abuso, gestión y oportunidad en los delitos contra la administración pública en el Perú*. Revista de Derecho, 21, (Especial), Piura, 2022, págs. 171 - 189. Recuperado a partir de <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/2911>, 06 de junio de 2024.

⁴⁰ Chanjan Documet, Rafael. *El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*, pág. 137. Ver en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5210/6277>, recuperado el día 26 de octubre del 2023; y, así también, Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Grijley E.I.R.L, Lima: Cuarta edición, 2007, págs. 18 - 19.

pública, c) la teoría protección de la fidelidad al Estado (deber del cargo), y, d) la teoría de la buena imagen, dignidad o prestigio de la Administración pública⁴¹.

Como se había mencionado en el anterior capítulo, el derecho penal interviene ante la negación de la vigencia de la normal penal, producto de una configuración defectuosa de la esfera de organización de una determinada persona (competencia por organización) o el incumplimiento de deberes positivos institucionalmente configurados (competencia institucional). En el caso de los delitos de funcionarios públicos, la competencia penal a discutir es la del funcionario o servidor público, en base a la función pública que desempeña dentro de la Administración pública -relación funcional-. Pues bien, de ello podemos mencionar que con los delitos enumerados en el título XVIII del Código penal, lo que se protege no es a los órganos administrativos de los diferentes estratos, sino a la propia función pública que, a su vez, supone las diferentes vías procedimentales previamente establecidas de actuación administrativa, y a la que todos podemos acceder para la resolución de las controversias que pudiesen surgir⁴².

2.2.2 El sujeto activo de los delitos contra la Administración pública

Como ya se ha mencionado al inicio de este segundo capítulo, no cualquier persona puede tener u ostentar el título de sujeto activo en los delitos contra la Administración pública, por lo que, sin detenernos a hablar de un tipo en específico, diremos que dicha calidad la tienen los funcionarios o servidores públicos, es decir, los sujetos que mantienen una relación funcional con la Administración pública, y que realizan un determinado comportamiento dirigido contra la misma.

De la lectura de nuestro Código penal, en relación a los títulos referidos a los delitos contra la Administración pública, podemos observar que los riesgos creados por los funcionarios o servidores públicos no serían los únicos no permitidos y por tal, sancionados por la norma penal de la parte especial, sino también que, y visto de otra forma, la norma penal exigiría al funcionario o servidor público no solo sujetar su acción al desarrollo adecuado de su función, sino también que los ciudadanos no los ayuden a lesionar a la propia Administración pública (deber de evitación). En unos casos, se prohíbe de manera específica la realización de un acto de favorecimiento del particular (por ejemplo, el cohecho activo o la aceptación de nombramiento ilegal); en otros casos, se sanciona al *extraneus* con el título de partícipe del delito de funcionario público (último párrafo del artículo 25 del CP).

Asimismo, y sin entrar a hablar de la modalidad laboral que tengan dichos funcionarios o servidores públicos, debemos mencionar que su comportamiento, se sujeta tanto a las normas

⁴¹ Chanjan Documet, Rafael. *El correcto funcionamiento de la administración pública*, pág. 138 y ss.

⁴² *Ibidem*, pág. 147.

institucionales como infra institucionales, llámese MOF (Manual de Organización y Funciones), ROF (Reglamento de Organización y Funciones), directivas internas, memorándums, etc.⁴³; de la Administración pública a la que pertenecen, y además de ello, se sujetan a una serie de principios generales al gozar de la confianza del Estado y orientar su actividad de acuerdo a ley y los interés del mismo.

Seguidamente, la Corte Suprema ha definido al funcionario público como “(...) toda aquella persona que ejerce una función estatal en los marcos de los servicios públicos que el Estado desarrolla en la comunidad –esa noción, mucho más amplia que la del derecho administrativo, debe seguir a la de Administración pública con relación a la tutela penal– (...)”⁴⁴.

Por último, en la Convención Interamericana contra la corrupción, se define al funcionario o servidor público, como cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos⁴⁵.

2.2.2.1 Concepto penal de funcionario público. Sin tomar en cuenta lo señalado por el derecho administrativo o derecho laboral, en donde el concepto de funcionario público atañe a diferentes cosas y dista del manejado en el derecho penal, debemos indicar que lo relevante para su definición son las competencias públicas, teniendo, así como gran diferencia, que el concepto de funcionario público en el derecho penal es más amplio que en el recogido en el derecho administrativo⁴⁶. Ahora, el artículo 425° del Código penal, señala que son funcionarios o servidores públicos:

- Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
- Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
- 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

⁴³ En ese sentido, Vílchez Chinchayán, Ronald. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro, Lima, 2021, pág. 85: “De este modo, aunque nos encontremos ante un funcionario público, en sentido penal, se requerirá, para la configuración de los delitos, que el agente tenga en concreto unas competencias específicas que precisamente incumple”.

⁴⁴ Fundamento quinto de la Casación N° 634-2015-Lima, de fecha 28 de junio del 2016.

⁴⁵ Artículo 1° de la Convención Interamericana contra la corrupción.

⁴⁶ Vílchez Chinchayán, Ronald. *Los delitos contra la administración pública en el Perú*, pág. 50.

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

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

Pues bien, como bien señala el profesor GARCIA CAVERO, al Estado le corresponde el cumplimiento de deberes positivos frente a los ciudadanos, y que, si bien no responde penalmente por sí mismo, sí lo hacen los titulares -funcionarios y servidores públicos- que actúan en su representación en el ejercicio del cargo público, más aún si se tiene en cuenta el reconocimiento explícito en ese sentido por parte del Tribunal Constitucional⁴⁷. Si bien en la normativa penal se habla indistintamente de funcionarios y servidores públicos, es posible distinguirlos a partir del criterio de la facultad de decisión; esto es, que funcionarios públicos son los que cuentan con capacidades decisorias y resolutorias⁴⁸, a diferencia de los servidores públicos.

2.2.2.2 Requisitos. A partir de la regulación casuística del concepto de funcionario público en el Código penal, se pueden deducir los requisitos que exige la definición penal de funcionario o servidor público. De ese modo, estaríamos hablando de requisitos concurrentes al concepto de funcionario público⁴⁹, que son: poseer un título habilitante o de incorporación, y ejercer función pública.

a) Título habilitante

Es el título que brinda o faculta a una determinada persona para el ejercicio de la función pública, y que emana tanto de la ley, la elección popular, el nombramiento, o por medio de delegación por parte de una autoridad competente para ello. El modo por el cual uno obtiene el referido título es el medio constitutivo de la cualidad de funcionario público.

Es a través del ingreso o incorporación del funcionario a la Administración Pública que se le vincula jurídicamente con la organización del Estado⁵⁰.

⁴⁷ García Caveró, Percy. *Derecho penal: Parte general*, pág. 368.

⁴⁸ Vílchez Chinchayán, Ronald. *Los delitos contra la administración pública en el Perú*, pág. 50.

⁴⁹ Reyna Alfaro, Miguel. *Delitos contra la Administración Pública*, Idemsa/Centro de Estudios Penales, Lima, pág. 77.

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 77 y ss.

b) El ejercicio de la función pública

Este segundo requisito se refiere a que además del título habilitante, es indispensable que la persona que ostente dicho título, ejerza efectivamente de modo real funciones encomendadas dentro de la organización de la propia Administración Pública, independientemente si dicho ejercicio sea temporal o fragmentario en el tiempo, o de poca relevancia⁵¹.

De esta manera, dicho ejercicio efectivo de la función se vuelve necesario para la calificación del agente; siendo que, además de ello, dicho ejercicio revela la cercanía al bien jurídico penalmente protegido en los delitos de la Administración Pública.

2.3 El delito de peculado culposo

Es, en este apartado, en donde se abordará algunos de los aspectos más relevantes del delito de peculado culposo, haciendo un repaso de lo señalado por la doctrina nacional sobre sus elementos constitutivos, aspectos jurisprudenciales importantes, y planteando los problemas que podemos apreciar.

2.3.1 Conceptos generales

El artículo 387° del Código Penal tipifica tanto el peculado en su modalidad dolosa como en su modalidad culposa. Sin embargo, acorde con los fines de la presente investigación, solo nos referiremos a la segunda de estas modalidades: la culposa.

Como bien lo señala el mencionado artículo y ya lo hemos indicado en páginas anteriores, el sujeto activo del delito de peculado es el funcionario o servidor público -*intraneus*- que tiene la administración, custodia o percepción de caudales o efectos. La conducta típica está constituida por “dar ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos (...)”. Dicho de otra forma, y acudiendo a lo señalado por la Corte Suprema, el relato del tipo nos lleva a situarnos frente a un accionar negligente por parte del funcionario o servidor público que permite o facilita que un tercero -*extraneus*-, ajeno a la administración pública, se apodere y sustraiga los caudales o efectos de dicha organización estatal⁵².

De lo anterior se puede concluir que la figura del peculado culposo, tal y como lo destaca el Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116, no está referida a la acción del propio funcionario o servidor público dirigida a la sustracción de caudales o efectos, sino que, a lo que alude, es a esa actuación defectuosa por parte del sujeto activo ligado a la organización estatal que permite que un tercero saque provecho de dicha situación de “descuido” o actuación “negligente” para

⁵¹ *Ibidem*, pág. 81.

⁵² Fundamento octavo del Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116, de fecha 30 de septiembre del 2005.

sustraer los caudales o efectos; esto es, un delito que se origina por un accionar culposo frente al comportamiento lesivo de un tercero⁵³.

La estructura que nos plantea el legislador con la fórmula plasmada y utilizada en el delito de peculado culposo es la de una convergencia de un accionar culposo con un comportamiento doloso, cada uno de ellos llevados a cabo por una persona diferente: el primero de ellos por el funcionario o servidor público ligado a la Administración pública y el segundo de ellos por un tercero ajeno a la administración pública o que, estando ligado a la Administración pública, no tiene relación funcional con el bien o caudal sustraído.

2.3.2 El bien jurídico protegido

El bien jurídico penalmente protegido en el delito de peculado culposo sería el mismo que en el delito de peculado doloso, por lo que no haremos ninguna distinción en este punto.

Ahora bien, la doctrina no ha llegado a un acuerdo en cuanto a identificar el bien jurídico particular del delito de peculado, por lo que se distinguen 3 posiciones respecto a ese debate: la primera sería que lo que se protege es, en general, el patrimonio del Estado, la segunda que sostiene lo que se protege es el ejercicio regular tanto del funcionario y servidor público perteneciente al órgano estatal, y la tercera que bajo una lógica ecléctica, entiende que se trata de un delito pluriofensivo⁵⁴.

Respecto a esta última posición, la propia Corte Suprema se ha pronunciado, acogéndola. De manera concreta señala lo siguiente:

“(…) Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad⁵⁵”.

Como se puede observar, la Corte Suprema acoge la posición respecto a que el delito de peculado es un delito pluriofensivo, identificando dos objetos específicos, siendo que el bien jurídico específico se verá lesionado de forma general cuando se vulnera el funcionamiento de la administración de justicia y, de forma específica, cuando el funcionario o servidor público infrinja sus deberes de lealtad y probidad, encomendados a él en razón de su cargo. Este

⁵³ Fundamento noveno del Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116, de fecha 30 de septiembre del 2005.

⁵⁴ Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, Iustitia, Lima: Quinta edición, 2019, págs. 435 y 436.

⁵⁵ Fundamento sexto del Acuerdo plenario N° 4-2005/CJ-116, de fecha 30 de septiembre del 2005.

planteamiento asume una formula muy amplia, incidiendo en que, una vez vulnerados los deberes encomendados, se cometería el tipo penal del peculado. Ante tal amplitud surgen razonablemente algunos cuestionamientos: ¿Basta con que el funcionario público tenga un deber general de lealtad o probidad o debe tener deberes específicos en relación con los efectos o caudales? ¿Los deberes que deben cumplir los funcionarios, y que se encuentran regulados en su MOF o ROF, se agotan en la mera reglamentación administrativa o se les tiene que dar un contenido material? De ser así, ¿resulta viable la imposición de una pena por incumplimiento de normas de carácter administrativo por un actuar negligente, teniendo que el resultado doloso es un delito independiente de dicha conducta?

