



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL DEPOSITARIO JUDICIAL

Jhonnattan Flores-Ñiquen

Piura, agosto de 2014

FACULTAD DE DERECHO

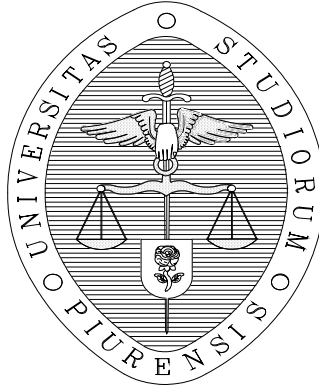
Departamento de Derecho

Flores, J. (2014). *La determinación de la responsabilidad penal del depositario judicial*. Tesis de pregrado no publicado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución-
NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura



UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO

LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL DEPOSITARIO JUDICIAL

Tesis que presenta el Bachiller Jhonnattan
Theodoro Flores Ñiquen para optar el Título de
Abogado, dirigido por el Lic. Carlos Pinedo
Sandoval

PIURA, AGOSTO DE 2014

DEDICATORIA

A mi madre Silvia Ñiquen Rentería, a mis hermanos y a Beatriz, a cada uno de ellos por su apoyo y amor incondicional.

AGRADECIMIENTOS

Un especial agradecimiento al Lic. Carlos Pinedo Sandoval por su constante disposición en la discusión y revisión de cada una las conclusiones alcanzadas en el presente trabajo.

ÍNDICE

ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

EL DEPOSITARIO JUDICIAL Y LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	1
1. El concepto de funcionario público.....	4
1.1. Formulación administrativa del concepto.....	6
1.2. Concepto de funcionario público a «efectos penales».....	11
2. El concepto autónomo pero no amplio de funcionario público en el art. 425 del CP.....	22
3. La solución al aparente conflicto producido entre los artículos 425° y 392° del CP.....	25

CAPÍTULO II

ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS EN CONFLICTO.....	31
1. Cuestiones preliminares.....	31
2. Los ámbitos de imputación en la responsabilidad penal del depositario judicial.....	33
2.1. Delitos de dominio.....	33
2.2. Los delitos de infracción de deber.....	35
2.3. Diferencia entre los delitos de infracción de un deber y los delitos especiales.....	41
3. Elementos constitutivos de los delitos de apropiación ilícita y peculado.....	44
3.1. Del delito de apropiación ilícita.....	44
3.2. Del delito de peculado.....	50
4. Balance.....	56

5. El obligado especial siempre es autor del delito especial propio.....	59
6. El peculado por extensión ¿tipo distorsionador del delito de peculado?.....	60

CAPÍTULO III

EL ESTADO ACTUAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.....	65
1. El estado en la doctrina nacional.....	66
1.1. Posturas formalistas.....	66
1.2. Posturas patrimonialistas.....	69
1.3. Posturas Mixtas.....	70
2. Planteamiento de la problemática y crítica a los criterios precedentes.....	71
3. Revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema.....	75
3.1. Análisis del Primer Precedente Vinculante.....	75
3.2. Análisis del Segundo Precedente Vinculante.....	80

CAPÍTULO IV

NUEVO ESBOZO.....	87
1. El destinatario de la confianza especial.....	87
2. Los deberes positivos del depositario judicial.....	90
3. La subsunción de las conductas del depositario judicial.....	91
3.1. La responsabilidad del depositario propuesto por el titular de la medida.....	92
3.2. La responsabilidad del depositario instituido por el Juez.....	93
CONCLUSIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	101

ABREVIATURAS

art., arts.	Artículo / Artículos
CP	Código Penal
CPC	Código Procesal Civil
Coord.	Coordinador
D. Leg.	Decreto Legislativo
Dir.	Director / Directores
ed.	Edición
Exp.	Expediente
Inc.	Inciso
LH	Libro Homenaje
LOMP	Ley Orgánica del Poder Judicial
n.m.	Numeral
p.e.	Por ejemplo
PG	Parte General
PE	Parte Especial
RECPC	Revista Penal de Ciencia Penal y Criminología
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales
s., ss.	Siguiente / siguientes
t.	Tomo
UdeP	Universidad de Piura

INTRODUCCIÓN

En los procedimientos cautelares que regula el Título IV del Código Procesal Civil, existen una serie de medidas específicas que pueden ser utilizadas por el demandante para asegurar la futura ejecución de la sentencia. Entre las medidas que principalmente pueden afectar los bienes del demandando se hallan el embargo (art. 642 del CPC¹), y el secuestro (artículo 643 CPC²), en cuya ejecución normalmente se produce la desposesión de los bienes y la entrega a un custodio, quien tendrá el deber específico de preservar los bienes y devolverlos en el mismo estado en el que le fueron entregados³. Las infracciones más graves que cometa dicho agente, infringiendo dichos deberes, son los que adquirirán relevancia penal⁴

¹ Artículo 642 CPC.- “Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley”.

² Artículo 643 CPC.- “Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez.

Cuando la medida tiende a asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial, puede recaer en cualquier bien del deudor, con el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio”.

³ Artículo 655 CPC.

⁴ La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción incluye a este tipo de criminalidad en una clase que denomina “micro corrupción”. Según el Ministerio de Justicia su incidencia representa el 31% de los casos de corrupción que se producen al interior del Poder Judicial. Cfr. COHAILA/QUINTEROS/CASTILLO/ CHÁVEZ, “Microcorrupción en el Poder Judicial: el caso de los depositarios judiciales”, [en línea], Disponible en: http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/04/INFORME-DJ_final.pdf. [consulta: 08 de febrero de 2014].

En el Código Penal existen dos tipos penales que tipifican las conductas de este sujeto, por un lado se encuentra el artículo 190 segundo párrafo del CP, y por el otro, el artículo 392 CP. El conflicto interpretativo que se origina a partir de la interpretación de los dispositivos en cuestión ha sido objeto de discusión en la jurisprudencia y en los distintos manuales de Derecho penal de la parte especial –particularmente los que estudian los delitos contra la Administración Pública y contra el patrimonio-, los cuales –dicho sea de paso- apenas dedican escasas páginas a este asunto.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, se observa que nuestra Corte Suprema ha emitido dos precedentes vinculantes en esta materia. Tanto en el primero como en el segundo el abordaje como la resolución del caso, pese a tener una base fáctica común, fue radicalmente distinta. Como distinto es también el tratamiento actual del Alto Tribunal de esta problemática, en el cual consta que no sigue ninguno de los criterios establecidos en los dos precedentes anteriores.

En la doctrina, como tendremos oportunidad de desarrollar y comentar, tampoco se vislumbra una corriente de opinión convincente, y esto se debe principalmente a la carencia de un análisis profundo de este tema. En ese sentido, no se cuenta aún con una línea de opinión que goce de consenso, sobre todo una que brinde razones dogmáticamente suficientes del fundamento por el que debe ser penalmente responsable el custodio de bienes procedentes de medidas cautelares civiles. Con este fin se ha hecho el presente trabajo, que pretende no sólo desentrañar y encontrar el fundamento de la responsabilidad penal de este sujeto, sino también se intentará tipificar sus conductas en los tipos penales anteriormente citados.

CAPÍTULO I

EL DEPOSITARIO JUDICIAL Y LA FUNCIÓN PÚBLICA

Los delitos contra la Administración Pública se ubican en el Título XVIII del CP y se encuentran agrupados en dos capítulos. El Capítulo I contiene los tipos penales reunidos bajo el título “Delitos cometidos por particulares”; mientras que el Capítulo II contiene los “Delitos cometidos por funcionarios públicos”; esta particular sistemática revela que nuestro legislador ha optado por clasificar los delitos contra la administración pública desde la perspectiva del sujeto activo. Sin embargo, esta clasificación binaria, según opinión ampliamente mayoritaria, no es del todo correcta⁵ si se examinan los distintos sujetos –cualificados o no- que pueden intervenir en la configuración de todos y cada uno de estos tipos penales, pues existen delitos funcionariales que pueden ser realizados por particulares como “delitos cometidos por particulares” en el que puede intervenir un funcionario público a título de autor⁶.

⁵ Excepto que se traten de delitos especiales propios, donde únicamente pueden ser autores los sujetos que reúnan las características señaladas por el tipo penal.

⁶ Del mismo parecer, ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *El tratamiento penal de los delitos contra la administración pública*, [En línea] Disponible en: www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/delitos_aa.doc. [consultada: 10 de febrero de 2014], pp. 5-6: “Ya aquí hay una primera imprecisión pues ambos grupos no pueden separarse limpiamente en función de si es o no funcionario público el ejecutor del delito. En un delito “cometido por particulares” también puede ser autor un “funcionario público” (p. ej. la “usurpación de funciones” realizada por un funcionario público que ejerce funciones que no le corresponden). Y también puede ser autor de un “delito cometido por funcionarios públicos” un particular (p. ej. en el “cohecho activo” o en el “tráfico de influencias”). Igualmente, la Ejecutoria Suprema Exp. N° 5522-

La intervención de particulares en el segundo capítulo de los delitos que atentan contra la función pública ha planteado para el derecho penal nuevos desafíos y escollos dogmáticos (como p. ej. la intervención del *extraneus* en los delitos especiales de infracción de un deber), de las que no es ajeno el concepto de funcionario público, en general, y la interpretación que se ha hecho del art. 425 del CP, en particular⁷. La asimilación a la condición de funcionario público que hace este dispositivo penal de algunos particulares revela la importancia de conocer lo que se entiende por funcionario público para el derecho penal, acentuándose más esta exigencia en aquellos delitos o cláusulas que extienden la autoría, y la severidad de las penas de los delitos funcionariales, a los particulares. Además, el art. 425 por ser una disposición común –a todos los delitos contra la administración pública, incluidos los delitos contra la administración de justicia– irradia su campo de aplicación a todo ese conjunto de delitos, por lo que la interpretación que se haga de este dispositivo debe ser restringida y proporcional con la

97/Lima señala que: “[T]ambién debe tenerse en cuenta que el Libro Segundo, Título Décimo Octavo, Capítulo Segundo del Código Penal se refiere a los delitos cometidos por funcionarios públicos, pero si examinamos los agentes que señala este articulado, no todos son ‘Funcionarios Públicos’ pero la ley le atribuye esta calidad por el hecho de manejar recursos o fondos públicos (...)”.

⁷ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, 2ª ed., Lima, Ed. Palestra, 2003, p. 26-27. En opinión de este autor, el mayor problema se presenta en delimitar los contornos del campo de aplicación de este concepto: “es particularmente polémico que algunos particulares con ‘títulos de participación’ (es decir, aquellos a quienes se permite ejercer una función pública cualquiera aunque sea temporal y para un caso concreto) también deban ser considerados ‘funcionarios públicos para efectos penales’: perito, recaudador de impuestos, testigo, depositario de bienes litigiosos, concesionarios de servicios públicos, etc. Cuando no existe una aclaración legal específica, delimitar los particulares de los funcionarios públicos es especialmente difícil debido a los desarrollos actuales de la actividad estatal que suele mezclar lo público con lo privado”.

participación de estos sujetos sobre los cuales no pesa el mismo deber de protección del correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Estos peligros de la extensión inusitada del art. 425 del CP se advierte en la aplicación e interpretación que viene dando nuestra doctrina y jurisprudencia al numeral 4 del indicado dispositivo penal. Este numeral equipara a la condición de funcionarios públicos a los *administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente*, lo cual es suficiente para que puedan ser considerados sujetos activos de la mayoría de los delitos funcionariales en donde se exija dicha cualificación. Precisamente uno de estos delitos, es el tipo penal de peculado, el cual sólo puede ser cometido por funcionarios públicos que tengan un vínculo funcional con “caudales o efectos” del Estado. En ese sentido, si la conducta del depositario judicial aparentemente puede ser encuadrada, sin dificultad alguna, dentro del tenor típico del art. 387 CP, puesto que según el artículo 425 CP es funcionario público, entonces resulta válido preguntarse por los alcances de la cláusula de extensión de la autoría establecida en el art. 392 CP, que amplía el tipo de todas las modalidades del delito de peculado a los «administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares». Esto ha sido advertido por ABANTO VÁSQUEZ en los siguientes términos: “*la cláusula del art. 392 parece ser repetitiva, pues extiende la autoría de los casos de “peculado y malversación”, entre otros, a “administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente aunque pertenezcan a particulares...”*, superponiéndose al concepto penal de “funcionario público” previsto en el art. 425, numeral 4 y que ya abarcaba los casos que tal cláusula quiere abarcar”⁸.

⁸ ABANTO VÁSQUEZ, *El tratamiento penal de los delitos contra la administración pública*, p. 5.

En función de lo expuesto se deduce que no es posible delimitar directamente los ámbitos o alcances de los arts. 392 y 425 del CP, sin que se haga referencia, de manera previa, al concepto y elementos del funcionario público desarrollado por la doctrina penal, que es una cuestión que subyace en el contenido de ambos dispositivos penales.

1. El concepto de funcionario público

De entrada debe señalarse que nuestra legislación penal no ha establecido una definición de funcionario público, tampoco criterios de alcances generales para demarcar los fronteras en la que una persona actúa como particular o como funcionario público⁹, el artículo 425 CP sólo se ha limitado a enumerar casuísticamente a los sujetos que *se consideran funcionarios o servidores públicos* para efectos penales, estableciendo una cláusula genérica final. Para un sector de la doctrina esta técnica legislativa obedece a una razón fundamental: «la razón no puede ser otra, desde el punto de vista formal, que la falta de un criterio unificado en la propia ciencia del derecho público. La protección efectiva contra los ataques que pudieran lesionar la función pública quedaría, en parte, en el limbo si no pudiera saberse qué sujetos pueden atacarla. Ante el mar de dudas (...) el legislador penal ha optado –optó ya- por cortar por lo sano y ofrecer criterios para la determinación del funcionario público a los efectos punitivos»¹⁰.

⁹ Aunque, URQUIZO OLAECHEA, *Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública*, en *RPCP* 12 (2002), p. 252, considera que el art. 425 CP ha querido escapar de ambigüedades y con certeza fijar los sujetos especiales propios en estos delitos, dejando abierta la posibilidad –aludiendo al entonces numeral 6 del art. 425 CP- que la dogmática penal marque la pauta a fin de evitar inseguridades y lagunas de punibilidad (...); asegurándose así un alto margen de imparcialidad y seguridad jurídica en relación a los ‘sujetos activos’ en estos delitos.

¹⁰ QUERALT, Joan citado por URQUIZO OLAECHEA, Ob. cit. p. 252

La echa en falta de un criterio de carácter general, por un lado, se percibe inmediatamente si atendemos a que los sujetos que tienen la capacidad de afectar el bien jurídico protegido por la administración pública no se reducen a los comprendidos por el listado del art. 425 CP. Mientras que a nivel jurisprudencial, por otro lado, estas dificultades dogmáticas derivadas de la indefinición del art. 425 CP, han imposibilitado constatar una línea jurisprudencial congruente y uniforme¹¹. Por esto, los esfuerzos de la doctrina penal de perfilar criterios de determinación de la condición de funcionario público ha seguido dos caminos: i) construir un concepto de funcionario público a partir de las consideraciones del derecho administrativo, o, ii) elaborar un concepto autónomo de funcionario público desligado del resto de definiciones dadas por otros sectores de nuestro ordenamiento.

¹¹ En una reciente Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 1923-2012-Piura de fecha 15 de enero de dos mil trece, la Corte Suprema expresó que el concepto de funcionario público «es amplio», en función a que a *«ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del ejercicio de una función pública y de la cercanía con el bien jurídico tutelado»*. Desde nuestro punto de vista, esta sentencia incurre en una omisión esencial, no explica que se debe entender por función pública, ni fija los límites de este elemento en relación con la amplitud del concepto de funcionario público que adopta, lo cual, desde luego, es muy nocivo para la seguridad jurídica, ya que –como advierte INMACULADA VALEIJE– si se asigna una extensión inusitada a la noción de función pública, es posible ampliar la consideración de funcionario a un número indefinido de sujetos, cuyas obligaciones laborales no guardan relación con los intereses jurídicos que se estiman preferentemente protegidos en los delitos en los que esta cualidad entra como elemento del tipo (desnaturalizándose el sentido y la ratio de la tutela penal, dado que resulta imposible saber dónde empieza y donde termina ésta), citado por ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, Grijley, 4ª edición, Lima, 2007, pp. 20-21

1.1. Formulación administrativa del concepto

Es en el ámbito administrativo, de donde el derecho penal toma alguno de sus conceptos, en el que concepto de funcionario público ha alcanzado una definición más depurada. Este sector del ordenamiento jurídico ha establecido los siguientes requisitos para que un sujeto adquiera la calidad de funcionario o servidor público: (a) *el título*, es el vínculo o la forma que legitima la incorporación del funcionario a la administración pública, la misma que proviene de elección, nombramiento por autoridad competente, y de la ley¹²; (b) la investidura y la asunción del cargo, representa el aspecto más formal del proceso de adquisición del estatus jurídico de funcionario público. La investidura tiene lugar en un momento posterior a la elección, nombramiento o designación legal, el cual comprende la entrega de credenciales (para ciertos funcionarios) y, la aceptación del cargo (o juramento para los cargos públicos que así lo requieran), luego de lo cual asume el cargo u oficio (el ejercicio de las funciones propias o inherentes), y con ello todo el régimen jurídico que implique derechos, deberes y responsabilidades¹³; (c) permanencia, que implica que el funcionario ejerza funciones de naturaleza permanente y no esporádica, salvo las excepciones estipuladas en la ley, (d) la remuneración, excepcionalmente este requisito puede faltar en ciertos casos, ya que por regla general todo cargo público es remunerado, sin embargo, a pesar de no concurrir este requisito no se afecta la calidad de funcionario público¹⁴.

Bajo estas coordenadas, la determinación de la calidad de funcionario público en el ámbito administrativo depende de la

¹² Con mayor explicación, GALVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*. IDEMSA, Lima, 2001, p. 24 y ss.

¹³ ROJAS VARGAS, «*Derecho Penal: Estudios fundamentales de la parte general y especial*». Gaceta Penal & Procesal Penal. Lima, 2013, p. 228

¹⁴ *Ibíd*em, p. 229

*incorporación formal a la Administración Pública*¹⁵. Criterio que siguió nuestra jurisprudencia, en un primer momento, en la Ejecutoria Suprema del 8 de abril de 1998, oportunidad en la que señaló: “Es funcionario o servidor público la persona que jurídica, jerárquica o disciplinariamente se haya *integrado a un organismo o entidad pública*, sea cual fuere su régimen laboral, siempre que este ente tenga funciones de gobierno nacional, regional, local, legislativo, ejecutivo, jurisdiccional, electoral, de control fiscal, o la de servicio público a la Nación”¹⁶. Como se observa, el concepto administrativo de funcionario público rige y se aplica en el derecho penal, de hecho se da por sobreentendido en la mayoría de los casos que no revisten dificultad. La influencia, por tanto, del derecho administrativo en esta materia es innegable, por lo que todo funcionario y servidor bajo la óptica del Derecho administrativo lo será también para el Derecho penal¹⁷. Sin embargo, este criterio resulta insuficiente para resolver satisfactoriamente los casos límite, en donde sujetos que ejercían funciones públicas no podían ser considerados funcionarios públicos debido a que en ellos no concurrían todos los requisitos exigidos por la concepción administrativa¹⁸. Ejemplo de esta situación son los actos de corrupción de candidatos sujetos a elecciones populares que antes de asumir y ejercer efectivamente el cargo aceptaban dádivas o ventajas económicas.

Por otro lado, también es frecuente que la doctrina penal recurra a la distinción, de formulación administrativa, para diferenciar a dos

¹⁵ Así, Vid. GALVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 23; ROJAS VARGAS, *Derecho Penal: Estudios*, p. 229.

¹⁶ Reaído en el Exp. N° 1556-96-Lima, (en ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, p. 134)

¹⁷ GALVEZ VILLEGAS, Tomás. *Delito de enriquecimiento ilícito*, p. 40.

¹⁸ En ese sentido, DE LA MATA/EXTEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación, por funcionario, de caudales públicos*. Bosch Editor, Barcelona, 1995, p. 18, para quienes el concepto de funcionario público es más amplio que el que impera en el ámbito administrativo, exigiéndose únicamente la participación en el ejercicio de funciones públicas y una legitimación de la misma, criterio de orden material que formal.

tipos de agentes del Estado: los funcionarios y los servidores públicos. Se dice que los empleados o servidores públicos vendrían a ser los sujetos que realizan labores de ejecución y se encuentran subordinados al funcionario, mientras que los funcionarios están encargados de labores esencialmente de decisión¹⁹. A esta teoría principalmente se le ha criticado desde dos puntos de vista²⁰. En primer lugar, se le cuestiona su frágil sustento real, por cuanto ningún agente de la administración tiene atribuido en exclusiva funciones de *decidir* o *ejecutar*, todos serían al mismo tiempo, o alternativamente, tanto lo uno como lo otro; por ejemplo, un agente de policía actuará como “funcionario”, cuando dé la orden de detención a un sospechoso, cuando decide detener el tránsito o darle paso, pero actuará como “empleado” cuando debe trasladar a un preso a Tribunales²¹. En segundo lugar, también, se ha puesto de relieve que esta diferenciación no contaría con respaldo legal, en la medida que nuestro sistema jurídico no distingue entre funcionarios y servidores públicos, incluso en la Constitución y las leyes especiales administrativas –Ley de Bases de la Carrera Administrativa- el uso de estos términos es indiferenciado, atribuyéndoles derechos, obligaciones en el mismo orden y con las mismas consecuencias jurídicas frente a su incumplimiento. Además, debe tenerse en cuenta que el art. 425 CP agrupa, bajo la

¹⁹ OSSANDON WIDOW, «Sobre la calidad del empleado público en los delitos de funcionarios públicos y la punibilidad de quienes no la poseen», en *Programa de Especialización en el orden jurisdiccional penal: La criminalidad organizada y las nuevas formas de delincuencia*, UdeP, 2013, p. 6.

²⁰ Vid, DONNA, *El concepto dogmático de funcionario público en el código penal del Perú*, en *RPCP* 11 (2002), Lima, p. 267 y ss.; GARCÍA HUANCA, El concepto de funcionario público en el derecho penal, en *JUS Doctrina & Práctica*, 2 (2009), p. 73, para quien tal distinción carece de sustento real por cuanto no nos permite diferenciar distintos tipos de agentes del Estado, sino a lo sumo distintos tipos de actuación de ellos.

²¹ *Ibíd.* DONNA sostiene que es perfectamente posible que tanto los funcionarios de mayor como los de menor jerarquía desempeñan funciones de decisión como de ejecución.

consideración de *funcionarios o servidores públicos*, a una serie de sujetos en los que confluyen tanto tareas ejecutivas como decisivas²².

