

**Universidad Católica Santa María**

**Escuela de Postgrado**

**Maestría en Derecho Penal**



**LA VINCULACIÓN FUNCIONAL EN EL DELITO DE PECULADO FRENTE  
AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD VISTAS EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS  
POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CERCAO DE AREQUIPA,  
2016 - 2017.**

Tesis presentado por la Bachiller:

**Ruelas Coaguila, Raisa Katherine**

Para optar el Grado Académico de:

**Maestro en Derecho Penal**

Asesor:

**Mg. Vargas Salas, Obed**

**AREQUIPA – PERÚ**

**2019**

DICTAMEN

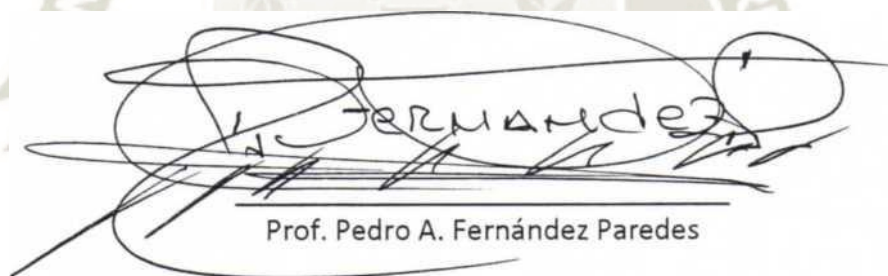
**SEÑOR DIRECTOR DE LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

Se ha puesto en consideración el proyecto de tesis titulado "**LA VINCULACIÓN FUNCIONAL EN EL DELITO DE PECULADO Y LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD VISTAS EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CERCADO DE AREQUIPA 2016 - 2017**", presentado por la Bachiller **RAISA KATHERINE RUELAS COAGUILA**, para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Penal.

Señor Director, el proyecto en referencia reúne las condiciones para su aprobación y posterior desarrollo.

Es cuanto tengo a bien informar a Ud.

Arequipa, 20 de Agosto de 2018



Prof. Pedro A. Fernández Paredes

**INFORME DICTAMEN DE BORRADOR DE TESIS**

**A:** **Dr. HUGO TEJADA PRADELL**  
Director de la Escuela de Postgrado  
Universal Católica de Santa María.

**DE:** **Mg. Vargas Salas, Obed**

**ASUNTO:** **Dictamen de Borrador de Tesis**

**FECHA:** Arequipa 2018 agosto 07.

Me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que se ha revisado el Borrador de tesis conforme Boleta N° 188 , denominado:

**"LA VINCULACIÓN FUNCIONAL EN EL DELITO DE PCULADO Y LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD VISTAS EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CERCADO DE AREQUIPA 2016- 2017"**

presentado por la maestrando **RUELAS COAGUILA, Raisa Katherine**, haciendo llegar el los dictamen en los siguientes términos:

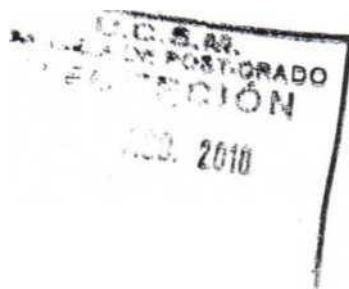
**En cuanto a la forma:**

1. El enunciado propuesto es entendible, sin embargo este no debe afirmar ni negar alguna situación que se desea investigar. Se le recuerda que la afectación o no afectación de la investigación se debe verificar en el capítulo de resultados no en el enunciado. Se deja a su consideración la posibilidad de mejorar el mismo.
2. El borrador propuesto contiene cinco capítulos, dentro de los cuales los cuatro primeros dedican sesenta y uno (61) páginas a marco teórico y sólo deja dos (02) páginas a los resultados de la investigación. Se recomienda modificar la esquematización del mismo.
3. La propuesta debe tener la formalidad jurídica correspondiente a una modificatoria legislativa.
4. Verificar el abstratc.
5. Se verifica información desde la página 67 hasta la 69, la cual no se verifica en el índice. Se recomienda mejorar esta parte, en consideración que es la parte más importante de la investigación.
6. Las conclusiones no responden a los objetivos salvo la primera, la cual puede ser mejorada.

**POR LO TANTO:**

Se opina que levantadas las observaciones por parte de la interesada, se prosiga con el trámite regular del mismo sin mediar algún nuevo dictamen, lo que se informa para los fines consiguientes.

Atentamente,



**Mg. VARGAS SALAS, Obed**  
**DOCENTE DICTAMINADOR**

Arequipa, 13 de agosto del 2018

**SEÑOR DOCTOR**

**HUGO TEJADA PRADELL** Director de la Escuela de Postgrado Universidad Católica Santa María

De mi consideración:

Mediante la presente, cumplo con emitir dictamen respecto al Borrador de Tesis titulado "LA VINCULACIÓN FUNCIONAL EN EL DELITO PECULADO Y LA AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD VISTAS EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CERCADO DE AREQUIPA 2016-2017", presentado por el bachiller Srta. RUELAS COAGUILA, Raisa Katherine, para optar por el grado de Magister en Derecho Penal; en el sentido que la tesis en mención cumple con la estructura anexa al Reglamento para la Graduación de Magister, guarda coherencia con el proyecto de investigación y tiene la profundidad académica y aporte científico que se exige para optar el grado académico de Magister, por lo que tiene mérito suficiente para ser sustentado oralmente.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para reiterarle mi consideración.

Atentamente,



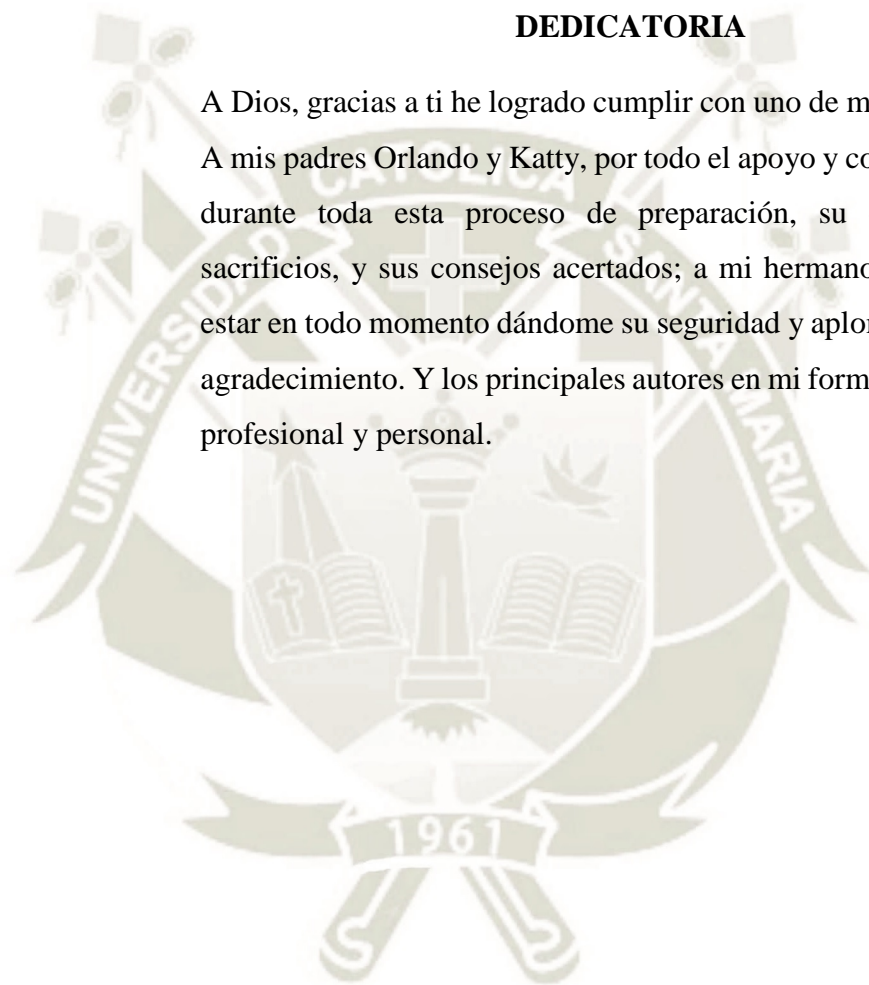
MAURO PARITABODA DOCENTE  
DICTAMINADOR COD. 1378



U.C.S.M.  
ESCUELA DE POSTGRADO  
RECEBIDO  
13 AGO. 2018

## DEDICATORIA

A Dios, gracias a ti he logrado cumplir con uno de mis grandes metas. A mis padres Orlando y Katty, por todo el apoyo y confianza brindada durante toda esta proceso de preparación, su comprensión, sus sacrificios, y sus consejos acertados; a mi hermano Orlando A. por estar en todo momento dándome su seguridad y aplomo por lo cual mi agradecimiento. Y los principales autores en mi formación académica, profesional y personal.