Creemos que resulta irrazonable asumir un planteamiento interpretativo que lleve a la criminalización de la sola infracción del deber funcional en el caso de una actuación culposa, llegándose a sancionar casos de negligencia leve o de error burdo. Se hace necesario, en ese sentido, realizar una reinterpretación del delito de peculado culposo, a fin de que circunscriba la aplicación del derecho penal, solo a los casos con suficiente perturbación social como para justificar la imposición de una pena de cara a mantener la vigencia de la norma defraudada. De esta forma se determinará la viabilidad o no, del tipo penal de peculado culposo.

2.3.3 Elementos típicos

El delito de peculado culposo, como se ha indicado previamente, ha sido objeto de pronunciamiento en el Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116 de fecha 30 de septiembre del 2005, señalando en su fundamento octavo, a modo de premisa general, que nos encontramos ante una culpa que origina, ya sea propiciando, facilitando, o permitiendo de hecho, la comisión dolosa de una sustracción de caudales o efectos por parte de un tercero, con independencia de si obtuvo o no un provecho. Agrega que el tercero puede ser un ciudadano común o bien un funcionario o servidor público, pero que no tenga la administración o custodia del bien o los bienes sustraídos.

Ahora bien, mediante el mencionado acuerdo, se establece lo siguiente:

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público” como elementos Componentes Típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

- a) La sustracción.** Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.
- b) La culpa del funcionario o servidor público.** Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo,

la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando 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 o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público⁵⁶.

Podemos apreciar así que la Corte Suprema de Justicia entiende que estaremos ante el delito de peculado culposo, cuando el agente, funcionario o servidor público, inobservando sus deberes de cuidado y precaución, es decir, mediante culpa, permita que los bienes puestos a su custodia y vigilancia, sean sustraídos por un tercero, dolosamente. Deja muy clara la estructura del tipo penal, acción-culpa, resultado-dolo.

En el mismo sentido, SALINAS SICCHA y REÁTEGUI SÁNCHEZ señalan que queda claro que el sujeto activo del delito genera su propia negligencia, y, por ende, el resultado es producto de ese descuido de sus deberes de cuidado inherentes a él por la función que ejerce, debiendo recurrirse para ello al ROF o MOF que tiene dicho funcionario en el ejercicio de sus funciones, a fin de establecer qué deber tenía asignado. Agregan que estaríamos ante un tipo penal “abierto” por la remisión que se hace a regulación extra-penal, a fin de determinar qué normativas específicas ha incumplido el funcionario o servidor público⁵⁷.

2.3.4 Algunos pronunciamientos de la Corte Suprema

Ahora bien, ya encontrándonos de lleno en lo respectivo al análisis del delito de peculado culposo, corresponde dar un breve repaso de algunos pronunciamientos que la Corte Suprema ha emitido y ver los argumentos que sostienen sus diferentes posturas, tanto a favor del escenario en donde nos encontraríamos ante la configuración del delito de peculado culposo por la concurrencia de elementos objetivos -obligatorios del tipo penal, como los escenarios en donde no se ha configurado el tipo penal y se ponen así de relieve.

Mediante Recurso de Nulidad N° 1865-2010 de fecha 23 de junio del 2011, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia señaló que -en cuanto a lo que aquí nos importa- la acusada, que se desempeñaba como administradora de los fondos públicos, al tener responsabilidad por su actuación relacionada por la indebida retención de dichos fondos públicos, ha tenido una actuación defectuosa, toda vez que no ha ejercido debidamente sus

⁵⁶ Fundamento noveno del Acuerdo plenario N° 4-2005/CJ-116, de fecha 30 de septiembre del 2005.

⁵⁷ Cfr. Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, pág. 460; y, Reátegui Sánchez, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Jurista Editores E.I.R.L, Lima: Segunda edición, 2017, págs. 595 y 596.

deberes de supervisión, pese a que, como ella sostiene, la responsabilidad directa sobre dichos fondos públicos recaía sobre su coacusada, la tesorera, siendo que tenía un conocimiento directo de que la inseguridad era latente sobre los fondos públicos y, por ello, se le exigía un mayor cuidado y supervisión por el despliegue insuficiente de su subordinada. En consecuencia, al no haber cumplido con sus deberes de supervisión, cae en un comportamiento indebido, no habiendo desplegado una actuación diligente y debido respecto de los caudales públicos⁵⁸.

En este punto, podemos observar que la Corte Suprema argumenta que los deberes del funcionario o servidor público no solo se limitan a los regulados para su cargo en la reglamentación administrativa respectiva, sino que se incluye también un deber de velar por el cumplimiento cabal de los deberes y funciones asignados a los funcionarios o servidores públicos que jerárquicamente dependan de él. De esta forma, se abre un abanico de mayores responsabilidades, tal vez no de un cumplimiento directo de los deberes del personal a cargo del funcionario, pero sí de un deber general de velar por el cumplimiento -mediando conocimiento de un incumplimiento o de una incapacidad para cumplir- de los deberes de sus dependientes. Estaríamos ante la idea de un cumplimiento de deberes específicos, los propios del cargo, y deberes generales, los que aun no siendo del cargo, forman parte de una actividad de monitoreo o supervisión.

Mediante Sentencia de Casación N° 244-2013 de fecha 11 de febrero del 2014, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia se ocupó de un caso en donde el acusado, en su posición de Rector de la Universidad Nacional de San Agustín durante los años 2001 y 2002, y paralelamente Director del Proyecto Universitario Atlético Universidad, autorizó el pago mensual a favor de los jugadores y cuerpo técnico del Proyecto Universitario Atlético Universidad, para lo cual se dispuso que la relación de dichas personas se ingresó a la Oficina de Planillas de la referida Universidad, en base a los acuerdos arribados mediante Consejo Universitario. La Sala Penal advierte que el imputado debió tener una actuación diligente y de cuidado, toda vez que ostentaba el deber objetivo de cuidado de advertir si dichos acuerdos atentarían o no contra el patrimonio o funcionamiento de la Universidad Nacional de San Agustín, culminando su decisión redireccionando la calificación jurídica de la conducta investigada del mencionado acusado, de peculado doloso a peculado culposo, y por tal, se terminó dando la prescripción de la acción penal.

Del contenido de la Casación antes mencionada, podemos apreciar que se deja sin sanción penal al referido imputado, al hacer el cambio de calificación jurídica y

⁵⁸ Fundamentos cuarto y quinto del Recurso de Nulidad N° 1865-2010-Junin, Sala Penal Transitoria, 23 de junio del 2011.

consecuentemente sostener la prescripción de la acción penal, destacando que la postura de la reconducción del accionar doloso a uno culposo, lo sustenta la Corte Suprema en la idea de que el imputado tenía el deber objetivo de cuidado de advertir si dichos acuerdos atentaban o no contra el patrimonio o funcionamiento de la Universidad. De los hechos narrados destaca una idea: que, en las referidas sesiones de consejo, donde se adoptaron las decisiones del pago, participó el imputado, pudiendo señalar con ello que objetivamente conocía los acuerdos, y, posterior a ello, los ejecutó, desembolsando así los pagos; por lo que, estaríamos ante un conocimiento total y concreto de los acuerdos y en base a ello es que el imputado tomó la decisión arbitraria y perjudicial para la Universidad que representaba. En consecuencia, no podemos señalar que el imputado en cuestión haya actuado sin la previsibilidad de las consecuencias de sus acciones, es decir, culposamente. De esta forma, estaríamos ante una reconducción errónea que hace la Corte Suprema de la conducta del imputado, en base a un entendimiento equívoco de lo que sería la culpa -lo cual resulta un poco alarmante-, es decir, el conocimiento que tenía dicha persona al momento de la toma de sus decisiones como autoridad de la Universidad.

De igual forma, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante su Recurso de Nulidad N° 1675-2012-Ancash de fecha 05 de marzo del 2013, analizó el caso en donde se le imputó a dos docentes de la Facultad de Ingeniería de Minas de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”, una actuación negligente en el ejercicio de sus funciones, toda vez que, se habría dado la sustracción por parte de sujetos desconocidos de dos equipos multimedia, del interior de dos aulas, de la referida Universidad, las cuales habrían estado asignadas al cuidado de los imputados.

La Sala indica que, de los actuados, no se ha probado que efectivamente los procesados hayan sido los responsables del cuidado del acervo documentario, bienes y llaves de las anotadas aulas, ello no sería un factor generador de una situación de riesgo para los bienes y mucho menos que fue aprovechado por un tercero. Además de ello, la función de los encausados no se puede equiparar a una vinculación funcional con el patrimonio público que se encontraba dentro de las aulas, toda vez que se trataba de un acto de colaboración adicional a sus funciones como docentes. En este punto se refieren en estricto a las funciones establecidas en el reglamento interno de la Universidad de los docentes acusados.

De los argumentos vertidos por la Sala, podemos apreciar que el encargo de vigilancia o custodia debe ser parte de las competencias que el sujeto activo debe tener, nuevamente haciendo referencia a que explícitamente se deben desarrollar o señalar los mismos en el ROF, MOF o reglamentos internos correspondientes, y no de otra forma. En consecuencia, no se

generarían tales deberes si se realizan “como un acto de colaboración adicional a sus funciones”. Se puede ver así, que la norma administrativa que regula los deberes del funcionario o servidor público toma un papel medular al momento de imputar una negligencia en el cumplimiento de los mismos, toda vez que, se recurre a ella para establecer cual debió ser el comportamiento o los deberes que tenía el sujeto activo en el delito de peculado, y a que circunstancias o contextos se ciñe.

Finalmente, la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, mediante su Recurso de Nulidad N° 765-2014 de fecha 12 de diciembre del 2014, analizó el caso de del Alcalde de Municipalidad Distrital de Ticlayán, atribuyéndole la sustracción de una computadora, justificando ello en la falta de personal de vigilancia en dicho recinto, toda vez que, como se señala, el imputado debió tomar las precauciones necesarias a fin de salvaguardar el patrimonio que se encontraban en las oficinas de la referida Municipalidad.

Se indica que se ha podido corroborar de los actuados que el referido imputado, sí contrató seguridad particular para el recinto fuera del horario laboral y que por las mañanas se encontraban personal de serenazgo desarrollando labores de seguridad. Sumado a ello, se discute si dicha vigilancia habría sido o no suficiente, e indica que el imputado se encargaba de la gestión política y administrativa general, interpretando que lo señalado en el MOF de la Municipalidad de Ticlayán, “debe entenderse” dentro de la política general que realiza el imputado en el ejercicio de sus funciones, y que, en todo caso, los responsables de cada área, de haber considerado que dicha seguridad era insuficiente, debían haberlo comunicado oportuna e inmediatamente, y al no haberlo hecho así, se llega a la conclusión que fue suficiente, decantándose de esta manera la Sala, por la no comisión del delito al no verificarse una inacción y/o negligencia por parte del imputado, confirmando la sentencia recurrida.

De esta manera, nuestra Corte Suprema hace una diferenciación entre deberes generales y específicos del imputado como autoridad edil, señalados en su MOF⁵⁹. Pues bien, dicha diferenciación hecha por la Sala radica en la interpretación de los deberes establecidos para el imputado como alcalde “el defender y cautelar los derechos e intereses de la Municipalidad”, como uno general y que, a partir de las funciones de cada encargado de las diferentes áreas se individualiza, pero que no se le podrían atribuir al imputado. Como podemos apreciar, la Sala

⁵⁹ Fundamento jurídico 3.2. decimosexto del Recurso de Nulidad N° 615-2015, Lima Norte, de fecha 16 de agosto del 2016, “(...) no todos son competentes de todo, solo se es responsable por la incorrecta administración personal de su ámbito de competencia. Es decir, cada funcionario responde por el deber especial que tiene determinado su ámbito de organización conforme lo establece el Reglamento de Organización y Funciones -ROF- y Manual de Organización y Funciones -MOF- y no por todo aquello que acontece, ni por actuaciones inadecuadas de otros funcionarios o servidores.”

dota de contenido e interpreta dichos deberes redactados de forma general -como usualmente podemos observar en los diferentes manuales o reglamentos de organización de funciones- del imputado como autoridad edil, y que normalmente en los casos de peculado culposo, son de remisión obligatoria, toda vez que, el actuar culposo se remite directamente a la inobservancia e incumplimiento de dichas normas administrativas, que, como se vuelve a señalar, la mayoría de veces son redactadas de forma amplia y no específica, con lo cual nos surge las siguientes interrogantes ¿hasta qué punto debe extenderse el cumplimiento de dichas normas administrativas?, ¿por qué en algunos casos, como en el señalado, se hace alusión a deberes solo generales que ostenta el funcionario o servidor público y se omite los de supervisión o monitoreo?, y, finalmente ¿Qué pasa con los descuidos mínimos o errores burdos cometidos por los funcionarios o servidores públicos en contraposición de los deberes generales regulados en su MOF o ROF? Podemos apreciar así que hay una forma distinta de ver los deberes del sujeto activo del delito de peculado culposo, y hasta dónde se extenderían -atendiendo a los límites expuestos por la Corte Suprema- pese a la remisión obligatoria a la reglamentación administrativa.