Como se observa, estos infructuosos intentos de extrapolar conceptos administrativos al Derecho penal, condujo a la doctrina a la elaboración de un concepto propio e independiente de funcionario público²³, de modo que comprenda no sólo a los funcionarios en sentido administrativo, sino que también a los sujetos en los que no se verificaba la concurrencia de todos los

²² Cierta sector de la doctrina sostiene que “aun cuando la Constitución Política del Estado y la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y las demás leyes orgánicas no hacen mayor referencia a la diferenciación entre funcionarios y servidores públicos, (...) para el Derecho Penal en general, es necesario hacer debidamente esta diferenciación, pues, los diferentes tipos penales relativos a los delitos contra la Administración Pública, se han redactado deslindando claramente entre funcionarios y servidores públicos; por lo que a través de esta diferenciación estaremos en condiciones de determinar el nivel y el ámbito de sus atribuciones. Así, Vid. GALVEZ VILLEGAS, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 20. Por mi parte, considero que la determinación del ámbito de competencia de un funcionario no se desprende de la distinción entre empleado y funcionario público, sino del deber especial que le viene atribuido legalmente, ya sea en el ROF de la entidad o en las normas sectoriales que regulan su actuación. Si bien los funcionarios de mayor jerarquía le son atribuidas cuantitativamente mayores responsabilidades y competencias frente a los servidores, eso no tiene ninguna importancia para el derecho penal, en el que la lesión del deber se configura como el presupuesto de la imputación en los delitos de infracción de deber, que en efecto, son la mayoría de los delitos funcionariales, y para ello poco interesa la calificación de la actividad que realiza, lo cual en todo sirve a efectos de determinación de la pena.

²³ OSSANDON WIDOW, *Sobre la calidad de empleado público*, p. 6, indica al respecto: “el concepto penal de funcionario público es una noción autónoma y propia de esta rama jurídica, autonomía que se funda en que al legislador penal no le interesa tanto la calificación jurídica que merezca el desempeño de un trabajo o responsabilidad en la Administración, sino el hecho de que un sujeto interviene en el funcionamiento de la Administración”.

presupuestos exigidos por el derecho administrativo, pero que de algún u otro modo ejercen competencias institucionales derivados de deberes estatales. En ese sentido contar con una noción propiamente penal de funcionario o servidor público se erigió en cuestión necesaria para recoger la actuación de estos últimos sujetos; y así uniformizar la interpretación de este elemento normativo frente a las diversas definiciones previstas en el ordenamiento extra penal o ante el uso restrictivo de la expresión «funcionario público» en el lenguaje ordinario²⁴.

La importancia de esta situación es expresado por GARCÍA CAVERO en los siguientes términos: «el cumplimiento de los deberes estatales no se reduce a la actividad de los funcionarios, ya que la participación de los particulares en algunos casos puede ser tan relevante como la de los funcionarios. En efecto, puede ser que el ordenamiento jurídico atribuya a determinados ciudadanos ciertas competencias institucionales o quasi-institucionales para el cumplimiento de los fines del Estado. En la medida que los funcionarios públicos no pueden tener un acceso pleno a determinados ámbitos sociales, se establecen ciertas competencias instituciones que vinculan a los particulares con determinados organismos públicos [...]. El cumplimiento de los deberes estatales se amplía a los particulares, de manera que éstos terminan respondiendo, de ser el caso, por la infracción de tales deberes estatales»²⁵.

²⁴ SAN MARTÍN CASTRO/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, *Delito de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspecto sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 157.

²⁵ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. PG*, 2ª ed., Jurista Editores, Lima, p. 370.

1.2. Concepto de funcionario público a «efectos penales»

Como he señalado *de lege lata* el Código Penal no brinda una definición de lo que es funcionario o servidor público, sino que inserta una lista genérica y enunciativa de niveles de funcionarios o servidores públicos a efectos de imputarles responsabilidad penal. La doctrina nacional atendiendo a la ubicación del art. 425 CP ha destacado su insuficiencia política criminal por ser una “Disposición común” a todos los delitos contra la administración pública, que impediría extender su eficacia a otros delitos que tienen a la noción de funcionario público como elemento esencial para su configuración, p. ej. los delitos de desaparición forzada (art. 320 CP), tortura (art. 321 CP) o en el caso de la agravante descrito en el art. 46-A del CP; por lo cual recomiendan de *lege ferenda* trasladar –e incluir– una definición de funcionario público en la Parte General²⁶.

Anteriormente se ha descrito la rigidez del concepto administrativo de funcionario público para abarcar los casos en los que sujetos que pese a detentar funciones públicas, no son funcionarios debido a la ausencia de algún requisito formal (P. ej. El título, la investidura, asunción del cargo, etc.). Por eso, el derecho penal abandonó esta comprensión, y asumió criterios autónomos, con los cuales se le pretendió dotar de una mayor cobertura –amplitud– a la definición de funcionario público, de modo que no sólo alcance a los supuestos en los que el concepto administrativo resultaba insuficiente, sino también recoja los supuestos en donde ciertos sujetos se encuentran vinculados positivamente con la Administración Pública²⁷. Es así como el concepto de funcionario público para el derecho penal, se estructuró sobre la base de la

²⁶ SAN MARTÍN CASTRO/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, *Delito de tráfico de influencias*, p. 161.

²⁷ Particularmente los casos de los particulares que realizan funciones públicas.

conurrencia de dos requisitos: la existencia de un título que incorpora a la persona a la actividad pública y la efectiva participación en la función pública²⁸.

1.2.1. El título

El elemento subjetivo o título por el que una persona puede acceder a la función pública puede producirse por tres vías: por disposición legal, por elección o por nombramiento de autoridad competente²⁹. La gran mayoría supuestos, por no decir todos, de acceso a la función pública están regulados en la ley. Por eso es la fuente creadora más numerosa y extendida en la determinación de la calidad de funcionario público tanto para efectos administrativos como penales³⁰.

Respecto al ingreso a la Administración pública por elección, recientemente la Ley N° 30124³¹ incorporó un nuevo numeral al art. 425 del CP. Se trata del numeral 6, el cual considera funcionario públicos a «Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades». Esta inclusión legislativa adelanta las barreras de punición, ya no será necesario esperar a la toma y ejercicio del cargo por parte del funcionario

²⁸ GARCÍA CAVERO, «Los ámbitos de competencia en el delito de incumplimiento de deberes funcionariales», en *Programa de Especialización en el orden jurisdiccional penal: La criminalidad organizada y las nuevas formas de delincuencia*, UdeP, 2013, p. 3

²⁹ Sin embargo, todas estas formas pueden reconducirse a una sola, la disposición de la ley, pues ella regula los nombramientos y procesos de elección de funcionarios público, Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la administración pública*, pp. 23-24.

³⁰ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración pública*, p. 137

³¹ Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de diciembre del año 2013.

para considerarlo como tal. Sin embargo para PINEDO SANDOVAL³² la introducción de este dispositivo no deja de ser problemática, por eso se pregunta “¿qué pasaría en el caso de un funcionario público que, habiendo materialmente ejercido sus funciones (y delinquirido durante ese periodo), su designación o proclamación son declaradas nulas con posterioridad? ¿Debemos concluir que nunca fue realmente un funcionario público y, por tanto, no incluirlo dentro del tipo penal correspondiente contra la administración pública? lo que haría cualquier operador de justicia sensato sería buscar si existe un fundamento material para el castigo de dicha persona que ejerció funciones públicas a pesar de que su título habilitante resultó ser posteriormente nulo. Pero, ello ¿Qué implicaría?, pues que el operador tendrá que apartarse, justamente, del texto que se propone con el presente Proyecto de Ley, dado que, si se adhiriera a rajatabla a ello, no tendría otro camino que la impunidad”.

A nuestro parecer, tal dispositivo complementa el contenido del inciso 2 del mismo artículo («Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de *elección popular*») que ya hacía referencia a los sujetos cuyo título de funcionario público provenía de elecciones populares. Sin embargo, el inciso 6 es más específico que el inciso 2 en la determinación del momento en que nace la condición de funcionario público, siguiendo a este efecto – esencialmente– lo prescrito en el art. I, literal 2 de la Convención Interamericana contra la Corrupción³³. Ahora bien, durante la vigencia del inciso 2 del art. 425 CP, el problema que se plantea en relación a los funcionarios elegidos a través de sufragios populares era la determinación del momento en el que surgiría su cualificación especial dado que dicho dispositivo no lo establecía

³² PINEDO SANDOVAL, «El concepto de funcionario público», en *Actualidad jurídica*, t. 233, abril 2013, p. 131

³³ Define al "Funcionario público", "Oficial Gubernamental" 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 jerárquicos*».

expresamente. Se discutía si los candidatos al congreso que aun cuando no habían sido declarados ganadores de las elecciones, pero que se veían envueltos en casos de corrupción, podían ser pasibles de ser sancionados por delitos contra la Administración Pública³⁴. La dificultad radicaba en que el proceso electoral está conformado por una serie de etapas, que va desde la publicación de los resultados extraoficiales hasta la asunción y ejercicio efectivo del cargo³⁵. La doctrina se ha mostrado crítica con la reforma del artículo 425 CP, señalando que introducción de este nuevo inciso no resuelve en nada la problemática descrita. En ese sentido, ALCÓCER POVIS señala que el inciso 6 afecta el mandato de certeza del principio de legalidad porque si bien este dispositivo señala que se alcanza el estatus de funcionario público cuando se es “electo”, no obstante no se precisa *desde cuándo lo es*³⁶. Antes, ABANTO VÁSQUEZ sostenía que la elección de un funcionario público (en sentido penal) cobraba relevancia a partir de la proclamación oficial hecha por el órgano competente, y eso es independiente de

³⁴ Los casos ocurridos a finales de la década del noventa abrieron toda una discusión sobre este tema. El caso más emblemático fue Kuori-Montesinos (Exp. N° 06-2001), al primero se le consideró funcionario público pese a que en el momento de la primera entrega de dinero de manos de Vladimiro Montesinos Torres (el 05 de mayo del año 2000) aún no se había publicado la lista oficial de los electos congresistas ni, por tanto, pudo haber hecho ejercicio de cargo alguno (la lista oficial recién se publicó el año el 03 de junio del año 2000). Ver un análisis pormenorizado de esta sentencia en: CASTILLO ALVA, «El caso Kouri-Montesinos. algunas preguntas sin responder: ¿un candidato al congreso es un funcionario público? ¿existe la teoría del acuerdo previo?», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, t. 25 (2000). Sobre los balances de los diferentes tomas de postura de la doctrina de este caso, Vid. REYNA ALFARO, *Comentarios a la legislación anticorrupción*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 73-78.

³⁵ ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 25. Por eso el momento en el que un candidato adquiere la condición de funcionario público debe estar estrechamente vinculado con la posibilidad de afectar los intereses tutelados por la administración pública.

³⁶ Cfr. ALCÓCER POVIS, «Concepto de funcionario público, p. 27.

si el funcionario posteriormente retira la credencial o no juramenta³⁷. En mi opinión este dispositivo penal recoge las apreciaciones vertidas por este último autor y, en efecto, sí indica expresamente el momento en que un candidato adquiere la condición de funcionario público, que efectivamente ocurre cuando es «proclamado por autoridad competente», remitiéndose claramente al art. 322 de la Ley Orgánica de Elecciones³⁸, que alude a la proclamación de ganadores hecha por el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones. Desde ese momento el funcionario electo adquiere dicho estatus, y es saludable que sea así, porque desde aquel instante tiene la posibilidad real de lesionar los intereses de la Administración pública.

Siguiendo con el elemento subjetivo del concepto de funcionario público, se tiene que el título se encuentra presente a lo largo de todo el art. 425 CP, del 1 al 7, sin embargo, con respecto al último inciso se han hecho algunos reparos, pues se cuestiona que al dejar abierta la posibilidad de que la Constitución y la Ley amplíen el concepto de funcionario y servidor público, podrían concebirse supuestos en los que podrá atribuirse a una persona la condición de funcionario o servidor por el solo hecho de ostentar el título que le otorga esa categoría, sin necesidad del ejercicio efectivo de una función pública, ampliando de manera inusitada los márgenes de

³⁷ ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 26. En la misma línea, REYNA ALFARO, *Comentarios a la legislación anticorrupción*, p. 78.

³⁸ Ley N° 26859 del 1 de octubre de 1997. El artículo 322 señala que: “Efectuada la calificación de todas las actas generales de cómputo de los Jurados Electorales Especiales y de las actas de sufragio de los ciudadanos peruanos residentes en el extranjero, realizado el cómputo nacional de sufragio a que se refiere el artículo 320 y habiéndose pronunciado el Jurado Nacional de Elecciones sobre las observaciones formuladas por sus miembros, por los candidatos o por sus personeros, el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones proclama como fórmula u opción ganadora la que haya obtenido la votación más alta, siempre que ésta no sea inferior a la tercera parte del total de los votos emitidos (...)”.

punibilidad para la persecución y sanción de los delitos de función³⁹. Ejemplo de estos supuestos, sería el caso de los miembros de las compañías privadas de seguridad, cuya presencia es creciente incluso en funciones de custodia y control de edificios lugares públicos, realizando tareas que anteriormente eran desempeñadas por la Policía⁴⁰.

Ahora bien, todos los supuestos en los que se verifique que el agente labora o se relaciona contractualmente con la Administración Pública quedarían abarcados por del num. 3 del art. 425 CP (que considera funcionario público a 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 y en base a ello ejerce funciones públicas), dejando en evidencia la innecesaridad de los restantes numerales del citado dispositivo penal, especialmente de los numerales 1 («los que están comprendidos en la carrera administrativa»), 2 («los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular»), 5 («los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional») y 6 («los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades »). Nadie discute que todos estos funcionarios mantienen vínculo laboral, incluso algunos son representantes del Estado, como los alcaldes, y pagados con fondos públicos. Por lo tanto, bien podrían ser reconducidos al citado num. 3 del art. 425 CP, evitándose una significativa reiterancia. Como por ejemplo lo hace la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República⁴¹ que al definir al servidor o funcionario público en la novena disposición final

³⁹ ALCÓCER POVIS, «Concepto de funcionario público, p. 24

⁴⁰ En relación al caso español, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código Penal Español*, QUINTERO OLIVARES (Dir.), t. I, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, p. 322.

⁴¹ Ley N° 27785 del 23/07/02

únicamente hace referencia a «todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o de relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades».

En el contexto español existe cierta tendencia jurisprudencial que renuncia al elemento subjetivo en la definición penal de funcionario público, otorgando relevancia plena al elemento objetivo vinculado al efectivo ejercicio de la función pública. INMACULADA VALEIJE cuestiona este parecer indicando que con ello la noción se aborda mediante el mero reenvío al concepto de función pública, reduciéndose la interpretación a una tautología o simple intercambio de palabras, más aún cuando si en algunas disposiciones del Código Penal, p.e. el cohecho pasivo de magistrado, arbitro, fiscal, perito (art. 395 CP) o secretario judicial (art. 396), en las que ya se define la específica función pública⁴². En ese sentido, la necesidad de exigir, además del ejercicio efectivo de la función pública, el elemento subjetivo o título como parte de la definición penal de funcionario público, obedece a razones de política criminal: evitar ampliar excesivamente la tutela penal de este sector, ya que el correcto ejercicio de esas funciones siempre debe corresponderse con la actuación de los sujetos que de alguna manera se encuentran obligados a orientar su actuación hacia los fines de interés general⁴³.

1.2.2. La función pública

El título y la función pública son dos elementos que limitan y definen la atribución de la condición de funcionario público a una persona, por tanto la amplitud del concepto de funcionario público para el derecho penal dependerá de cómo se entiendan cada uno de

⁴² SAN MARTÍN CASTRO/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, *Delito de tráfico de influencias*, p. 164.

⁴³ *Ibíd.*, p. 166

estos criterios. Veamos a continuación la definición de función pública y si el ejercicio de éstas es suficiente para predicar en una persona tal cualidad calificada.

La función pública es definida generalmente como la participación en actividades de interés general o de relevancia pública, en otras palabras es, la actividad al servicio de la ciudadanía para el cumplimiento de los fines asignados a la Administración Pública. Este criterio, entendido de esa manera, no aporta ningún límite al concepto de funcionario público, tiene, más bien, el efecto contrario, extiende excesivamente el concepto de funcionario público, de manera que cualquier afectación al interés general ameritaría la intervención del derecho penal. Es por ello, que con el fin de paliar esta situación, la doctrina se ha esforzado en limitar este concepto a través de los siguientes criterios:

- i)** El criterio formal sostiene que la determinación de la función pública (o privada) va a depender del régimen jurídico que regula la actividad de la entidad generadora de la función. De modo que si el giro del ente está sometido al derecho privado, el fin es privado; en cambio, si el giro está sujeto al derecho público la función será pública.
- ii)** El criterio subjetivo entiende que la función pública es la que está reservada por el Estado a sus órganos.
- iii)** El criterio mixto, exige además de la finalidad pública y el encuadre de los actos dentro del derecho público, que los actos los realice un ente público⁴⁴.
- iv)** El criterio teleológico o finalista señala que la función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido final, esto es, la satisfacción de necesidades materiales de interés general; en otras palabras, tiende al bien común, en el sentido de que tiene la finalidad de alcanzar el interés

⁴⁴ ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 29

general o público mediante la prestación de determinados servicios⁴⁵.

La perspectiva que predomina actualmente es la teleológica o finalista. La ventaja de esta teoría reside en que dota de una mayor flexibilidad al concepto de funcionario público, en sentido inverso de los restantes criterios, que lo constriñen al desarrollo de una actividad *al interior* de la Administración Pública. A la tesis teleológica, sin embargo, se le ha cuestionado su imposibilidad de preservar un contenido estable y de validez universal de función pública, la cual variará de acuerdo a la experiencia histórica, política y social de un determinado Estado⁴⁶. Más aún cuando los fines públicos, según INMACULADA VALEIJE, son una cuestión política determinada ideológicamente. Esta autora ha puesto de relieve que lo que se entienda por funciones públicas irremediamente variará en el tiempo y en los diferentes países, y dependerá del sentir de la opinión pública o de los objetivos del partido político gobernante, estas circunstancias, por tanto, impiden la construcción de un concepto ahistórico y estable de funciones públicas⁴⁷, incompatible con los principios de rigor y taxatividad que deben presidir la interpretación de los tipos penales.

Pese a estos inconvenientes, un sector de la doctrina propone – reformulando la tesis teleológica– que las actividades de la Administración si bien tienen como contenido final la satisfacción de intereses generales, éstas deben restringirse a las actividades inherentes o propias del Estado⁴⁸. En ese sentido, la función pública propiamente tal quedaría reducida a la que desempeña el Estado en razón de que ella no puede ser asumida por agentes privados (principio de subsidiariedad), de este modo el concepto penal no se

⁴⁵ OSSANDON WIDOW, *Sobre la calidad de empleado público*, p. 8

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Citado por ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, p. 25

⁴⁸ OSSANDON WIDOW, *Sobre la calidad de empleado público*, p. 9

extendería a todas las actividades del Estado sino sólo a aquellas que respondan a lo que es inherente. Quedarían fuera, por tanto, aquellas actividades que, aunque asumidas de modo excepcional por el Estado, no deben considerarse parte de su función propia. Así interpretado, el concepto no incluiría la función de las empresas del Estado, en tanto la actividad empresarial del Estado no forma parte de la función pública del mismo y, por lo tanto, debe regularse dicha actividad por las mismas normas que se aplican a los particulares, es decir, el Estado en estos casos es un particular más⁴⁹.

Aun cuando esta comprensión le falta precisar los contornos de lo que deba ser considerado *propio e inherente* del Estado, no por eso debe soslayarse su esfuerzo por acercar el concepto de función pública a los diferentes roles que desempeña la Administración Pública en la sociedad actual, caracterizado por la diversificación de sus actividades. En esa línea, creemos, que esta definición refleja de mejor forma la noción de función pública, impidiendo que esta se extienda hacia sujetos que aunque se encuentren vinculados temporalmente o circunstancialmente con alguna entidad integrante de la Administración Pública no podrían ser considerados dentro del estatus de funcionario público en razón de no encontrarse ejerciendo alguna actividad intrínseca del Estado, esto es, actividades genuinamente estatales. Por ejemplo, el agente de retención sí podría considerarse un cuasi funcionario, en la medida que la recaudación de impuestos es considerada una actividad intrínseca de la Administración; ello no ocurriría, si en cambio, el Estado participa como socio en alguna empresa dedicada a la construcción de viviendas, aunque pueda tener una finalidad pública (dotar de vivienda a un sector deprimido de la sociedad), esta actividad no le sería inherente por cuanto *debe* concurrir en condiciones de igualdad con los particulares; de modo

⁴⁹ *Ibíd.*

tal que, debe someterse sus actividades a los mismos riesgos y a la misma regulación de los particulares⁵⁰.

En nuestro país el Código Penal no ofrece una definición del concepto de función pública, y éste tampoco ha sido muy desarrollado en nuestra doctrina, aunque se advierte que la posición que se sigue para definir la función pública es la teleológica⁵¹, la cual suele ser complementada con la definición dada por la Convención Interamericana Contra la Corrupción⁵² (CICC), cuyo artículo primero indica que es: «toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de los niveles jerárquicos». Para CARO CORIA, este dispositivo exige la constatación de un título y el ejercicio efectivo de la función («desempeñar actividades y funciones») como componentes del concepto de funcionario. Considera que este instrumento al haber sido ratificado por el Estado peruano, constituye en virtud del art. 55 de la Constitución una norma de derecho interno, y fuente de obligatoria observancia en la delimitación del concepto de funcionario o servidor público, en razón a la remisión a «la ley» que prevé el num. 6 del art. 425 CP⁵³.

⁵⁰ En algunos ordenamientos las conductas apropiatorias de los funcionarios de las empresas del Estado están reguladas en los delitos comunes contra el patrimonio, como por ejemplo, sucede en Colombia en el que estas conductas están tipificados en el delito de abuso de confianza calificado (que sería lo mismo que el delito de apropiación ilícita agravada en el Perú).

⁵¹ Critica esta opción, ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 30.

⁵² Incorporada a nuestro ordenamiento mediante Resolución Legislativa n° 26757 del 13 de marzo de 1997 y fue ratificada por D.S. n° 012-97-RE del 24 de marzo de 1997

⁵³ SAN MARTÍN CASTRO/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, *Delito de tráfico de influencias*, cit. p. 166. En contra de que la CICC sea una norma autoaplicativa en el ordenamiento jurídico penal peruano, Vid. ALCÓCER POVIS, «Concepto de funcionario público, p. 25-26, quien

Si bien la CICC puede considerarse una fuente para la determinación del concepto de funcionario y, en especial, de la función pública, lo cierto es que esta definición tampoco alude a las características sustantivas de esta actividad, sino que centra su descripción en su atribución a un órgano estatal, pues se trata de una actividad realizada *en su nombre*⁵⁴. Por eso, considero que derivar un concepto anticipado de funcionario público de este instrumento es insostenible⁵⁵, como también lo es limitar el concepto a la idea de “participación en funciones públicas”⁵⁶.

2. El concepto autónomo pero no amplio de funcionario público en el art. 425 del CP

De lo que se lleva dicho se puede deducir que el concepto penal de funcionario público es autónomo pero no amplio en el listado dispuesto en el art. 425 del CP. Es autónomo porque los regímenes

sostiene que la doctrina penal ha establecido como regla que los tratados que versan sobre materia penal no son normas autoaplicables.