***EPÍGRAFE:***

***“Si quieres la paz, lucha por la justicia”***

***Papa Pablo VI***

## ÍNDICE GENERAL

**RESUMEN**

**ABSTRACT**

**INTRODUCCIÓN**

### **CAPÍTULO I**

#### **DELITO DE PECULADO**

1.1. Origen y aceptación etimológica.....	04
1.2. Concepto del delito de peculado.....	05
1.3. Clases de peculado.....	06
1.4. Bien jurídico tutelado.....	07
1.5. Delito de peculado en el código penal peruano.....	08
1.6. Funcionario y servidor público.....	11
1.7. Sujeto activo.....	12
1.8. Sujeto pasivo.....	14
1.9. Comportamiento típico.....	14
2. Vinculación funcional.....	22
2.1. Concepto.....	22
2.2. Importancia y delimitación conceptual.....	22
2.3. Relación Funcional de hecho.....	24
2.4. Caudales o efectos.....	26
2.5. Percibir, administrar y custodiar.....	27

### **CAPÍTULO II**

#### **EL FUNCIONARIO DE “HECHO” EN EL DELITO DE PECULADO**

1.1. El funcionario de “hecho” o de “facto”.....	33
1.2. El delito de peculado en el derecho comparado.....	35
1.3. Jurisprudencia en el delito de peculado.....	37
2. Principio de Legalidad.....	54
2.1. Concepto.....	54
2.2. El principio de legalidad penal y el estado constitucional de derecho.....	55

2.3. Formulación y contenido del principio de legalidad.....	56
2.4. Principio de legalidad desde la óptica del tribunal constitucional.....	59
2.5. Principio de legalidad y el sub-principio de taxatividad.....	61
2.6. Afectación del principio de legalidad.....	62

### CAPÍTULO III

#### ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS MATERIA DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

1.1. Análisis e interpretación de las sentencias emitidas por los Juzgados penales unipersonales y colegiados de la Sede de la Corte de Justicia de Arequipa año 2016 - 2017.....	64
1.1.1. Resultado de los fallos emitidos por los Juzgados Unipersonales y Colegiados.....	65
1.1.2. Sentencias Condenatorias: Por aceptación de cargos y sin aceptación de cargos.....	68
1.1.3. Sentencias Absolutorias y Reserva de Fallo Condenatorio: Valoración Judicial de la aceptación de cargos y otros medios de prueba.....	70
1.1.4. Sentencias Condenatorias: Valoración Judicial de los medios probatorios.....	73
1.1.5. Sentencias Condenatorias: Valoración Judicial sobre la vinculación funcional.....	75
1.1.6. Casos en donde se valoró la relación de vinculación funcional.....	78
1.1.7. Sentencias en el cual su fallo condenatorio se valoró la relación de la vinculación funcional en razón de su cargo.....	80
1.1.8. Valoración Judicial de los medios probatorios de la vinculación funcional en razón de su cargo.....	83
1.1.9. Sentencias Absolutorias: Valoración Judicial de los medios probatorios.....	86
1.1.10. Casos en las que hubo declaración del acusado y medios probatorios y si se valoró.....	88

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>91</b>
<b>SUGERENCIAS.....</b>	<b>93</b>
<b>PROPUESTAS LEGISLATIVA.....</b>	<b>94</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>98</b>
<b>INFORMATÍGRAFIA.....</b>	<b>100</b>
<b>ANEXOS:</b>	
- <b>PROYECTO DE INVESTIGACIÓN</b>	
- <b>PRINCIPALES SENTENCIAS ANALIZADAS</b>	



## RESUMEN

La presente tesis tiene como objetivo de investigación, el análisis y la búsqueda de una fórmula de solución a la problemática que se genera en nuestros tribunales al no existir una interpretación que sea conveniente para el delito de peculado, reflejando así un vacío normativo legal que se suscita en el sujeto activo del delito con relación a la vinculación funcional en función con los caudales y efectos de bienes de la administración pública, sobre los cuales tienen el poder de vigilancia y el deber de cuidar, restringir o limitar por los cuales les fue encomendado, por lo que resulta imprescindible precisar, que estos caudales o efectos públicos debe estar en razón del cargo, incluyendo a los que no gozan o no tienen tal relación funcional.

En tanto los funcionarios o servidores públicos que no tienen aquella vinculación funcional, conforme lo estipula el tipo penal, se desprende que, solo encierra como autor del delito a aquel funcionario o servidor público que previamente asume legalmente los deberes y obligaciones con respecto a los bienes del Estado, y no en relación a la vinculación funcional “de hecho”.

Deduciendo que la vinculación funcional - de los funcionarios o servidores públicos “de hecho” - no tienen vinculación funcional con los bienes que administran, custodian o perciben en razón a su cargo, por lo cual está ocasionando una vulneración al infringir el principio de legalidad estipulado en la Constitución Política del Perú.

Por tanto comprender como autor del delito de peculado a los funcionarios o servidores públicos que no han asumido el cargo legalmente; infringen el principio de legalidad penal consagrado en el artículo 2º numeral 24, literal “d” de la Constitución Política del Perú. En consecuencia es necesario la delimitación conceptual del elemento normativo “vinculación funcional”, reflejando su necesidad de hacer una modificatoria en el Código Penal sobre este tipo penal agregando el significado “**con motivo de sus funciones y deberes**” en las labores realizadas con los caudales y efectos de los bienes de la administración pública.

**Palabras clave:** *Vinculación funcional, principio de legalidad, administración pública funcionario público, servidor público, funciones, caudales, efectos.*

## ABSTRACT

This thesis has the objective of research, analysis and search for a formula for solving the problem that is generated in our courts in the absence of an interpretation that is appropriate for the crime of peculation, thus reflecting a legal regulatory gap that is produced in the active subject of the offense in relation to the functional linkage with the flows and effects of public administration assets, over which they have a power of supervision and the duty to care of, restrict or limit for which they were entrusted, so it is essential to specify, that these funds or public effects must be because of the charge, including those who do not enjoy or do not have such a functional relationship

Meanwhile public officials or servants who do not have that functional connection, according to what is stipulated in the penal type, it can be inferred that it only encloses like author of the crime those public officials or servants that previously have legally assumed the duties and obligations with respect to the goods of the State, and not in relation to the functional link " in fact ".

The fact that public officials or servants " in fact " have no functional link with the goods they administer, keep or perceive, is causing a violation and is reflected in the transgression of the principle of legality stipulated in the Political Constitution of Peru. The objective of the investigation is to analyze the delimitation of the element of functional linking of public servants or officials, which determines that officials " in fact " cannot be considered active subjects of the crime of peculation.

Therefore, to considerate as the author of the crime of peculation to public servants or officials who have not assumed the position legally, violates the Principle of Criminal Legality enshrined in article 2, numeral 24, literal "d" of the Political Constitution of Peru. Consequently, the conceptual delimitation of the normative element "functional link" is necessary, reflecting its need to make a modification to the Penal Code on this criminal type by adding "on the occasion of its functions and homework" in the work carried out with the flows and effects of public administration assets.

**Keywords:** Functional link, legality principle, public administration, public official, public servant, functions, flows, effects.

## INTRODUCCIÓN

En Arequipa se tramita un gran número de procesos por el delito de peculado, previsto en el artículo 387° del Código Penal Peruano. Este delito sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo.

Para la configuración del delito de peculado se requiere que el sujeto activo en razón de su cargo tenga una vinculación funcional con los caudales o efectos, sobre los cuales tiene un poder de vigilancia y el deber de cuidar. La vinculación funcional tiene como finalidad restringir o limitar la amplitud de autores, circunscribiendo el delito de peculado, solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos en razón de su cargo que desempeña, excluyendo a los que no gozan o no tienen tal relación funcional.

La delimitación conceptual del elemento normativo “vinculación funcional”, ha generado controversia, y dado lugar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el expediente N° 2758-2004 seguido por Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, en el cual señala que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, tenía la custodia y administración de los fondos públicos. Por tanto consideran que si tiene la calidad de sujeto activo del delito de peculado, a pesar que legalmente no había asumido el cargo de Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional.

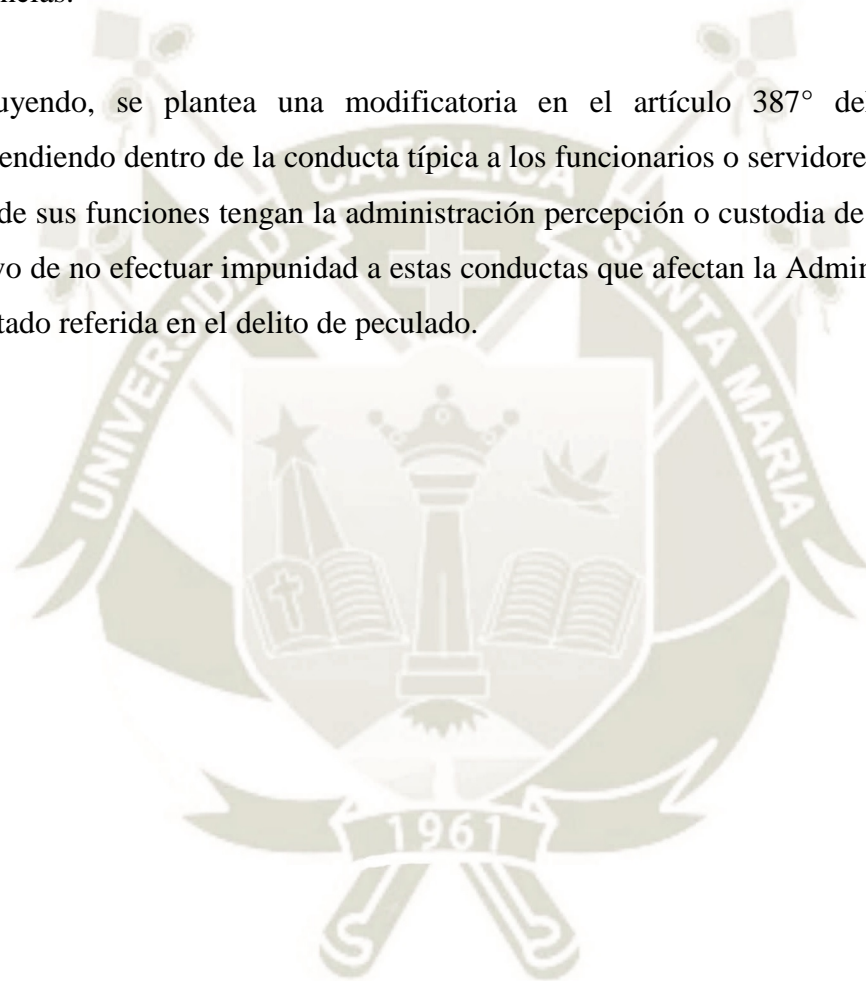
Frente a esta delimitación conceptual del elemento normativo “vinculación funcional”, existe otra posición, en el cual se requiere la existencia de una determinada relación de dependencia legal y formal, pues así lo exige expresamente el artículo 387° del Código Penal. Lo cual este delito solo puede perfeccionarse luego de comprobar la existencia de la “vinculación funcional” del actor con respecto a los caudales y efectos públicos en razón de su cargo, quien deberá haber asumido el cargo legal y formalmente. Por tanto considera a los funcionarios o servidores públicos que “de hecho” han asumido un cargo funcional.