Dichas interrogantes nos plantean un contexto en el que el operador de justicia debe interpretar la normativa penal en cada caso, y atendiendo a sus especiales circunstancias, las normas de carácter administrativo que rodean el accionar del imputado, a fin de justificar la intromisión del derecho penal y consecuentemente, la imposición de una sanción penal, al encontrarnos o no, ante un actuar culposo por parte del imputado.

2.3.5 Problemática encontrada

Como se ha visto del apartado precedente, a partir de la exposición de algunos pronunciamientos emitidos por nuestra Corte Suprema respecto al delito de Peculado Culposo, los elementos constitutivos del tipo y las aristas que de los casos particulares se puedan predicar; el alcance del ámbito de aplicación del delito de peculado culposo no es nada pacífico. Todo lo contrario, desde nuestra posición, apreciamos un panorama que presenta ciertas circunstancias que no dejan de ser, al menos curiosas, y que presentan problemas en cuanto a lo que se entiende por el riesgo prohibido que encierra el tipo penal y su configuración.

La Corte Suprema, a partir del análisis de los casos en donde se ha investigado desde un inicio la comisión del delito de peculado culposo, o se termina reconduciendo en dicha instancia, la calificación jurídica de peculado doloso a culposo, postula y expone la idea principal de que el delito de peculado, en su modalidad culposa, parte de la inobservancia de los deberes que ostenta el funcionario o servidor público, y por tal, de su incumplimiento, permitiendo con ello que un tercero sustraiga los bienes o caudales en custodia del agente del

delito. Dicho tercero, sea un ciudadano no ligado a la Administración Pública o estando ligado a ella, pero sin un deber funcional especial, no debe de tener bajo su custodia o cuidado el bien objeto de la sustracción.

A partir de lo esbozado, se aprecia con claridad la estructura que el delito de peculado culposo tiene, es decir, un accionar culposo por parte de un funcionario o servidor público, y un resultado doloso: la sustracción por parte de un tercero que en la realidad muchas veces se traduce en la comisión de un hurto, robo o apropiación ilícita. Ello no deja de ser al menos extraño, porque estaríamos ante el único tipo penal culposo en todo el código penal peruano⁶⁰, que nos presenta este tipo de estructura “culpa-dolo”, y en donde, como señala la Corte Suprema, el desvalor de la acción recae en la conducta negligente del funcionario, más no en el resultado que en buena cuenta es un delito sancionado independientemente. El motivo del reproche penal es la infracción del deber de cuidado del funcionario y por el cual permite la sustracción de un bien o caudal puesto en su custodia por persona diferente a él.

Lo señalado, como una de las primera aristas observadas, será objeto de un mayor análisis en el tercer y último capítulo de esta investigación, sin embargo, en este punto se hace necesario dejar sentado este problema que se ha podido apreciar, ligado a la estructura actual que tiene el delito de peculado culposo en nuestro Código penal, y que dista mucho de la habitual estructura de los delitos culposos como los conocemos, sumándole a ello, el foco del desvalor en la acción culposa que provoca un resultado doloso: la sustracción.

De la misma forma, y como se ha venido deslizando en el transcurrir de la presente investigación, es común que en los pronunciamientos de la Corte Suprema, y de las instancias judiciales anteriores a la misma, a fin de delimitar y/o fundamentar la actuación negligente o inobservancia de los deberes funcionales que le siguen al funcionario o servidor público, se aluda a los Manuales de Organización y Funciones (MOF), los Reglamentos de Organización y Funciones (ROF), directivas internas, memorándums, o la reglamentación administrativa pertinente de la entidad administrativa, en donde labora el dicho agente.

Se vuelve obligatoria la remisión a dicha normativa de carácter administrativo que realizan nuestros operadores de justicia, toda vez que la infracción al deber de cuidado o la actuación defectuosa desplegada por el funcionario o servidor público, al incumplir sus deberes inherentes a él, y que es el objeto de la imputación hecha, recae justamente en lo deberes asumidos por el agente al momento de la asunción de su cargo. El delito de peculado culposo, al ser una “ley penal en blanco” nos exige la remisión a normas extrapenales para precisar la

⁶⁰ Cfr. Vílchez Chinchayán, Ronald. *Delitos contra la Administración Pública*, pág. 343.

conducta punible y, de esa manera, darle contenido normativo al incumplimiento cometido por el funcionario o servidor público por negligencia. De esta manera, y de la forma como hemos podido ver en los casos planteados, una vez ubicada la normativa pertinente, la siguiente tarea a realizar por parte de nuestros operadores de justicia es equiparar la conducta defectuosa con uno de los deberes de aseguramiento o vigilancia que debió haber cumplido cabalmente el agente, y de confirmarse ello, la imputación estará completa y tendrá sustento jurídico normativo.

Lo señalado pareciese que fuese una tarea fácil y generalizada, hablando de la imputación, sin embargo, no deja de presentar situaciones problemáticas. Dicha remisión que se hace, y al momento de examinar la normativa administrativa pertinente, no solo revela deberes asumidos, sino también que dichos deberes, muchas veces y por su misma redacción, nos plantean premisas amplias y generales, posibles de ser extendidas de la misma forma, y que, en la interpretación que nuestros operadores realizan, no encuentra un contenido específico, sino todo lo contrario, genérico y hasta abstracto. No debe quedar de lado el hecho de que estamos frente a un incumplimiento de normas administrativas y que acarrearán una sanción penal.

Lo acabado de señalar abre también la discusión al presentarnos un panorama, en donde cualquier descuido burdo por parte del funcionario o servidor público, en el ejercicio de sus labores, y que resulte en la sustracción de los bienes o caudales puestos a su cuidado, llevará a que se le procese por el delito de peculado culposo. Es, en este punto, cuando los principios generales del derecho penal toman especial protagonismo, toda vez que surge una interrogante -válida desde la posición que aquí defendemos- sobre si la vía penal es la vía idónea para sancionar esa inobservancia de cualquier deber contenido en un reglamento, manual de organización, o directiva a nivel administrativo; o por el contrario, si la vía idónea es el fuero del Derecho administrativo, específicamente, del procedimiento administrativo disciplinario. Más aún si, y como bien se puede señalar, la sustracción, resultado del delito de peculado culposo, se va sancionar independientemente tanto del proceso mismo de peculado culposo como del hecho de que se pruebe la conducta defectuosa desplegada por el funcionario o servidor público. Dicho de otro modo, el hurto, robo o apropiación ilícita, como resultado del delito de peculado culposo, tendrá un cauce independiente y no va a depender de lo que se pueda o no resolver en el proceso penal por peculado culposo.

2.4 Reflexiones parciales

Hasta aquí y a modo de colofón de este segundo capítulo, hemos visto de forma general y muy puntualizada qué es lo característico de los delitos contra la Administración pública, el

bien jurídico penal protegido y lo relacionado con el sujeto activo de esta clase de delitos, el concepto que tenemos desde el derecho penal a diferencia de otras ramas del derecho, y los requisitos para ser considerado tal.

De igual forma, y ya entrando de lleno al tema central de esta investigación, hemos hablado del delito de peculado culposo, sus elementos típicos para su configuración y el bien jurídico protegido en este delito.

De la mano de la jurisprudencia, hemos podido analizar algunos pronunciamientos que nuestra Corte Suprema ha tenido respecto al delito de peculado culposo, y de esa manera, se ha podido también determinar y vislumbrar el panorama actual en torno a dicho delito. Gracias a dicha exposición, hemos podido apreciar los criterios esbozados por nuestra Corte Suprema y los operadores de justicia, la forma que tienen de ver el delito y las directrices establecidas para su configuración.

A partir de ello, es que hemos podido observar dos puntos controversiales y que serán desarrollados en el tercer y último capítulo de la presente investigación: (i) la estructura planteada del delito de peculado culposo, acción-culpa y resultado-dolo; y (ii) la viabilidad del delito de peculado culposo, de cara a los principios generales del derecho penal, en virtud al incumplimiento de deberes funcionales plasmados en una normativa administrativa, pero que acarrea una sanción penal.

De igual forma, abordaremos estos dos últimos puntos señalados, exponiendo lo pertinente a los delitos culposos y su estructura, y, por otro lado, la aplicación de los principios del derecho penal, a fin de plantear la despenalización de conductas que no encuentran en la vía penal, una vía idónea para brindar una solución. La exposición culminará con el planteamiento que, desde esta investigación postulamos, acerca de la necesaria despenalización del delito de peculado culposo.

Capítulo 3

La viabilidad del delito peculado culposo en el ordenamiento jurídico penal peruano

3.1 Cuestiones previas

Muchos autores nacionales e internacionales sostienen que el delito de peculado culposo o la llamada malversación imprudente, como en su momento estuvo regulado en la legislación penal española, constituye una muestra en sí misma de la sobrecriminalización que caracteriza a la legislación penal exagerada, lo que, si se tiene en cuenta en el panorama actual peruano, se ha convertido en algo usual en la política criminal nacional. Así, se podrían mencionar muchos casos que, en nuestra realidad legislativa, forman parte de lo señalado, teniendo que varios casos de ellos en su momento fueron infracciones administrativas y posteriormente pasaron a formar parte del amplio catálogo de figuras punibles de nuestro Código penal peruano.

En este tercer y último capítulo de la presente investigación, nos encargaremos de desarrollar los dos problemas que hemos podido identificar, desde nuestra posición, en la parte última del anterior capítulo; por un lado, la fórmula legislativa utilizada en la tipificación del delito de peculado culposo que, a nuestro entender, presenta una estructura “única” que se aparta de la forma generalizada, en la que se entienden los delitos culposos conforme a los planteamientos dogmáticos de la doctrina nacional e internacional; y, por otro lado, la insignificancia de la conducta desplegada por el funcionario o servidor público, toda vez que, se podría optar por sancionar dicha conducta vía el derecho administrativo sancionador como una infracción administrativa en la que incurre el agente al incumplir con sus deberes, y no hacerla merecedora de una sanción penal que, en buena cuenta, implicaría una consecuencia jurídica mucho más lesiva.

De esta manera, dividiremos este último capítulo en dos grandes partes, siendo la primera de ella la exposición clara de los problemas identificados, junto con las razones que apoyan las soluciones propuestas, y una segunda parte en la que se terminará de esbozar nuestra postura asumida, y la salida legislativa que creemos resulta correcta y razonable.

Finalmente, y tal vez tomando la misma salida que el caso español con la modificación que tuvo lugar con el Código penal de 1995, expondremos nuestra postura, orientada a la despenalización de la fórmula legislativa que actualmente tenemos del delito de peculado culposo, y dejar que dicha actuación negligente o actuación defectuosa desplegada por el funcionario o servidor público, que descuida el patrimonio puesto a su cuidado o vigilia, encuentre en el Derecho administrativo sancionador la vía idónea para esclarecer los hechos e imponer, si fuese el caso, la sanción correspondiente al funcionario o servidor público.

3.2 Problemas identificados

Como señalamos al culminar el segundo capítulo y al inicio de este tercer capítulo, en este apartado ahondaremos en los problemas identificados en la construcción del delito de peculado culposo en nuestro ordenamiento jurídico, incidiendo en los problemas que avistamos en su estructura y la remisión a normas administrativas para determinar el incumplimiento, razones que nos llevan a decantarnos por la no viabilidad de la referida figura penal en nuestro ordenamiento jurídico peruano, debiendo, por tanto, optar por su despenalización.