⁵⁴ OSSANDON WIDOW, *Sobre la calidad de empleado público*, p. 8

⁵⁵ La dimensión anticipada y “omnicomprensiva” del concepto de funcionario público es defendida por ROJAS VARGAS, *Estudios fundamentales*, 237 y ss.

⁵⁶ URQUIZO OLAECHEA, *Tutela penal*, p. 254. En el contexto español, la doctrina sostiene que el real alcance de lo que debe entenderse por funcionario público en lo penal no puede deducirse del derecho administrativo, sino de la combinación o suma de criterios, visibles en el Código Penal y que la doctrina y la jurisprudencia resumen en las ideas de servicio de los entes y organismos públicos, sometimiento de la actividad al control del derecho administrativo y orientación a las finalidades constitucionalmente propias de la Administración pública. Se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídica-política y acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de ciertos bienes jurídicos, atribuir las condiciones de funcionario y autoridad conforme a unas funciones y metas propias del derecho penal y que sólo eventualmente pueden coincidir con las del derecho administrativo, QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al Código penal español*, p. 321.

administrativo, laboral o constitucional no constituyen un criterio definitivo para decidir sobre el carácter de funcionario público en tal dispositivo penal, sino que, a lo sumo, puede servir como factor indiciario para resolver sobre la calidad de público del cargo o de la función⁵⁷. Sin embargo, no es amplio por cuanto la extensión del concepto, y los sujetos que con ello se encuentran equiparados a la condición de funcionario público, no es posible inferirlo del tenor literal del art. 425 CP, que en su gran mayoría recoge a sujetos que se encuentran vinculados formalmente con la Administración a través de la realización de una actividad que es considerada esencial del Estado.

Podemos concluir, entonces, que nuestro Código Penal en su artículo 425 se ha adherido a una concepción tradicional (administrativa) de funcionario público. Eso es fácilmente constatable si observamos detenidamente su contenido, en donde prima un criterio formal orgánico (que considera funcionario al que se encuentra incorporado a la Administración Pública). En otras palabras, la mayoría de los sujetos descritos en la lista del artículo 425 CP también lo son bajo una óptica administrativa⁵⁸, sólo por excepción este dispositivo amplía el concepto penal en los numerales 3 y 6, que hacen alusión, el primero, a las personas que mantienen vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con

⁵⁷ Cfr. OSSANDON WIDOW, *Sobre la calidad de empleado público*, cit. p. 15.

⁵⁸ En el mismo sentido, CARO CORIA, para quien el numeral 1 incluye en la categoría penal de funcionario a quienes están «comprendidos en la carrera administrativa», expresión que debe delimitarse conforme al sentido del derecho administrativo ante la ausencia de mayores criterios de carácter propiamente penal, debiendo pues recurrirse a las previsiones del D. Leg. N° 276 de 6 de marzo de 1984 y de su Reglamento, el D.S. N° 005-90-PCM. Esta regulación administrativa prevé la posibilidad de participar en la carrera administrativa mediante nombramientos, lo que también acontece en los supuestos del num. 5 del artículo 425 del CP («miembro de las Fuerzas armadas y Policía Nacional»). Vid. SAN MARTÍN CASTRO/CARO CORIA/REAÑO PESCHIERA, *Delito de tráfico de influencias*, p. 171.

entidades, empresas del Estado o sociedades de economía mixta; y el segundo, a los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades. En el primer caso, no todos los que tienen “vínculo laboral o contractual” con el Estado ocuparán un cargo público dentro del aparato del Estado, mientras que en el segundo caso, los que son funcionarios “designados, elegidos o proclamados por autoridad competente” si bien están próximos a ocupar un cargo público, aun les falta asumir efectivamente el cargo para que puedan ser considerados funcionarios en sentido administrativo. En ese sentido, los sujetos estipulados en los numerales 3 y 6 sólo pueden llegar a ser considerados funcionarios públicos desde la autonomía del concepto penal de funcionario, pues en el derecho administrativo estos casos simplemente no tendrían cobertura.

En cambio, en el resto se sigue una concepción administrativa, de ingreso a un cargo público en la Administración Pública. La regla general, entonces, que prevalece en el tantas veces citado art. 425 CP es el concepto administrativo; sólo por excepción el artículo 425 CP adopta un concepto autónomo propiamente penal en los numerales ya mencionados. Por eso se puede decir, que en nuestro ordenamiento penal conviven dos tipos de conceptos de funcionario público, el administrativo y el penal, aunque, como se indicado líneas más arriba, el primero se afirma con más intensidad que el segundo en el art. 425 del CP.

Si el artículo 425 CP se adscribe a un criterio formal y rígido ¿significa que los particulares que intervienen en el ejercicio de funciones públicas no tienen relevancia alguna para el derecho penal y, por consiguiente, sus conductas quedarían al margen de la regulación de los delitos que atentan contra la función público? No, algunos particulares sí intervienen en el ejercicio de funciones públicas y pueden, por ende, ser sujetos activos de determinados delitos contra la Administración Pública, pero eso no se desprende

del art. 425 del CP, sino a través de las frecuentes extensiones de la condición de funcionario público que hacen algunos tipos penales, como por ejemplo, los artículos 386 para peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores y albaceas en caso de “fraude a la administración pública” y “patrocinio ilegal”, o también por la disposición directa, p. e. La extensión de la punición al contratista de una obra pública en el peculado de uso de bienes del Estado (párrafo segundo del art. 388).

Por eso no estamos de acuerdo con aquella línea jurisprudencial de la Corte Suprema que señala que en el artículo 425 del CP: “*El concepto de funcionario público es amplio. A la ley penal le interesa que el sujeto activo tenga un deber especial derivado del ejercicio de una función pública y de la cercanía con el bien jurídico tutelado*”⁵⁹. Es justo reconocer, en esto sí estamos de acuerdo, que el concepto penal de funcionario público es amplio respecto del derecho administrativo; pero este acuerdo acaba cuando se pretende extender de manera inusitada el concepto de funcionario público a sujetos cuyas obligaciones laborales no guardan relación con los intereses jurídicos que se estiman preferentemente protegidos en los delitos en los que esta cualidad entra como elemento del tipo. Estos intereses básicos son: las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad básica, la sujeción a la ley de la Administración y de la Administración de Justicia⁶⁰. Por tanto si el sujeto no se encuentra ejerciendo algunas de estas actividades esenciales se caerá en una analogía prohibida por el tenor del art. 425 del CP.

3. La solución al aparente conflicto producido entre los artículos 425° y 392° del CP.

⁵⁹ Fundamento jurídico tercero de la Ejecutoria Suprema recaído en el R.N. N° 1923-2012-PIURA de fecha 15 de enero del 2013.

⁶⁰ JAKOBS, *Derecho Penal. PG. Teoría y fundamentos de la imputación*, (trad. Cuello Contreras/Gonzales de Murillo), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 994.

En la introducción de este trabajo se dijo que los artículos 425 y 392 del CP parecerían idénticos; pues mientras el primero define a efectos penales a quiénes se consideran funcionarios públicos o servidores público, el segundo, asimila por extensión lo que el primero prescribe por definición. De la misma manera se puso de manifiesto que este aparente conflicto⁶¹ desencadenaría la siguiente situación: si *los depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente* son de conformidad al inciso 4 del art. 425 CP funcionario públicos, automáticamente todos sus comportamientos quedarían abarcados por las diferentes modalidades del tipo de peculado (este tipo exige que el autor ostente dicha calidad especial)⁶², convirtiendo al art. 392 CP en una estipulación redundante y repetitiva, pues se superpondría al concepto de funcionario público establecido por el art. 425.4 CP⁶³ concordado con el art. 387 del CP. Sin embargo esta apreciación se disipa inmediatamente si se repara en el hecho que los depositarios de bienes embargados pueden ser de dos clases, por un lado, están los depositarios-funcionarios públicos, los cuales están incorporados a la organización burocrática del Estado y que por lo general su marco de actuación son los procesos penales (incautación o decomiso de bienes provenientes de delitos⁶⁴) y que tienen los

⁶¹ También cabe destacar que estos tipos penales colisionarían con parte del delito de apropiación ilícita agravada, pero el análisis de esta cuestión se hará *infra*.

⁶² Además de este requisito, debe ostentar un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado. Sobre esta cuestión, Vid. Al respecto, ALCÓCER POVIS, Eduardo. «La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya». en *Instituto de Ciencia Procesal Penal*, [en línea] Disponible en: www.incipp.org.pe, [Consulta: 08 de marzo de 2014], p.2.

⁶³ Así, ABANTO VÁSQUEZ, *El tratamiento penal de los delitos contra la administración pública*, p. 5.

⁶⁴ “El Reglamento de Bienes Materia de Delitos y de Efectos Decomisados”, publicado el 09 de julio del presente año en el Diario Oficial El Peruano, ha dispuesto expresamente que los bienes de procedencia delictiva en general serán internados en el “Almacén de Bienes Materia de Delitos y Efectos Decomisados”, si se trata de

bienes por razón del cargo⁶⁵, y por el otro, los depositarios-particulares, que no integran el aparato administrativo del Estado, y que únicamente adquieren ese status cuando son designados por el Juez, generalmente en el marco de un proceso civil, cumpliendo las formalidades establecidas en el normas del Código Procesal Civil.

Es dentro de este segundo grupo al que hace referencia el artículo 392 CP, y así debe ser entendido. En cambio el numeral 4 del artículo 425 CP abarcaría los casos del primer grupo de sujetos, de los depositarios-funcionarios. Esto se debe, como se explicó *supra*, a que el artículo 425 mantiene una concepción mayoritariamente administrativa, el cual se mantiene en el numeral 4. En ese sentido, los artículos 425.4 y el 392 del CP, son dos tipos penales independientes, que reflejan la técnica legislativa adoptada por nuestro legislador, mantener un concepto rígido en el art. 425 (no por ello es una «Disposición Común» a todos los delitos contra la Administración Pública), y flexibilizarlo este concepto en las cláusulas de extensión o en tipos específicos como el tráfico de influencias, colusión, cohecho, etc.

En similar sentido ABANTO VÁSQUEZ ha afirmado que el art. 425.4 está referido a «auténticos *funcionarios públicos* en el sentido penal de la palabra, es decir, a sujetos incorporados dentro de la organización estatal que, por razón de sus funciones actúan como depositarios o que, aunque pese a no ser esta su actividad funcional, han sido designados para ello. Dado que más adelante la propia ley penal hace extensiones de la autoría de los tipos penales contra la Administración Pública, debe interpretarse que

armas de fuego serán internados en la SUCAMEC, el dinero en el Banco de la Nación, las máquinas e instrumentos utilizados en la comisión de delitos monetarios en el Banco Central de Reserva del Perú. Es decir, estos bienes serán custodiados por funcionarios y servidores públicos que se encuentran incorporados en las entidades públicas mencionadas.

⁶⁵ HUGO ALVAREZ, *El delito de peculado*, Gaceta Jurídica, 1ª ed., Lima, 2006, p. 381

los casos concretos de colaboración con la administración (o sea de quienes no son funcionarios públicos ni siquiera en sentido penal) tienen que estar expresamente mencionados en los tipos penales específicos (como en el caso del “fraude a la Administración Pública”, “patrocinio ilegal” y el “cohecho”) y no pueden derivarse del numeral 4. En efecto, no debe olvidarse que a veces la parte especial prevé “cláusulas de extensión de la autoría” (p. ej. el artículo 386 para peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores y albaceas en caso de “fraude a la administración pública” y “patrocinio ilegal”) o tipos específicos con un círculo de autores o sujeto pasivo distintos de un funcionario público en sentido estricto (los peritos y miembros de órganos colegiados similares a los tribunales administrativos en los tipos de cohecho del 395, 396, 398, 398-A). Aquí no se trata de funcionarios públicos ni en sentido administrativo ni en sentido penal, sino de meros colaboradores de la administración pública que no están mencionados en el artículo 425»⁶⁶.

Lógicamente a lo anterior se le podría cuestionar lo siguiente: Si los numerales 1 y 3 del artículo 425 CP hacen referencia a una extensa clase de funcionarios públicos dentro del que se encuentra comprendido los depositarios que se encuentran incorporados a la Administración Pública ¿por qué entonces nuevamente el artículo 425.4 CP se está refiriendo a los depositarios-funcionarios? Esta aparente repetición de normas se ensombrece rápidamente si ponemos nuestra atención en que el objeto del delito de peculado propio debe ser de naturaleza pública, y así es comprendido por la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema⁶⁷. En ese sentido,

⁶⁶ ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública*, p. 34.

⁶⁷ Aunque el tenor literal del precepto de peculado no establece que los bienes sean públicos (a excepción de los objetos señalados en el artículo 388 CP que deben ser “pertenecientes a la administración pública”), el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 de fecha 30 de septiembre de 2005 sí lo exige, pues considera que uno de los objetos del bien jurídico protegido de este delito es “*garantizar el principio de*

como los depositarios-funcionarios generalmente tienen en custodia bienes de procedencia privada (los decomisos e incautaciones se efectúa sobre bienes de procedencia delictiva, es decir, de privados) su conducta sería impune debido a este aparente vacío en la regulación del delito de peculado. Esta es la razón por la que la previsión del art. 425.4 CP “*aunque pertenezcan a particulares*” debe ser entendida como una equiparación de los bienes privados a los objetos del delito de peculado, pero restringiendo su aplicación al ámbito de funciones de los *administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente*, quienes como dije deben ser funcionarios públicos incorporados a la Administración Pública.

la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública”; asimismo entiende que la «apropiación» consiste en “hacer suyo caudales o efectos que *pertenecen al Estado*” (Cursivas añadidas).

CAPÍTULO II.

ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS EN CONFLICTO

1. Cuestiones preliminares

Los delitos funcionariales son delitos especiales⁶⁸, en la medida que el autor sólo puede ser aquella persona que detenta la calidad de funcionario o servidor público. Sin embargo, los delitos de funcionarios que se fundamentan en el cumplimiento de deberes de carácter institucional, si bien no dejan de ser delitos especiales, su capacidad de rendimiento no se agota en la mera calidad del agente, a diferencia de los estos últimos. Este tipo de delitos funcionariales son diferentes a los delitos especiales porque son delitos de infracción de deber, estructurados sobre criterios materiales de imputación a diferencia de los delitos especiales, ordenados según condicionamientos formales impuestos por el legislador en el tipo penal.

Pero antes de desarrollar los delitos de infracción de deber es preciso referirnos a los delitos especiales. Son aquellos tipos penales que exigen que el autor del delito reúna determinada calidad especial⁶⁹, ellos sólo podrían realizar el tipo penal. Ahora bien, dentro de esta categoría se acostumbra a distinguir entre delitos especiales propios e impropios. En los primeros, la cualidad especial exigida por el tipo es determinante de la ilicitud del

⁶⁸ De ese modo es entendido por un gran basto sector de nuestra doctrina nacional, equiparando los delitos especiales con los delitos de funcionario, Por todos, ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la administración pública*, cit. p. 47

⁶⁹ GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. PG*, p. 391

hecho⁷⁰, por lo que en caso de faltar dicha calidad el comportamiento de que se trata simplemente queda exento de castigo, ejemplo de esta clase de delitos sería el delito de prevaricato. Los delitos especiales impropios, en cambio, la calidad especial es simplemente un factor de agravación –o eventual atenuación- de la penalidad, en caso de faltar dicha cualidad, el hecho de todos modos será sancionado a un título diverso, por ejemplo la violación a la intimidad realizada por funcionario público⁷¹.

Un sector dominante de nuestra doctrina siguiendo los postulados de la teoría de los delitos especiales señala que el delito de peculado es un delito especial impropio, pues sólo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos, pero en los casos que no se presente dicha cualificación especial su comportamiento sencillamente será reconducido y sancionado con la pena del delito común subyacente (del delito de hurto o el delito de apropiación ilícita, según corresponda). Desde esta perspectiva no habría ninguna diferencia sustancial entre los delitos de peculado con el de apropiación ilícita, en tanto el primero constituiría un mero delito agravado del segundo –por la condición del agente-. Entonces, se produciría en este caso una relación de tipo básico y agravado, tal y como sucede entre los tipos de hurto y robo. De modo que de presentarse algún concurso entre estos tipos penales el principio llamado a solucionarlo será el de especialidad. Sin embargo, no en todos los supuestos en los que el agente no detenta la cualidad especial operará automáticamente el delito común, ya que como veremos la conducta del obligado institucional (el funcionario

⁷⁰ *Ibíd.*; ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 47, señala que la propiedad de estos delitos viene dada en que no existiría un tipo penal común similar que pueda ser aplicable al sujeto si éste no reuniera la cualidad exigida en el tipo penal especial.

⁷¹ En este tipo de delitos especiales si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común, Así, ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 48

público) difícilmente podrá ser jurídico-penalmente subsumible en el tipo penal común o subyacente. Por eso para saber qué diferencias hay entre delitos de infracción de deber y delitos especiales, y dar respuesta a la cuestión planteada, es preciso conocer los criterios de imputación que están en las bases de estos tipos penales.

2. Los ámbitos de imputación en la responsabilidad penal del depositario judicial

Para Jakobs la actual configuración de la sociedad se edifica sobre la base de dos instituciones, la primera, la más básica se corresponde con el deber de no dañar la esfera de organización ajena, mientras la segunda se estructura sobre la base de instituciones sociales positivas.

2.1. Delitos de dominio

Toda persona tiene un ámbito de organización propio en la que realiza su desarrollo personal. El ser humano tiene como ciudadano el derecho a desarrollarse libremente, a organizar como desee su esfera individual pero como existe la posibilidad de que mediante dicha organización se genere riesgos para esferas individuales de terceras personas. El rol de ciudadano tiene una relación negativa que le obliga a evitar organizaciones defectuosas en su esfera personal que puedan afectar a los demás⁷². La observancia de este rol general (el de persona en derecho) incumbe a todos en igualdad de condiciones, permitiendo, por una parte, que la persona

⁷² JAKOBS, «La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», en *Los desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. LH al profesor Dr. Günther Jakobs*, YACOBUCCI (Dir.), Ara Editores, Lima, 2005, p. 103 y ss.; GARCÍA CAVERO, «Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el derecho penal», en *Sistemas Penales Iberoamericanos, LH al Dr. D. Enrique Bacigalupo*, 1ª Ed., Ara Editores, Lima, 2003, p. 166.

configure su propia esfera personal, pero, por otra parte, prescribe el deber de «no dañar a la otra persona»⁷³. La infracción de este mandato general de no lesionar a los demás da lugar a los denominados delitos de dominio (en Roxin) o delitos de organización (en Jakobs). Todo lo que el agente organice en el mundo exterior posee relevancia jurídico-penal, particularmente para la determinación del aporte en el hecho⁷⁴. El factor de imputación en los delitos de dominio es el dominio del riesgo (que se corresponde en terminología de Roxin con “el dominio del hecho”)⁷⁵. Aquí, las esferas de organización se encuentran separadas, relacionadas negativamente, pues se trata de espacios que jurídicamente deberían dejarse «intactos», y sólo a través del comportamiento delictivo se unen.

El deber que afecta a los delitos de dominio están referidos al deber general de “no dañar” a los demás en sus bienes (conocido como *neminem laede*). Su configuración originaria tiene un contenido negativo, porque no manda a configurar prestaciones positivas a favor de un determinado bien jurídico, sino que la obligación prescribe no lesionar, en otras palabras, la organización de la propia esfera personal debe ser tal manera que no origine consecuencias lesivas para los demás (la libertad de organización implica libertad por las consecuencias)⁷⁶. Por lo que la organización del portador

⁷³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.p. 36.

⁷⁴ En este tipo de delitos sí es posible diferenciar entre autores y partícipes. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber esto no es posible, pues todo obligado especial siempre responderá a título de autor ya sea que domine o no la situación lesiva para el bien jurídico, pues lo relevante es que infrinja su deber positivo

⁷⁵ La autoría y participación en los delitos de organización se constituye y determina mediante el dominio del hecho (mediante el *quantum* de lo organizado). SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 39

⁷⁶ JAKOBS basándose en HEGEL señala que el mandato jurídico general reza: «sé una persona y respeta a los otros como personas».

del deber, en el contacto con esferas de organización ajenas, debe permanecer dentro del riesgo permitido.

Lo determinante para la configuración de los delitos en virtud de organización es la lesión al rol general de ciudadano, es decir, la lesión del deber general de no dañar otros ámbitos de organización, es totalmente irrelevante si la infracción de este deber general debe producirse por comisión u omisión, lo cual, según JAKOBS⁷⁷, es sólo un detalle de técnica de administración. Esta última afirmación se ve materializado en el siguiente ejemplo: el propietario de un perro no solamente no debe azuzar al animal contra unos transeúntes (acción), sino que debe sujetarlo cuando el perro amenaza con morder a los transeúntes (omisión). Lo importante entonces es verificar que no se lesione el deber negativo, a saber, el no dañar la integridad física de terceras personas en el ejemplo citado.

2.2. Los delitos de infracción de deber

Tradicionalmente el Derecho penal distinguía solamente entre delitos de dominio y delitos especiales. Fue recién en 1963, con los trabajos de ROXIN –en su clásico *Täterschaft und Tatherrschaft*– cuando nace la categoría de “delitos de infracción de deber”⁷⁸. Este penalista alemán observó que en ciertos delitos el dominio del

⁷⁷ JAKOBS, *La idea de la Normativización en la Dogmática Jurídico-Penal*, p. 104.

⁷⁸ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*, 6ª ed., (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1998; en el Perú es partidario de esta concepción su discípulo PARIONA ARANA, «La teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias», en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 19 (2011), defiende la concepción roxiniana de la teoría de los delitos de infracción de deber, pues según este autor es, en esencia, un modelo explicativo de la problemática de la intervención en el delito; por lo cual se muestra en desacuerdo con la posición de JAKOBS, quien considera que los delitos de infracción de deber son el fundamento de la responsabilidad penal, p. 74 y ss.

hecho no rige para la determinación de la autoría⁷⁹. En la configuración de este grupo de delitos es irrelevante, para calificar a alguien como autor, que domine el hecho tan solo debe verificarse que infrinja el deber especial de protección al bien jurídico. El núcleo de estos delitos vendría constituido por la infracción del deber, pero no se está refiriendo al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino a deberes extrapenales procedentes de otros ordenamientos: «se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del derecho penal y que, por lo general se originan en otros ámbitos del derecho»⁸⁰. En suma, podríamos decir que la primera formulación (roxiniana) de los delitos de infracción de deber trató de explicar las diversas formas de intervención en el delito.

En JAKOBS, en cambio, el criterio de la lesión del deber no se erige en una regla para determinar la autoría, sino que es, además y sobre todo, fundamento esencial de la imputación jurídico penal⁸¹. En este tipo de delitos la incumbencia del obligado especial respecto del suceso no viene delimitada por la regla de si domina o no el hecho, sino que se determina en virtud del especial *status* del sujeto. Pero ese status o calidad especial proviene de instituciones socialmente configuradas.

El dominio del hecho carece de trascendencia en este tipo de delito, y sin relevancia del dominio del hecho, de la organización, cae por su propio peso la diferencia entre autoría y participación; antes bien, todo obligado especial que quebrante el deber será autor⁸². En ese sentido, el obligado será siempre autor, y ciertamente,

⁷⁹ OSSANDON WIDOW, «Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal», en *Política Criminal* 1 (2006), p. 3.