Dicho lo anterior, en los Capítulos I y II del presente trabajo se ha desarrollado el marco Teórico Conceptual, el cual contiene la base teórica, conceptos respecto a la problemática y la realidad jurídica del autor del delito de peculado, lo cual sirve de sustento teórico a la

presente investigación, realizando para ello un análisis de cada uno de estos temas enfocados desde la doctrina y la legislación.

En el Capítulo III, se presenta los resultados a los que se llegó a realizar con la revisión de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del año 2016 al 2017, proponiendo las conclusiones con sus correspondientes sugerencias.

Concluyendo, se plantea una modificatoria en el artículo 387° del Código Penal, comprendiendo dentro de la conducta típica a los funcionarios o servidores públicos que en razón de sus funciones tengan la administración percepción o custodia de los bienes con el objetivo de no efectuar impunidad a estas conductas que afectan la Administración Pública del Estado referida en el delito de peculado.





## **CAPÍTULO I**

### **DELITO DE PECULADO**

En este capítulo nos enfocaremos en un campo conceptual respecto a las normas de las administración pública, primero en determinar el elemento normativo de la vinculación funcional en el delito de peculado, lo cual dará lugar a la descripción y explicación de los componentes normativos respecto al delito de peculado y la conexión con la vinculación funcional que se encuentran estrechamente enraizados, y así tener un mejor entendimiento y poder complementar la delimitación conceptual en el aspecto legal del delito contra la administración pública del Estado.

El segundo punto es precisar la importancia de la vinculación funcional de hecho para configurar el delito de peculado, lo cual tiene relación de correspondencia al establecer los parámetros y precisar con amplitud, respecto a la descripción del delito de peculado para su eficacia y mejoramiento respecto a la calificación e investigación y desenvolvimiento de proceso, lo que es preciso analizar el factor de hecho que ocupa el funcionario o servidor público en el ejercicio de su labor frente a la administración pública.

## 1.1. ORIGEN Y ACEPTACIÓN ETIMOLÓGICA

“En el imperio Romano quedará en su esplendor, la adjudicación desvío o uso clandestino de los caudales públicos, por segmento de quienes tenían en sus favores la administración de la cosa pública. En ello magnifica la potencia romana se escogió con el calificativo de peculado al hurto de los objetos muebles de dominio del Estado. Por tanto, la sustracción de esa variedad de riquezas era el delito más penado dentro del régimen romano, la infracción de peculado recubrió posteriormente, a través del tiempo, numerosas modalidades: así poseemos por paradigma el hurto de metales o monedas del físico de la colectividad romana.

En Roma, en su derecho el vocablo peculado, para considerar el delito, que residía en el hurto de capitales o cosas concernientes al pueblo romano, a los que suponían como sacras, delito cometido por quien estuviera encargado de su administración. Cuando los servidores de los organismos, entes del sector público, todo individuo confiado de una prestación pública, que en favor propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, títulos, documentos, bienes mobiliarios o inmuebles que existieren en su potestad en virtud o cognición de su cargo, ya sea abuso, sustracción, o cualquier otra representación semejante ejecuta delito de peculado según nuestra legislación.

La historia a través del tiempo da a conocer que la tipicidad etimológicamente peculado sucede de *pecus* que representa ganado o rebaño, y se le dio este calificativo porque antes del dinero, el *pecus* fue lo más importante para el Estado”<sup>1</sup>.

De acuerdo a *Álvaro*<sup>2</sup> “Primigeniamente el tipo legal peculado, tipificado como un hurto agravado por la cualificación del bien jurídico tutelado y no por la situación del sujeto activo, fue a posteriores requerimientos legales solicitadas de

---

<sup>1</sup> SANTOS PINEDA, José León, Delito de peculado de uso por servidores y funcionarios del gobierno regional y municipalidad provincial de Huánuco, Pág. 40. Disponible en <https://docplayer.es/90796040-Maestria-en-derecho-y-ciencias-politicas-tesis.html> (consultada el 22 de marzo del 2018. 10:00 am).

<sup>2</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A, Delitos contra la administración pública en el código penal peruano, Pág. 30.

estipulada calidad en el sujeto activo (específicas facultades en relación de los bienes en cognición de su cargo) en que se meditó que el peculado es un delito de función”.

Pues el delito que reside en el hurto de peculios del erario público, habituado por aquel a quien queda confiada su administración. Según *Álvaro*, dice: “Peculado es el desfalco, confiscación o aplicación prohibida de los caudales públicos, por aquel o a quien queda confiada su resguardo o administración, la dificultad es que muchos empleados públicos en especial funcionarios de los Gobiernos Regionales y Municipalidades de los Departamentos del interior del país aprovechan la confianza de la ciudadanía”<sup>3</sup>.

## 1.2. CONCEPTO DEL DELITO DE PECULADO

Si partimos desarrollando la tipología de los delitos de peculado, tenemos dos grandes grupos:

**a) El peculado propio.** Cometido por los funcionarios o empleados (servidores) públicos que en el contexto de una vinculación funcional con el caudal o efecto se hallen en posesión material o jurídica del bien, apropiándose los usando o sustrayéndolos de la esfera pública.

**b) Peculado impropio o por extensión.** Cuando la apropiación, uso o sustracción es cometido por particulares que son equiparados a efectos penales y por disposición normativa a la condición de funcionarios o empleados. La impropiedad del peculado está referida estrictamente a la calidad del sujeto activo, que para efectos de una mayor tutela del bien jurídico es objeto de imputación por el delito en referencia<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., Delitos contra la administración pública en el código penal peruano, Pág. 32.

<sup>4</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos Contra la Administración Pública, Pág. 523.

### 1.3. CLASES DE PECULADO

El peculado propio a su vez se subdivide en:

**I.** Peculado por apropiación. Caracterizado por el apoderamiento doloso de bienes públicos por parte del funcionario o servidor. Estos bienes públicos son del Estado o de particulares en disposición jurídica estatal y se hallan confiados a los sujetos públicos para los usos y fines de ley. Algunas legislaciones penales configuran el peculado con base al verbo rector "sustracción", lo que posibilita flexibilizar la vinculación funcional a hipótesis más amplias de delito (casos de España, Argentina).

**II.** Peculado por utilización o distracción genérica. En esta modalidad el sujeto público usa o utiliza bienes públicos en beneficio propio o de terceros. No existe aquí voluntad real de apropiación, sino de uso.

**III.** Peculado culposo. Por lo general no se castiga la sustracción o apropiación que haga el funcionario por negligencia, sino que se le castiga en razón a que por su descuido dio lugar a que un tercero sustrajera los bienes públicos.

**IV.** Peculado por distracción o uso específico. El uso (o utilización) de bienes públicos está circunscrito a determinados bienes muebles (máquinas, vehículos, etc.) que son destinados o utilizados en fines distintos a los oficiales en provecho propio o de terceros. La penalidad es menor que en el peculado por distracción genérica en razón a tratarse de máquinas y herramientas.

**V.** Peculado por aplicación distinta o malversación. Conocida más comúnmente por malversación de fondos. Consiste en destinar o invertir fondos públicos o partidas presupuestarias a fines no previstos. Los fondos o bienes no salen de la esfera pública pero son aplicados a rubros no señalados previamente.

**VI.** Peculado por demora injustificada en los pagos ordinarios.

## VII. Peculado por rehusamiento a la entrega de bienes.<sup>5</sup>

### 1.4. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Los bienes jurídicos son aquellos que el Derecho Penal debe o pretende proteger en última instancia<sup>6</sup>. La doctrina penal suele identificar dos vertientes teóricas para definir el bien jurídico: las “**teorías personalistas**” y las “**teorías del daño social**” o “**teorías funcionalistas**”. Según las primeras, el bien jurídico vendría definido por su carácter personalista; se dota de prioridad valorativa a la persona y su entorno de intereses, contraponiéndolos de manera absoluta con los intereses supra personales tendientes a cumplir alguna función social<sup>7</sup>.

El Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente:

*“Si bien en la identificación de los niveles de protección de los bienes constitucionalmente relevantes es importante evaluar la dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o afecten tales bienes, también lo es evaluar, dentro de esta dañosidad social, que el objeto de esta protección penal exprese necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en la sociedad”.*<sup>8</sup>

La delimitación de bien jurídico tutelado nos ayuda a comprender la vulneración o lesión en la administración desleal del patrimonio público del Estado. Al respecto, la doctrina penal ha distinguido dos vertientes teóricas respecto del entendimiento de los bienes jurídicos colectivos: la “**teoría monista**” y la “**teoría dualista**”.