3.2.1 *La construcción de la fórmula legislativa del peculado culposo*

Lo que, de entrada, cabría resolver es un problema terminológico. Cierta sector de la doctrina nacional pone en controversia si resulta correcto referirnos al peculado como “imprudente” en vez de utilizar el término “culpa”, toda vez que se pueden traer a colación similitudes con lo referido a la “culpabilidad” y, por ende, hacer incurrir u ocasionar “confusiones”. Sin embargo, por razones meramente prácticas y por no ser objeto del presente trabajo ingresar al análisis de la “imprudencia”, o la “culpa”, utilizaremos dichas acepciones - como ya lo hemos venido haciendo- sin ningún carácter diferenciador, y tan solo nos referiremos a la “imprudencia”, como término aislado, al momento de hacer alusión al que fue el delito de peculado [imprudente] en la legislación española, al ser éste un punto pertinente y que se tocará también en el presente capítulo.

Ahora bien, el cuarto párrafo del artículo 387 de nuestro Código penal, como ya se ha indicado, regula la modalidad culposa del delito de peculado, en donde, en síntesis, la fórmula utilizada y replicada del caso español sanciona al funcionario o servidor público que, por culpa, da ocasión, es decir, facilite que un tercero sustraiga los caudales o efectos puesto en custodia o vigilia del sujeto activo. El dispositivo legal examinado, desde su primera modificación realizada mediante la Ley N° 26198 de fecha 13 de junio de 1993, hasta su última modificatoria producida por el artículo 2 de la Ley N° 31178 de fecha 28 de abril del 2021, no ha sufrido cambio alguno más que en la configuración de la circunstancia agravante que tiene lugar si dichos caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. De esta manera, la actual redacción prevé una pena privativa de libertad no mayor de dos años y una pena de prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas para la forma básica, y una pena privativa de libertad de tres a cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa, en su forma agravada.

En relación con las penas previstas para el tipo básico del peculado culposo merece ser destacado que dista mucho de aquella que está prevista para el peculado doloso: “pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años”. Esta marcada diferencia ha sido puesta

de manifiesto por la doctrina nacional, al señalar que la sanción punitiva prevista para la modalidad culposa es exigua comparada con su modalidad dolosa⁶¹, imponiendo una brecha de hasta 4 veces más reproche penal entre una y otra modalidad. Bajo esta particularidad legislativa se podría afirmar que la diferencia entre las penas bien podría representar que el riesgo prohibido creado en la modalidad dolosa merece un reproche mucho mayor y, por ello, el legislador ha dispuesto en su momento que la pena diste tanto de la modalidad culposa, para la cual se le impuso una pena mínima.

Nuestra formula legislativa del delito de peculado culposo encuentra su antecedente legislativo comparado en el caso español que, hasta antes de la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, regulaba en su artículo 395 la malversación (imprudente), bajo los siguientes términos:

El funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos de que se trata en los números 2, 3 y 4 del artículo anterior incurrirá en la pena de multa de la mitad al tanto del valor de los caudales o efectos sustraídos, sin que se pueda bajar de 100,000 pesetas. Si el funcionario culpable reintegrase antes del juicio dichos caudales o efectos, o con sus gestiones se lograre el reintegro, la pena será la de represión pública.

En una modificación legislativa posterior esta figura penal dejó de ser punible, considerando que, para el mencionado ilícito, deberá encargarse el Derecho administrativo sancionador⁶².

3.2.1.1 La estructura acción- culpa, resultado-dolo. Como ya lo hemos resaltado, la actual redacción del cuarto párrafo del artículo 387 de nuestro Código penal ha optado por la siguiente configuración típica: “Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido (...)”. La fórmula legislativa asumida, lo que, en buena cuenta sanciona como delito peculado culposo, es la actuación defectuosa del funcionario o servidor público que da lugar a la materialización posterior de una sustracción de los caudales o efectos puestos a su cuidado por un tercero; es decir, se hace necesaria, para la configuración de este delito, que se materialice la apropiación⁶³ dolosa por parte de un tercero.

⁶¹ Reátegui Sánchez, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, pág. 591.

⁶² Borjas Calderón, Karl Andrei. *Lo imprudente del peculado imprudente*. En *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado. Bases dogmáticas y jurisprudencia. Parte especial*. Coordinadores: Salazar Calla, Jorge Abad, y Quispe Huanca Milthon. Grijley E.I.R.L, Lima: Primera edición, tomo II, 2021, pág. 354.

⁶³ Vílchez Chinchayán, Ronald. *Delitos contra la Administración Pública*, págs. 343 y 344, señala que, solo habría peculado culposo por apropiación.

Vistas, así las cosas, el peculado culposo tiene una estructura de acción imprudente con resultado doloso, este último un delito de sustracción patrimonial efectuado por un tercero. Lo advertido no ha dejado de ser comentado por representantes de la doctrina nacional, al señalar que lo que se observa es una cuestión “única” en nuestra dogmática penal peruana, pues estaríamos ante la exigencia de la sustracción dolosa por parte de un tercero como elemento objetivo del tipo de carácter normativo. Se requeriría, por tanto, una participación dolosa en un delito culposo, y en donde el autor se encuentra investido de una cualidad especial, es decir, una autoría personalísima⁶⁴.

Otros autores, como BORJAS CALDERÓN, agregan que lo más cuestionable de la estructura del tipo penal de peculado culposo es que el resultado se encuentra a cargo de un tercero y no del mismo autor, lo cual no ha debido ser admitido por la dogmática peruana, dado que ello no es compatible con los injustos “imprudentes” ampliamente estudiados por la doctrina correspondiente. En efecto, en un delito culposo o imprudente se castiga al autor que infringe un deber objetivo de cuidado que ha causado un resultado no deseado, lo que ha sido obviado por nuestros autores nacionales al hablar de la estructura de la figura delictiva del peculado culposo⁶⁵.

Lo señalado en el párrafo anterior no deja de tener sentido, toda vez que, al dar un vistazo rápido a los delitos culposos más resaltantes de nuestro Código penal, como lo son el homicidio culposo y las lesiones culposas, justamente el sujeto activo, en ambos tipos penales, infringe una normal penal que se sustenta en un deber objetivo de cuidado, produciendo con ello un resultado no deseado y previsible (riesgo prohibido), e imputable a él mismo. El resultado típico se le imputa al sujeto que vulneró la norma penal, ubicándonos frente a un mismo sujeto, lo cual, como se ha señalado, no sucede así en el tipo penal de peculado culposo creado por el legislador peruano. Por el momento, creemos conveniente dejar sin mayor desarrollo, lo respectivo a los delitos culposos, dado que en el siguiente apartado hablaremos con mayor detalle sobre ello.

Al igual que se señala en el Acuerdo plenario N° 4-2005/CJ-116, autores, como SALINAS SICCHA, no advierten claramente la “extrañeza” del tipo penal del peculado culposo y enfocan su atención en tratar de desarrollar y justificar su configuración a través de

⁶⁴ Reátegui Sánchez, James. *La infracción penal por peculado culposo: Análisis a partir del artículo 387, cuarto párrafo del Código Penal*. págs. 589 y 590.

⁶⁵ Borjas Calderón, Karl Andrei. *Lo imprudente del peculado imprudente. En Delitos contra la Administración Pública. Cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado. Bases dogmáticas y jurisprudencia. Parte especial. Ob.cit.* pág. 355.

la explicación de cada uno de los elementos normativos que el legislador peruano ha creído conveniente imponer para la construcción del tipo penal⁶⁶.

Asimismo, y aunque por parte de un sector reducido de la doctrina nacional, en su momento, se postuló que estaríamos ante un concurso de peculado culposo y otro de apropiación, lo que podría apreciarse al observar la estructura que plantea el cuarto párrafo del artículo 387; sin embargo, ello tampoco sería aceptable, toda vez que, como ya se deslizó en los anteriores párrafos, estaríamos ante dos conductas/injustos que forman parte de una misma estructura, pero que, en buena cuenta, al momento de imputar la creación de riesgos penalmente prohibidos, tendremos por un lado, la actuación imprudente del funcionario o servidor público que propicia la sustracción bien o caudal por parte de un tercero; y por otro lado, la sustracción en sentido estricto de un bien o caudal perteneciente a la Administración Pública por parte de un tercero ajeno a dicha administración o que estando en la administración, no tiene una relación funcional respecto a dichos bienes.

3.2.1.2 La culpa en el delito de peculado. Al inicio del presente capítulo partimos diciendo que, por fines prácticos, utilizaríamos los términos culpa e imprudencia como sinónimos, porque no era la finalidad del presente trabajo entrar en la discusión de dogmática jurídica respecto a la utilización o conceptualización de cualquiera de ambos términos. Ahora bien, es en este punto donde nos detendremos brevemente para referirnos al tipo subjetivo del delito de peculado (la “culpa”), mencionando los más importantes aportes dogmáticos que se han realizado respecto a su entendimiento en la doctrina penal. De esta manera, se podrá tener una visión clara de lo que son los delitos culposos, la estructura de los mismos, y que al utilizar ello como una plantilla puesta sobre el delito de peculado culposo, resaltará visible la problemática que ya hemos venido señalando.

Actualmente, es ampliamente aceptado por la doctrina penal la normativización de la culpa, ahora ya alejada de concepciones psicologicistas de la culpabilidad y bajo una configuración normativa⁶⁷. El injusto culposo al cual nos referimos, se entiende como la infracción de un deber objetivo de cuidado que, a través de un nexo de contrariedad del deber, produce un resultado que lesiona un bien jurídico⁶⁸. El profesor GARCÍA CAVERO señala que dicha comprensión ha sido ampliamente aceptada en nuestro país, sin embargo, dicha recepción ha hecho que se mezcle la concepción de la infracción del deber objetivo de cuidado y los

⁶⁶ Salinas Siccha, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Iustitia S.A.C, Lima: Quinta edición, 2019, págs. 457 y 458.

⁶⁷ Cfr. García Caveró, Percy. *Derecho penal: Parte General*, pág. 532

⁶⁸ Cfr. García Caveró, Percy. *Derecho penal: Parte General*, pág. 533

postulados de la teoría de imputación objetiva; y es que la infracción de un deber objetivo de cuidado significa la creación de un riesgo prohibido y la producción del resultado a través del nexo de contrariedad del deber no es algo distinto a la realización del riesgo en el resultado⁶⁹.

Con el paso de una concepción psicologicista a una concepción normativista, que hunde sus bases en los planteamientos de la teoría de la imputación objetiva del profesor Jakobs⁷⁰, como bien señala BERNARDO FEIJÓO, la imprudencia no se basa, como tal, en lo que el autor puede conocer y evitar, sino en lo que debe conocer y evitar⁷¹; así, la culpa no debería ser entendida como cognoscibilidad, sino como imputación de conocimiento, pero en un nivel cuantitativamente menor que el dolo, es decir, un conocimiento posible⁷², que deberá materializarse en la insuficiencia de conocimiento imputado al autor sobre la lesividad de lo que ha hecho y el criterio de evitabilidad, derivándose de ello la posibilidad que tuvo dicho autor de evitar la lesión causada⁷³.

A partir de lo expuesto y de la recepción que se ha tenido de la construcción del injusto imprudente, se puede ver que la naturaleza jurídica de dicho injusto se caracteriza también por apreciar un resultado típico, ya sea porque el agente quiso evitar o porque se sanciona la desatención o descuido del mismo⁷⁴; dicho de otro modo, al igual que BERNARDO FEIJÓO al citar al profesor WELZEL, “la producción del resultado tiene que ser precisamente la realización de la infracción del cuidado”, teniendo así una especial vinculación normativa entre la infracción del deber objetivo de cuidado y la producción del resultado⁷⁵.

Como puede verse, en la doctrina penal se puede apreciar que el delito culposo debe, a nivel objetivo, seguir los criterios de la imputación objetiva, a lo que debe sumarse la imputación subjetiva de la culpa. A partir de ello, nuestros operadores de justicia, en sus pronunciamientos, no se han hecho ajenos a delimitar y conceptualizar lo que es un delito culposo y cuáles son los elementos necesarios para su configuración. Han indicado que el tipo subjetivo lo constituye el desconocimiento individualmente evitable del peligro concreto, y que

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ Jakobs, Günther. *Derecho penal Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*, pág 312 y ss.