⁸⁰ CARO JOHN, «Delito de Infracción de un deber: fundamento y significación», En: *Normativismo e Imputación jurídico-penal: Estudios de derecho penal funcionalista*, p. 70

⁸¹ SÁNCHEZ VERA-GÓMEZ TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 39

⁸² *Ibíd.*

independiente de que él ostente el dominio del hecho o no; p. e. El magistrado que se sirve de un tercero para recibir un donativo de una de las partes que sólo quiere obtener la sentencia a su favor, comete un delito de infracción de deber (corrupción de funcionarios, art. 395 CP), no obstante no tomar él personalmente el donativo⁸³. Con esto, se puede ver con claridad que sólo basta ser portador del deber positivo para ser responsable por este tipo de delitos, hasta el punto que su presencia convierte un delito común en un delito de infracción de deber. P. e. La muerte de hijo menor de edad es siempre delito de infracción de deber para los padres.

En ese sentido para el obligado especial el delito cometido es simplemente y por completo un delito de infracción de deber, un delito especial respecto del cual no tiene sentido preguntarse si constituye un delito propio o impropio pues la existencia de un tipo común subyacente es absolutamente irrelevante⁸⁴. En el fondo, todo delito de infracción de deber tiene una base material similar a la de los delitos especiales propios y diversa a la de los delitos comunes: la calidad especial del autor es, también para estos casos, el fundamento de la ilicitud de la figura⁸⁵.

La cualidad o el *estatus* de obligado especial no se deriva de la mera calidad de funcionario o de la exigencia impuesta por el tipo penal, sino, ante todo, en la existencia de una institución socialmente configurada⁸⁶. Estas instituciones tienen un contenido

⁸³ CARO JOHN, *Normativismo*, p. 69.

⁸⁴ Para el caso de los partícipes si cabe plantearse la propiedad e impropiedad de los delitos de infracción de deber. Con más detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. PG*, p. 723 y ss.

⁸⁵ OSSANDON WIDOW, en *Política Criminal*, p. 7.

⁸⁶ Una institución en el sentido de la ciencias sociales es una forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída de la disposición del hombre individual y que más bien la constituye, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Bosch Editor, Barcelona, 1999, nota al pie 74.

positivo, el mandato de edificar un mundo en común con el beneficiario. La institución es, también, la que establece el haz de derechos y obligaciones a las que se encuentra sujeto el obligado institucional. No debe tratarse de deberes aislados para configurar un delito de esta clase, sino que ha de tratarse de deberes relacionados con una institución que determine el estatus de la persona. La relación institucional entre el autor y el bien jurídico ya existe con anterioridad a la lesión, en cambio, en los delitos de dominio, como se dijo, esta relación se establece mediante el comportamiento delictivo.

Las instituciones más importantes para el Derecho penal, según jakobs, son: la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial y los deberes estatales⁸⁷. Únicamente nos ocuparemos de los dos últimos deberes por ser importantes para la interpretación de los delitos de peculado y apropiación ilícita que ulteriormente se efectuará.

a) La confianza especial

JAKOBS señala que la confianza especial es una institución relevante para el derecho penal, pues fundamenta aquellas parcelas de la sociedad en donde se genera una comunidad de vida de protección de bienes. El contenido esencial de esta institución impone al obligado institucional el deber de mejorar la situación de los bienes⁸⁸. Esta confianza se dirige a que otras personas, en los contactos sociales, no se comporten contradictoriamente sin motivo plausible⁸⁹.

La confianza especial puede aparecer de dos formas: como confianza que genera garantía o como confianza que proporciona

⁸⁷ Vid. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Teoría y fundamentos de la imputación*, p. 995 y ss.

⁸⁸ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. PG*, p. 370.

⁸⁹ JAKOBS, *Derecho Penal. PG.*, p. 999.

garantía. En el primer caso, el destinatario de la confianza especial entra en una relación que le atribuye la competencia de aseguramiento de un bien o enfrentamiento a un peligro. Esta tipología abarca desde la acogida de personas necesitadas de cuidado hasta la administración del patrimonio ajeno o la gestión de negocios ajenos. Por eso es importante que el obligado realice su promesa de auxilio antes de la situación de necesidad y ejecutar actos de organización para el supuesto venidero de la situación de necesidad (el objeto de la confianza especial es el auxilio que obligatoriamente tiene que activar el portador del deber en la situación de necesidad)⁹⁰. De todos los supuestos que JAKOBS ubica en esta tipo de institución, la que nos importa destacar es *la confianza que da lugar a garantía frente al titular de aquellas organizaciones que sustituyen a la protección elemental estatal*, en la medida en que la sustitución además se ponga en práctica : bomberos voluntarios, hospitales privados (o de la Iglesia), pero fáctico-públicos, servicios de guardia médicos no organizados por el Derecho público, vigilancia de bañistas en aguas de acceso general, etc. Se descartan las organizaciones con funciones de protección menos elementales. Ejemplo: los bomberos voluntarios locales se encuentran obligados a extinguir el fuego de la casa del avaro que nunca ha donado nada a los voluntarios, sin embargo, el único empresario de grúa disponible no tiene que sacar de la cuneta el coche de su enemigo acérrimo. Si bien no existe un deber de que se mantengan indefinidamente en el tiempo estas organizaciones (los bomberos voluntarios no tienen la obligación mantener su organización indefinidamente), no es menos cierto, que esto debe llevarse a cabo desmontando la confianza especial y no interrumpiéndola súbitamente; así pues, sólo es eficaz jurídicamente la retirada de la promesa de auxilio antes de la situación de necesidad⁹¹.

La confianza especial que proporciona garantía, por su parte, tiene lugar en supuestos en los que una competencia institucional es

⁹⁰ *Ibíd.* p. 1001.

⁹¹ *Ibíd.*

administrada por una organización y debe determinarse al interior de la misma a quién le corresponde el cumplimiento de la competencia. Este tipo de confianza especial tiene lugar en el marco de los servicios médicos de hospitales o centros de salud⁹², así como también, en organizaciones estatales y la protección estatal elemental. En estos últimos los deberes genuinamente estatales se dirigen al funcionario competente en concreto a través de (o a) la persona, responsable en concreto de la organización, que actúa en lugar del Estado. También hay delegaciones al ciudadano, a quien se emplea como funcionario *ad hoc*, p. e., en la transferencia de deberes de cooperación en la búsqueda judicial de la verdad, a los testigos⁹³.

b) El Estado

Al Estado le corresponde un conjunto de deberes positivos frente a los miembros de la sociedad. Si bien no responde penalmente por sí mismo, sí lo hacen los titulares de la función pública que actúan en su propia representación. JAKOBS diferencia dentro de los deberes estatales los que derivan de las relaciones estatales de poder y los que se corresponden con los fines estatales⁹⁴. En los primeros se establecen competencias institucionales cuando el ejercicio del poder, sobre el cual el Estado tiene el monopolio, empeora las condiciones de existencia de bienes (por ejemplo, el abuso de autoridad que puede cometer cualquier funcionario). En el segundo grupo de deberes del Estado se encuentran aquellas prestaciones que ha llevar a cabo irrenunciablemente: Asistencia elemental, seguridad interior y exterior, el respeto a los principios del Estado de Derecho (especialmente la sujeción de la Administración a la ley), la protección del medio ambiente, etc. La infracción de estos

⁹² *Ibíd.*, p. 371.

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho*, p. 183.

deberes puede dar lugar a la configuración de un delito de infracción de un deber.

2.3. Diferencia entre los delitos de infracción de un deber y los delitos especiales

Las ideas precedentes nos permiten afirmar que el binomio delitos de dominio/delitos de infracción no resulta equiparable al binomio delitos comunes/delitos especiales, de manera que nos distanciamos de aquel sector de la doctrina que entiende que los delitos comunes son delitos de dominio y los delitos especiales delitos de infracción de un deber. El criterio de la separación de esferas (delitos de organización o delitos de dominio) y la vinculación de esferas (delitos de infracción de deber) aportan elementos materiales para la atribución de responsabilidad penal; por el contrario, el segundo grupo de delitos (comunes y especiales) se basan en condicionamientos formales impuestos por legislador. Entonces, si bien en muchos casos ambas categorías coinciden formalmente, ellas tienen contenidos y funciones diferentes⁹⁵.

En los delitos de infracción de deber, el autor es un obligado especial en virtud de un deber de carácter institucional. Ejemplo de esta clase de delitos sería, el delito de cohecho, o el delito de colusión. En cambio, en los delitos especiales, el autor no es necesariamente el portador de un deber especial, pues lo que identifica a los delitos especiales es el elemento *típico* especial que caracteriza a la persona del autor, la función que cumple este elemento en los delitos especiales es delimitar el círculo de posibles autores. Ejemplo de un delito especial que no contiene deber institucional es el delito de “amotinamiento” previsto en el artículo 415 CP, el cual sólo puede ser cometido por los sujetos que tienen la calidad de “detenidos o internos”.

⁹⁵ GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. PG*, pp. 391-392; Igualmente CARO JOHN, en *Normativismo e Imputación jurídico-penal: Estudios de derecho penal funcionalista*, p. 80.

Los delitos comunes, en cambio, no exigen en la descripción típica una calidad especial de autor. Los destinatarios de la norma son, por tanto, todos los ciudadanos (naturales, pues la empresa no responde penalmente) que han dominado el hecho o debido controlar el riesgo. Sin embargo, la forma de descripción usual que los delitos comunes utilizan «el que...», no debe llevar a pensar que este aspecto de la redacción es determinante de la categoría del delito, pues si bien la redacción empieza con el típico “el que”, pero no obstante, a través de otros elementos del tipo se configura un status especial, se tratará de un delito especial (en sentido amplio o estricto). Este es el caso, por ejemplo, del delito de contabilidad paralela (art. 190 CP)⁹⁶.

Los delitos de dominio pueden estar configurados típicamente (formalmente) como delitos comunes o delitos especiales, en uno u otro caso las consecuencias son distintas. Cuando un delito de dominio es tipificado como delito común, el rol de ciudadano es atribuido potencialmente a todos. No se considera posición especial alguna como elemento configurador del hecho punible y, por tanto, no se exige de los destinatarios de la norma una especial ordenación de su esfera de organización, sino sólo la de no dañar en general a los demás⁹⁷, en este caso, el agente responderá por las consecuencias lesivas generadas por su propia esfera de organización y por aspectos de su organización que el mismo haya asumido voluntariamente.

La situación cambia, sin embargo, cuando el delito de dominio está expresado típicamente como delito especial, pues no se trata de un rol especial con competencias institucionales, sino del rol general de ciudadano concretado en un marco determinado. Por eso SILVA

⁹⁶ GARCÍA CAVERO, «El sistema funcional de imputación en la determinación de la responsabilidad penal del administrador de la empresa», en *RPDJP*, N° 1, Lima, p. 511.

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 515

SÁNCHEZ⁹⁸ acertadamente señala que los delitos especiales de dominio no son dogmáticamente distintos, sino sólo legalmente distintos, a los delitos comunes. El factor de imputación en esta clase de delitos sigue siendo el dominio del riesgo pero dentro de un marco delimitado expresamente por la ley penal. Ejemplo de este tipo de delitos, es el delito de atentado contra el sistema crediticio cometido por el administrador –de una persona jurídica– sometido a un procedimiento concursal (art. 209 CP), aquí para que el administrador sea responsable penalmente debe haber dominado el riesgo de defraudación de los acreedores. Tiene que haber realizado activamente o mediante terceros subordinados alguna de las conductas tipificadas en los artículos 209 y ss. del CP. La responsabilidad penal también puede extenderse a los casos de comisión por omisión, pues es evidente que dicho administrador se encuentra en una posición de garantía. Pero si el administrador de la empresa no ha dominado el riesgo, sino que éste ha sido creado o aumentado por terceras personas (por ejemplo, el socio mayoritario o el propietario de la empresa), el administrador no podrá responder penalmente, pues, pese a tener el status de deudor, no ha dominado el riesgo, ni tampoco ha omitido cumplir con un deber de garante. Sólo podrá hacersele responsable, por tanto, si ha permitido al socio mayoritario realizar alguna de las conductas que configuran el delito de atentado contra el sistema crediticio.

En lo que respecta a los delitos de infracción de deber, estos también pueden ser comunes o especiales. Serán comunes cuando la competencia institucional no se encuentra particularizada, como ejemplo de delitos comunes de infracción de deber, tenemos el artículo 127 del CP, el cual está referido a la represión del delito de omisión de socorro o dar aviso a la autoridad. Por su parte, los delitos especiales de infracción de deber (delitos especiales en sentido estricto) abarcan aquellos casos en que los deberes propios de una institución están más claramente positivizados,

⁹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005, p. 66.

constituyendo una ejemplo paradigmático de ello los deberes correspondientes a la función pública en los supuestos de los delitos cometidos por funcionarios públicos⁹⁹.

Después de este breve recorrido, en el que se ha visto los criterios de imputación por lo que puede responder el depositario judicial (los delitos de dominio y delitos de infracción de deber), corresponde aterrizar todas estas herramientas conceptuales en los delitos concretos de apropiación ilícita y peculado, para saber si en realidad son delitos de dominio o delitos de infracción de deber, y a su vez, comunes o especiales.

3. Elementos constitutivos de los delitos de apropiación ilícita y peculado

3.1. Del delito de apropiación ilícita

El delito de apropiación ilícita tiene varios aspectos típicos que lo dotan de autonomía, sin embargo el propósito de esta parte del trabajo no es realizar un análisis pormenorizado de este tipo penal, rebasaría los objetivos del presente trabajo, lo que se pretende es desarrollar algunas cuestiones más resaltantes que nos permita establecer diferencias y semejanzas con el tipo penal de peculado y, consiguientemente, desentrañar la cuestión de si la apropiación ilícita es para el competente institucional un delito subyacente común al delito peculado.

Como primera cuestión debe indicarse que el bien objeto de la conducta de apropiación ilícita se encuentra en el ámbito de organización del sujeto activo antes de la realización del delito. Es el propio sujeto pasivo quien le transfiere los bienes al agente pero no en propiedad sino con la obligación de entregar, devolver, o

⁹⁹ PINEDO SANDOVAL, *Imputación Objetiva. Introducción a sus conceptos elementales*, Palestra, Lima, 2013, pp. 79-80.

hacer un uso determinado al término de lo acordado por ambas partes. El incumplimiento de tales deberes de restitución¹⁰⁰ es lo que da lugar a la configuración del delito en cuestión.

a) Bien Jurídico Protegido

En este delito el bien jurídico protegido es aún objeto de una ardua discusión. Así para algunos sería el patrimonio, otros la propiedad, otro sector el derecho de crédito y, finalmente, para otros sería la confianza depositada en el sujeto poseedor. En la doctrina nacional es ampliamente mayoritario el parecer de BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO¹⁰¹, quienes sostienen que en la apropiación ilícita “*se protege el patrimonio, pero más concretamente la propiedad. En el caso de bienes fungibles – generalmente dinero- se protege, además, un derecho de crédito*”.

¹⁰⁰ Por eso tradicionalmente se caracteriza la dinámica comisiva de este delito conformada de dos elementos: por un lado, la previa existencia de un título que hubiera motivado la recepción de la cosa por parte del sujeto activo, y que le hubiere impuesto, simultáneamente, la obligación de devolverla o aplicarla a un determinado fin; por otro lado, y en segundo lugar, la verificación, por parte de este mismo sujeto, de un comportamiento de contenido apropiatorio sobre dicho objeto recibido. Vid. Al respecto, SIMONS VALLEJO, «Sobre el contenido injusto de los delitos de apropiación indebida (reflexiones a propósito de los arts. 252 y siguientes del Código penal español)», en *Revista Penal* 15 (2005), p. 152 y ss.

¹⁰¹ BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho Penal. PE*, 4ª Ed., Editorial San Marcos, Lima, 2010, p. 329. De igual parecer, GALVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho penal. PE*, t. II, Jurista Editores, 2011, p. 865; REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Cuándo un caso es penal y no civil: casos complejos en la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p 13 y ss.; PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. PE*, t. III, IDEMSA, Lima, 2010, p. 283 y ss. Sin embargo este último se muestra en desacuerdo con la clasificación que tiende a considerar que el bien jurídico protegido en bienes no fungibles es la propiedad, mientras que en bienes fungibles (como el dinero) sea el crédito, porque a su parecer se terminarían criminalizando meros incumplimientos contractuales.

La Jurisprudencia, aunque ambivalente, tiende a considerar a la propiedad como el objeto protegido por este dispositivo penal; sin embargo ciertos fallos judiciales han establecido que el delito de apropiación ilícita buscaría sancionar el “abuso de confianza”¹⁰².

b) Sujeto Activo Y Pasivo

Se trata de un delito especial¹⁰³ de infracción de deber. Autor de este delito solo podrá ser aquel que tiene con el sujeto pasivo una relación jurídica de la cual se derive el deber de restitución de los mismos. El sujeto pasivo será el propietario de los bienes indebidamente apropiados, aunque quien transfiere la posesión y quien sufre el perjuicio no tienen por qué ser la misma persona, ni siquiera es necesario que coincida la persona que efectúa la entrega y aquella a la que debía devolver el sujeto activo¹⁰⁴. Se trata sólo

¹⁰² Ejecutoria Superior de fecha 08 de agosto de 2002 (Exp. N° 3148-01): “Si bien el encausado se desempeñaba como administrador de la referida empresa de transporte, en la sucursal de Lima, no fue él la persona quien recibió la mercancía, sino que fue un empleado de la sucursal de la agencia de Huancayo, por lo que no se reuniría el doble requisito que debe revestir el agente, esto es: la recepción de la cosa y la del título que produzca la obligación de entregarla, devolverla o darle un uso determinado, estando a lo que se trata de evitar con el delito de apropiación ilícita **es el abuso de confianza**” (en REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Cuándo un caso es penal y no civil*. p. 15).

¹⁰³ En nuestra doctrina es dominante esta comprensión del delito de apropiación ilícita como delito especial. Por todos PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. PE*, p. 284; GÁLVEZ VILLEGAS/DELGADO TOVAR, *Derecho penal. PE*, p. 868 sostienen que los terceros que ayudan al sujeto activo no pueden ser considerados autores sino a lo mucho partícipes.

¹⁰⁴ De otro parecer, se observa en la Ejecutoria Superior de fecha 23 de agosto de dos mil once emitida por la Primera Sala Superior de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque: “El delito de apropiación ilícita es un delito especial propio que comete el ciudadano que habiendo recibido un bien mueble, como una suma de dinero, no lo devuelve, entrega a otro o usa de la manera convenida a través de un contrato, por ejemplo de comisión, administración o depósito; haciéndolo suyo, en perjuicio de la *persona que se lo*

que el agente incumpla los deberes derivados del título por el que recibió los bienes, siendo indiferente si los bienes deben ser restituidos a la misma persona u otra.

c) Conducta típica

Como se dijo, el titular de los bienes debe entregarlos al sujeto activo de manera lícita y voluntariamente, la ausencia de este elemento da pie a la realización de cualquier otro delito patrimonial¹⁰⁵. En ese sentido, el título se convierte en la causa originaria por la cual el sujeto activo recibe los bienes y, a la misma vez, es la que instituye la obligación de entregar o devolver los bienes al sujeto pasivo. Esta especial configuración de este delito, en donde los bienes son poseídos por el sujeto activo, pone en una posición de garante a éste último por un especial vínculo de confianza.

El modo o el comportamiento punible de este delito es la “apropiación”^{106 107}. Su tipicidad se configura, entre otros elementos, mediante dos actos esenciales: el acto de expropiación ideal al sujeto pasivo del delito (el mero uso de la cosa no es típico), y la correlativa apropiación ideal por parte del sujeto activo (de tal manera que tampoco rellena el tipo esconder la cosa o

entregó; quien generalmente es su propietario y en ocasiones quien tiene un derecho de crédito sobre dicho bien” (cursivas añadidas).

¹⁰⁵ OLIVER CALDERÓN, «Estructura típica común de los delitos de hurto y robo», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, 1er semestre, Valparaíso, 2011, p. 362, señala que lo que caracteriza al hurto es la ruptura de la custodia ajena y la constitución de nueva custodia sobre la cosa.

¹⁰⁶ Por eso la apropiación ilícita se configura como un delito de lesión patrimonial, Así, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. PE*, t. II, Ed. Grijley, Lima, 2007, p. 413.

¹⁰⁷ sin embargo, cierto sector de la doctrina ha indicado la posibilidad de penalizar el “uso” indebido de bienes. Véase en ese sentido, REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Cuándo un caso es penal y no civil: casos complejos en la jurisprudencia*, p 34.

cambiarla de sitio para que el sujeto pasivo no la encuentre, etc.); el sujeto ha de comportarse, en fin, como dueño. Estos dos elementos, de forma conjunta, dan lugar a la apropiación en sentido delictivo¹⁰⁸.

Los títulos previstos de forma enunciativa (*numerus apertus*) en el texto del artículo 190 CP son el depósito, comisión, administración. En lo que respecta al depósito, se tiene que puede ser de dos clases el depósito voluntario¹⁰⁹ y el depósito necesario¹¹⁰, en ambos casos el depositario se compromete a custodiar un determinado bien y devolverlo al término del plazo o cuando lo solicite el depositante.

La comisión está regulada en el artículo 237 del Código de Comercio¹¹¹, es un contrato en el que el comitente encomienda al comisionista la realización de uno o más negocios, por cuenta y en interés del primero. El comisionista responderá penalmente por el delito de apropiación ilícita cuando incumpla sus obligaciones, lo que ocurrirá cuando se apropie de los fondos (art. 258 CdC) o mercaderías recibidas (art. 259 CdC).

La administración engloba a la función de custodia, pues no solo evoca un cuidar, vigilar, proteger, sino que es más amplia, como es el invertir, el poner a producir, el aplicar a una determinada tarea productiva. La administración se desenvuelve en un rendimiento. La custodia es, preferentemente conservación.

¹⁰⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en *Dogmática y ley penal. LH a Enrique Bacigalupo*, t. II, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 1213.

¹⁰⁹ Artículo 1814 CC: “Por el depósito voluntario el depositante se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante”.

¹¹⁰ Artículo 1854 CC: “El depósito necesario es el que se hace en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos”.

¹¹¹ En adelante CdC.

Todos estos títulos, en definitiva, son títulos traslativos de posesión y no de propiedad¹¹², que imponen al depositario, comisionista o administrador la obligación de devolver y restituir al término de vínculo que une al agente con el titular de los bienes.

d) La tipicidad subjetiva: la irrelevancia del animus rem sibi habendi.