<sup>5</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, Delitos Contra la Administración Pública, Pág. 523.

<sup>6</sup> ALCACER GIRAO, Rafael, Justicia restauradora, mediación penal y penitenciaria, Pág. 126.

<sup>7</sup> ALCACER GIRAO, Rafael, op. cit., Pág. 72

<sup>8</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00012-2006-PI/TC de 15 de diciembre de 2006. Fundamento 30°.

### a) Teoría monista

Esta teoría propugna por una supresión de la bifurcación dogmática entre bienes jurídicos individuales y colectivos, puesto que únicamente los primeros serían bienes jurídicos penalmente protegibles.

El objeto de protección penal se relaciona directamente con la satisfacción de necesidades de la colectividad antes que las del individuo. Por lo tanto, los bienes jurídicos colectivos al igual que los bienes jurídicos individuales, pretenden evitar lesiones a un orden social establecido jurídicamente por el Estado<sup>9</sup>.

### b) Teoría dualista

Esta teoría, en contraposición a la teoría monista, distingue a los bienes jurídicos individuales de los bienes jurídicos colectivos. En esta medida, se elimina entre estos dos tipos de bienes jurídicos toda relación derivativa u orden jerárquico.

Los bienes colectivos, buscarían proteger ya no relaciones sociales esenciales o básicas dentro del sistema, sino relaciones sociales referidas al propio funcionamiento del sistema social de la sociedad, lo cual buscaría lo que existe es una relación de dependencia recíproca entre ambos.

Los bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos, ambos tienen gran importancia y de función principal de ser aprovechados en su conjunto por la sociedad, todos deben ser incluidos en el ordenamiento jurídico legal para el aprovechamiento del bien jurídico<sup>10</sup>.

## 1.5. DELITO DE PECULADO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

### Artículo 387°. Peculado doloso y culposo

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia

<sup>9</sup> MAYO CALDERÓN, Belén, Derecho Penal y Tutela de bienes jurídicos colectivos. Revista Peruana de Ciencias Penales, Pág. 300-312.

<sup>10</sup> MAYO CALDERÓN, Belén, op. cit., Pág. 241.

le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa"<sup>11</sup>.

#### **a) Sujeto activo del delito**

Sujeto activo del delito de peculado doloso tradicional no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel que tiene la calidad de funcionario público y, detenta una especial vinculación con el objeto material del delito. Así, en este apartado se analizará lo relativo al delito de peculado como delito especial y la particular vinculación entre funcionario y caudal o efectos público.

#### **b) El delito de peculado como delito especial**

Se ha diferenciado a los delitos especiales en delitos especiales “propios” e “impropios”. Los delitos especiales “propios” serían aquellos en los que la cualidad especial del autor (funcionario público) fundamenta la responsabilidad penal, no existiendo un tipo penal común similar que pueda sancionar al autor. Por otra parte, los delitos especiales “impropios” serían aquellos en los que la

---

<sup>11</sup> Código Penal Peruano 2018.

cualidad especial del autor sólo es un elemento adicional que, en la mayoría de los casos, agrava la responsabilidad penal ya existente en un delito común similar. Lo referido a este tipo penal ya que solo puede ser cometido solo por servidores o funcionarios públicos que estén vinculados a una relación funcional con los caudales o efectos públicos, le otorga una especial situación de acceso o capacidad de afectación del bien jurídico desde dentro de la propia organización estatal.

### **c) Sobre la especial vinculación entre el funcionario público y el caudal público**

El “funcionario público” a efectos penales viene definido por ser una persona incorporada a la actividad pública y que ejerce o puede efectivamente ejercer una función pública. El concepto penal de “funcionario público” abarca los siguientes dos aspectos: 1) La incorporación heterónoma a la función pública (vía selección, designación, proclamación o elección, conforme lo establece el numeral 6° del artículo 425° CP, modificado por la ley N° 30124) y 2) posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público<sup>12</sup>.

La relación existente entre sujeto activo y caudales o efectos públicos ya sea que él tenga facultades de “percepción”, “custodia” o “administración” debe ser entendida como la doctrina alemana refiere dominante ha entendido la relación del sujeto activo del delito de apropiación indebida con el objeto material, es decir, a partir de la “**teoría de la custodia**”.

La exigencia típica de la relación o vinculación funcional con los caudales o efectos públicos no debe entenderse como una necesaria tenencia fáctica o material de los mismos por parte del funcionario.

La Corte Suprema de Justicia peruana en su Acuerdo Plenario N° 4 2005/CJ-116. En dicho acuerdo la Corte sostuvo lo siguiente:

*“(…) Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el*

---

<sup>12</sup> MONTOYA VIVANCO, Yvan, op. cit., Pág. 32-33.

*funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública (...)*<sup>13</sup>.

Efectos de que el funcionario público tenga la competencia normativa especial será necesaria la preexistencia de una norma (legal o reglamentaria), disposición (acto administrativo) u orden de la autoridad competente que habilite al funcionario para la gestión de los caudales o efectos públicos, de tal manera que se descartan los supuestos de mera ocasionalidad en la gestión del bien o la costumbre *contra legem*. No se configurará el delito de peculado, por tanto, cuando la tenencia o disponibilidad funcional de los bienes públicos respondan a un acto administrativo ilegal, a engaño o abuso de oficio. Asimismo, no basta con que los bienes estén confiados al sujeto activo por su condición general de funcionario público, sino que, como lo exige el tipo penal expresamente, deben estar en su competencia “por razón” de su cargo específico.

## **1.6. FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO**

Los funcionarios o servidores públicos que no estén vinculados funcionalmente con los bienes del Estado no son pasibles de cometer peculado a título de autores. Sus actos se tipifican como delitos comunes que pueden ser de apropiación ilícita o hurto.

Los funcionarios o servidores públicos que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado. En este último supuesto sólo en calidad de cómplices. En la teoría de infracción del deber solo hay partícipes ya sea como instigadores o como cómplices.

---

<sup>13</sup> Acuerdo plenario N° 4 2005/CJ-116.

Los particulares que instiguen o colaboren con los funcionarios que no tienen vinculación funcional con los bienes del Estado, serán partícipes (instigadores o cómplices) del delito común perpetrado.

Los particulares *extraneus* que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente con los bienes estatales responden a título de complicidad del delito de peculado cometido. Sólo complicidad.

## 1.7. SUJETO ACTIVO

El sujeto activo debe ser un funcionario que tenga en “administración” el objeto material del delito, por ende, no puede ser sujeto activo de esta modalidad el funcionario que sólo “percibe” o “custodia”, “administra” el bien público.

El funcionario público sujeto activo del delito no es cualquier funcionario por el solo hecho de serlo, sino que debe ser uno que tenga por razón de su cargo la disponibilidad sobre el bien público. El funcionario público debe tener una competencia normativa especial sobre el bien público, la cual puede surgir a partir de una norma (legal o reglamentaria), disposición (acto administrativo) u orden de la autoridad competente. Por ende, no puede ser sujeto activo del delito, el funcionario público que de manera ocasional tiene inmediatez con el bien público<sup>14</sup>.

La doctrina considera que tanto en el peculado doloso como culposo solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne en su persona la relación funcional exigida por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro. El funcionario debe tener los bienes en

---

<sup>14</sup> Poder Judicial, Disponible en: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3bbe57004075c2a7ba9dfa99ab657107/AV-00\\_192001\\_1.pdf](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3bbe57004075c2a7ba9dfa99ab657107/AV-00_192001_1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3bbe57004075c2a7ba9dfa99ab657107) MOD=AJPERES&CACHEID=3bbe57004075c2a7ba9dfa99ab657107 (Consultada el 22 de marzo del 2018. Horas 10:00 pm)

función de lo dispuesto por la ley, reglamentos, directivas u órdenes de autoridad competente en razón del cargo que desempeña.

La Corte Suprema tiene claro este aspecto. Prueba de ello la Ejecutoria Suprema del 18 de julio de 2011 que declaró no haber nulidad de la sentencia condenatoria del ex presidente Fujimori por el delito de peculado doloso por apropiación.

Ante el argumento de la defensa que a su patrocinado no le correspondía el título de autor del delito de peculado, se consideró que “el vínculo con los fondos públicos apropiados se desprende claramente de la disponibilidad jurídica que sobre los mismos ejercidos por el procesado Fujimori como administrador de la Hacienda Pública, evidenciado a través del instrumento legal Decreto de Urgencia que se empleó para concretar la desviación de los mismos, cuya dación constituye una prerrogativa exclusiva a su cargo como Presidente de la República, conforme lo establece el artículo 118° de la Constitución Política del Perú; y aun cuando con el mismo se haya autorizado el pliego del Ministerio de Defensa a utilizar dichos fondos públicos para un fin estatal falso, que de antemano había sido concertado con sus ministros como el medio para conseguir la desviación privada de los caudales públicos que fueron a llegar a manos de Montesinos” (Corte Suprema de Justicia de la República).

Por otro lado, el particular o *extraneus*, el usurpador del cargo ocasional en contraposición a normas internas, así como el funcionario o servidor público que no tenga vínculo funcional con los bienes públicos objeto de apropiación o uso indebido, no serán autores del delito de peculado, sino serán autores de otro delito común o en su caso, partícipes del delito de peculado cometido por un funcionario o servidor público que sí tiene relación funcional con el objeto del delito.

La esfera de custodia es la que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, pero cuya titularidad corresponde al funcionario o servidor público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional. La esfera de custodia es determinada por la ley, el reglamento, directivas o la orden legalmente formulada por la autoridad competente. Usualmente pueden ser sujetos activos el ordenador del gasto, el custodio de caudales, el administrador de bienes públicos, el titular del pliego, etc.