⁷¹ Feijóo, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*. José María Bosch (Editor), Colombia: Primera edición, 2003, pág. 56.

⁷² Cfr. Vílchez Chinchayán, Ronald. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. pág. 346.

⁷³ García Cavero, Percy. *Derecho penal: Parte General*. pág. 534.

⁷⁴ Borjas Calderón, Karl Andrei. *Lo imprudente del peculador imprudente. En Delitos contra la Administración Pública. Cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado. Bases dogmáticas y jurisprudencia. Parte especial*, pág. 363.

⁷⁵ Feijóo, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*, págs. 135 y 136.

le es imputable al agente, toda vez que, pudo haber previsto el resultado si su comportamiento se hubiera adecuado al deber de cuidado; agregando además de ello que, se hace necesario la concurrencia de tres elementos: (i) la infracción de una norma de cuidado, que tiene como aspecto interno el deber de advertir el peligro, y como aspecto externo el deber de comportarse conforme a las normas de cuidado previamente advertidas; (ii) la causación o producción de un resultado socialmente dañoso, es decir, la infracción del deber de cuidado ha de repercutir sobre el resultado producido; y, (iii) la imputación objetiva del resultado en su consecuencia final⁷⁶.

De manera particular quisiéramos destacar sobre el segundo elemento señalado que el resultado típico producido debe ser objetivamente atribuido al autor de la infracción de la norma de cuidado, por lo que dicho resultado típico ha de ser objetivamente imputable a la conducta del agente, estando, por tanto, ante una relación de causalidad⁷⁷.

De esta forma la construcción dogmática que se tiene del delito culposo es la infracción de un deber objetivo de cuidado que a través de un nexo de contrariedad del deber produce una lesión de un bien jurídico, que el autor debió conocer y evitar en un grado de posibilidad. De manera global, puede decirse que el autor crea culposamente un riesgo no permitido que, al producir un resultado socialmente perturbador, niega la vigencia de la norma.

Si bien lo señalado nos brinda una “plantilla” que bien puede encajar, por ejemplo, en los delitos culposos más comunes de nuestro Código penal, como lo son el delito de homicidio culposo y lesiones culposas, no pasa lo mismo cuando tratamos de poner dicha construcción expuesta sobre el delito de peculado culposo, toda vez que, lo primero que salta a la luz, es que estaríamos ante un injusto penal “único”, porque nos encontramos ante dos sujetos, el funcionario o servidor público que inobserva sus deberes de custodia y cuidado sobre los caudales o efectos puestos a su vigilancia, y otro sujeto, un tercero, que aprovechándose de dicho descuido, se apropia de dichos bienes. Dicho de otro modo, la infracción del deber objetivo de cuidado es aprovechada por una persona diferente al agente público imprudente, quien comete -así como está señalado en el tipo penal- un delito de sustracción o apropiación.

Nos podemos dar cuenta que la fórmula peruana creada por el legislador nacional desconoce la estructura típica de los delitos culposos, separando la infracción del deber objetivo de cuidado con el resultado producido y atribuyéndole cada uno de ellos a personas diferentes.

⁷⁶ Cfr. Tercer fundamento de derecho del Recurso de Casación N° 1510-2018/Piura, de fecha 04 de diciembre del 2019.

⁷⁷ Tercer fundamento de derecho del Recurso de Casación N° 263-2017/Ancash, de fecha 19 de diciembre del 2017.

Aquí no se castiga al agente por el resultado, es decir, la sustracción o apropiación del caudal o efecto que tenía en su custodia, sino por la infracción del deber objetivo de cuidado; presentándose, así, un injusto penal culposo único que rompe con la construcción dogmática del delito culposo, y que no necesitaría de los elementos reconocidos para su configuración.

Lo expuesto no hace más que evidenciar que el delito de peculado culposo, como injusto penal culposo y creado por el legislador nacional, desconfigura la base dogmática que se tiene de ellos y que, desde nuestro punto de vista, sobrecriminaliza un injusto administrativo, convirtiéndolo en uno penal, desconociendo totalmente los conceptos de imputación objetiva y la base dogmática sobre la que se construyen los injustos culposos.

Consecuentemente, se evidencia que, dogmáticamente el delito de peculado culposo no reviste los elementos necesarios para su configuración y plantea una estructura diferente a la que se entiende por un injusto culposo. La posición que aquí defendemos es que estaríamos ante una técnica legislativa defectuosa de sobrecriminalización por parte del legislador peruano que, con mayor y mejor criterio, debió optar, en su momento, por separar las conductas enunciadas en el delito de peculado culposo y castigar la acción imprudente del agente público mediante el Derecho Administrativo Sancionador como un injusto administrativo, y la sustracción o apropiación de los caudales o efectos por parte de un tercero, castigarlo bajo la configuración de un delito contra el patrimonio, al tratarse de un injusto penal propio. Estaríamos así ante dos injustos que confluyen en el delito de peculado culposo y que nos presentan una fórmula que va en contra de la estructura dogmática del injusto penal culposo.

3.2.1.3 La sustracción cometida por un tercero. Como se ha indicado en párrafos anteriores, la sustracción, conforme al literal del injusto del peculado culposo, tiene que ser llevada a cabo por un tercero -lo que marca una clara diferencia en comparación con la modalidad dolosa⁷⁸-, distinto al funcionario o servidor público que tiene en su custodia los efectos o caudales, es decir, un ciudadano cualquiera o que, estando ligado a la Administración Pública, no deberá tener dicho patrimonio bajo su custodia o cuidado. Dicha sustracción, desde nuestra posición, marca la comisión de un injusto distinto.

ROJAS VARGAS, respecto a la sustracción llevada a cabo por un tercero, señala que esta singular situación, en la que el comportamiento de un tercero de carácter doloso determina la consumación del peculado culposo de un funcionario o servidor público -anotando que es

⁷⁸ Resulta ser sugerente esta idea para, Vílchez Chinchayán, Ronald. *Delitos contra la Administración Pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación.* pág. 344, toda vez que, a diferencia de lo que sucede en el delito de peculado doloso, en su modalidad culposa, el funcionario o servidor público no se apropia para terceros, sino que, es este mismo tercero quien se apropia directamente del bien.

anómala-, tiene su origen en la irregular redacción técnico-legislativa del tipo penal examinado⁷⁹.

La redacción del injusto del peculado culposo, nos hace plantearnos que nos encontraríamos ante dos “agentes” que “participan” en los dos momentos del delito de peculado culposo, necesarios para su consumación: (i) la conducta imprudente llevada a cabo por el funcionario o servidor público, y, (ii) la sustracción llevada a cabo por un tercero. Esta estructura típica revela aún más la extrañeza del injusto penal y la participación de ese tercero, planteada por nuestro legislador, pero que, en suma, necesita de esos dos elementos objetivo normativos señalados, para su configuración. Al respecto de lo indicado, voces de nuestra doctrina nacional, califican como *extraneus* al tercero que sustrae dichos efectos o caudales⁸⁰, considerándolo como un partícipe doloso del delito⁸¹.

Desde nuestra posición, no compartimos esta última afirmación, toda vez que, como se ha referido, estaríamos ante dos ilícitos totalmente distintos. Por un lado, un ilícito penal de carácter patrimonial desplegado por el tercero contra el patrimonio de la Administración Pública y, por otro, la actuación negligente del funcionario público que debería ser tomado como un injusto administrativo.

Reconocer dicha participación del “tercero”, sería reconocer, a su vez, que estaríamos frente un plan en común o una comunicación criminal entre el descuido del empleado público y la sustracción por parte del tercero, lo cual carece de fundamento dogmático y no haría más que complicar más el panorama ya oscurecido.

De esta forma y, consecuentemente, la sustracción como resultado exigido en el delito de peculado culposo no puede ser ni objetiva ni subjetivamente imputada al funcionario o servidor público que incumplió sus deberes de vigilia o custodia; dicho de otra forma, no hay una “conexión normativa⁸²” entre el accionar defectuoso por parte del agente público y la sustracción dolosa cometida por un tercero. Estamos, por tanto, y como se ha venido señalando, ante un injusto que atenta contra el patrimonio de la Administración pública (la sustracción), totalmente diferente al peculado culposo (el actuar negligente del funcionario público); debiendo tener en cuenta, finalmente, que dicha sustracción debe acarrear un reproche distinto

⁷⁹ Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, pág. 530.

⁸⁰ Reátegui Sánchez, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*, págs. 606 y 607.

⁸¹ Reátegui Sánchez, James. *La infracción penal por peculado culposo: Análisis a partir del artículo 387, cuarto párrafo, del Código Penal*. En Heydegger, Francisco y Atahuamán Jhuliana (Coords.). *Delitos contra la administración Pública*. Lima: Idemsa, 2013, pág. 396.

⁸² Borjas Calderón, Karl Andrei. *Lo imprudente del peculado imprudente*. En *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado. Bases dogmáticas y jurisprudencia. Parte especial*, pág. 367.

al que tiene el empleado público que descuida los bienes puestos a su custodia. El primero de ellos deberá ser sancionado penalmente observando los criterios de imputación por la realización del injusto penal patrimonial correspondiente⁸³; y en cambio, al descuido, muchas veces burdo, en que incurre el empleado público, deberá imponérsele una sanción, pero desde la vía administrativa con la firmeza correspondiente.

3.2.2 *La inviabilidad de la conducta imprudente del funcionario o servidor público como un injusto penal*

En este segundo apartado del tercer capítulo, abordaremos el segundo problema detectado, esto es, la inviabilidad de un reproche penal por la sola actuación defectuosa del agente público, al no cumplir con deberes de cuidado propios de su cargo. Para ello, empezaremos remitiéndonos brevemente a la legislación española, de la cual tenemos mucha influencia, a fin de indicar lo pertinente sobre la figura del peculado [imprudente] que, en su momento, fue punible. Posteriormente y, de la mano de los principios del derecho penal, hablaremos de su aplicación con relación al peculado culposo, para finalmente decantarnos por la vía del derecho administrativo Sancionador, para castigar el injusto cometido por el funcionario o servidor público que incumple sus deberes propios del cargo dentro de la Administración pública.

3.2.2.1 Antecedente: el caso español. Casi al inicio del presente capítulo ya nos habíamos referido a la figura del peculado [imprudente] que, en su momento, era punible en la legislación española. En el Código penal español del año 1973 se encontraba regulada la figura del delito de Malversación en su modalidad culposa en el artículo 395, siendo dicha figura desincriminada con la entrada del Código penal español del año 1995. De igual forma y con la entrada en vigor desde el 01 de julio del 2015, de la LO 1/2015 de fecha 30 de marzo, se modificaron sustancialmente los delitos malversación, sin embargo, se mantuvo la despenalización de la figura referida en su modalidad culposa.

El profesor POLAINO NAVARRETE señala que el Código Penal de 1995 palia en alguna medida la defectuosa y deficiente técnica legislativa que adolecía la incriminación de los delitos de malversación, incidiendo en la supresión de la hipótesis del tipo culposo de malversación por imprudencia temeraria que realizaba mediante sustracción de un tercero⁸⁴.

⁸³ Nuestra Corte Suprema mediante el R.N. N° 550-2011-Cusco, de fecha 16 de septiembre del 2011, sumado a los ya conocidos delitos contra el patrimonio, hurto, robo y apropiación ilícita, reconoce que el tercero que comete la sustracción puede llegar a cometer también el delito de peculado doloso, toda vez que puede tratarse de otro funcionario o servidor público pero que no tiene el deber de custodia o vigilia sobre dichos efectos o caudales.

⁸⁴ Polaino Navarrete, Miguel. *Curso de Derecho penal Español Parte especial II*. En Cobo Del Rosal, Manuel (Dir.), Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, pág. 401.

Así también, cita lo señalado por SUÁREZ MONTEZ, respecto a que la negligencia del titular de la función era el núcleo de la acción del funcionario en el tipo de malversación impropia, teniendo además que dicha modalidad culposa establecía una excusa absolutoria incompleta, toda vez que, con base en el reconocimiento de relevancia a la actitud positiva de reintegro funcional de lo sustraído, llevada a cabo antes de la celebración del juicio, se preveía un tipo penal privilegiado, lo que en buena cuenta significaba cambiar la pena prevista por una penalidad simbólica, esto es, la reprensión pública⁸⁵.