Si bien se parte que el delito de apropiación ilícita es netamente doloso, sin embargo a la hora de dotar de contenido a este elemento subjetivo se percibe que en la doctrina aun reina un parecer anclado en una posición tradicional del dolo (como conocimiento y voluntad), tal y como lo ha puesto de relieve MORALES CAUTI¹¹³. Este autor destaca que en la actual discusión existen tres posiciones¹¹⁴ que explican el tipo subjetivo en el delito de apropiación ilícita. La primera es la tesis volitiva¹¹⁵, la cual exige la concurrencia de dos ingredientes: el conocimiento y la voluntad (de apropiarse de un bien mueble ajeno). La tesis cognitiva¹¹⁶, en segundo lugar, entiende que para la configuración del dolo en el delito de apropiación ilícita no se requiere de ningún elemento volitivo, siendo suficiente que el autor conozca los elementos objetivos del tipo, es decir, que haya sabido que la cosa era ajena (la ajenidad de la cosa). Finalmente, la tesis mixta¹¹⁷, dota de relevancia a ambos elementos (el conocimiento y la voluntad) aunque priorizando en cierta medida el primero sobre el segundo. Las tesis volitivas y mixtas son las que además del dolo exigen un especial *animus rem sibi habendi* en el autor. Sin embargo los

¹¹² VILLA STEIN, *Derecho Penal. PE. II-A. Delitos contra el patrimonio*, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 107.

¹¹³ MORALES CAUTI, Julio, «El contenido del tipo subjetivo en el delito de apropiación ilícita. Irrelevancia del animus rem sibi habendi», en *JUS Doctrina & Práctica* 9 (2008), p. 65.

¹¹⁴ *Ibíd.*

¹¹⁵ *Ibíd.*, pp. 65-66.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ *Ibíd.*, pp. 66-67.

partidarios de la teoría cognitiva-normativa del dolo han puesto en evidencia las deficiencias de estas tesis, primordialmente cuestionan la poca relevancia que tiene una actuación motivada por un ánimo de apropiación (querer hacer suya la cosa) si finalmente con absoluto conocimiento de que se está efectuando un acto de apropiación, en el sentido típico del verbo, se continúa con dicho proceder ilícito en desmedro del bien jurídico protegido por el tipo penal. En este orden de idea, sostienen que el *animus rem sibi habendi* resulta intrascendente, lo único que importa en el ámbito subjetivo del tipo es si contaba o no con el conocimiento debido (de la ajenidad del bien). Ese conocimiento o la falta de éste es lo que permite fundamentar o eximir de responsabilidad subjetiva al agente¹¹⁸.

3.2. Del delito de peculado

a) El bien jurídico protegido

La doctrina nacional para la definir el bien jurídico de un determinado delito recurre generalmente a su ubicación en el Código Penal para automáticamente vincular su objeto de protección con el bien expresado en el tipo penal, eso es exactamente lo que se aprecia en los delitos contra administración pública en el cual lo jurídico-penalmente protegido serán intereses de dicha administración. En el caso del delito de peculado existen tres tendencias: la patrimonialista, la institucional y la mixta. La vertiente patrimonialista postula que el bien jurídico protegido es el patrimonio administrado por la administración pública. La perspectiva institucional¹¹⁹ ha destacado que el tipo penal de peculado buscaría proteger los deberes de lealtad y probidad que

¹¹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 72

¹¹⁹ REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 30. La calificación de institucional de esta opinión doctrinal pertenece a GARCÍA CAVERO, *El delito de Colusión*, Grijley, Lima, p. 19 y ss.

grava a todo funcionario, sancionándose el incumplimiento de disponer correctamente el patrimonio estatal que administra. Finalmente, hay quienes, agrupando las tendencias anteriores, sostienen que este delito es de naturaleza pluriofensiva y protegería tanto el patrimonio de la Administración como los deberes de los funcionarios públicos¹²⁰.

El delito de peculado es un delito especial de infracción de deber en el que el obligado institucional, que es el funcionario que tiene el rol específico de administrar, percibir o custodiar el patrimonio estatal, sólo será responsable penalmente en la medida que realice un acto de administración desleal de dicho patrimonio. Por eso el criterio que se condice mejor con esta hipótesis es la institucional, sin embargo, los deberes de estos funcionarios no están circunscritos a la protección de deberes de lealtad y probidad, pues no es función del derecho penal crear deberes de buen comportamiento en los funcionarios públicos, ni tampoco su función está orientada a criminalizar el simple incumplimiento de deberes personales –pues la persecución de los mismos puede ser muy nociva para la capacidad funcional del sistema social¹²¹– si ello no tiene un correlato en la afectación de los derechos o de las legítimas expectativas de la ciudadanía¹²². Por ello, el deber específico institucional del funcionario vinculado institucionalmente está esencialmente orientado al resguardo de intereses patrimoniales, no se protege el patrimonio en sí mismo

¹²⁰ Así, ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 480.

¹²¹ ROXIN, *Derecho Penal, PG: Fundamentos, La Estructura de la teoría del delito*, (Trad. Luzón Peña), t. I, Civitas, Madrid, 1997, p. 56.

¹²² Cfr. OSSANDON WIDOW, *Sobre la calidad del empleado público*, p. 3, entiende que «la tradicional apelación al deber de lealtad funcional no puede significar otra cosa que la necesaria sumisión del agente a la ley en el cumplimiento de objetivos de interés general. Así, lo protegido no es el vínculo existente entre la Administración y las personas que de ella dependen, sino el propio desempeño de la función pública, por ser esto lo que puede llegar a afectar –en términos de perjuicio o beneficio– a la ciudadanía».

considerado, sino en cuanto vinculado a prestaciones generales o específicas a los ciudadanos¹²³.

b) Sujeto activo

El sujeto activo es el funcionario vinculado institucionalmente con la administración y la función concreta de gestionar el patrimonio del Estado. El artículo 387 CP ha restringido el círculo de autores a los funcionarios que administran, perciben o custodian caudales o efectos confiados por *razón de su cargo*¹²⁴, no es suficiente que los posea con “ocasión de sus funciones”, sino que debe poseerlos en función de lo dispuesto por la ley. No obstante, esta exigencia puede faltar en los supuestos de delegación de competencias, en el que el funcionario obligado delega esta función en otros funcionarios de la administración, produciéndose una desvinculación del obligado originario y la vinculación del funcionario delegado, pero siempre y cuando el marco normativo en el que actúa el funcionario competente no excluya tal posibilidad y el acto de delegación sea legítimo¹²⁵.

El ejercicio de esta “relación especial de disponibilidad”, ya sea del funcionario competente originario o delegado, origina una serie de deberes positivos específicos que están referidos, esencialmente, a la conservación y correcta administración de los bienes. La función específica permitirá determinar su esfera de competencia del funcionario o servidor, y a su vez, los deberes que dentro de esa

¹²³ Lo que se traduce en la ruptura de la confianza depositada por la Administración en el funcionario público. GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, 3ª ed., Bogotá, 2008, p. 214

¹²⁴ En el mismo sentido ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 336.

¹²⁵ El delegante debe ser el administrador legal de los caudales y el delegado deber tener la condición de funcionario público. Así, REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado*, pp. 34-39.

posición especial debe cumplir. Por ello, en los casos en que no se constate en el agente esta exigencia típica de relación funcional no se le podrá imputar el delito de peculado sino que se habrá cometido un delito patrimonial común.

c) conducta típica

El peculado contempla dos modalidades típicas: la apropiación y utilización. Ambas modalidades las contempla el artículo 387 y parcialmente el peculado de uso, éste último recoge la *utilización* para los casos de uso de “instrumentos de trabajo” de la Administración Pública. Respecto a la primera modalidad (la “apropiación”) como los bienes se encuentran en el ámbito de funciones del funcionario se realizará un acto de apropiación cuando disponga indebidamente del bien, ajeno a la función pública a la que estaban destinados¹²⁶.

En cuanto a la “utilización” debe indicarse que es una modalidad delictiva que se ubica dentro del denominado peculado por distracción o peculado de uso. Comúnmente se define como la aplicación privada temporal de los bienes sin consumirlos o extinguirlos para regresarlos luego a la esfera pública¹²⁷, por eso los bienes no deben ser fungibles. Esta modalidad reprime los usos temporales con una restitución posterior¹²⁸, sin embargo una interpretación así dificulta distinguirla de una conducta apropiatoria, es por ello, que cierto sector de la doctrina aconseja entender la *utilización* como la pérdida de valor del bien de la cual el agente se haya apropiado¹²⁹, pero este valor tiene que ser de tal

¹²⁶ *Ibíd*em, p. 341.

¹²⁷ ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 344.

¹²⁸ *Ibíd*em, p. 345.

¹²⁹ La peculiaridad del patrimonio público estriba en que se encuentra enderezado a la consecución de fines públicos, además la especial calidad del funcionario público como sujeto de deberes para con esos fines, justifica la existencia de tipos penales en el que lo protegido es el simple uso indebido de bienes, conducta que, sin embargo, carece

entidad que justifique el recurso al derecho penal como medio de represión de estas conductas.

Tanto el peculado por utilización como el peculado por utilización se encuentran incluidos en el artículo 387 y sancionados con el mismo marco penal, salvo el supuesto referido al uso de instrumentos de trabajo de la Administración Pública (artículo 388)¹³⁰ el cual tiene una pena distinta. Esta equiparación penológica entre las citadas modalidades del delito de peculado ha sido duramente criticada por la doctrina, pues afecta parámetros de proporcionalidad¹³¹.

En cuanto al objeto del delito de peculado, ya se ha mencionado, que tienen que ser públicos¹³², aunque el tipo no lo dice expresamente pues utiliza los términos “caudales o efectos”¹³³, la doctrina y jurisprudencia de nuestro país entiende que los bienes deben pertenecer al Estado o pertenecientes a las entidades integrantes de la Administración Pública *sobre los cuales el agente tiene deberes de custodia, administración o percepción*. Estos títulos son los que delimitan la esfera de competencia del

de correlato en el ámbito de la economía privada. Al respecto, Vid. HERNÁNDEZ BASUALTO, *La administración desleal*, p. 212 y ss.

¹³⁰ ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 372.

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² Así es entendido por la doctrina y jurisprudencia especializada de nuestro país, véase por ejemplo el Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116 de fecha 30 de septiembre de 2005, el cual exige expresamente esta especial naturaleza pública. Siguiendo de este modo su concepción primigenia (el denominado crimen de *peculatus* -surgido en Roma a inicios del Imperio-). BALMACEDA HOYOS, «Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco», en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, Año 19, 2 (2012), p. 47.

¹³³ *Ibíd.*, p. 347-349, los caudales a todo tipo de bien mueble con contenido económico –especialmente el dinero-, en tanto los efectos son los documentos de crédito negociables (títulos valores, bonos, etc.).

funcionario, por lo que sola tenencia material de los bienes es insuficiente para la configuración de un delito de peculado. Es evidente que como la administración implica la capacidad de disponer y gestionar el patrimonio estatal, será desde un punto de vista probatoria, más complicado de acreditar que los casos en los cuales el funcionario detente sólo un deber de custodia o percepción. Por lo demás, cabe destacar que la naturaleza pública de los bienes exigida por el delito de peculado descarta toda posible imputación por este delito a los “funcionarios” de las empresas del Estado (art. 425.3 CP), particularmente en los supuestos en que el Estado es socio mayoritario del capital de una empresa, pues aun cuando todavía es objeto de discusión su cualificación especial de funcionarios públicos, es innegable que los bienes no pueden ser considerados públicos en nuestro ordenamiento jurídico dado que la creación de estas sociedad dan lugar a una persona jurídica distinta a la de sus accionistas individualmente considerados^{134 135}.

En síntesis, las hipótesis de peculado recogidas en el Código Penal son las siguientes: peculado por apropiación y utilización simple o agravado (art. 387, y 388 respectivamente), peculado doloso y culposo (art. 387), peculado por la naturaleza asistencial de los bienes (art. 387, tercer párrafo), malversación simple y agravada (art. 389), y, negativa a un pago o entrega de bienes (art. 390 y 391 respectivamente).

¹³⁴ El artículo 22 de la LGS establece que “El aporte transfiere en propiedad a la sociedad el bien aportado”, mientras que el artículo 6 del mismo texto legal señala que: “La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción”.

¹³⁵ A diferencia del Código Penal Colombiano del año 2000 que en su artículo 397 incluye dentro de los bienes objeto de este delito a “las empresas o instituciones del Estado”, “bienes o fondos parafiscales” y, “bienes de particulares”.

d) Necesidad de un perjuicio patrimonial

Aun cuando el tipo penal de peculado no haya establecido expresamente un determinado perjuicio patrimonial, la jurisprudencia viene exigiendo su comprobación a través de la conocida “pericia técnica valorativa”. En ese orden ideas, este delito sería uno de lesión, por lo que en los casos en que no exista un perjuicio pero se constata el comienzo de un acto de apropiación se castigaría como un delito a título de tentativa (artículo 16 CP), que por ejemplo sucederá en el caso que un funcionario es descubierto cobrando un cheque por concepto de viáticos que por ley no les correspondía.

4. Balance

De las consideraciones precedentes se pueden extraer las siguientes semejanzas y diferencias entre los tipos penales de apropiación ilícita y de peculado:

Estas figuras delictivas tienen en común el ser delitos especiales. La apropiación ilícita es un delito especial¹³⁶ porque restringe la órbita de autoría a la persona que ha recibido un bien en depósito, comisión, administración u otro título semejante. Sólo estas personas tendrán la capacidad de afectar las expectativas protegidas por la norma, pese a que el tipo penal está configurado de manera impersonal con los términos “*El que*”. El peculado, en cambio, el círculo de autores está circunscrito a los que detentan la condición de funcionarios públicos que tengan un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado.

También estos tipos penales comparten la característica de sancionar los actos de deslealtad patrimonial, en el marco de

¹³⁶ Así es entendido por la mayoría de la doctrina dominante de nuestro país. Por todos, Vid. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *¿Cuándo un caso es penal y no civil? Casos complejos en la jurisprudencia*, p. 24

personas jurídicas de derecho público en el peculado, y entre privados en el ámbito de la apropiación ilícita. Esto es lo que permite catalogar a estas conductas delictivas como delitos de infracción de deber, ya que el sujeto activo en ambos delitos realiza el delito abusando de sus facultades de administración o custodia (al menos en estos casos), perjudicando patrimonialmente al titular de éstos bienes.

En el peculado el sujeto activo debe poseer una “relación especial de disponibilidad” –dado por las expresiones percepción, administración y custodia en virtud de la existencia de una relación jurídica surgida por razón de las *funciones públicas* que se ejercen–, o también llamada competencia funcional específica con los bienes público, o sea “en razón del cargo”¹³⁷; en cambio en el delito de apropiación ilícita la competencia del sujeto surge por un título. Los problemas surgen cuando esta relación específica no la posee el sujeto activo, consecuentemente la pregunta será ¿qué tipo penal habrán realizado? ¿Apropiación ilícita o hurto? Creemos que para responder a esta interrogante necesitamos recordar que en el delito de apropiación ilícita el agraviado ha colocado sus bienes en el ámbito de organización del sujeto activo para determinados fines por algún título del que se derive la obligación de entregar o devolver. La expectativa normativa en estos casos se encuentra particularizada en los sujetos que se encuentran vinculados con la parte agraviada jurídicamente. Por el contrario, en el delito de hurto la expectativa está dirigida a todos los ciudadanos (es general), y negativa, es decir, todos tenemos el deber respetar o no perturbar la propiedad ajena. Respondiendo a la cuestión planteada, creemos posible que se pueda llegar a configurar ambos delitos pero su determinación en el caso concreto dependerá de qué expectativa se haya quebrantado, si es general será un delito de hurto, en cambio si el sujeto tiene un deber de fidelidad patrimonial habrá cometido una apropiación ilícita.

¹³⁷ Cfr. GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 218.

Otra de las semejanzas que se encuentran entre estos tipos penales están en el modo en que estos se configuran: principalmente a través de un *acto de apropiación*¹³⁸, aunque en el delito de peculado también cabe que se llegue a materializar mediante un *acto de utilización*¹³⁹ (*uso*). Estas exigencias típicas de estos dispositivos criminales no deben llevar a pensar que el dominio sobre dicho riesgo constituye el criterio de imputación, sino es el modo en que se infringe el deber especial.

Ahora bien, otra de los aspectos diferenciadores entre las comentadas figuras delictivas atiende a la naturaleza del objeto material de estos delitos. Mientras en el delito de apropiación ilícita los bienes son privados o de particulares, en el peculado deben ser públicos. La diferencia apuntada *prima facie* parece de escasa importancia, sin embargo la adquiere cuando se trata de dinero. Es intensamente discutido en la doctrina si la no devolución de dinero entregado como género (la entrega de dinero convierten al receptor en propietario) es constitutivo del delito de apropiación ilícita¹⁴⁰. Esta discusión en cambio para el delito de peculado es impensable ya que el funcionario público competente de la administración o

¹³⁸ Por apropiación se entiende unánimemente en la doctrina todo acto que importe comportarse como señor y dueño de la cosa recibida (*animus rem sibi habendi*) presida y se manifieste en los actos del agente sobre la cosa. Materialmente la apropiación consiste en no restituirla, sea porque el agente la retiene para sí, sea porque dispone de ella, disposición que puede consistir en su consumo o enajenación. Véase, HERNÁNDEZ BASUALTO, *La administración desleal en el derecho penal chileno*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVI (2005), Valparaíso, p. 210.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 210-211, constituye utilización el simple hecho de dar la cosa que se tiene en virtud de un título de mera tenencia un uso o destino diferente de los previstos.

¹⁴⁰ Sobre este debate con propuestas de solución, véase HERNÁNDEZ BASUALTO, *La administración desleal en el derecho chileno*, p. 210 y ss. Sobre esta problemática en el contexto español, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Administración desleal y apropiación indebida*, p. 1208.

percepción de dinero público siempre, y en todos los casos, cometerá peculado.

La penalidad del delito de peculado se encuentra graduada según el monto sustraído o malversado¹⁴¹, mientras la apropiación ilícita no se ha establecido una cantidad a efectos de la determinación de la pena.

En cuanto al contenido del tipo subjetivo, otra diferencia que se puede establecer entre las comentadas figuras delictivas es que el delito de apropiación ilícita es de naturaleza exclusivamente dolosa¹⁴², mientras, que el delito de peculado, en cambio, admite tanto una forma dolosa como culposa.

5. El obligado especial siempre es autor del delito especial propio

Como hemos visto el delito de apropiación ilícita puede ser un delito subyacente al delito de peculado, pero en el caso del portador

¹⁴¹ Desde el año 2011 en el Perú se contempla una distinta penalidad para el delito de peculado en función del *quantum* de lo malversado o apropiado (art. 387 del CP). En cambio en Chile tanto la apropiación indebida como el peculado (malversación para ellos) se sigue el modelo de determinar la entidad de la cuantía para determinar la pena, pero se trata de penas diferentes y de un modelo de graduación de las cuantías diferentes, En ese sentido, BALMACEDA HOYOS, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, nota al pie 23, p. 50.

¹⁴² MORALES CAUTI, *El contenido del tipo subjetivo en el delito de apropiación ilícita. Irrelevancia del animus rem sibi habendi*. en *JUS Doctrina & Práctica*, (2008), p. 62. Este autor precisa que: “No es posible imponer una sanción penal por apropiación imprudente, pues para que una actuación de esa naturaleza sea susceptible de sanción, se requiere que previamente éste estipulado de manera expresa en el texto legal, lo cual no sucede en el presente caso (principio de numerus clausus). Esta forma de apropiación, a su juicio, debe ser impune porque a lo sumo configurarían meros incumplimientos contractuales, por lo que sus consecuencias están previstas de manera satisfactoria en las normas civiles.

del deber institucional esa posibilidad es insostenible. El obligado especial tiene un deber positivo de fidelidad respecto del patrimonio ajeno –el de otro particular con el que se encuentra vinculado o el del Estado-. Quien tiene el deber de gestionar los bienes correctamente o lo cumple –colmándolo– o lo incumple –dañando el deber–, pero no se puede afirmar –*tertium non datur*– que tan “solo ayude” a que otros lo dañen. Por ejemplo, si el funcionario tiene del deber de impedir sustracciones o desviamientos del patrimonio estatal hacia otros fines, o lo impide o no lo impide, pero si actúa ayudando a un particular a sustraer dichos bienes, es claro que, en realidad, se encuentra igualmente en una variable más de “no impedir”, en la que, además ayudó. Su aparente “ayuda” no es sino una meramente fenomenológica; no es cómplice, sino autor, del mismo modo que si sólo hubiese omitido.

En consecuencia, las conductas del obligado institucional no es posible subsumirlas en el delito común subyacente, salvo que la lesión no sea ya la derivada de su rol institucional sino del rol general, y debe siempre ser responsable por el delito de infracción de deber, los cuales no debe olvidarse que tienen una base material similar a la de los delitos especiales propios¹⁴³.

6. El peculado por extensión ¿tipo distorsionador del delito de peculado?

No podía clausurarse este apartado sin exponer los principales cuestionamientos que ha recibido el artículo 392 del CP de parte de la doctrina nacional y extranjera.

CASTRO MORENO/OTERO GONZALES¹⁴⁴, son de la idea que la existencia del delito de peculado impropio resulta distorsionador

¹⁴³ OSSANDON WIDOW, *Política Criminal*, p. 7.

¹⁴⁴ CASTRO MORENO/OTERO GONZALES, «Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los códigos penales español y peruano», en *Tratado de derecho penal: Desafíos del derecho penal*

del peculado, principalmente por tres motivos: i) Este tipo penal extiende no solo el círculo de autores sino también las penas del delito de peculado a sujetos que no son funcionarios ni servidores públicos, ii) La búsqueda de un bien jurídico común que dote de contenido a toda esta sección resulta una tarea imposible de solventar debido a la disparidad de conductas, sujetos y objetos materiales contemplados, iii) Presenta serios problemas de deslinde con diversos preceptos del Código Penal, concretamente con los artículos 425.4, 190 segundo párrafo y 209 del CP. Por todo ello concluyen que este tipo penal es de escasa importancia y utilidad en el ordenamiento jurídico-penal peruano, proponiendo de *lege ferenda* su supresión del Código Penal.

Estas críticas han tenido cierto eco en la doctrina nacional, aunque no con la misma intensidad y la misma determinación, por ejemplo ROJAS VARGAS señala que es injusto aplicar las penas de los sujetos públicos a particulares que no tienen para con el Estado deberes especiales de garante, además de los peligros que supone una aplicación extensiva generalizada¹⁴⁵. En esa misma línea, HUGO ÁLVAREZ ha expresado su desconformidad con la ampliación del tipo a los agentes particulares porque significa un retroceso en la evolución del tipo y olvida realidades como que el delito de peculado es un delito de función por la cualificación del sujeto activo; que las normas están referidas a los funcionarios o servidores públicos y no a los particulares; que el bien jurídico tutelado es el correcto desarrollo de la administración pública, y el particular no viola dicho bien jurídico¹⁴⁶.

En la legislación comparada cabe destacar que el anterior Código Penal colombiano regulaba el delito de peculado por extensión, sin embargo el actual Código trasladó esta figura al delito de abuso de

contemporáneo, COLLANTES GONZALES (Coord.), Normas Legales, Trujillo, 2004, p. 592 y ss.