“El delito de peculado constituye un delito especial que exige una calificación específica al sujeto activo, que es la de ser funcionario o servidor público, siendo esta exigencia un aspecto de tipo objetivo, que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica”<sup>15</sup>. Si bien la carta política, en el segundo párrafo del artículo 40°, indica que “no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedad de economía mixta”, este dispositivo en ningún momento deroga el artículo 425° del Código Penal, pues esto se corrobora incluso con la Ley N° 26713, expedida por el Congreso de la República el 27 de diciembre de 1996, cuando preceptúa, modificando el inciso 3 del artículo 425° del Código acotado, que “es funcionario público 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 que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”<sup>16</sup>.

## 1.8. SUJETO PASIVO

Solo es el Estado, que viene a constituir el representante o titular de la administración pública en sus diversas manifestaciones: “No puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de este”<sup>17</sup>.

## 1.9. COMPORTAMIENTO TÍPICO

Los verbos rectores del peculado son **apropiar y utilizar**, los mismos que configuran las dos modalidades de peculado contenidos en el Art. 387° Peculado por Apropriación y Peculado por Utilización o uso y el peculado por omisión.

---

<sup>15</sup> MONTOYA VIVANCO, Yvan, Manuel sobre delitos contra la administración pública, Pág. 44.

<sup>16</sup> Exp. N° 5210- 98 Lima (Revista peruana de jurisprudencia, normas legales, Trujillo, Año 1999, N° 2, pág. 384); en parecido sentido Rojas Vargas, Fidel, Estudios de Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia, Jurista, Lima, 2004.Pág. 249.

<sup>17</sup> Ejecutoria suprema del 15 de marzo de 1994, Exp. N° 1885-92-B- Ancash (Rojjasi Pella, Ejecutorias supremas penales 1993-1996, Pág.238).

Los elementos materiales del tipo penal son las siguientes: a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) La percepción, administración o custodia; c) Modalidades de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma; d) Destinatario, para sí o para otro; y e) Objeto de la acción: los caudales o efectos. Hay que anotar que el alejamiento del caudal o efecto del lugar donde se encuentra no es necesariamente un elemento del tipo penal y tampoco lo es formalmente, característica que lo aleja del comportamiento de sustracción propio de los delitos patrimoniales de apoderamiento.

**a) La relación funcional: "por razón de su cargo"**

No cualquier funcionario o servidor puede incurrir en delito de peculado. Es presupuesto necesario de partida, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo. Si es que no existe esta vinculación funcional de estricta base jurídica, el hecho será imputable<sup>18</sup>.

La posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos). Dicha posesión puede ser directa o indirecta, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos o dada por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional. Es interesante destacar que la norma peruana del peculado utiliza la frase "por razón de cargo" y no "por razón o en razón de sus funciones".

Como anota *Muñoz Cuesta*, “que basta que los caudales o efectos hayan llegado al poder del funcionario con ocasión de las funciones que concreta y específicamente realice en mérito a sus atribuciones generales, con independencia de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al cuerpo al que pertenezcan. La frase "por razón de sus funciones", nexo funcional más genérico y abierto que la descripción normativa peruana, ha permitido que la jurisprudencia española extienda el círculo de autores a quienes no se hallen

---

<sup>18</sup> MANZINI, Vincenzo, Tratado de derecho penal, Pág. 141.

necesariamente vinculados con los caudales por el específico ámbito de competencia reglada.

La relación funcional es un componente de referencia obligado para delimitar penalmente el comportamiento del funcionario o servidor público, así como para precisar si nos encontramos ante un sujeto activo vinculado, es decir de un funcionario o servidor público obligado por la razón del cargo, si éste se apropiara, sustrajera o utilizara bienes de propiedad o en posesión de los entes estatales, y no poseyera dicha vinculación, simplemente estaría incurriendo en delito común de hurto, robo, defraudación o apropiación ilícita. El contenido de la relación funcional pasa a ser así el más importante componente típico del delito de peculado, pudiendo ser resumido en los siguientes aspectos: 1) existencia de competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar; 2) relación de confianza de la administración pública derivada de los roles especiales asumidos institucionalmente por dicho sujeto en virtud a las atribuciones de su cargo. Se produce aquí lo que se denomina las expectativas legítimas depositadas en el funcionario o servidor de un comportamiento fiel a la función y a derecho; 3) poder de vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos; y 4) deber de garantizar la posesión (percepción, administración o custodia) a nombre del Estado. Es esta relación funcional en su gama múltiple de componentes la que legitima la entrega de los caudales y efectos que hace el Estado a los funcionarios y servidores públicos en expresión de confianza y la que posibilita la imputación por delito de peculado<sup>19</sup>.

La competencia por razón del cargo para poseer caudales o efectos, constituye a su vez el componente normativo principal de la vinculación funcional requerida por el tipo penal, lo cual permite considerar qué encargos o delegaciones temporales no son suficientes para configurar tal componente. La posesión de los caudales o efectos, su disposición oficial o su simple custodia se tornan así una función específica del funcionario o servidor público, una manifestación inherente al marco de sus competencias.

---

<sup>19</sup> GANZEMULLER ESCUDERO, Frigola, Delitos contra la administración pública, Pág. 110.

**b) La percepción, administración y custodia.**

El contenido de la posesión que por su cargo ejerce el funcionario o servidor sobre los caudales o efectos se materializa a través de las tres únicas formas (o modos) de poseer establecidas en el tipo penal, las mismas que pueden darse juntas o separadamente y que objetivan de tal manera la relación funcional y lo diferencian del tipo penal común de apropiación ilícita, donde la fuente productora y vinculante de la posesión puede ser cualquier título al margen del nexo por razón del cargo público. La naturaleza jurídica de la posesión a tomar en cuenta en el derecho penal, como se ha indicado ya, hace mención tanto al poder de hecho sobre la cosa (tenencia) como también a la facultad de su disposición jurídica.

**1. Percepción.** Se alude con este término a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, producto de operaciones contractuales, provenientes incluso de otras agencias estatales, etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal o público en general en calidad de bienes públicos. Es del criterio que son bienes a cargo del Estado no solamente los que le pertenecen sino también los del particular que el Estado administra.

Perciben caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a las administraciones públicas, contribuciones rentas o impuestos que ingresan a los fondos fiscales y/o público en sentido amplio<sup>20</sup>.

**2. Administración.** La posesión confiada al funcionario o servidor, en este caso, implica funciones activas de manejo y conducción (gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público, tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tantas relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego. Rigen aquí las reglas civiles extra

---

<sup>20</sup> FERREIRA DELGADO, Luis Manuel, op. cit., Pág. 26.

penales para el cuidado y gobierno de los caudales y efectos ingresados a la esfera de la administración pública, sean públicos o de particulares. Administran caudales y efectos los tesoreros, los almacenistas, los administradores judicialmente nombrados, los funcionarios o servidores del Banco de la Nación a cargo de los depósitos judiciales, etc.

**3. Custodia.** Esta forma típica de posesión implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. Mediante tales formas de posesión que la ley penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, cuidado, conducción y vigilancia (deber de garante) en despliegue de las obligaciones inherentes a su cargo. La infracción de tales deberes y su conversión en actos de relevancia penal consistentes en apropiarse o utilizar los bienes dejados en posesión, ponen en evidencia el quebrantamiento de los deberes funcionales por parte del sujeto activo para con la administración pública y su manifiesta voluntad de lesionarla patrimonialmente con aprovechamiento material para sí mismo o para terceros.

### c) Modalidades delictivas: "APROPIA O UTILIZA"

#### Nuestra Legislación<sup>21</sup>:

El artículo 387°, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones penales del extranjero, que emplean los verbos, sustraer, procurar, hurtar, etc., ha circunscrito la acción penalmente relevante en los varios apropiar y utilizar, generando así los llamados peculado por apropiación y peculado por utilización o uso.

Como se ha dicho anteladamente, no puede haber apropiación o utilización propia de peculado si no hay relación funcional entre el sujeto activo y la cosa. Sobre esta base se articulan las modalidades delictivas de comisión estipuladas en la figura penal.

---

<sup>21</sup> FLORES CAJAYANCO, Richard, Delito de peculado. Disponible en:<http://derechopenalyadministrativo.blogspot.com/2014/10/delito-de-peculado.html>.(Consultado el 12 de Marzo de 2018 horas 9:45 pm).

El usar o utilizar (términos idénticos) los caudales o efectos configura el peculado de uso. Utilizar es aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. No hay aquí el ánimo de dominio sino sólo el de servirse del bien. El sujeto vinculado no busca incorporar el bien a su dominio ni actuar como propietario, su voluntad sólo está dirigida en función al hecho de servirse del bien. En el caso de utilización de bienes fungibles distintos al dinero, cabe igualmente dar por configurada esta modalidad de peculado salvo que la devolución restitución del bien sea imposible por ser irrepetible o haberse destruido siendo único o muy escaso. Utilizar dinero es ya apropiarse de él por la consecuente disposición que se hace del mismo, lo que aleja la hipótesis de un peculado de uso de dinero. "Por eso puede afirmarse que la substracción de dinero consuma siempre el peculado, aun cuando sea hecha con propósitos de restitución y aunque efectivamente se los restituya".

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero. Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlos, para retornarlo enseguida a la esfera de la administración pública.