Así también, el maestro MIR PUIG, al igual que POLAINO NAVARRETE, alude a la despenalización de la figura del peculado imprudente que se castigaba en el Código penal español de 1973 con la entrada en vigencia del Código penal de 1995, lo cual fue justificado en el principio de intervención mínima del derecho penal. Opinaba así el catedrático catalán con cierta diferenciación que, en los casos de no darse un grave daño al servicio público, debería sancionarse dicha conducta como infracción administrativa⁸⁶, agregando que, autores como Manzanares Samaniego, y Roca Agapito, opinan que la vía administrativa, aunque eficaz en los escalones inferiores de la Administración Pública, es completamente inoperante en los más altos niveles de la misma. Por ello, concluía que sería conveniente volver a tipificar dicha conducta sobre los caudales con fines públicos, pero distintos de los que tuvieran legalmente asignados, limitando la figura a los supuestos que causen más grave daño⁸⁷.

El caso español, y del cual más de una influencia ha recibido nuestro actual Código penal, nos muestra, a partir de los cambios sustanciales sufridos en la parte de las modalidades del delito de malversación que, efectivamente, dicho injusto penal no solo resulta extraño y único, sino también que su estructura y configuración presentan más de un inconveniente, y ya aisladamente por la redacción que tenía el Código Penal Español en su momento, traía consigo una suerte de “excusa absolutoria incompleta⁸⁸”. A partir de ello, y como se señala, en aplicación del principio de *última ratio* o mínima intervención del derecho penal, se despenalizó dicho injusto hace casi 30 años, lo cual aún ahora se mantiene, entendiendo casi unánimemente que dicho injusto cometido por el funcionario o servidor público debe ser sancionado como infracción administrativa, encargándose de la misma el Derecho administrativo sancionador.

⁸⁵ *Ibidem*, pág. 402.

⁸⁶ Mir Puig, Carlos. “La Malversación (El Peculado) y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código penal español”. En “Delitos contra la Administración Pública. Cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado. Bases dogmáticas y jurisprudencia. Parte especial”. Coordinadores, Salazar Calla, Jorge Abad, y Quispe Huanca Milthon. Grijley E.I.R.L, Lima: Primera edición, tomo I, 2021, págs. 296 y 297.

⁸⁷ *Ibidem*, pág. 297.

⁸⁸ Polaino Navarrete, Miguel. *Curso de Derecho penal Español Parte especial II*, pág. 401.

De esta forma, y desde la postura que aquí asumimos, la figura del peculado culposo que, aunque un poco diferente al caso español por la circunstancia contemplada como “semi-excusa absolutoria”, pero que encierra la misma estructura y configuración con base en la conducta imprudente por parte del agente público y la sustracción o apropiación por parte de un tercero, debería ser despenalizada y, por tanto, salir del catálogo de los delitos contra la Administración pública -siendo ya este el único castigado en la modalidad culposa-, y, pasar a entender que dicho injusto cometido por el agente público es uno administrativo, y que lo más adecuado e idóneo es que mediante dicha vía, se pueda determinar si se ha suscitado una infracción administrativa o no por parte del agente público por incumplimiento de sus deberes.

3.2.2.2 Aplicación de los principios del derecho penal. Hablar de los principios del derecho penal significa, en buena cuenta, retrotraer todo a las bases mismas en donde se sostiene el derecho penal en estricto y el límite del *Ius Puniendi*, como bien ha sido señalado en el primer capítulo de la presente investigación.

Aquí ya no entraremos a delimitar el concepto de cada uno de los principios del derecho penal, toda vez que al inicio de la presente investigación ya se realizó la exposición de los principios pertinentes. Lo que haremos es aplicar dichos conceptos, como límites para la intervención del derecho penal, a partir de la fórmula legislativa del peculado culposo, a fin de mostrar que desde el entendimiento consolidado en la doctrina sobre dichos principios y su observancia obligatoria en la técnica legislativa -actualmente tan criticada-, se puede establecer que no cualquier daño social puede justificar la intromisión del derecho penal, a pesar de que, como un sector de la corriente señala y justifica, (y creo que sin observar justamente dichos principios), parte del paradigma de la “expansión del derecho penal” se observa en la penalización de las sanciones administrativas⁸⁹.

Es claro que se necesita la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (principio de lesividad) para la imposición de una pena, como consecuencia jurídica de la comisión de un injusto penal, y, asimismo, solo las lesiones más intolerables y graves a los bienes jurídicos más importantes, son merecedoras de protección penal⁹⁰. Esto último alude directamente a los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que, a su vez, son la expresión del principio de *última ratio* o mínima intervención.

⁸⁹ Propone Silva Sánchez, Jesús María. *La expansión del derecho penal*: págs. 159 – 162, pero en un sentido diferente, lo denominado como “Derecho penal de dos velocidades” cuando se imponen sanciones más próximas a las administrativas, se flexibilizan los criterios de imputación y las garantías político-criminales.

⁹⁰ García Caverro, Percy. *Derecho penal: Parte General*, págs. 136 - 138.

Los principios antes señalados funcionan como directrices en la actividad legislativa al momento que el legislador determine qué conducta socialmente desaprobada debe ser considerada un injusto penal y, de esta manera, discriminar válida y justificadamente entre daños sociales que deben ser considerados penalmente relevantes o contrariamente daños sociales que deben ser vistos por otras ramas del Derecho, como lo son la autorregulación, el derecho civil o el Derecho administrativo sancionador⁹¹. Este último, al igual que el derecho penal, forma de la parte de la expresión del Estado de la imposición de sanciones, pero, y como ya se ha referido, solo las lesiones más nocivas deben ser meritorias de la intervención del derecho penal, y por tal, erigirse como delitos.

Nuestro actual sistema jurídico-penal evidencia que el legislador, lejos de observar los principios del derecho penal al momento establecer determinadas conductas como reprochables penalmente, pareciese desentenderse totalmente de ellos, y contrariamente, enfocarse en situaciones extrapenales problemáticas y darles una mayor persecución instrumentalizando el derecho penal, en vez de reforzar o cambiar las medidas legales ya implementadas. Ejemplo del contexto señalado es también el tan criticado delito de producción de peligro en el servicio público de transporte de pasajeros⁹², en donde, como se señala, se ha tomado una infracción administrativa (el hecho de no contar con un SOAT o la inspección técnica al día) y se le ha convertido en un injusto penal.

El delito de peculado culposo, ampliamente expuesto hasta acá, tiene el desvalor de la acción, justamente en la imprudencia del agente público al inobservar sus deberes adscritos a él por su cargo. Este descuido o actuación negligente parte de no realizar debidamente lo que la norma de carácter administrativo establece. A partir de ello es que sostenemos que, al igual que en la legislación española y fundado en el principio de mínima intervención, dicho injusto cometido por el Agente Público no amerita que el derecho penal intervenga, sino que se considere esa inobservancia de normas administrativas, como una infracción administrativa pasible de sanción por parte del Derecho administrativo sancionador. Como se ha indicado en los párrafos anteriores, otro de los instrumentos sancionadores del Estado es justamente el

⁹¹ Cancio Meliá, Manuel. *Principios del Derecho penal (II)*. En *Manual de Introducción al Derecho penal*. Coordinador: Lascuraín Sánchez Juan Antonio. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid: Primera edición, 2019, pág. 80.

⁹² Artículo 273-A. Producción de peligro en el servicio público de transporte de pasajeros:
 “El que presta el servicio público de transportes de pasajeros y/o el que conduce vehículos de dicho servicio, con o sin habilitación otorgada por la autoridad competente, que pueda generar un peligro para la vida, la salud o la integridad física de las personas al no cumplir con los requisitos de ley para circular y que, además, dicho vehículo no cuente con el correspondiente Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito vigente o no haya pasado la última inspección técnica vehicular, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno (1) ni mayor de tres (3) años e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 7.”

Derecho Administrativo, y los principios del derecho penal operan como límites entre esa zona gris de injustos penales e injustos administrativos. Trayendo todo ello al plano del delito de peculado culposo, la crítica va en el sentido de que el legislador da relevancia penal a supuestos -la inobservancia de deberes del agente público- que podrían [y deben] ser abarcados por una sanción administrativa⁹³.

El profesor CANCIO MELÍA señala que hay un proceso de administrativización del derecho penal, citando a su vez a FEIJO SÁNCHEZ, “una patología que desnaturaliza las características esenciales del derecho penal”, como parte de la actual expansión del ordenamiento penal, poniendo como ejemplo, a su vez, la situación de Estados Unidos en donde la expansión de las normas penales de carácter administrativo ha llegado más lejos de lo pensado⁹⁴. Lo cual no está muy lejos del panorama peruano, toda vez que, año a año, nuestro Código penal aumenta el número de delitos ya regulados, sea en la ampliación de modalidades culposas o en la creación de nuevos delitos. Esta situación debería ir en sentido contrario, y solo penalizar las lesiones más graves a los bienes jurídicos y, a su vez, en armonía con lo propuesto acá, determinar qué supuestos -uno de ellos el delito de peculado culposo-, en aplicación de los principios del derecho penal, deberían ser considerados como infracción administrativa y no como un delito. Esto resulta más concluyente si se tiene en cuenta que la sustracción, como momento posterior y consumatorio del delito, es un delito independiente y no dejará de sancionarse penalmente.

En suma, y de la mano de los principios del derecho penal, en específico del Principio de “última ratio” o mínima intervención, al empleado público que no estuvo del todo atento a sus funciones e incurrió en error burdo al inobservar sus deberes, bastaría con imponerle una sanción desde la vereda del derecho administrativo sancionador, es decir, tomar dicha conducta como un injusto administrativo, a partir de la no configuración de una conducta penalmente relevante, y que amerite, al no encontrar solución en una vía extrapenal, el despliegue del derecho penal.

Finalmente, se hace necesario acotar brevemente que la aplicación de los principios del derecho penal debe ser “ex ante” y desde el ámbito legislativo, y no “ex post”, como usualmente se puede ver de los argumentos utilizados por nuestros operadores de justicia de la Corte Suprema, al momento de determinar que estamos ante una conducta reprobada jurídicamente,

⁹³ Cfr. Vílchez Chinchayán, Ronald. *Delitos contra la Administración Pública*, págs. 343 - 344; lo señala así, como una de las críticas que se han formulado de la modalidad culposa del peculado, citando lo que la Corte Suprema refiere a su vez, en el fundamento jurídico cuarto del R.N N° 2674-2009-Cajamarca.

⁹⁴ Cancio Meliá, Manuel. *En Manual de Introducción al Derecho penal*, pág. 83.

pero no relevante penalmente, y decantándose finalmente por señalar que dicha conducta sería atípica⁹⁵.

3.2.2.3 Irrelevancia penal de la conducta defectuosa del funcionario o servidor público. Ahora más que en años anteriores, se ha vuelto más común en nuestro actual panorama jurídico normativo que, ante el irrespeto a la ley, prácticas ilegales y el claro incremento de la criminalidad, se utilice al derecho penal como principal y primer medio de protección de los bienes jurídicos que se ven vulnerados, ello expresado en el adelanto de la punibilidad con la creación de nuevas modalidades delictivas, el aumento de las penas o las incriminaciones de violaciones del derecho privado o administrativo. Esta particular situación, que claramente no compartimos y que, contrariamente a ello, señalamos que no debe ser admitida, parte de la errada concepción de que el derecho penal es una herramienta para asegurar o reforzar el orden jurídico que se ve vulnerado de diferentes formas⁹⁶.

Pareciese ser que el legislador al momento de crear la modalidad culposa del delito de peculado doloso, lo hizo, como algunas voces nacionales señalan, con el fin de cubrir los supuestos o contextos que la modalidad dolosa ya vigente no alcanzaba. Sin embargo, y como ya se ha indicado, la estructura planteada respecto a la inobservancia de los deberes de cuidado por parte del agente público que facilita, a su vez, la sustracción de los efectos o caudales puestos a su custodia, por parte de un tercero, refleja, desde nuestro punto de vista, un ejemplo de la criminalización de infracciones administrativas.