¹⁴⁵ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 589

¹⁴⁶ HUGO ÁLVAREZ, *El delito de peculado*, p. 374.

confianza calificado. El cambio se debe, entre otros, a que el legislador de ese país entendió que el sujeto activo (particular) no tiene atribuido los mismos deberes específicos de los funcionarios públicos. Textualmente en la Exposición de Motivos de la Ley 599 de 2000, el legislador penal colombiano expresó:

«Se creó el delito de abuso de confianza calificado –art. 243- que además de contener las dos circunstancias de agravación punitiva señalados en la vigente normativa para el abuso de confianza, se incluyó aquellos comportamientos que en la actualidad conforman el reato de peculado por extensión, pues sin duda alguna se trata de un verdadero abuso de confianza defraudatorio del patrimonio económico del Estado sin relación alguna con la función pública. El llamado actualmente peculado por extensión se consagró como un tipo autónomo denominado abuso de confianza tal y como se explicó en el acápite correspondiente»¹⁴⁷.

La doctrina colombiana, comentando este cambio legislativo de este delito ha expresado que: “la hipótesis de abuso de confianza calificado por la causal primera le es aplicable, por ejemplo, al depositario, a quien el secuestre le da a guardar los bienes confiados a él por el Juez. En este caso, el depositario conserva su estatus de particular, no es servidor público, ni siquiera por el hecho de custodiar esos bienes. La agravante se le deduce por el hecho, que el depósito le fue confiado por un servidor público, como quiera que el secuestre lo es para el efecto de cuidar esos bienes”¹⁴⁸.

En la doctrina argentina, DONNA entiende que el sentido de la equiparación de los caudales embargados, secuestrados o

¹⁴⁷ ABELLO GUAL, «El abuso de confianza y el peculado en la responsabilidad empresarial por administración de fondos parafiscales en las EPS en Colombia», en *Prolegómenos – Derechos y Valores*, Vol. XIII, 26 (2010), p. 272.

¹⁴⁸ *Ibíd*em, p. 271

depositados por orden de autoridad competente obedece a que el Estado pretende proteger a los propietarios o titulares de algún derecho respecto de estos bienes que han entrado en la órbita especial de protección legal por motivos jurídicos. Está claramente presente la idea de servicio público extendida a la esfera judicial¹⁴⁹.

En ese mismo sentido, la jurisprudencia argentina ha cuestionado la extensión de la punibilidad que hace este dispositivo a particulares que no pueden ser sometidos a “ciertas quitas de bienes jurídicos que impone la pena de inhabilitación y que son propias de los funcionarios. Consecuentemente, el depositario judicial no participa de manera permanente o accidental del ejercicio de la autoridad pública con el alcance del art. 77 del CP, (...). Por ello, los jueces pueden nombrar depositarios en causas civiles con el mismo imperio con que pueden nombrar tutores o curadores en los casos en que la ley así lo dispone o autoriza, pero ello no significa atribuir una función pública en el sentido del ordenamiento general de los cuadros administrativos o judiciales del Estado. La designación en interés privado no convierte en funcionario público al que es así designado. No están sometidos al poder jerárquico sino al disciplinario del juez, poder éste similar al que se ejerce respecto de los abogados, porque no realiza accidentalmente la función pública de representar al Estado e investir autoridad pública como en el caso del aprehensor particular a un delincuente in fraganti”¹⁵⁰.

Considero que todas estas posturas críticas y los cambios legislativos producidos sobre todo en el ordenamiento jurídico-penal colombiano, de algún modo u otro, generan un rechazo absoluto hacia el art. 392 del CP, y no es de menos, pues el depositario no es ni puede ser considerado funcionario público, no tiene atribuido similares deberes al de estos últimos, como tampoco

¹⁴⁹ DONNA, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002, p. 302

¹⁵⁰ *Ibíd.*, pp. 302-303

es proporcional que se le apliquen las penas del delito de peculado. Por ello, compartimos la opinión de todos estos autores, razón no les falta, sin embargo, quedarnos en una actitud meramente crítica y pasiva de esta problemática, y concluir a partir de ahí la aplicación automática del 190 del CP, no sería coherente con un trabajo dogmático que busca dotar de sentido a los dispositivos del ordenamiento jurídico-penal. En ese sentido, estas consideraciones críticas si bien son propuestas de *lege ferenda*, que por lo demás aconsejan interpretar restrictivamente el 392 del CP a los casos que revistan mayor gravedad. Sin embargo, ello no es óbice para tratar de delinear propuestas de interpretación de *lege lata*, que se condiga con las funciones que cumple el depositario como órgano de auxilio judicial en el marco de los procedimientos cautelares regulados en el Código Procesal Civil.

CAPÍTULO III

EL ESTADO ACTUAL EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

El comportamiento típico del depositario judicial es recogido en dos dispositivos ubicados en distintos títulos del Código Penal, y si bien la dilucidación de este conflicto de normas ha sido el denominador común en la doctrina nacional que se ha ocupado de este tema, no es menos cierto que las propuestas de solución están muy lejos de encontrar un punto de consenso. Estos tipos penales son los tipificados en los artículos 190 (segundo párrafo)¹⁵¹ y 392 del CP¹⁵², aunque, como más adelante será objeto de comentario, cierta jurisprudencia de la Corte Suprema en un primer momento también consideró la posibilidad de tipificar la conducta de este sujeto en el delito de rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia (artículo 391 del CP), sin embargo, posteriormente este enfoque jurisprudencial fue corregido –

¹⁵¹ Artículo 190 CP.- El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

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

¹⁵² Artículo 392 CP.- Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

tácitamente- con la emisión de un segundo precedente. En esta parte del trabajo, se expondrá y comentará las principales propuestas de solución ofrecidas por la doctrina y jurisprudencia nacional a este concurso de leyes.

1. El estado en la doctrina nacional

La tipificación de las conductas penalmente relevantes del depositario judicial frecuentemente ha sido objeto de discusión en los diferentes manuales de la parte especial del derecho penal, existen tantas opiniones como manuales publicados. No obstante, haciendo un esfuerzo por sistematizarlas, resaltan dos grandes corrientes de opinión: una formalista y otra patrimonialista. No deja de faltar alguna propuesta que busca combinar ambas vertientes, sin embargo, este procedimiento, a mi juicio y como tendremos oportunidad de comentar, desemboca en una solución desordenada incompatible con una solución sistemática.

1.1. Posturas formalistas

Este esquema interpretativo se caracteriza por resolver el concurso de normas producido entre los tipos penales de apropiación ilícita agravada y el peculado impropio de acuerdo a una interpretación literal, apegados a los enunciados lingüísticos de los dispositivos mencionados. Son defensores de esta línea de pensamiento ROJAS VARGAS¹⁵³ y SALINAS SICCHA¹⁵⁴ quienes sostienen, con propios matices, que para dilucidar este aparente conflicto debe ponerse el acento en la autoridad pública que realiza el acto de nombramiento del depositario, si el nombramiento es realizado por un Juez debe de ser de aplicación el segundo párrafo del artículo 190 CP, en razón a que este tipo penal expresamente indica que el sujeto activo debe ser un “depositario judicial”. Operará, en cambio, el artículo 392 CP si la designación proviene de otra cualquier otra *autoridad*

¹⁵³ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, p. 587.

¹⁵⁴ SALINAS SICCHA, *Delitos contra la administración pública*, pp. 224-225.

competente. En definitiva, para este sector de la doctrina hay una relación de especialidad entre los arts. 190 y 392 del CP, el primero es más específico en su regulación que el segundo.

En palabras del propio ROJAS VARGAS: «*Para el caso del art. 190, es del todo claro que se trata de un sujeto activo particular que comete el delito de apropiación ilícita, siendo el origen de la relación, con el bien del cual se apropia, producto de una decisión del juez que le designa custodio, sujeto a las determinaciones normativas del CPC. Esta reducción de la vinculación a la establecida entre el sujeto activo y el juez no se aprecia en la figura del peculado extensivo, en la cual si bien igualmente el depositario es un sujeto particular éste debe su vinculación con los bienes a un espectro más amplio de fuentes, no sólo a la designación judicial, pues la norma 392 ha utilizado la frase “por orden de autoridad competente”, lo que ya está ofreciendo pautas al intérprete*»¹⁵⁵.

Por su parte SALINAS SICCHA¹⁵⁶ señala que el delito de apropiación ilícita agravada se refiere «*a los depositarios judiciales como agentes del delito, en tanto que el artículo 392° en análisis se refiere a depositarios designados por autoridad competente, esto es, la norma más general. De modo que el artículo 392 está reservado para aquellos depositarios no judiciales designados por autoridad facultada para designar depositarios o custodios, por ejemplo, los intendentes de la SUNAD, SUNAT, la autoridad municipal, INDECOPI, etc.*».

Otro sector de la doctrina, por el contrario, entiende que la norma especial no es el artículo 190 sino el artículo 392. Este es el parecer

¹⁵⁵ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, p. 587

¹⁵⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro, “*Delitos contra la administración pública*”, Grijley, Lima, 2009, pp. 412-413; EL MISMO, “*Delitos contra el patrimonio*”, Grijley, Lima, 2010, pp. 224-225.

de GALVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR¹⁵⁷, quienes destacan que los artículos 392° y 425° CP resultan siendo normas especiales¹⁵⁸ en relación al art. 190 CP. Para estos autores el artículo 425 CP convierte a los depositarios en sujetos portadores de deberes especiales distintos de los demás. En ese orden de ideas sostienen que la apropiación de los caudales depositados por los propios depositarios además de defraudar la expectativa particular de los propietarios de los bienes (cuando se trata de particulares), defrauda la confianza en la ciudadanía en la Administración Pública, especialmente en la Administración de Justicia^{159 160}.

PEÑA CABRERA FREYRE es de la opinión que la extensión de la punibilidad que hace el delito de peculado por extensión es nociva y perjudicial para el sistema penal porque «*extiende de forma inconmensurable la punibilidad de los ilícitos penales de Peculado (doloso y culposo), uso indebido de bienes públicos y malversación de fondos, a los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados (...). Más cabe precisar, que ya el artículo 425 del CP (...) comprendía a los administradores y depositarios de caudales embargados por autoridad competente, aunque pertenezcan a*

¹⁵⁷ GALVEZ VILLEGAS/ DELGADO TOVAR. *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 883.

¹⁵⁸ De otra opinión ABANTO VÁSQUEZ, *Delitos contra la administración pública*, p. 34.

¹⁵⁹ GALVEZ VILLEGAS/ DELGADO TOVAR, *Derecho Penal*, p. 882; De similar opinión VILLA STEIN, *Derecho Penal. PE*, p. 108, sostiene que el fundamento de la agravación viene dado porque el agente ha defraudado la confianza recibida y se ha aprovechado de su cargo.

¹⁶⁰ En contra ORÉ SOSA, *El depositario judicial en los delitos de apropiación ilícita y peculado por extensión. Comentario al precedente vinculante de la Corte Suprema de la República* [en línea], Disponible en: www.oreguardia.com.pe, p. 6, [27 de enero de 2014], para quien se produciría una modificación virtual del segundo párrafo del art. 190°, eliminándose la agravante por la condición de depositario judicial.

*particulares»*¹⁶¹. De acuerdo a este autor el conflicto producido entre los delitos contenidos en los arts. 190 y 392 CP no puede ser solucionado conforme «*al fundamento de los injustos que atentan contra la Administración Pública, que son cometidos por funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones (...), quienes no ejercen per se función pública alguna no están en posibilidad de quebrantar los principios jurídico-constitucionales antes mencionados, por lo que el quebrantamiento del deber por parte de un depositario judicial debe ser penalizado conforme al segundo párrafo del artículo 190 del CP y no según los alcances de los artículo 387 y ss.»*¹⁶².

1.2. Posturas patrimonialistas

Esta tesis se caracteriza por resolver el citado concurso de leyes atendiendo a la naturaleza pública o privada del bien afectado, de modo que si el bien afectado es público dará origen al delito de peculado por extensión, o si por el contrario, es privado surgirá el delito de apropiación ilícita agravada. De esta opinión es ROJAS VARGAS¹⁶³, quien refiere que «*no cabe concluir que exista duplicación de normas o concurso»*, pues el bien jurídico protegido en ambos tipos penales es distinto: mientras en el caso del art. 190 CP se tutela la propiedad en general (sin conexión por destino con fines públicos), en el art. 392 CP, en cambio, tiene que existir una vinculación del dinero o caudales embargados o depositados con los fines de la administración pública. Comparte esta orientación ORÉ SOSA, quien al respecto señala que: «*la afectación, directa o indirecta, de un interés económico de la Administración -a los ojos del legislador- podría verse como más disvaliosa que la afectación de un interés patrimonial privado, con lo cual, una agresión a un interés patrimonial de la Administración podría exigir la*

¹⁶¹ PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal. PE. t. III*, IDEMSA, Lima, 2010, p. 293.

¹⁶² *Ibíd.*, pp. 293-294.

¹⁶³ ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, p. 587

aplicación del delito contra la Administración Pública, en tanto el predominio de un interés privado se correspondería con el marco penal previsto para el delito de apropiación ilícita en su forma agravada»¹⁶⁴.

1.3. Posturas Mixtas

Finalmente llegamos a las propuestas mixtas, que combinan parcialmente elementos de las dos proposiciones anteriores. Este criterio se caracteriza porque tiene en cuenta la cualificación del sujeto (funcionario público) y la naturaleza del bien (pública) como aspectos determinantes para la solución de esta problemática. Partidario de esta tesis es SALINAS SICCHA, quien argumenta en los términos siguientes: “*si el depositario judicial tiene a la vez la calidad de funcionario público y se apropia de los bienes públicos o de un particular que le fueron entregados en depósito o custodia, cometerá el delito de peculado impropio. Igual, cometerá delito de peculado por extensión el depositario judicial particular, si el objeto de la apropiación o utilización constituyen, dinero o bienes del Estado*”¹⁶⁵.

En nuestra opinión la consideración del citado penalista nacional dista de ser coherente si se contrasta con el resultado de su primera interpretación alcanzada *supra*, que pasaba por tener en cuenta la mayor especificación del tenor del art. 190 del CP frente al art. 392 del CP. En su primera interpretación el art. 190 es el tipo penal especial y el 392 el general. Ahora bien, con la nueva interpretación parecería que se invertiría el orden de los papeles, pues el art. 392 del CP pasaría a ser el tipo especial y el 190 del CP el tipo general, la razón estriba en que los supuestos abarcados por el tipo penal desplazado (artículo 392) serían mayores a los recogidos en el tipo desplazante (art. 190 del CP). En ese sentido,

¹⁶⁴ ORÉ SOSA, *El depositario judicial*, p. 6.

¹⁶⁵ SALINAS SICCHA, “*Delitos contra la administración pública*”, p. 413.

siguiendo su segunda interpretación, el art. 392 del CP regularía dos supuestos de hecho, el caso en que el autor del delito sea funcionario público (resulta indiferente si apropia de bienes públicos o privados), y el caso donde los bienes apropiados son públicos y el depositario sea un particular. De esta forma el artículo 190 segundo párrafo únicamente quedaría circunscrito a la regulación de un solo supuesto: el depositario judicial debe ser un particular y los bienes deben ser privados. En consecuencia, esta segunda interpretación contradice el resultado de su primera interpretación, dando lugar a un contrasentido si combinamos las posibilidades en que una persona puede llegar a obtener la condición de depositario judicial. Así, si la calidad de depositario judicial recayera sobre un funcionario público y dicho nombramiento lo realizara un juez, no se sabría con certeza qué dispositivo penal aplicar en esos casos; como tampoco se sabría qué norma aplicar cuando un particular sea nombrado depositario judicial por una autoridad administrativa competente para custodiar un bien privado.

2. Planteamiento de la problemática y crítica a los criterios precedentes

Consideramos que las tesis precedentes no resuelven satisfactoriamente la problemática del depositario judicial y esto se debe principalmente a dos omisiones capitales que aquejan los citados planteamientos. En primer lugar, la interpretación de los ámbitos de aplicación de los artículos 190 y 392 del CP se lleva a cabo sin que previamente se delimiten las zonas fronterizas entre los artículos 425. 4 CP y 392 CP, que ya al inicio de este trabajo se hizo¹⁶⁶. Eso ha conllevado a que algunos apelen a la condición especial de funcionario público que ostenta el depositario judicial – asimilado expresamente por el art. 425 del CP–, para decantarse por la aplicación del artículo 392 del CP. Sin embargo, si esta

¹⁶⁶ *Infra* Cap. I.3.

apreciación sería correcta conduciría a afirmar la innecesaridad de este último dispositivo penal, puesto que de considerarse al depositario judicial como funcionario público en aplicación del art. 425.4 del CP –recuérdese que ésta es una disposición común, cuyos efectos se extiende a todos los delitos contra la Administración Pública, especialmente a los patrimoniales–, la conducta del mismo calzaría sin problema alguno en el delito de peculado, y no tendría por qué recurrirse a la cláusula de la extensión prevista en el 392 CP, pues como repito el depositario judicial sería sujeto activo idóneo de los tipos de peculado propio en virtud del referido art. 425.4 del CP¹⁶⁷. Entonces, el art. 392 quedaría virtualmente derogado por el 425.4, pues la extensión del primero ya vendría recogida en el segundo. Por este motivo a fin de superar coherentemente este escollo de tipo legal, y dotar de sentido y contenido al art. 425.4 del CP, somos de la opinión que el 425.4 del CP sigue teñida de un tinte administrativista, es decir, bajo el tenor del 425.4 CP sólo pueden ser considerados funcionarios públicos los depositarios que se encuentran incorporados formalmente a la Administración Pública. En contrapartida, el artículo 392 CP regula la conducta de los depositarios-particulares, por algo es una cláusula de extensión del tipo. No obstante, debe quedar claro que esto no quiere decir que el depositario no participa del ejercicio de funciones públicas, de hecho las ejerce, pero la técnica adoptada por el legislador, a nuestra juicio, es diferenciada en el establecimiento de los sujetos que son considerados funcionarios

¹⁶⁷ En el mismo sentido, CASTRO MORENO/OTERO GONZALES, en *Tratado de Derecho Penal: Desafíos del derecho penal contemporáneo*, p. 593, encuentran en la modalidad del art. 392 CP es su utilidad como *norma de restricción del círculo de autores*, ya que mientras que el art. 425.4 CP extiende a los administradores o depositarios de bienes embargados por autoridad los tipos de los arts. 387 a 391 CP –esto es, todo el peculado propio–, el art. 392 CP vendría a restringir tan amplia extensión limitando su aplicación sólo a los arts. 387 a 389. En ese sentido, entienden que el artículo 392 CP constituye una norma especial que el 425.4 CP, y que, en este concreto aspecto, viene a desplazarlo.

públicos, a saber, conservar una concepción mayoritariamente administrativa en el 425 CP, y extender esta concepción en el 392 CP; además esta técnica le permite al legislador seleccionar de la gran variedad de delitos funcionariales solamente los que los particulares, en general, y los depositarios, en particular, pueden realizar; facilitando la labor de subsunción de los operadores de justicia, pues si el 425 CP contendría a todos los sujetos que ejercen funciones públicas afectaría el principio de legalidad. En consecuencia, este es el único motivo plausible que encontramos para entender la ampliación que hace el legislador del círculo de autores de las distintas modalidades de peculado.

Lógicamente a lo anterior se le podría objetar lo siguiente: Si los numerales 1 y 3 del artículo 425 CP aluden a una extensa clase de funcionarios públicos dentro del que se encuentra comprendido los depositarios que están incorporados a la Administración Pública ¿por qué entonces nuevamente el artículo 425.4 CP se está refiriendo a los depositarios-funcionarios? Esta aparente repetición de normas se ensombrece si ponemos nuestra atención en los bienes que son objeto del delito de peculado propio, los cuales según la jurisprudencia de la Corte Suprema deben ser públicos¹⁶⁸, en ese sentido, como los depositarios generalmente tienen en custodia bienes de particulares (por ejemplo, los bienes decomisados o incautados) su conducta sería impune debido a este vacío en la regulación del delito de peculado. Esta es la razón por la que la previsión del art. 425.4 CP “*aunque pertenezcan a*

¹⁶⁸ Aunque el tenor literal del precepto de peculado no establece que los bienes sean públicos (a excepción de los objetos señalados en el artículo 388 CP que deben ser “pertenecientes a la administración pública”), el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 de fecha 30 de septiembre de 2005 sí lo exige, pues considera que uno de los objetos del bien jurídico protegido de este delito es “*garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública*”; asimismo entiende que la «apropiación» consiste en “*hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado*” (Cursivas añadidas).

particulares” debe ser entendida como una equiparación de los bienes privados a los objetos del delito de peculado, pero restringiendo su aplicación al ámbito de funciones de los *administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente*, quienes como dije deben ser funcionarios públicos incorporados a la Administración Pública.

En segundo lugar, cabe destacar que el tratamiento que hace la doctrina de esta materia es parcial, circunscrito al análisis de uno solo de los mecanismos de vinculación que se genera entre los sujetos que participan en los procesos cautelares civiles, esto es, la producida entre el juez y el depositario judicial, pero se olvida generalmente que también existe un vínculo muy estrecho entre el depositario judicial y el solicitante de la medida cautelar, no en vano el artículo 610º inciso 5 del CPC¹⁶⁹ permite a este último proponer un órgano de auxilio judicial para que se haga cargo de preservar los bienes en litigio en su nombre. Tanto en el primer supuesto como en el segundo la vinculación institucional que se genera entre estos sujetos es completamente distinta, por eso las consecuencias jurídico penales también deben ser distintas, pero la resolución de este caso depende en gran medida de los criterios de imputación que subyace en la formulación de los tipos penales de peculado y apropiación ilícita¹⁷⁰, en los cuales intentaremos

¹⁶⁹ El art. 610 inciso 5 del CPC exige al solicitante de la medida cautelar: “Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso. Cuando se trate de persona natural, se acreditará su identificación anexando copia legalizada de su documento de identidad personal”.

¹⁷⁰ Esto tampoco ha sido tomado en cuenta en el análisis de la doctrina nacional mayoritaria, la razón, como críticamente apunta PINEDO SANDOVAL, «Tentativa y consumación en los delitos patrimoniales que requieren sustracción: una interpretación normativa en el marco de la “Generalización de la parte especial», en *Ita Ius Esto*, [en línea] Disponible en: www.itaiusesto.com, [consultada el 09/04/2013], p. 85, es el empleo a rajatabla del método analítico tradicional propia del positivismo. Por lo que si algo de general se puede extraer de las interpretaciones de la doctrina nacional son sus cuestionables

subsumir los incumplimientos de los deberes que se derivan de las vinculaciones institucionales precitadas.

3. Revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema

Pues bien, después de concluir con el análisis de la doctrina, con un balance desfavorable, ahora daremos una sucinta revisión crítica a la jurisprudencia de la Corte Suprema. Si bien a la fecha se han expedido dos precedentes vinculantes en esta materia, los cuales tuvieron el propósito de poner fin, con mayor o menor acierto, a esta discusión doctrinal; no es menos cierto que la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema en este específico tema a hecha gala una vez más de su falta de uniformidad en la resolución de los casos, lo que sin duda afecta la seguridad jurídica. En efecto, la Corte Suprema antes, incluso después, de emitido el primer precedente vinculante (el cual subsumió el comportamiento del depositario en el art. 391 del CP) calificaba estos casos en el delito de peculado por extensión¹⁷¹. En ese sentido, y adelantándonos un poco al análisis de los mencionados precedentes vinculantes de esta materia, a primera vista apreciamos que la Corte Suprema ha subsumido la conducta del depositario judicial en tres tipos penales, a saber, en los arts. 392, 391 y 190 segundo párrafo.