### **Destinatario para sí o para otro**

La apropiación o utilización no solamente se puede hacer a favor del funcionario, sino también de un tercero. Puede tratarse de una persona natural o una persona jurídica público, pero no de la propia administración pública, porque en caso de tratarse de la misma administración pública no se configura el delito de peculado, sino podría ser de un delito de malversación de fondos conforme al artículo 389° del Código Penal.

Con respecto al "para otro", se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de transito al dominio final del tercero. El actuar de las personas, no constituye un elemento constitutivo del delito de peculado, más bien se encuentra dentro del ámbito subjetivo del sujeto, ya que no requiere de un *animus* de

provecho y asimismo la finalidad del funcionario público al apropiarse de los bienes puede ser en beneficio propio o de una tercera persona, sin necesidad que efectivamente se produzca un beneficio.

La otra persona que recibe el caudal o efecto, podrá asumir responsabilidad penal por el delito de peculado, pero no como autor, sino como partícipe, siempre y cuando su colaboración se haya producido en la etapa ejecutiva del delito, si es que su aportación fue importante para que el agente se apropie del bien de la Administración Pública, como sucede, con los familiares, amigos, secretaria, o el chofer. Si la intervención se produce luego de que el dinero salió de la administración, sea con ayuda de una cuenta bancaria o inyectando el capital en una empresa, será autor del delito de lavado de activos, pero no de peculado. También podría tratarse de un instigador, siempre que este haya inducido directamente al autor hacia la apropiación del caudal o efecto, que iba en su provecho.

### **Caudales o efectos**

“Una conceptualización amplia, son bienes en general del contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura. En una aceptación estricta, lo son solo los bienes fiscalizadores y aprehensibles con un valor económico propio y el dinero”<sup>22</sup>.

Al respecto señala que son caudales “todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica (...)”<sup>23</sup>.

Como refiere son: “efectos es un término que tiene ascendencia francesa para referirse a los objetos, documentos y símbolos con representación económica como son las estampillas, sellos, material simple de oficina, distintivos oficiales, símbolos de propiedad, consignaciones judiciales, giros postales, entre otros”<sup>24</sup>. Estos bienes puede ser de naturaleza pública o privada, lo importante es que los

---

<sup>22</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, op. cit, Pág. 36-45.

<sup>23</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, Delitos contra la administración pública, Pág.308.

<sup>24</sup> ABANTO VASQUEZ, Manuel, Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano, Pág. 130.

bienes se encuentren en poder de la esfera de la administración pública o que exista un legítimo derecho expectante sobre los mismos. Por lo que se puede comprender en el delito de peculado los bienes de particulares siempre que exista una vinculación estatal.

Los efectos son aquellos documentos de crédito negociables emanados de la administración pública con valor económico, incluyéndose a los títulos de crédito, las cartas de crédito, los títulos de participación en las sociedades, entre otros. No se tendrán en cuenta como efectos los documentos o libros contables así lo menciona la jurisprudencia en la Ejecutoria Suprema del 10 de setiembre de 1997, en el expediente N° 4174-96 que “de manera alguna los documentos y libros contables pueden considerarse como caudales o efectos, pues los mismos no son susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y la SUNAT”.

El sentido patrimonialista de los caudales solo se puede considerar a los bienes con contenido económico, ya que así guarda armonía con la protección por parte del estado en el delito de peculado. El acuerdo Plenario N°04- 2005/CJ-116, (fundamento jurídico N° 07, literal e) que señala: “así en cuanto a los caudales y efectos señala los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables”<sup>25</sup>.

### **Perjuicio patrimonial**

Considera el perjuicio como un elemento de la consumación señala “se exige un resultado o perjuicio patrimonial en el sentido de pérdida contable de bienes públicos, será necesario que este sea determinado antes para poder iniciar un proceso penal”.

Se precisa en forma categórica que el perjuicio patrimonial es un elemento necesario del tipo penal, así señala “para configurar el delito de peculado es

---

<sup>25</sup> Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116-2005.

necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una cantidad estatal”.<sup>26</sup>

El criterio de *Rojas Fidel*<sup>27</sup>, señala que el peculado es un delito de resultado en su forma activa y omisiva. La consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, se incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal, o en su segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionario o servidor público debió de haberse apoderado de los caudales o efectos y por lo mismo consumir el delito.

El tipo penal no requiere que necesariamente se produzca un provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero, ello bien presentarse en la fase de agotamiento de dinero, para los efectos de consumación del delito resulta irrelevante.

El agotamiento del hecho punible, es cuando el agente directa o indirectamente logra apoderarse de los caudales o efectos del Estado, sin llegar a un resultado. Es suficiente la apropiación de los efectos o caudales de la Administración Pública, solo requiere la posibilidad de disponer de los bienes, sin necesidad de que dichos actos de materialidad hayan de ser verificados, no siendo indispensable acreditar un perjuicio patrimonial en el erario público; así el funcionario podría devolver el dinero apropiado, o inclusive una suma mayor, lo cual no enerva la responsabilidad penal de su conducta, ya que es suficiente la posibilidad de disponibilidad potencial del bien.

---

<sup>26</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, op. cit., Pág.325.

<sup>27</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, op. cit., Pág.36-45.

## 2. RELACIÓN FUNCIONAL

### 2.1. CONCEPTO

En el delito de peculado es condición *sine qua non* que el bien público, objeto de la apropiación o utilización, esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de la institución pública. La posesión puede ser inmediata o mediata, el agente puede estar en contacto directo con los caudales y efectos públicos o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional.

### 2.2. IMPORTANCIA Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El objeto del delito de peculado (caudales y efectos) debe estar confiado o, en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la administración pública. Este aspecto resulta un elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica jurídica. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito de peculado no se configura así haya evidente apropiación de los caudales del Estado y este resulte seriamente perjudicado en su patrimonio.

La vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiendo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo las hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación funcional; y, en segundo lugar, esta exigencia constituye un límite que debe ser

advertido por los operadores de justicia, de lo contrario se lesionaría el principio de legalidad que sustenta la aplicación de las normas punitivas<sup>28</sup>.

### **Funcionario de Derecho**

En la legislación peruana es necesario que el funcionario o servidor público tenga los caudales o efectos en razón de su cargo, solo así infringen los deberes del cargo y la administración pública, y lesión del bien jurídico tutelado, es decir que solo pueden ser considerados autores del delito de peculado los funcionarios o servidores públicos que legal y formalmente han asumido el cargo. Como señala *Carlos Creus* “la titularidad sobre los bienes patrimoniales del Estado debe ser determinada por la ley, reglamento o la orden legalmente formulada por autoridad competente”<sup>29</sup>. La delegación de competencias debe encontrarse amparada en la ley, como limitación a la actuación de la administración pública. Por lo que, en virtud del principio de legalidad de la administración pública, todo funcionario o servidor público debe actuar dentro de las facultades que le otorga la ley, por tanto no podrá partir de su propia autoridad.

El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla, la propia ley puede, permitir la delegación de ejercicio. Sin embargo, la delegación de potestades o facultades o competencia dentro del ejercicio de la función pública, pero bajo el límite que establece la propia ley. La delegación del ejercicio de potestades o competencia es admisible en la medida en que esta resulta permitida por ley.

No es posible el acto de delegación de facultades, cuando se encuentra prohibida por ley o cuando el órgano o funcionario delegan, este carece de las respectivas competencias por ello. Así el funcionario o servidor público que excede su competencia funcional es absolutamente incompetente.

---

<sup>28</sup> ALCOCER POVIS, Eduardo, La autoría y participación en el delito de peculado, Comentarios a partir del caso Montesinos Bedoya, Pág. 97.

<sup>29</sup> CREUS, Carlos, Delitos contra la administración pública. Comentarios de los artículos 237° al 281° del Código Penal, Astrea, Pág. 327.

### 2.3. RELACIÓN FUNCIONAL DE HECHO

Las simples delegaciones o encargos temporales o coyunturales de los bienes del Estado a funcionarios o servidores públicos de modo alguno configuran la relación funcional que exige el tipo penal en análisis.

No obstante, si los encargos o delegaciones al funcionario o servidor público son permanentes y por disposición o anuencia de autoridad competente, hasta el punto que cualquier persona toma conocimiento que tal funcionario o servidor es el encargado de administrar, percibir o custodiar los bienes del Estado, es factible tenerlo como autor del delito de peculado, siempre y cuando las leyes o reglamentos internos no prohíban de manera expresa aquellas delegaciones o encargos.

En la ejecutoria suprema del 8 de julio de 2002 se gráfica esta modalidad de peculado. Allí se argumenta que “al haberse verificado que el procesado, en su calidad de secretario judicial, tuvo en custodia una tarjeta de ahorros, la cual fue encargada a su persona por la juez de la causa, a efectos de que por mandato judicial se hicieran efectivas las pensiones alimenticias a favor del agraviado, sin embargo, de manera indebida sustrajo de dicha cuenta de ahorros sumas de dinero, configurándose así el delito de peculado doloso”<sup>30</sup>.

En este supuesto, se subsume a cabalidad y coherencia el hecho real de peculado cometido por Vladimiro Montesinos. En efecto, por Resolución Suprema N° 279-96-PCM de agosto de 1996, Montesinos fue designado en el cargo de confianza de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, por lo cual se hallaba inmerso en la esfera de la administración pública<sup>31</sup>. Y por declaración del mismo procesado, se sabe que por orden del expresidente de la República Alberto Fujimori participó en la administración y custodia de los fondos correspondientes a las partidas de reserva uno y dos desagregadas de la partida del Régimen de Ejecución Especial, destinada en el presupuesto para gastos de inteligencia y

---

<sup>30</sup> Exp. N° 2007-2001-Santa (SALAZAR SÁNCHEZ, Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia Penal. Pág. 289).