No podemos negar que el descuido en el accionar del agente público, al separar de su cuidado de forma negligente los caudales o efectos puesto en su custodia, amerita un reproche, toda vez que significa un incumplimiento como tal de la propia normativa que rige las funciones que desempeña. Sin embargo, establecerlo en la categoría de injusto penal -radicando allí el desvalor del reproche penal como señala nuestra Corte Suprema- y habilitar con ello el despliegue del derecho penal, nos parece una medida legislativa superlativa que adolece de la observancia obligatoria de los principios del derecho penal que permiten discriminar entre daños sociales que afecten gravemente los bienes jurídicos de la sociedad y daños sociales que pueden y deben ser vistos por otros controles sociales formales diferentes.

⁹⁵ En los Recursos de Nulidad N° 1883-2012-Junín, y el N° 3763-2011-Huancavelica, por tomar un par de ejemplos, la Corte Suprema utiliza argumentos en donde a partir del Principio de mínima intervención e insignificancia se decanta por señalar la atipicidad de la conducta investigada en relación al peculado doloso. Sin embargo, su comunicación no es nada clara y contrario a ello utiliza conceptos dogmáticos para absolver a los acusados.

⁹⁶ Hurtado Pozo, José y Prado Saldarriaga, Víctor. *Manual de Derecho penal. Parte General*. Editorial Marcial Poin, Idemsa, Lima: Cuarta edición, tomo I, 2011, pág. 41.

Al respecto, MIR PUIG ha referido que, en la conformación del actual Estado social, podemos ver una invasión progresiva de nuevos ámbitos de la vida de la sociedad, ello viéndose reflejado en la ampliación de la protección penal que se extiende a nuevas esferas o intensifica el rigor que ya posee⁹⁷; y asimismo, y en el mismo sentido, el profesor HURTADO POZO indica que el derecho penal debe ser utilizado de manera coherente y complementaria con respecto a los demás recursos y procesos que conforman el arsenal del “control social” del Estado⁹⁸.

Nos encontramos, por tanto, ante una ley penal en blanco que hace necesaria la remisión a normas extrapenales para dar contenido a la misma, en específico para verificar qué deberes ha incumplido dicho agente público, sujeto activo del delito de peculado culposo. Desde nuestra posición⁹⁹, y tras el análisis expuesto, proponemos que la formula legislativa del actual delito de peculado culposo, deba verse como dos ilícitos totalmente distintos: i) el primero de ellos como una infracción administrativa, en donde podemos observar un incumplimiento de los deberes establecidos en normas de carácter administrativo por parte del agente público; y, ii) el segundo de ellos, como un injusto penal -que no dejará de serlo tras la despenalización del delito de peculado culposo- que atenta contra el patrimonio de la Administración pública y que deberá ser castigado, bajo la modalidad que, según sea el caso, se configure, como bien puede ser el hurto, robo, apropiación ilícita o el mismo peculado doloso.

Mantener la figura del peculado culposo dentro de nuestro Código penal, desde la posición que acá defendemos, supone entender que la actuación poco diligente desplegada por el agente público es un daño social muy grave e intolerable que atenta contra la correcta administración de los efectos o caudales públicos, y que defrauda una expectativa normativa imprescindible para el mantenimiento de nuestro sistema social actual; idea que no compartimos y que, contrariamente a ello, va en contra de nuestra convicción de que la penalización de dicha conducta responde más al fenómeno de criminalización masiva de injustos administrativos, al no poder combatir el legislador con las herramientas legales que ya tiene, las diferentes irregularidades o infracciones administrativas que se generan.

3.2.2.4 El derecho penal y el derecho administrativo sancionador. En este punto, y tras lo expuesto, podemos observar que no solo se presenta una zona gris entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, sino que también se presenta más de una arista

⁹⁷ Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. Coordinador: Gustavo E. Aboso. Colección: Maestro del Derecho penal, N° 5. Editorial B de F, Buenos Aires: Segunda edición, 2003, pág. 110.

⁹⁸ *Ibidem*, pág. 40.

⁹⁹ En el mismo sentido, Borjas Calderón, Karl Andrei. *Lo imprudente del peculado imprudente*, pág. 368.

al momento de establecer similitudes y diferencias. Por un lado, tanto la reacción penal como la administrativa es asumida por el Estado, como parte de sus facultades sancionatorias¹⁰⁰. Pero, por otro lado, entre ambas reacciones estatales existen diferencias¹⁰¹, como lo es que el Derecho administrativo sancionador, sanciona y prohíbe conductas que atentan contra la organización de la administración pública, mientras que el derecho penal¹⁰² sanciona y prohíbe conductas más graves que son vistas como socialmente intolerables por atentar contra los bienes jurídicos más importantes de la sociedad.

Ambos sectores antes mencionados, se ocupan de describir y prohibir conductas socialmente reprobadas, y buscan evitar tales conductas imponiendo sanciones a sus agentes¹⁰³; sin embargo, la diferencia entre delito e infracción administrativa radicaría no solo en una diferencia cuantitativa, como algunos señalan¹⁰⁴ entendiendo que la infracción administrativa será castigada por órganos administrativos en virtud a la facultad encomendada con sanciones administrativas, y por otro, el delito será castigado con una pena -muchas veces privativa de la libertad- prevista en nuestro Código penal y aplicada por los Tribunales de Justicia del País; sino también en una diferencia cualitativa¹⁰⁵, al quedar claro que el derecho penal no debe reestablecer toda expectativa normativa de la estructura de nuestro sistema social, sino solo aquellas defraudaciones que resultan indispensables para el mantenimiento de nuestra sociedad¹⁰⁶. Podemos apreciar así que las conductas más graves y reprochables serán castigadas por el derecho penal, premisa en donde toma connotación los principios antes señalados y que permiten circunscribir debidamente dicha intromisión del derecho penal a los daños sociales que se originan.

Lo señalado se vuelve pertinente hacerlo así, aquí y ahora, toda vez que, a partir de la posición que aquí defendemos, el delito de peculado culposo encierra, en realidad, dos injustos diferentes: por un lado, la actuación imprudente del agente público que sería un injusto

¹⁰⁰ En el mismo sentido, Vílchez Chinchayán, Ronald. *Delitos contra la Administración Pública*, págs. 59 - 60, al indicar que, los dos suponen la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, culminando ello en la imposición de una sanción.

¹⁰¹ *Ibidem*, al hablar de las diferencias, señala el panorama peculiar que expone nuestra Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 2390-2017 Ancash, de fecha 23 de abril del 2018, mediante el cual indican que la distinción se establece sobre el aspecto subjetivo.

¹⁰² Bajo Fernández, Miguel y Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. *El Derecho penal: Concepto*. En *Manual de Introducción al Derecho penal*. Coordinador: Lascuraín Sánchez Juan Antonio. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid: Primera edición, 2019, pág. 38.

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 39.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ Vílchez Chinchayán, Ronald. *Delitos contra la Administración Pública*, pág. 61; se posiciona en la distinción cualitativa, en tanto que la respuesta penal debe partir de la protección de las condiciones sociales básicas y consolidadas y concretarse en función de las razones objetivas y subjetivas que reflejen su esencia.

¹⁰⁶ García Caverro, Percy. *Ob. cit.* pág. 134; y así también, Vílchez Chinchayán, Ronald. *Delitos contra la Administración Pública*, pág. 69

administrativo y, por otro lado, la sustracción de los caudales o efectos por parte de un tercero, que es un injusto penal y que configurará un delito contra el patrimonio en la modalidad de sustracción o apropiación correspondiente; lo que inevitablemente nos posiciona en el siguiente contexto: estaríamos, por tanto, ante un injusto administrativo que sería juzgado por el derecho penal por razones político-criminales¹⁰⁷ o una defectuosa técnica legislativa¹⁰⁸.

La problemática planteada en el delito de peculado culposo, respecto a la criminalización de injustos administrativos, no es un tema al cual ha sido ajeno la dogmática penal, aludiendo a que parte de la expansión de derecho penal nos plantea la intervención penal en determinadas materias extrapenales, y que lo que sucede con frecuencia es que el legislador yerra con la técnica legislativa elegida¹⁰⁹.

Así, la mayoría de críticas a la “expansión” del derecho penal, así vista, ponen en discusión el principio de intervención mínima o *última ratio*, dado que lo que se pretende solucionar ya está resuelto de manera suficiente y satisfactoria por otras ramas del derecho¹¹⁰. Por ello, la intromisión del derecho penal respondería a opiniones legislativas, pero no a un estudio de si las vías extrapenales son suficientes y satisfactorios para combatir los injustos cometidos, para optar por la decisión de que, a dicho plano expuesto, ingrese el derecho penal con su persecución más gravosa. Y, aun así, estando ante un contexto en donde efectivamente se pueda establecer que las herramientas con las que cuentan las vías extrapenales no brindan una correcta respuesta ante el injusto cometido, ello no debería suponer una habilitación para el ingreso del derecho penal, toda vez que dicho panorama, desde nuestra opinión, no demuestra conductas especialmente gravosas que ameriten la intervención del derecho penal, sino que lo que se evidencia es un déficit en la intervención del Estado ante dichas conductas socialmente dañosas, debiendo adoptar para ello otras medidas o encaminar los esfuerzos para que legislativamente se mejoren las herramientas que ya se tienen a modo de respuesta.

De este modo, podemos apreciar que factores como la satisfacción¹¹¹ y la eficacia¹¹² son factores importantes al momento de determinar la respuesta que se tiene ante determinados injustos cometidos. Sin embargo, el papel del derecho penal debe responder a los principios de

¹⁰⁷ Cfr. Jakobs, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Melía y Bernardo Feijó Sánchez, Cuadernos de Conferencias y Artículos, Madrid, 1996, págs. 40 y 41.

¹⁰⁸ Cfr. Pozuelo Pérez, Laura. *Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*. Coordinador: Eduardo Montealegre Lynett. Universidad Externado de Colombia, Colombia: Primera edición, 2003, pág. 119.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pág. 120.

¹¹⁰ *Ibidem*, pág. 125

¹¹¹ *Ibidem*, págs. 117 – 119.

¹¹² *Ibidem*, págs. 120 – 124.

mínima intervención o de *última ratio*, y rechazar la idea, que a partir de técnicas legislativas actuales podemos ver, una instrumentalización del derecho penal a modo de intervención ilimitada, en esos espacios en donde se puede observar un déficit en la utilización de respuestas establecidas por parte del Estado en la comisión de injustos dentro de la propia organización administrativa, y, en donde, si bien hay una necesidad de intervenir, esta necesidad no puede legitimar la intervención del derecho penal.

La mala utilización de leyes penales en blanco por parte de nuestro legisladores, como, postulamos, es el caso del delito de peculado culposo, en donde la remisión a normas administrativas de actuación es obligatoria, y, como hemos señalado, no se ha tomado en cuenta los principios del derecho penal para determinar qué injustos sociales niegan la vigencia de la norma a fin de diferenciar entre una defraudación de expectativas normativas y una defraudación normativa esencial para el mantenimiento de la sociedad, se convierte en una práctica que responde solo a fines políticos criminales, pero deja de lado la función del derecho penal y los principios del mismo a fin de establecer como injustos penales solo las conductas especialmente gravosas y que atentan contra los bienes jurídicos de la sociedad más importantes.

En el caso del delito de peculado culposo, como hemos tratado de exponer, no vemos que el desvalor, ubicado así por el legislador y justificado por nuestra Corte Suprema, en la actuación imprudente por parte del agente público que permite o da ocasión a la sustracción de los caudales o efectos por parte de un tercero, deba ser considerado un injusto penal, sino un injusto administrativo, y con ello, el tratamiento que se le dé deba ser como una infracción administrativa por parte del derecho administrativo sancionador; consecuentemente dicha conducta socialmente dañosa cometida por el agente público y tipificada actualmente como delito, debe ser despenalizada y tener un tratamiento en la vía del derecho administrativo sancionador.