3.1. Análisis del Primer Precedente Vinculante

presupuestos dogmáticos que asumen: El delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y, el lado subjetivo –en el sentido de *animus, voluntad o representación*- como criterio capaz de fundamentar por sí solo la ilicitud de un comportamiento.

¹⁷¹ En particular las ejecutorias suprema R.N. N° 2736-2003 de fecha 07 de octubre de 2004 y, R.N. N° 2076-2005 de fecha 28 de noviembre de 2005, (en SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006, p. 109-111)

La primera sentencia es la ejecutoria suprema recaído en el R.N. N° 2212-04 de fecha trece de enero del año dos mil cinco. Los hechos discutidos en esta sentencia fueron los siguientes: una de las partes se hace nombrar depositario judicial de determinados bienes, sobre los cuales pesaba medida cautelar de embargo, ante el requerimiento hecho por el órgano jurisdiccional para que ponga a disposición dichos bienes, dicho depositario se rehúsa y no cumple tal mandato judicial, lo que derivó en una condena penal por el delito de peculado por extensión (art. 392 CP) en las dos primeras instancias.

Al llegar el caso a la Corte Suprema, estos hechos fueron valorados de forma distinta y fueron adecuados al «delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad previsto y sancionado por el artículo trescientos noventiuno del Código sustantivo»¹⁷². Este cambio en el título de imputación se produjo después de que analizara tanto las diferencias típicas entre los delitos de peculado por extensión (art. 392 CP) y el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad (art. 391 CP). Sobre el delito de peculado por extensión o “peculado impropio”, la Corte Suprema sostuvo que su tipicidad estaba constituida por *«los verbos rectores alternativos del comportamiento típico apropiarse y utilizar. Existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita “propiedad” sobre el mismo y que excluye de ella al Estado»*¹⁷³. En cuanto al delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, el Tribunal Supremo argumentó que *«el verbo rector es el de rehusar, acción que consiste en negarse a entregar explícita o implícitamente dinero, cosas o efectos que fueron puestos bajo la*

¹⁷² F. j. 7, b).

¹⁷³ F. j. 5.

administración o custodia del agente, siempre que medie requerimiento de entrega emitido por autoridad competente»¹⁷⁴.

La diferencia establecida no es jurídicamente correcta por dos razones. En primer lugar, en la interpretación de los comentados tipos penales se debe ante todo tener en cuenta que éstos no constituyen injustos diferentes sino que son en esencia actos de desobediencia o renuencia a cumplir los mandatos emitidos por la autoridad, es por eso que el contenido de ambos injustos ya se encuentran recogidos en el delito de resistencia o desobediencia a la autoridad¹⁷⁵ (art. 368 del CP), aunque, el artículo 392 CP no sólo tipifica meros actos de desobediencia, sino que exige además un acto de apropiación o utilización. En ese sentido, como se observa, el 391 CP vendría a tipificar una de las fases del *iter criminis* del 392 CP, concretamente castigaría actos preparatorios del delito de peculado, pues se encuentran muy distantes de producir una lesión al patrimonio (el tipo no exige ni expropiación ni utilización indebida, sino tan solo “rehusarse” a entregar el bien a la autoridad requirente). Esto ha sido el principal argumento –además de que las penas previstas para los delitos de los arts. 391 y 368 son las mismas (dos años de pena privativa como máximo)– para que en ciertos ordenamientos jurídico penales tipos como el contemplado en el art. 391 del CP hayan sido suprimido (por ejemplo, en el español¹⁷⁶), pues a lo sumo constituyen meras infracciones formales de deberes funcionariales que carecen de la entidad o

¹⁷⁴ F. j. 6.

¹⁷⁵ Por eso, para DONNA, *Derecho Penal. PE*, t. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 308, se trata de una desobediencia específica, pues esta orden es dirigida al funcionario público que ejerce funciones determinadas respecto del objeto del delito.

¹⁷⁶ El Código penal español de 1995 derogó esta figura delictiva, recogiendo de este modo las críticas formuladas por los autores españoles, Así, en ese sentido, DE LA MATA/EXTEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación, por funcionario, de caudales públicos*, pp. 30-31.

gravedad suficiente para activar mecanismos de reacción como el penal, bastando para ello las sanciones del Derecho administrativo disciplinario¹⁷⁷.

En segundo lugar, el otro aspecto que llama la atención de la diferencia típica establecida en la citada sentencia es la referida a la naturaleza de los bienes, los cuales según el precedente deben ser “*de propiedad del Estado*”. No estamos de acuerdo con esta afirmación dado que los bienes que son objeto del peculado impropio son privados, HUGO ÁLVAREZ¹⁷⁸ señala que el 392 equipara a efectos penales sujetos y bienes privados a la condición especial de pública. En lo que respecta al depositario judicial, su marco de actuación son los procedimientos cautelares, en los cuales los bienes en litigio tanto al inicio como al término del mismo son particulares, la entrega de los bienes por parte del juez no los convierte en públicos, dichos bienes están asegurando la futura ejecución de la sentencia, su destino, entonces, es también privado. Pareciera que el Precedente se ha remitido, de forma automática e irreflexiva, a la tipicidad objetiva y subjetiva del delito de peculado para dotar de contenido a las categorías típicas del delito de peculado por extensión, lo que es un grave error, porque como reitero los bienes no son del Estado, el que el Juez designe al depositario judicial no convierte a esos bienes en públicos, siguen siendo privados, pues el interés que se tutela es patrimonio privado y no público.

Otro de los aspectos llamativos de la sentencia que merece ser destacado, pues en buena medida refuerza nuestra propuesta de interpretación que hicimos del art. 425.4 del CP, es la que tiene que ver con el sujeto activo del delito de rehusamiento de entrega de bienes a la autoridad, el cual de acuerdo a la redacción del tipo sólo puede ser cumplido por los funcionarios o servidores públicos,

¹⁷⁷ CASTRO MORENO/OTERO GONZALES, en *Tratado de Derecho Penal: Desafíos del derecho penal contemporáneo*, pp. 600-601.

¹⁷⁸ HUGO ÁLVAREZ, *El Delito de peculado*, p. 376

entonces la interrogante que surge es ¿por qué la Corte Suprema tipificó este caso en el art. 391, si el depositario judicial no ostenta dicha cualificación especial?, la respuesta de la Corte Suprema fue la siguiente: «*Que según el artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código penal, también considera funcionario o servidor público a un particular vinculado circunstancial y temporalmente con la administración pública a través de la administración o custodia de dinero o bienes con destino social, o dispuesta por la autoridad competente*»¹⁷⁹. Otra vez mostramos nuestra disconformidad con la sentencia, pues el inciso 4 del artículo 425 CP no hace referencia a los depositarios particulares sino sólo a depositarios funcionarios, esto es, a auténticos funcionarios públicos, el art. 425 CP sigue un concepto estrictamente administrativo de funcionario público, con las excepciones que ya se han apuntado. Por tanto, la conducta del depositario judicial no sería subsumible en el art. 391 CP, ya que no cumple con el primer elemento del tipo, esto es, que el agente tenga la condición de funcionario o servidor público. El autor del delito de peculado impropio es un colaborador, no es un funcionario público, pues tiene los bienes por mandato judicial que deriva de una medida cautelar civil y no penal.

Pues bien, ¿en qué se diferencian las citadas figuras delictivas? según el precedente vinculante esta diferencia estaría en el lado subjetivo del hecho, en palabras del propio Tribunal Supremo: «*en el delito de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad, no hay en el agente un ánimo rem sibi habendi sino una voluntad específica de desobedecer a la autoridad, por lo que no se configura con tal un delito de peculado*». Este fue el argumento central para apartarse de la tipificación hecha por las dos instancias penales inferiores –art. 391 CP–; empero consideramos que este tipo de fundamentación es deficiente y refutables desde dos planos analíticos: uno dogmático y el otro probatorio. Dogmáticamente el

¹⁷⁹ F. j. 7, c).

elemento subjetivo (la voluntad y el *animus*) no puede dar sustento jurídico-penal a la distinción entre los aludidos tipos penales, pues el entendimiento psicologista del dolo ha sido paulatinamente abandonado por la doctrina y tribunales extranjeros, hasta el punto de poderse afirmar, que hoy en día, el dolo se concibe de forma explícita o implícita sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo¹⁸⁰. Desde una perspectiva probatoria, es imposible que un Juez constate o pruebe los pensamientos, intenciones o voluntades de una persona en el momento que de delinquir, ¿Es posible probar una voluntad de desobedecer o de actuar como propietario? ¿Cómo se delimita en un caso concreto un acto de desobediencia de una conducta apropiatoria, son actos confluyentes?, ¿la renuencia o incumplir con la entrega de un bien representa una mera desobediencia o el comienzo de un riesgo de apoderamiento?

Finalmente, el gran olvido de esta sentencia es no haber incluido en su razonamiento el concurso de normas con el delito de apropiación ilícita agravada. Esta laguna trató de ser cubierta con la emisión de un segundo precedente vinculante, que inmediatamente pasaremos a analizar.

3.2. Análisis del Segundo Precedente Vinculante

La sentencia anteriormente comentada tenía la calidad de precedente vinculante, y por tanto era de obligatorio cumplimiento por todas las instancias judiciales (art. 301-A del Código de

¹⁸⁰ RAGUÉS I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, 4 (2004), p. 13; En el Perú, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. PG*, p. 494, señala que la comprensión normativa del dolo parte de la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata sino que se imputa; CARO JOHN, «Imputación Subjetiva», en *VII Curso Internacional de Derecho penal: “El Funcionalismo jurídico-penal a debate”*, 07 al 10 de junio de 2006.

Procedimientos Penales¹⁸¹), sin embargo durante su vigencia la misma Corte Suprema no tomó muy serio la supuesta vinculatoriedad de dicho precedente, como se observa en el R.N. N° 2076-2005 de fecha 28 de noviembre de 2005, en donde seguía empleando el art. 392 del CP para tipificar estos hechos.

Quizá esta práctica jurisprudencial fue el aliciente para que la Corte Suprema siete más tarde expida un segundo precedente, a saber, la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3696-2010-AREQUIPA, con la cual pretendió zanjar, de una vez por todas, este debate doctrinal y jurisprudencial, en el que hasta ahora no se logra un punto de conexión.

En este segundo precedente los hechos juzgados fueron idénticos al anterior [en un proceso de obligación de dar suma de dinero una de las partes (el demandado) se hace nombrar depositario judicial de un vehículo sobre el que pesaba una medida cautelar de embargo, posteriormente ante a los requerimientos efectuados por el órgano jurisdiccional el depositario se negó a entregar dicho vehículo]; sin embargo, la calificación de estos hechos fue distinta a la planteada en la anterior sentencia, en los artículos 190 segundo párrafo y 392 CP. El cambio de criterio (concretamente de la tipificación) se encuentra en el cuarto considerando de esta sentencia, cuya fundamentación se hizo en los siguientes términos:

“[E]s de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico-penal de las normas en cuestión, ya que la mención “depositario” –condición imputada al encausado- se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, referida al delito de apropiación ilícita, como en el artículo trescientos noventa y dos del Código acotado respecto al delito de peculado por extensión, que también hace

¹⁸¹ Incorporado por Decreto Legislativo número 959 de fecha 17.08.2004.

referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente –en cuanto a la condena y pena a imponerse-, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a éste, conforme lo prevé el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo seis del Código Penal, que establece: “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales –como es el presente caso-”; por tanto, este Supremo Tribunal considera que si bien la imputación fáctica efectuada por el señor Fiscal contra el encausado Héctor Piedra Muñoz, se enmarca en estos dos dispositivos legales antes mencionados; sin embargo es de considerarse que al existir una dualidad de preceptos legales aplicables al caso concreto, corresponde aplicar la más favorable, que viene a ser el tipo penal contra el Patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita en forma agravada –regulada en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal-; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas”.

La primera cuestión que llama la atención del precitado fundamento jurídico, el cual según la parte resolutive de la sentencia constituye precedente vinculante, es no haberse motivado las razones jurídicas por las cuales se apartaba del anterior precedente¹⁸², recuérdese que en el anterior precedente la Corte

¹⁸² Debe resaltarse que estos dos precedentes fueron emitidos al amparo del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, vigente aún para los procesos iniciados con el anterior Código, dispositivo procesal que expresamente prescribe: “Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema *resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente*. En ambos casos la

Suprema optó por la aplicación del art. 391 del CP en desmedro del art. 392. Es decir, aun cuando no motivó su apartamiento del precedente, ni lo dejó sin efecto, constituye una expresa infracción de la disposición contenida en el art. 301-A del Código de Procedimientos Penales, y un apartamiento tácito del primer precedente. Esto es desde un punto de vista formal¹⁸³.

Desde un punto de vista material, el recurso que hace el Alto Tribunal a un conflicto de leyes penales en el tiempo es completamente incorrecto. Veamos en qué consiste este conflicto temporal de leyes penales y cómo opera el principio de favorabilidad en esta materia.

A. Sobre el conflicto de leyes penales en el tiempo

Nuestra legislación penal establece que la ley aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible¹⁸⁴ (*tempus regit actum*)¹⁸⁵, sin embargo puede suceder que después de la comisión del hecho punible cambien las leyes penales, bien incrementando la punibilidad, bien atenuándola o incluso despenalizándola¹⁸⁶; ello tiene lugar normalmente entre el

sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial”, (Cursivas añadidas). El apartamiento motivado del precedente vinculante también es exigido por el art. 22 de la LOPJ.

¹⁸³ Al cual debe agregarse su infracción por la misma Corte Suprema, en el fallo (R.N. N° 1017-2012-Callao del 05.03.13) ha señalado que el depositario judicial no puede realizar el delito de apropiación ilícita.

¹⁸⁴ HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, t. I, 4 ed., Ed. IDEMSA, 2011, p. 289.

¹⁸⁵ En ese sentido el artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución Política dispone que nadie puede ser condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.

¹⁸⁶ CARO JOHN, *¿Combinación de leyes penales?*, [en línea], Disponible en:

momento de la realización del hecho delictivo y el efectivo cumplimiento de la pena¹⁸⁷. En estos casos resulta importante precisar cuál de las leyes es la aplicable, de acuerdo a lo estipulado por el artículo 6 primer párrafo, se aplicará la (ley) más favorable al reo en caso de conflictos de leyes penales en el tiempo. De la misma manera el artículo 139 inciso 11 de la Constitución establece que se aplicará la ley penal que resulte más favorable.

En el conflicto de leyes penales en el tiempo en rigor se generan dos situaciones: a) cuando el hecho fue cometido durante la vigencia de una ley y, luego aparece otra posterior más benigna, que por ser más favorable al reo se aplica de forma retroactiva; b) cuando el hecho fue cometido durante la vigencia de una ley antigua, que a pesar de estar derogada, se aplica al caso de manera ultractiva, por ser más favorable a la ley posterior¹⁸⁸.

De acuerdo a lo anotado, se observa que tanto el artículo 6 CP como el artículo 139.11 de la Constitución, aplicados por la citada sentencia, son aplicables sólo en los supuestos en que se aprecie un “conflicto de leyes en el tiempo”. Sin embargo, este conflicto no existió propiamente en el caso juzgado en el segundo precedente vinculante, el artículo 190 y el 392 entraron en vigencia simultáneamente cuando se publicó el Código Penal, entonces no se produjo una sucesión de normas penales que ameritaría la aplicación de la norma más favorable, por lo demás, el hecho se produjo durante la vigencia simultánea de ambos dispositivos penales. En rigor, lo que existe es una dificultad para dilucidar si

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2005_15.pdf, [Consulta 12 de agosto de 2013] p. 337.

¹⁸⁷ GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 204.

¹⁸⁸ CARO JOHN, *¿Combinación de leyes penales?*, p. 338.

ambas normas regulan el mismo supuesto de hecho otorgándoles consecuencias jurídicas distintas¹⁸⁹.

La observación apuntada obliga a dar unas breves pinceladas de lo que se entiende por concurso de leyes, pues de acuerdo a un sector ampliamente mayoritario de nuestra doctrina –como supra se ha visto- aquí se produciría un concurso de leyes.

B. El concurso de leyes entre los artículos 190° y 392° CP

En el concurso de leyes la conducta del autor se encuentra abarcada por la formulación de varios tipos penales, pero sólo uno de ellos resulta suficiente para determinar el delito. Si bien la conducta juzgada puede subsumirse en varios tipos penales, solamente uno de los mismos engloba completamente el sentido jurídico-penal de la conducta del autor y desplaza, por ello, al resto de los tipos penales¹⁹⁰. Los criterios con los que se puede precisar cuál de los tipos penales en concurso resulta el preferente, han sido desarrollados por la doctrina¹⁹¹, siendo estos: el de especialidad, subsidiariedad, consunción y, alternatividad.

Coincidimos en que la tipificación del comportamiento del depositario judicial están comprometidos dos tipos penales, los delitos contenidos en los artículos 190 y 392 del CP, empero, la aplicación de uno u otro tipo penal depende en gran medida de cómo esté configurado la expectativa institucional entre las partes involucradas en los procedimientos cautelares civiles.

¹⁸⁹ JAN DOCUMENT, “¿delito de peculado o apropiación ilícita?”, [en línea], Disponible en: *Revista jurídica electrónica Enfoque Derecho*, <http://enfoquederecho.com>. [Consulta: 15 de marzo de 2014].

¹⁹⁰ GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. PG.*, p. 763-764.

¹⁹¹ Ante la ausencia de regulación de los supuestos de concurso en el Código Penal actual, a diferencia del Código Español. *Ibidem*, p. 766.

CAPÍTULO IV NUEVO ESBOZO

1. El destinatario de la confianza especial

Anteriormente hemos precisado los elementos comunes entre los delitos de peculado y apropiación ilícita, pero es uno en particular es el que nos interesa destacar: ambos son delitos de administración desleal de patrimonio ajeno, estatal en el primero y privado en el segundo. En ese sentido, la expectativa normativa está configurada y dirigida a que estos sujetos no abusen de sus facultades en la gestión de dicho patrimonio, naturalmente en el peculado por ser un delito de funcionarios estos abusos se basarán en la infracción de los deberes funcionariales en razón del cargo¹⁹². Esto es lo que permite calificar a estos delitos como delitos de abuso de confianza.

La confianza especial es la institución que, por tanto, fundamenta estos delitos de infracción de deber, pero el destinatario de la confianza como es lógico es distinta en uno u otro delito, y es que en la conformación de la confianza especial como se sabe concurren dos contribuciones: i) el del tomador de la confianza, y, ii) el de la persona que concede o invierte confianza¹⁹³. En este orden de ideas, en el peculado el destinatario de la confianza será el Estado, mientras en la apropiación ilícita lo será el titular del patrimonio. Estos sujetos son los que confían sus patrimonios en

¹⁹² Concretamente el vínculo funcional que tiene con los caudales y fondos del Estado.

¹⁹³ PERDOMO TORRES, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p.149, este autor también señala que la confianza no es una en sentido psicológico sino una jurídica, un *deber y poder confiar normativo*.

manos del sujeto para la realización de un determinado fin, público o privado respectivamente.

En este orden de consideraciones, tenemos que el depositario judicial es según el inciso 5 del art.610 del CPC un órgano de auxilio de la Administración de Justicia, de similar modo que lo son los testigos¹⁹⁴ o los notarios¹⁹⁵. Pero a partir de ahí, no debe concluirse que el depositario tiene un deber estatal emanado de la institución Administración de Justicia, pues legalmente no se le ha transferido ningún deber estatal referido a la función judicial del Estado, como se les atribuyen a ciertos operadores de la Administración de Justicia, como los jueces, fiscales, notarios, etc. La función del depositario judicial, está encaminada, por el contrario, a la administración y custodia de bienes litigiosos; en otros términos, no es portador de un deber genuinamente estatal, sino que su deber está basado en una confianza especial que proporciona garantía, pues está sustituyendo una prestación que en principio le correspondería cumplir al Estado.

Para el cumplimiento de tal función específica es integrado en esta institución, por esta razón tiene un deber especial de cooperar con la administración de justicia, esto por un lado. Pues por el otro, si bien la incorporación del depositario a estos procedimientos proviene del mandato del juez, no es menos cierto, que en dichas órdenes judiciales subyace la propuesta (o petición) del solicitante de la medida cautelar; esto es así porque en los procesos civiles son

¹⁹⁴ Sobre el deber especial de “comparecencia y veracidad” de los testigos. Véase, SESSANO GOENAGA, Javier, «Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación», en *RECPC*, 08-03 (2006), p. 03:16.

¹⁹⁵ Sobre la configuración de las competencias –generales y específicas– de los notarios en el tráfico patrimonial. Vid, GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, Jurista Editores, Lima, 2010, p. 122 y ss.

privados, su iniciativa e impulso siguen la lógica privada. En consecuencia, esta peculiar circunstancia constituye un elemento necesario al momento de determinar la responsabilidad del depositario judicial.

Este especial mecanismo de los procesos cautelares es lo que permite desdoblarse (o mejor, diferenciar) al destinatario de la confianza especial. Si el solicitante ofrece un depositario judicial y éste es designado por el Juez, el destinatario de la confianza será la parte que lo solicita; si en cambio el juez rechaza el órgano de auxilio judicial y éste procede a designarlo será entonces el juez el acreedor de la confianza. En ambos casos, como se observa, el depositario judicial tiene un vínculo institucional en el marco de una confianza especial con la parte que lo ofreció y con el juez que lo designó.

Desde luego que el nacimiento del *estatus* de órgano de auxilio judicial del depositario no depende en absoluto de quien sea el destinatario de la confianza, su incorporación a la institución tiene lugar desde el mismo momento que es nombrado por el Juez del proceso. La única forma en que el obligado institucional (el depositario) puede desvincularse de esta institución es a través de una orden emanada del juez, que puede derivar de la solicitud de sustitución que el titular de la medida cautelar pida siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 617 del CPC, o que el propio depositario pida su sustitución por causa debidamente fundamentada.

Cabe precisar que este vínculo institucional, es decir, los deberes positivos que derivan de esta institución –que en esencia consiste en la “preservación de los bienes”- los mantiene con la parte que lo propuso y con el Juez, en cambio respecto de terceros (por ejemplo, cuando los bienes apropiados son de terceros ajenos al proceso) responderá por su aporte organizativo al hecho, es decir, por una competencia por organización.

2. Los deberes positivos del depositario judicial

Las prestaciones sociales positivas que tiene que observar el depositario en el ejercicio de sus funciones son de acuerdo al artículo 655 CPC, los siguientes: “*Los órganos de auxilio judicial están en el deber de conservar los bienes en depósito o custodia en el mismo estado en que los reciben, en el local destinado para ello, a la orden del Juzgado y con acceso permanente para la observación por las partes y veedor, si lo hay. Asimismo, darán cuenta inmediata al Juez de todo hecho que pueda significar alteración de los objetos en depósito o secuestro y los que regulen otras disposiciones, bajo responsabilidad civil y penal*”.