<sup>31</sup> Extracto de la Ejecutoria Suprema del 14 de noviembre de 2003, R.N. N° 1813-2003-Lima (Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales. Pág. 490).

construirla, versión ratificada por los testigos Salazar Monroe, Rozas Bonuccelli y Villalobos Candela, quienes han señalado que una vez que se cobraba el cheque correspondiente al Régimen de Ejecución Especial, el dinero se entregaba a Montesinos, “todo lo cual evidencia que tuvo una administración de hecho de los fondos del Estado por orden expresa de autoridad competente”<sup>32</sup>.

De tal modo que “el procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado; por lo que al financiar la campaña política de su coprocesado Bedoya de Vivanco, incurrió en el delito de peculado en calidad de autor”<sup>33</sup>.

En esta misma línea de interpretación, el Tribunal Constitucional ha señalado que “si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387º del Código Penal”.

La interpretación *Amoretti Pachas*<sup>34</sup>, analizando el Acuerdo Plenario N° 4-2005, sostiene que el funcionario o servidor de facto o de hecho no puede ser autor del delito de peculado, debido a que “no incurre en una infracción de deber cuando se apropia de los bienes que percibió, al no ser desleal o infiel con el Estado, porque no tiene la competencia en el cargo, ni la obligación de vigilar o custodiar o administrar lo que recibe”. Planteamiento que no podemos compartir toda vez que el funcionario o servidor público que asume de facto o de hecho las funciones de administrar los bienes o caudales del Estado con anuencia de otros funcionarios o en su caso, por orden de otro funcionario competente como en el caso de

---

<sup>32</sup> Ejecutoria Suprema del 14 de noviembre de 2003.

<sup>33</sup> Exp. N° 2758-2004-HC/TC-Lima, 23 de noviembre de 2004.

<sup>34</sup> AMORETTI PACHAS, Mario, Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco, Pág. 233.

Montesinos del Presidente de la República, al tener bajo su administración efectos o caudales que sabe bien pertenecen al Estado, asume en forma automática la obligación o, mejor, asume el deber de manejar, administrar, proteger y custodiar los bienes públicos en forma debida dándole la aplicación al destino que tienen fijados al interior de la administración pública. Por el contrario, si este funcionario o servidor público se apropia o usa en su beneficio personal o de tercero los efectos o caudales que administra de hecho, en forma evidente infringe su deber de lealtad y fidelidad para con el Estado a quien se debe y representa.

El planteamiento de *Amoretti Pachas*<sup>35</sup>, tiene sentido solo en el supuesto que un extraño o particular a la administración, asuma de facto o de hecho funciones de administrar fondos públicos. Aquel, de manera alguna tiene el deber de fidelidad y lealtad para con el Estado. Supuesto que no puede invocarse para el caso de Montesinos Torres, quien como llegó a acreditarse en el proceso que concluyó con sentencia condenatoria, al tiempo de la comisión del delito de peculado, era funcionario público.

#### 2.4. CAUDALES O EFECTOS

El patrimonio público está representado por los caudales o efectos a que se refiere el artículo 387° del Código Penal.

Se entiende por caudales en una acepción amplia a todos los bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura. En una acepción estricta, lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero<sup>36</sup>.

El tipo penal 387° del Código Penal, sirve el concepto restringido de caudal, lo demás constituye efectos. En tal sentido, se entiende por caudal a toda clase de bienes, en general con la única exigencia que estén dotados de valor económico.

---

<sup>35</sup> AMORETTI PACHAS, Mario, op. cit., Pág. 224.

<sup>36</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, op. cit., Pág. 341.

Es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido claro está, el dinero.

En la doctrina, hay discusión para admitir a los bienes inmuebles como objetos del delito de peculado. En Argentina y España, por ejemplo, algunos afirman que no es posible que un inmueble sea objeto de peculado, pues no es posible que sea sustraído de la esfera de la administración pública. Sin embargo, para nuestra legislación, al ser los verbos centrales del tipo penal el utilizar o apropiarse, es perfectamente posible que tal acción recaiga sobre bienes inmuebles. Por ejemplo: hay peculado cuando el encargado de administrar los inmuebles del Estado, sin autorización alguna utiliza uno de ellos como su vivienda.

Los caudales y efectos deben pertenecer o estar bajo la administración pública destinados a los fines propios del Estado. En consecuencia, los bienes pertenecientes a un organismo internacional, por ejemplo, no constituyen bienes del Estado, por lo tanto, no comete peculado, sino otro delito común el funcionario que se apropia en razón de estar administrándolos.

## 2.5. PERCIBIR, ADMINISTRAR Y CUSTODIAR

Ya señalamos que para configurarse el delito de peculado es necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas en razón del cargo que desempeña. Pero veamos qué significan cada una de estas únicas formas o modos generadores de la posesión de los bienes públicos por parte del agente establecidos en el tipo penal, los que pueden concurrir juntos o separadamente:

**Percibir** significa la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita (del tesoro, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio del Estado. Perciben los caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a la

administración pública, contribuciones, rentas o impuestos que ingresan a los fondos públicos<sup>37</sup>.

La ejecutoria suprema del 6 de enero de 2003 presenta un caso real en el cual un recaudador perfecciona el delito de peculado. En efecto, allí se considera que “de las pruebas actuadas, se tiene que el citado encausado desde su ingreso a la administración se ha desempeñado como recaudador de los recibos de consumo de agua potable, realizando labores propias de un servidor público, percibiendo para ello un sueldo en dicha condición, (...); se acredita además la consumación del delito de peculado doloso cuando el recaudador estando en la obligación de controlar que el dinero cobrado ingrese a los fondos de la empresa, y no solo de entregárselos al administrador sin recabar documento alguno que acredite la entrega, permitió que el administrador de la empresa se apropie del dinero recaudado”<sup>38</sup>. En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 5 de noviembre de 2002 argumenta que “existen suficientes medios probatorios que acreditan la comisión del delito de peculado por parte del acusado, quien en su condición de jefe de almacén de la oficina ejecutiva de logística del Consejo Regional recepcionó dos refractómetros y al ser destituido de su cargo no hizo entrega de dichos artefactos, apropiándose los, para después de tres años, de ser requerido en proceso, devolverlos”<sup>39</sup>.

**Administrar** significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. No implica que el sujeto debe detentar siempre la posesión directa de los bienes que administra, pero sí resulta necesario que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.

La administración de los caudales o efectos por parte del agente tiene implícita vinculación funcional, comprendiendo tantas relaciones directas con el bien

---

<sup>37</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, op.cit., Pág. 324.

<sup>38</sup> Exp. N° 524-2002-Tumbes (SALAZAR SÁNCHEZ, Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal. Pág. 234).

<sup>39</sup> Exp. N° 26-2001-Cusco

público o relaciones mediatas por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario o servidor público disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego<sup>40</sup>.

El otro título que genera la posesión del bien público es el acto jurídico denominado por el legislador en el tipo penal: **custodiar**, el que se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los caudales o efectos públicos por parte del funcionario o servidor público. Debe haber custodia funcional entre el agente y el bien público, por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural.

*Abanto Vásquez*<sup>41</sup>, estos tres aspectos mencionados han sido resumidos como doctrina jurisprudencial en el Acuerdo Plenario N° 4-2005, en los siguientes términos: la percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. La administración implica las funciones activas de manejo y conducción; y la custodia importa la típica posesión que incluye la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

Finalizando este capítulo se concretó los objetivos a donde se conceptualizo y se analizó mediante diferentes posiciones de diversos aportes de autores con respecto al delito de peculado dando así fortalecimiento teórico para completar nuestra investigación con la vinculación funcional orientado al sujeto activo del delito como lo es el funcionario o servidor público, en su actividad que se manejan los caudales y efectos, la administración de los bienes del Estado que estos se encuentra en custodia.

Es importante tener un criterio necesario para comprender la base conceptual sobre la que pueda establecer una base teórica, con el fin que se conozca la visión respecto al delito de peculado y la vinculación funcional. Asimismo se demuestre que la presente tesis lo que quiere es lograr ampliar el conocimiento sobre la

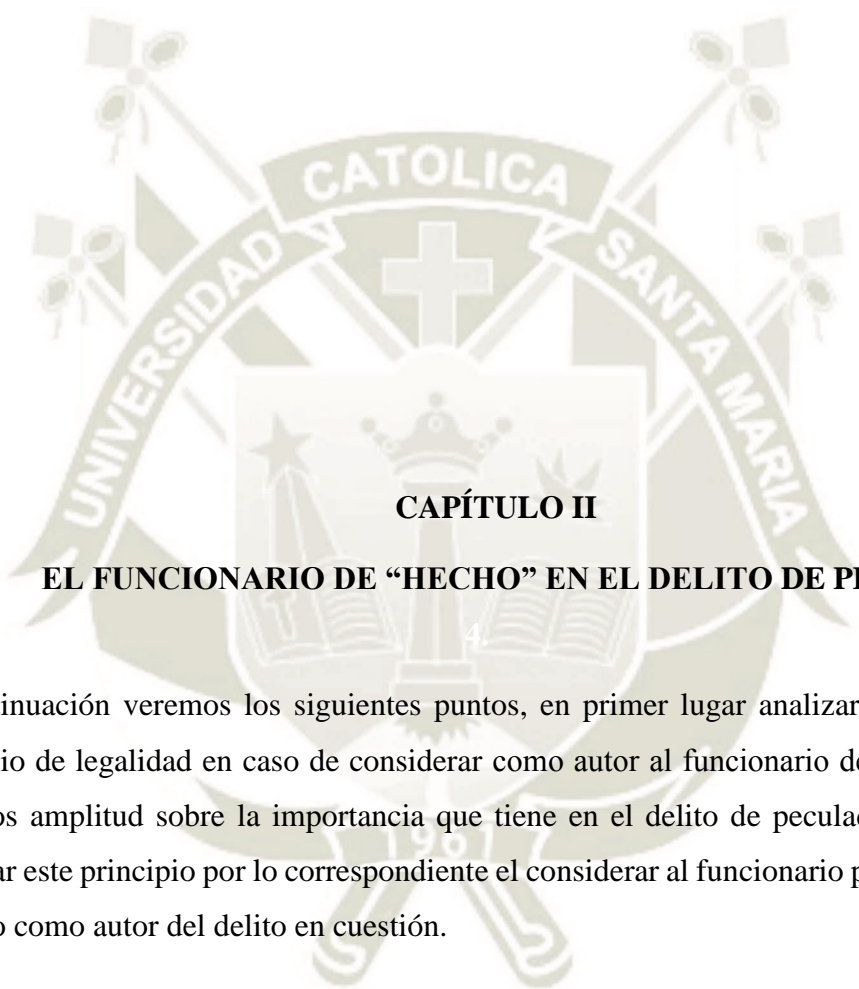
---

<sup>40</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, op. cit., Pág. 336.