3.3 Propuesta y validación

Habiendo expuesto así lo correspondiente al delito de peculado culposo, sobre el sujeto activo, modo de realización, el resultado exigido, y sobre todo el tratamiento que le dan nuestros operadores de justicia y la Corte Suprema, hemos podido apreciar que este injusto penal, nos presenta una fórmula única en el amplio catálogo de delitos en la parte especial de nuestro Código penal, específicamente en los delitos contra la Administración pública, toda vez que, por un lado, la construcción dogmática que se puede apreciar respecto del tipo penal y que ha sido creada así por nuestro legislador, nos presenta una acción imprudente cometida por el agente público al inobservar sus deberes de cuidado sobre los caudales y efectos puestos a su

custodia, y una conducta de apropiación o sustracción -como resultado que exige el tipo penal-, por parte de un tercero ciudadano, o un funcionario o servidor público pero que no tiene relación funcional respecto de los bienes; lo que en buena cuenta significa que el tipo penal reúne en sí mismo dos conductas, una acción culposa y un resultado doloso. Así, la estructura que plantea la formula legislativa del delito de peculado culposo va en contra de lo que ya, de forma generalizada, se entiende por el injusto culposo y sus elementos configuradores, como lo es la causación o producción de un resultado socialmente dañoso y que es imputable al agente que cometió la acción imprudente, viendo que se rompe con dicha base dogmática, y se introduce, con su regulación, una nueva forma de injusto culposo, en donde se reúnen dos acciones diferentes, imputables a dos personas diferentes.

Por otro lado, y a partir de lo señalado, podemos ver que dicha conducta imprudente desplegada por el agente público alude a su actuación negligente, al no cumplir con sus deberes de vigilancia y que propicia que dichos bienes con los que tiene una relación funcional, sean sustraídos por un tercero; dicha conducta señalada, y a la luz de la aplicación de los principios del derecho penal, mínima intervención o “última ratio”, como directrices al momento de determinar qué conductas ameritan la intromisión del derecho penal para configurarse como un injusto penal; nos indica que dicha configuración parte de la técnica defectuosa -como hemos venido señalando- de nuestro legislador como parte de la sobrecriminalización de conductas socialmente dañosas que se aprecian en nuestra sociedad, a modo de optar por una mayor persecución y severidad en el castigo.

Sin embargo, dicha intromisión del derecho penal en otros ámbitos extrapenales no hace más que evidenciar que la creación del delito de peculado culposo responde a decisión de político-criminal por parte de nuestros legisladores, al inobservar los principios del derecho penal que nos indican que solo las conductas socialmente dañosas, más graves e intolerables, deben ser castigadas por el derecho penal, para devolver la vigencia de la norma defraudada, y que se vuelve indispensable para el mantenimiento del actual sistema social establecido.

De esta forma, y tras exponer la problemática encontrada expresada en los dos puntos antes señalados, la posición que defendemos y proponemos, a partir de la aplicación de los principios del derecho penal y el correcto entendimiento de la base dogmática del injusto culposo, es despenalizar el delito de peculado, debiendo sacarlo del capítulo de los delitos contra la Administración pública, toda vez que es inviable mantenerlo en nuestro sistema jurídico penal.

A partir de ello, debemos entender la figura del peculado culposo, como dos injustos diferentes: i) la actuación imprudente del agente público que debe ser tomado como un injusto

administrativo y que, por tanto, sea el derecho administrativo sancionador quien se encargue de la respectiva sanción a imponerse; y, ii) la sustracción o apropiación de los efectos o caudales por parte de un tercero, ciudadano, o funcionario o servidor público (este último que no ostente relación funcional con el bien), que deberá ser tomado como un injusto penal, y castigado como una modalidad delictiva contra el patrimonio o la Administración pública.



Conclusiones

Primera. La intervención legitimada del derecho penal, ante conductas indeseadas, será tal, cuando concurren daños sociales intolerables y muy graves que lesionen los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, negando así la vigencia de la norma jurídica; de esta forma, el derecho penal solo debe intervenir ante conductas dañosas que se traduzcan en defraudaciones normativas que sean necesarias para el mantenimiento del sistema social actual.

Segunda. Actualmente, la formula legislativa del delito de peculado culposo nos plantea un accionar imprudente por parte del agente público respecto de los efectos o caudales en virtud a su relación funcional, y un resultado de apropiación o sustracción por parte de un tercero, ciudadano o funcionario o servidor público, sobre dichos bienes que se han descuidado.

Tercera. El injusto penal culposo es ampliamente entendido como la infracción de un deber objetivo de cuidado y que, a través de un nexo de contrariedad del deber, produce una lesión del bien jurídico que se debió conocer y evitar; teniendo que dicho resultado típico ha de ser objetivamente imputable a la conducta del agente.

Cuarta. La llamada expansión del derecho penal, expresada en la intromisión del derecho penal en otros controles sociales formales, como es el Derecho administrativo sancionador, a modo de criminalización de infracciones administrativas, no debe ser difundida ni mucho menos aceptada, toda vez que no se observan los principios del derecho penal como directrices de actuación de la actividad legisladora para la creación de nuevas modalidades delictivas, y esa criminalización responde a decisiones de políticas criminal o una técnica legislativa defectuosa.

Quinta. Como se ha mencionado, los principios del derecho penal, como el de subsidiariedad y fragmentariedad que, a su vez, son la expresión del principio de *última ratio* o mínima intervención, sirven como directrices para determinar que conductas ameritan y justifican la intromisión del derecho penal para ser castigadas, y, así, ser consideradas como un injusto penal. Dicho de otro modo, dichos principios, delimitan qué conductas deben ser consideradas penalmente relevantes, ahí donde otros controles sociales formales han fracasado y no son suficientes.

Sexta. Finalmente, el delito de peculado culposo, a partir de la base dogmática del injusto penal culposo y la correcta utilización de los principios del derecho penal para determinar que conductas son penalmente relevantes, se vuelve insostenible e inviable en nuestro sistema jurídico penal, dentro del II capítulo de los delitos contra la Administración pública, debiendo despenalizarse dicha conducta, y tomar dicha formula legislativa como dos injustos diferentes: i) la actuación imprudente del agente público al descuidar los efectos o

caudales puestos a su custodia, como un injusto administrativo, es decir, una infracción administrativa y que debe ser castigada en la vía el Derecho administrativo sancionador; y, ii) la sustracción o apropiación de dichos efectos o caudales, descuidados por el agente público, por parte de un tercero, como un injusto penal y castigado como una modalidad delictiva contra el patrimonio, propiedad de la Administración Pública.



Referencias

- Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116*. 2016. Fundamento décimo quinto (Corte Suprema de Justicia, 1 de Junio).
- Acuerdo plenario N° 4-2005/CJ-116*. 2005. Fundamento octavo (Corte Suprema de Justicia, 30 de septiembre).
- Bajo Fernández, Miguel, y Juan Antonio Lascurain Sánchez. 2019. «El Derecho penal: Concepto.» En *Manual de Introducción al Derecho penal*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Borjas Calderón, Karl Andrei. 2021. *Lo imprudente del peculado imprudente. En Delitos contra la Administración Pública. Cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado. Bases dogmáticas y jurisprudencia. Parte especial*. Primera edición. Lima: Editorial Grijley.
- Cancio Meliá, Manuel. 2019. «Principios del Derecho penal (II).» En *Manual de Introducción al Derecho penal*, de Juan Antonio Lascurain Sánchez. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Casación N° 634-2015, Lima*. 2016. Fundamento quinto (Sala Penal Transitoria, 28 de junio).
- Chanjan Documet, Rafael. 2017. «El correcto funcionamiento de la Administración Pública: Fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública.» *Revista Derecho penal y Criminología* (Universidad Externado de Colombia) 38 (104). Último acceso: 26 de Octubre de 2023. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5210/6277>.
- Feijóo, Bernardo. 2003. *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*. Primera edición. Editado por José María Bosh. Colombia.
- García Cavero, Percy. 2006. *Acerca de la función de la pena*. Universidad de Piura. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_80.pdf.
- . 2012. *Derecho penal: Parte general*. Segunda edición. Lima: Jurista Editores.
- Gómez Méndez, Alfonso, y Carlos Gómez Pavajeau. 2001. *Delitos contra la Administración Pública*. Tercera edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Hervada, Javier. 1999. *Introducción crítica al derecho natural*. Primera edición. Piura, Piura: Universidad de Piura.
- Hurtado Pozo, José, y Victor Prado Saldarriaga. 2011. *Manual de Derecho penal. Parte General*. Cuarta edición, tomo I. Lima: Editorial Marcial Poin, Idemsa.

- Jakobs, Günther. 1997. *Derecho penal. Parte general Fundamentos y teoría de la imputación*. Segunda edición. Traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid: Marcial Pons.
- . 2003. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Traducido por Manuel Cancio Melía y Bernardo Feijóo Sánchez. España: Civitas.
- . 1998. *Sobre la teoría de la pena*. Traducido por Manuel Cancio Meliá. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- . 1996. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Traducido por Manuel Cancio Melía y Bernardo Feijó Sánchez. Madrid: Cuadernos de Conferencias y Artículos.
- Mir Puig, Carlos. 2021. «La Malversación (El Peculado) y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código penal español.» En *Delitos contra la Administración Pública. Cometidos por funcionarios públicos y particulares en el marco de las contrataciones con el Estado. Bases dogmáticas y jurisprudencia. Parte especial*, de Aldo Calcina Hanco y José Antonio Paredes Vera. Lima: Editorial Grijley E.I.R.L.
- Mir Puig, Santiago. 2003. *Introducción a las bases del Derecho penal*. Segunda edición. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Mir Puig, Santiago, Víctor Gómez Martín, y Vicente Valiente Iváñez. 2016. *Derecho penal: Parte General*. Décima edición. Buenos Aires: Euro Editores.
- Peña Cabrera, Alonso R. 2019. *Derecho penal Parte Especial*. Tercera edición. Vol. Tomo V. Lima: Idemsa.
- Polaino Navarrete, Miguel. 1997. *Curso de Derecho penal Español Parte Especial II*. Madrid: Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Pozuelo Pérez, Laura. 2003. *Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*. Primera edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Reátegui Sánchez, James. 2017. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Segunda edición. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- . 2013. *La infracción penal por peculado culposo: Análisis a partir del artículo 387, cuarto párrafo del Código Penal*. Lima: Idemsa.
- Recurso de Casación N° 1510-2018, Piura*. 2019. Tercer fundamento de derecho (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 4 de diciembre).
- Recurso de Casación N° 263-2017, Ancash*. 2017. Tercer fundamento de derecho (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 19 de diciembre).

- Recurso de Nulidad N° 1865-2010, Junín*. 2011. Fundamentos cuarto y quinto (Sala Penal Transitoria, 23 de Junio).
- Recurso de Nulidad N° 1883-2012, Junín*. 2013. (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 5 de marzo).
- Recurso de Nulidad N° 1911-2019, Lima Norte*. 2021. Fundamento decimosexto (Sala Penal Transitoria, 24 de noviembre).
- Recurso de Nulidad N° 2390-2017, Ancash*. 2018. (Sala Penal Permanente, 23 de abril).
- Recurso de Nulidad N° 3763-2011, Huancavelica*. 2013. (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 29 de enero).
- Recurso de Nulidad N° 615-2015, Lima Norte*. 2016. Fundamento jurídico 3.2 decimosexto (Sala Penal Permanente, 16 de agosto).
- Reyna Alfaro, Miguel. 2009. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Idemsa/ Centro de Estudios Penales.
- Rojas Vargas, Fidel. 2007. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta edición. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Salinas Siccha, Ramiro. 2019. *Delitos contra la Administración pública*. Quinta edición. Lima: Iustitia S.A.C.
- Silva Sánchez, Jesús María. 2011. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Tercera edición ampliada. Montevideo: Euro Editores.
- Vílchez Chinchayán, R. 2021. *Delitos contra la Administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Editores del Centro E.I.R.L.
- Vílchez Chinchayán, Ronald. 2020. «Bien jurídico, corrupción pública, abuso, gestión y oportunidad en los delitos contra la administración pública en el Perú.» *Revista de Derecho* 173-189. Último acceso: 11 de 06 de 2024. <https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/2911>.
- Vílchez Chinchayán, Ronald. 2020. «Los delitos contra la administración pública en el Perú: Aproximación a una propuesta de clasificación tripartita.» En *Delitos contra la administración pública*, de Ronald Vílchez Chinchayán y Percy García Cavero, 13-59. Lima: Ideas.
- Villavicencio Terreros, Felipe. 2006. *Derecho penal: parte general*. Lima: Editorial Grijley.