De esta norma se deduce que la obligación del depositario judicial no es negativa, es decir, no solo tiene un deber de no dañar, sino en esencia es positiva, respecto del Juez y las partes del proceso: conservar los bienes en buen estado hasta su entrega en el mismo lugar, vigilar los bienes, permitir que las partes fiscalicen su labor, poner en conocimiento del Juzgado toda situación que pudiera afectar o alterar los bienes, etc., en suma, le es exigido un comportamiento de ayuda y fomento respecto del patrimonio ajeno.

Es indudable que no todos los mencionados mandatos y prohibiciones deben asumir relevancia penal. El principio de subsidiariedad¹⁹⁶ del Derecho penal es de observancia obligatoria por parte del legislador, por lo que sólo las infracciones más graves deben ser criminalizadas, dejando de lado los aspectos no esenciales y los casos menos graves en manos del Derecho privado o disciplinario. Por ejemplo, en los casos en que la contracautela haya asegurado suficientemente los daños y perjuicios de la ejecución de la medida cautelar será innecesario la intervención del

¹⁹⁶ Sobre este principio como límite a la actividad punitiva del Estado, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. PG.*, p. 136.

Derecho penal; sucederá lo mismo en las hipótesis contenidas en los artículos 621, 622 y 623, en donde se prevé la indemnización de daños y perjuicios como mecanismos de reacción suficientes para hacer frente a estos comportamientos irregulares del depositario judicial. A nuestro juicio, el acto de disposición de los bienes es el único supuesto más grave que ameritará el recurso al Derecho penal. Por el contrario, muy difícilmente, salvo casos excepcionalísimos, el incumplimiento del deber de custodia y comunicación al órgano jurisdiccional será suficiente para justificar la imposición de una pena.

3. La subsunción de las conductas del depositario judicial

Debe quedar bien claro, que aquí se está analizando únicamente el caso del depositario judicial que participa en un proceso judicial de corte civil, en el que las partes son particulares y los bienes en disputa pertenecen a éstos. No forma parte del objeto del presente trabajo abarcar los casos de los depositarios que son funcionarios públicos, cuya función –específica o accesoria- es la custodia de bienes (ya sea incautados, decomisados). A esos casos hemos aludido brevemente *supra*, aquí basta recordar que si estos depositarios-funcionarios cometen un acto apropiatorio, un uso indebido, o incluso se rehusaren a entregar los bienes previamente requeridos por la autoridad, estas conductas no tienen por qué entrar en conflicto con el tenor típico del artículo 392 CP, pues para esos casos existe los tipos de peculado, peculado de uso, y rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad respectivamente, en los que perfectamente calzan estas conductas.

Ahora bien, volviendo al tema, como dijimos, el depositario judicial adquiere la condición de órgano de auxilio de la Administración de Justicia por mandato motivado del Juez (art. 611 Código Procesal Civil), pero esta situación no es determinante para la configuración de su *estatus* especial, sino que en ésta subyace una petición de una de las partes, y esto es así, por el carácter

esencialmente privado del proceso –a iniciativa e impulso de parte-. En este orden de ideas, se observa que el depositario judicial podrá ser: (i) la persona –natural o jurídica- solicitada por el titular de la medida cautelar, conforme al artículo 610.5 Código Procesal Civil, o, (ii) la persona –particular o institución- que a juicio del Juez sea la más adecuada.

3.1. La responsabilidad del depositario propuesto por el titular de la medida

Si el depositario designado por el Juez coincide con el ofrecido por la parte solicitante de la medida cautelar, la responsabilidad del depositario se subsumiría en el delito de apropiación ilícita agravada establecido en el segundo párrafo del art.190 del CP. La opción por este tipo penal estriba en que la conducta del depositario judicial ha afectado la relación institucional establecida con el titular de la medida cautelar, es decir, ha incumplido con los deberes de protección, conservación y fomento de los bienes que el destinatario de la confianza especial depositó en su persona.

Es en el marco de esta institución que el accionante de la demanda cautelar elige al depositario, los motivos pueden ser de los más diversos: confianza en sus cualidades personales o éticas, en su organización previa. La administración infiel del patrimonio ajeno, no conforme a lo dispuesto en el artículo 655 del CPC es lo que origina su responsabilidad penal. En suma, el depositario responde según el fundamento del delito de apropiación ilícita porque lesionó los intereses patrimoniales del solicitante de la medida.

Ciertamente no debe soslayarse el hecho que el Código Procesal Civil exija en la solicitud de medida cautelar una contracautela¹⁹⁷, y que también haya previsto una responsabilidad solidaria entre el

¹⁹⁷ Medida que tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución (Primer párrafo del artículo 613 del CPC).

titular de la medida y el depositario (en caso de deterioro o pérdida del bien afecto¹⁹⁸), la razón de estas previsiones es que el legislador entiende que entre el titular de la medida cautelar y el depositario judicial existe un estrecho vínculo, basado como sostenemos en una confianza especial.

3.2. La responsabilidad del depositario instituido por el Juez

Otra sería la consecuencia, si en cambio, el Juez al momento de calificar la demanda cautelar considera que el depositario judicial propuesto por el titular de la medida cautelar no es una persona idónea o adecuada para asumir el cargo (el artículo 611 del CPC le otorga discrecionalidad al juez para dictar medida cautelar en “la forma solicitada o *en la que considere adecuada*”); esta situación puede deberse a una infinidad de motivos imaginables, los cuales normalmente serán denunciados por el afectado de la medida cautelar, que a título ejemplificativo podemos señalar: los antecedentes penales por la comisión de delitos contra el patrimonio, el haber sido sometido a un procedimiento de insolvencia, es una persona alcohólica, etc.

En todos estos casos, el destinatario de la confianza no es más la parte que lo ofreció, sino el Juez que lo eligió y además que lo designa como custodio o administrador de esos bienes. Esta facultad legal que tiene el juez, es una circunstancia importante porque demuestra que la competencia originaria –la preservación de los bienes– recae en primer lugar en su persona. Esta es quizá la razón por la que el legislador del Código Procesal Civil ha previsto una responsabilidad civil del juez cuando el “deterioro o pérdida del bien sujeto a medida cautelar” se deba a una “designación ostensiblemente inidónea” del depositario judicial¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Artículo 622 del CPC.

¹⁹⁹ Artículo 626 del CPC.

El juez al elegir el mismo al depositario judicial está delegando deberes específicos que se desprenden de la administración y custodia de esos bienes, pero esta delegación no implica la transferencia del rol de Juez. Es por eso, que la posición jurídica del Juez se transforma después del acto de delegación, generando unas competencias residuales, cuyo incumplimiento da lugar a responsabilidad. Los deberes residuales del Juez son esencialmente la selección, la instrucción e información de los derechos y obligaciones, y la vigilancia. Estos casos justifican el recurso a la cláusula de la extensión de la punibilidad del artículo 392 CP, y es donde estos casos deben ser tipificados.

La calificación de estos hipótesis delictivas dentro del delito de peculado impropio es proporcional con los deberes infringidos, y es imperioso en los supuestos en que el depositario coincide con el afectado por la medida cautelar, dado que éste sujeto al ser el propietario de los bienes no podría cometer un delito de apropiación ilícita porque no puede apropiarse de algo que es suyo. En ese sentido, para no forzar una interpretación del tipo contenido en el 190 del CP en estos casos sería preferible la remisión al art. 392 del CP.

CONCLUSIONES

- I. Los tipos penales que expresamente tipifican el comportamiento punible del depositario judicial son dos. Por una parte se encuentra el segundo párrafo del artículo 190 del CP, que está referido al delito de apropiación ilícita agravada, y por el otro, está el art. 392 del CP, el cual amplía la tipicidad de los delitos previstos en los art. 397 al 389 a una serie de sujetos que no tienen la cualidad especial de funcionarios públicos, en cuales se encuentra el depositario judicial.

- II. La condición de depositario judicial al estar prevista en estos dos tipos penales genera un conflicto interpretativo que no puede ser solucionado recurriendo directamente al tenor de ambos tipos penales. Antes, será necesario delimitar las zonas fronterizas existentes entre los artículos 425.4 y 392 del CP, ya que ambos además de tener redacción similar, asimilan al depositario judicial a la condición de funcionario público. En efecto, el art. 425.4 del CP considera funcionarios públicos o servidores públicos a “los administradores o depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares”; esto es, la misma redacción del 392 del CP, salvo en la terminología empleada para definir el objeto material (“dinero o bienes” en el 392 del CP, “caudales” en el 425.4). Una interpretación plausible de estos dispositivos penales no podría ser posible sin un conocimiento siquiera superficial del concepto de funcionario público «a efectos penales» al cual se encuentra adherido nuestro Código Penal.

III. Nuestro Código Penal no ha establecido una definición de funcionario público sino una descripción específica de los sujetos que son considerados funcionarios públicos. Esta circunstancia ha obligado a la doctrina a buscar un criterio que sirva en la determinación de esta calidad especial. Estos criterios son dos: el administrativo y el propiamente penal. El primero atiende a la incorporación a la Administración Pública, mientras que el segundo a la verificación de un título y el ejercicio de una función pública. Un análisis sistemático de los diferentes numerales del Código Penal lleva a la conclusión que el tópic administrativo se acentúa con mayor intensidad en el listado establecido en el art. 425 del CP.

IV. En este orden de ideas, el concepto de funcionario público recogido en el art. 425 es autónomo pero no amplio. Es autónomo porque los regímenes administrativo, laboral o constitucional no constituyen un criterio definitivo para decidir sobre el carácter de funcionario público en tal dispositivo penal, sino que, a lo sumo, puede servir como factor indiciario para resolver sobre la calidad de público del cargo o de la función. Sin embargo, no es amplio por cuanto la extensión del concepto, y los sujetos que con ello se encuentran equiparados a la condición de funcionario público, no es posible inferirlo del tenor literal del art. 425 CP, que en su gran mayoría recoge a sujetos que se encuentran vinculados formalmente con la Administración a través de la realización de una actividad que es considerada esencial del Estado.

V. Esta interpretación, sin embargo, no implica que la intervención o el aporte de los particulares en los delitos cometidos por funcionarios públicos sea intrascendente. Pues pueden llegar a ser sujetos activos de determinados delitos contra la Administración Pública pero eso no se

desprende del art. 425 del CP sino a través de las frecuentes extensiones de la condición de funcionario público que hacen algunos tipos penales, como por ejemplo, los artículos 386 para peritos, árbitros, contadores, tutores, curadores y albaceas en caso de “fraude a la administración pública” y “patrocinio ilegal”, o también por disposición directa, p. e. La extensión de la punición al contratista de una obra pública en el peculado de uso de bienes del Estado (art. 388 párrafo segundo).

VI. La conclusión arribada permite solucionar adecuadamente el aparente conflicto producido entre los artículos 392 y 425.4 del CP. El art. 425.4 del CP se ha adherido a una concepción administrativa de funcionario público, mientras que el primer dispositivo amplía a los particulares el tipo de los delitos netamente funcionariales. Los alcances, por tanto, del art. 425.4 del CP está circunscrito a los depositarios-funcionarios, quienes se encuentran ocupando un cargo público al interior de la Administración pública. Por el contrario, el art. 392 regula la conducta de los depositarios que no son funcionarios públicos, es decir, en estos casos los depositarios son particulares.

VII. La dilucidación de los contornos normativos de los arts. 190 y 392 no debe realizarse al margen de la tipicidad de los tipos base de estos dos delitos, esto es, los delitos de peculado y apropiación ilícita agravada. Ambas figuras delictivas tienen en común el ser delitos especiales de infracción de deber. No debe olvidarse que los delitos de infracción de deber no deben ser equiparados con los delitos especiales, ya que ambos tienen contenidos y fines distintos.

VIII. Son delitos especiales porque sólo pueden realizados por sujetos que tienen un vínculo estrecho con los bienes, en la apropiación ilícita este vínculo se expresa en los títulos de transferencia (“depósito”, “comisión”, “administración” u “otro título semejante”); en el peculado tiene su correlato en la “percepción”, “administración” o “custodia”. Sin embargo, son delitos de infracción de deber porque dicho estatus viene atribuido por una relación de confianza especial con los titulares de dichos patrimonios (en el primero privado, en el segundo público). Por eso en este caso el agente es un competente en virtud de un deber institucional, es decir, es garante de resguardar los intereses patrimoniales del propietario de estos bienes. En consecuencia, los dos tipos penales son delitos en donde se protege las deslealtades patrimoniales.

IX. Los delitos de hurto y apropiación ilícita son delitos subyacentes al delito de peculado, sin embargo la configuración de cada uno depende de la clase de expectativa que se haya quebrantado. Pero en ningún caso el obligado positivo puede ser responsable por el tipo común o especial de dominio subyacente, la lesión de su deber especial siempre se hará en condición de autor, autor de un delito de infracción de deber.

X. En la doctrina existen tres grandes propuestas de solución: las tesis formales, la patrimonialistas y las mixtas. Ninguna de ellas ofrecen criterios convincentes y satisfactorios, carecen en primer lugar de un análisis sistemático, ninguno ha encontrado alguna razón para mantener la vigencia del 392 del CP, más aún cuando tiene el mismo contenido del n.m. 4 del art. 425 del CP. En segundo lugar, su análisis es parcial, pues no sólo existe un mecanismo de vinculación (entre el juez y el

depositario judicial), sino que también entre éste último y el solicitante de la medida cautelar.

XI. En lo que respecta a la jurisprudencia, se tiene que la Corte Suprema no tiene una postura definida, buena muestra es la expedición de dos precedentes vinculantes en esta materia. En ellos pese a juzgar hechos idénticos la tipificación fue distinta, en el primero se tipificó el hecho en el art. 391, en el segundo en el 190. La fundamentación en cada uno de ellos fue en extremo diminuta, puede llegar a considerarse incluso como un supuesto de motivación defectuosa o insuficiente, tanto más si en el segundo precedente se apartó expresamente de las razones establecidas en el primero. Actualmente se observa que este Supremo Tribunal no sigue ninguno de los criterios asumidos en dichos precedentes.

XII. El depositario judicial es un administrador o custodio de patrimonio ajeno, tiene en consecuencia un deber de tutela de los intereses patrimoniales del titular de la medida cautelar. Su *estatus* únicamente no proviene de la designación del Juez, sino de la institución denominada por JAKOBS confianza especial. La tipificación de sus comportamientos depende entonces de qué vínculo institucional defrauda. Si en caso el destinatario de la confianza especial recae sobre el Juez la tipificación de sus conductas se reprimirá mejor con la regulación del delito de peculado impropio. En cambio si el destinatario de la confianza especial recae sobre el titular o solicitante de la medida cautelar el título de imputación se hará bajo los alcances del delito de apropiación ilícita agravada.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, *El tratamiento penal de los delitos contra la administración pública*, [en línea], Disponible en: www.alfonsozambrano.com/memorias/magistrales/delitos_aa.doc. [Consulta: 10 de marzo de 2014].

ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, 2da ed., Palestra, Lima, 2003.

ABELLO GUAL, «El abuso de confianza y el peculado en la responsabilidad empresarial por administración de fondos parafiscales en las EPS en Colombia», en *Prolegómenos – Derechos y Valores*, Vol. XIII, 26 (2010).

ALCOCER POVIS, «La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya», en *Instituto de Ciencia Procesal Penal*, [en línea], Disponible en: www.incipp.org.pe. [Consulta: 08 de marzo de 2014].

BALMACEDA HOYOS, «Comunicabilidad de la calidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco», en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, Año 19, 2 (2012).

BRAMONT-ARIAS TORRES/ GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho Penal. PE*, 4ª Ed., Editorial San Marcos, Lima, 2010.

CARO JOHN, *¿Combinación de leyes penales?*, [en línea], Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2005_15.pdf. [Consulta: 12 de agosto de 2013].

CARO JOHN, «Delito de Infracción de un deber: fundamento y significación», en *Normativismo e Imputación jurídico-penal: Estudios de derecho penal funcionalista*, Ara Editores, Lima, 2010.

CARO JOHN, «Imputación Subjetiva», en *VII Curso Internacional de Derecho penal: “El Funcionalismo jurídico-penal a debate”*, 07 al 10 de junio de 2006, Lima.

CASTILLO ALVA, «El caso Kouri-Montesinos. Algunas preguntas sin responder: ¿un candidato al congreso es un funcionario público? ¿Existe la teoría del acuerdo previo?», en *Diálogo con la Jurisprudencia*, t. 25 (2000), Lima.

CASTRO MORENO/OTERO GONZALES, «Estudio comparativo de los delitos de malversación y peculado en los códigos penales español y peruano», en *Tratado de derecho penal: Desafíos del derecho penal contemporáneo*, COLLANTES GONZALES (Coord.), Normas Legales, Trujillo, 2004.

COHAILA/QUINTEROS/CASTILLO/ CHÁVEZ, “*Micro corrupción en el Poder Judicial: el caso de los depositarios judiciales*”, [en línea], Disponible en: http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/04/INFORME-DJ_final.pdf [Consulta: 08 de marzo de 2014].

DE LA MATA/EXTEBARRIA, *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación, por funcionario, de caudales públicos*. Bosch Editor, Barcelona, 1995.

DONNA, *Derecho Penal. PE*, t. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.

DONNA, *Delitos contra la Administración Pública*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.

DONNA, «El concepto dogmático de funcionario público en el código penal del Perú», en *RPCP*, 11 (2002), Lima.

GALVEZ VILLEGAS, *Delito de enriquecimiento ilícito*. IDEMSA, Lima, 2001.

GALVEZ VILLEGAS/ DELGADO TOVAR. *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Jurista Editores, Lima, 2011.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999.

GARCÍA CAVERO, «Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el derecho penal», en *Sistemas Penales Iberoamericanos, LH al Dr. D. Enrique Bacigalupo*, 1ª ed., Ara Editores, Lima, 2003.

GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico. PE*, t. II, Ed. Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA CAVERO, «El sistema funcional de imputación en la determinación de la responsabilidad penal del administrador de la empresa», en *RPDJP*, N° 1, Lima.

GARCÍA CAVERO, *Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial*, Jurista Editores, Lima, 2010.

GARCÍA CAVERO, *El delito de Colusión*, Grijley, Lima, 2008.

GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. PG*, 2ª ed., Jurista Editores, Lima, 2012.

GARCÍA CAVERO, «Los ámbitos de competencia en el delito de incumplimiento de deberes funcionariales», en *Programa de Especialización en el orden jurisdiccional penal: La criminalidad organizada y las nuevas formas de delincuencia*, UdeP, 2013.

GARCÍA HUANCA, El concepto de funcionario público en el derecho penal, en *JUS Doctrina & Práctica* 2 (2009), Lima.

GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, 3ª ed., Bogotá, 2008.

HERNÁNDEZ BASUALTO. *La administración desleal en el derecho penal chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXVI, Valparaíso, 2005.

HUGO ÁLVAREZ, *El delito de peculado*, Gaceta Jurídica, 1ª Ed., Lima, 2006.

HURTADO POZO/PRADO SILDARRIAGA, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, t. I, 4 ed., Ed. IDEMSA, 2011.

JAKOBS, «La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», en *Los desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. LH al profesor Dr. Günther Jakobs*, YACOBUCCI (Dir.), Ara Editores, Lima, 2005.

JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Teoría y fundamentos de la imputación*, (trad. Cuello Contreras/Gonzales de Murillo), 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAN DOCUMENT, “¿delito de peculado o apropiación ilícita?”, [en línea], Disponible en: *Revista jurídica electrónica Enfoque Derecho*, <http://enfoquederecho.com>. [Consulta: 15 de mayo de 2014].

MORALES CAUTI, «El contenido del tipo subjetivo en el delito de apropiación ilícita. Irrelevancia del animus rem sibi habendi», en *JUS Doctrina & Práctica*, 9 (2008), Lima.

OLIVER CALDERÓN, «Estructura típica común de los delitos de hurto y robo», en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI (2011), primer semestre, Valparaíso.

ORÉ SOSA, *El depositario judicial en los delitos de apropiación ilícita y peculado por extensión. Comentario al precedente vinculante de la Corte Suprema de la República* [en línea], Disponible en: www.oreguardia.com.pe. [Consulta: 27 de enero de 2014].

OSSANDON WIDOW, «Sobre la calidad del empleado público en los delitos de funcionarios públicos y la punibilidad de quienes no la poseen», en *Programa de Especialización en el orden jurisdiccional penal: La criminalidad organizada y las nuevas formas de delincuencia*, UdeP, 2013.

OSSANDON WIDOW, «Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal», en *Política Criminal*, 1 (2006).

PARIONA ARANA, «La teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias», en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 19 (2011).

PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal. PE. t. III*, IDEMSA, Lima, 2010.

PERDOMO TORRES, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

PINEDO SANDOVAL, Carlos. «Tentativa y consumación en los delitos patrimoniales que requieren sustracción: una interpretación normativa en el marco de la “Generalización de la parte especial», en *Ita Ius Esto*, [en línea] Disponible en: www.itaiusesto.com, [Consulta: 09 de abril de 2013].

PINEDO SANDOVAL, «El concepto de funcionario público», en *Actualidad jurídica*, t. 233, abril 2013.

PINEDO SANDOVAL, *Imputación Objetiva. Introducción a sus conceptos elementales*, Palestra, Lima, 2013.

QUINTERO OLIVARES, Comentarios al Código Penal Español, QUINTERO OLIVARES (Dir.), t. I, 6ª Ed., Aranzadi, Navarra.

RAGÚES I VALLÉS, «Consideraciones sobre la prueba del dolo», en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, 4 (2004).

REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Jurista Editores, Lima, 2004.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Cuándo un caso es penal y no civil: casos complejos en la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

REYNA ALFARO, *Comentarios a la legislación anticorrupción*, Jurista Editores, Lima, 2002.

ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, Grijley, 4ª edición, Lima, 2007.

ROJAS VARGAS, «Derecho Penal: Estudios fundamentales de la parte general y especial». *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Lima, 2013.

ROXIN, *Derecho Penal, PG: Fundamentos, La Estructura de la teoría del delito*, t. I (Trad. Luzón Peña), Editorial Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*, 6ª ed., (trad. Cuello Contreras/Serrano Gonzáles de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Administración desleal y apropiación indebida: consecuencias de la distinción jurisprudencial», en *Dogmática y ley penal. LH a Enrique Bacigalupo*, t. II, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (Dir.), Marcial Pons, Madrid, 2004.

SAN MARTÍN CASTRO/ CARO CORIA/ REAÑO PESCHIERA, *Delito de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir. Aspecto sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2012.

SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima, 2006.

SESSANO GOENAGA, «Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación», en *RECPC*, (2006).

SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005.

SIMONS VALLEJO, «Sobre el contenido injusto de los delitos de apropiación indebida (reflexiones a propósito de los arts. 252 y siguientes del Código penal español)», en *Revista Penal*, 15 (2005).

URQUIZO OLAECHEA, *Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública*, en *RPCP*, N° 12, 2002.

VILLA STEIN, *Derecho Penal. PE. II-A. Delitos contra el patrimonio*, Editorial San Marcos, Lima, 2001.