<sup>41</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, op. cit., Pág. 353.

administración pública, compuesto de principios que en su desarrollo mantenga una conjetura con el delito de peculado y sus componentes principales.





## **CAPÍTULO II**

### **EL FUNCIONARIO DE “HECHO” EN EL DELITO DE PECULADO**

A continuación veremos los siguientes puntos, en primer lugar analizar si se infringe el principio de legalidad en caso de considerar como autor al funcionario de “hecho” lo cual daremos amplitud sobre la importancia que tiene en el delito de peculado ya que podría vulnerar este principio por lo correspondiente el considerar al funcionario público o servidor público como autor del delito en cuestión.

Continuando con el segundo punto demostraremos la necesidad de establecer parámetros, que prevé el delito de peculado, para comprender la reacción funcional de hecho, por lo que respecta a este punto será de vital importancia para su incorporación de criterios que respalden o antes mencionado, para mejorar la investigación del delito de peculado y tener bien establecido al sujeto activo del delito relacionado con el bien jurídico protegido que se encuentra en custodia o uso y en consecuencia la vulneración de las normas legales.

## 1.1 EL FUNCIONARIO DE “HECHO” O DE “FACTO”

El profesor *Berdugo Gómez de la Torre* señala que el criterio diferenciador será, justamente, el dominio del hecho. “Autor de un delito será el agente que tenga dominio del hecho, aquel que pueda decidir los aspectos esenciales de la ejecución de ese hecho”. “Se deja el discernimiento objetivo-formal para coger un razonamiento material que exponga más complacidamente las distintas conjeturas de autoría y participación”. “El control del hecho se realiza con el dominio de la acción, del imperio de la voluntad o del dominio funcional según los casos”. “La pretensión de esta variedad de dominio es esencial, pues sobre él se conseguirá diversificar la responsabilidad de los otros intervinientes que no serán autores, sino partícipes”<sup>42</sup>.

El funcionario de “hecho” es aquella persona que no tiene funciones asignadas por mandato legal sin embargo en la práctica realiza acciones de administración de los bienes del Estado, es decir que ejerce en cierta forma función pública como si estuviese autorizado para ello. Esta persona no tiene nombramiento, a diferencia del funcionario público de Derecho, quien si tiene un nombramiento regular, por lo consiguientemente realiza la administración, percepción o custodia de los bienes en forma legal.

El concepto estricto de administrador de hecho está referido al nombramiento del sujeto como administrador, pero que carece de algunos requisitos formales; mientras que un concepto amplio considera a un sujeto, no siendo administrador de derecho, ostenta el dominio social típico sobre la actividad de la persona jurídica.

El funcionario de facto es “aquel que tiene irregular su investidura. Esta irregularidad puede ser de nacimiento o sobrevenida. En el primer caso debido a la no observancia de los requisitos legales exigidos para el cargo suscitada en circunstancias de buena fe; en segundo caso a consecuencia de cese, destitución, terminación (funcionario con plazo fijo de ejercicio) o abandono. En este segunda

---

<sup>42</sup> PARIONA, Federico, op. cit., Pág. 80.

hipótesis el funcionario ha perdido su calidad de “*iure*”, donde el hecho de continuar ejerciendo funciones lo convierte en funcionario de facto, o en caso extremo en un usurpador<sup>43</sup>.

Por su parte respecto al funcionario de facto plantea dos situaciones, primero una simple delegación o encargos temporales o coyunturales a funcionarios o servidores públicos y en segundo lugar una situación referida a los sujetos que asumen encargos o delegaciones de forma permanente y por disposición o anuencia de autoridad competente, hasta el punto que cualquier persona toma conocimiento que tal funcionario o servidor es el encargado de administrar, percibir o custodiar los bienes del Estado<sup>44</sup>. De lo cual advertimos que se plantea la posibilidad de dos clases de funcionarios de facto, aquellos que asumen funciones temporales sin anuencia de la autoridad superior y aquellos que asumen funciones de carácter permanente y con anuencia del superior.

Consideramos que esta explicación es irrelevante, pues en ambos casos son funcionarios de facto, es decir tanto aquellos que lo hacen de forma circunstancial como los que actúan en forma permanente, ya que ninguno de ellos cuenta con la asignación formal y legal del cargo que asumen en la práctica. No es posible darle validez en razón a que algunas o muchas personas piensen que es funcionario legal o porque algún mal funcionario se lo permita. Estos hechos constituyen graves irregularidades en la estructura de la administración pública que no debe permitirse y menos avalarse.

Por otro lado, la anuencia del superior no brinda ninguna validez a la actuación de los funcionarios de facto, máxime si los funcionarios de rango superior o los directos funcionarios responsables de la función están en la obligación de impedir la actuación de los funcionarios de facto, debiendo cumplir con los deberes asignados de conformidad con el reglamento de organización y funciones de cada institución o repartición pública. Igualmente consideramos que el tiempo de permanencia en el cargo es intrascendente, ya que el tiempo o la costumbre no da legalidad a la actuación en un cargo no asignado. De permitirse esto, significaría la contravención del ordenamiento legal establecido y estructurado por el D. Leg.

---

<sup>43</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, op. cit., Pág.42

<sup>44</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, op. cit., Pág. 303 y 304.

276° y su reglamento, así como normas internas como el Reglamento de Organización y funciones, entre otras, como el cuadro de asignación de personal en el que se determina las competencias y atribuciones generales y específicas de los funcionarios y servidores públicos de la institución.

## 1.2. EL DELITO DE PECULADO EN EL DERECHO COMPARADO

### Legislación Comparada<sup>45</sup>

#### España (1995)

##### Artículo 434°

La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diera una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres o seis años.

#### Argentina (1984)

##### Artículo 256°

Sera reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Sera reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajosos servicios pagos por una Administración Pública.

#### Colombia (1980)

##### Artículo 133°

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia

---

<sup>45</sup> HESBERT BENAVENTE, Chorres, Delitos de corrupción de funcionario.

se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salario mínimo legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta la mitad (1/2).

### **Chile (1874)**

#### **Artículo 233°**

El empleado público, tendiendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraigiere o consintiere que otro los substraiga, será castigado:

1. Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.
2. Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.
3. Con presidio mayor a sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua ara cargos y oficios públicos.

### **Bolivia (1972)**

#### **Artículo 142°**

El funcionario público que, aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare

encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años de multa de sesenta a doscientos días<sup>46</sup>.

### 1.3. JURISPRUDENCIA EN EL DELITO DE PECULADO

#### **Peculado: Bien jurídico protegido**

El bien jurídico protegido en el delito de peculado, además del correcto funcionamiento de la Administración Pública, abarca el patrimonio de esta, la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la Administración Pública, por lo tanto, la seguridad con que esta quiere preservar los bienes públicos, constituyen el equivalente al cumplimiento de los deberes del funcionario para con el Estado.

#### **Recurso de Nulidad N° 2165-2011- UCAYALI**

#### **Corte Suprema de Justicia**

#### **Sala Penal Permanente**

**Lima, 28 de noviembre del 2012**

**Vistos:** El recurso de nulidad interpuesto por el procesado Marcial Wenceslao Gonzales Maquiña contra la sentencia de fecha cinco de julio de dos mil once, solo en el extremo que lo condeno como autor del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado culposo, en agravio del Estado Instituto Nacional de Investigación y Extensión Agraria-Pucallpa, aun año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo plazo, sujeto al cumplimiento de reglas de conducta.

**Primero:** Que, el Tribunal Superior indebida e ilegalmente se ha desvinculado de la acusación fiscal, condenándolo por el delito de peculado doloso, transgrediendo los principios de contradicción y derecho de defensa; agrega, que no existen pruebas de determinen su responsabilidad penal, tan es así, que no se recabo las

---

<sup>46</sup> HESBERT BENAVENTE, Chorres, Delitos de corrupción de funcionario. Pág. 123.

normas internas de la institución agraviada, referidas al cuadro de asignación y funcionarios del personal con el propósito de encuadrar las competencias y facultades de cada servidor.

**Segundo:** Que, según los términos de la acusación fiscal, se atribuye al procesado Marcial Wenceslao Gonzales Maguiña, que en su calidad de Jefe de Logística del Instituto Nacional de Investigación y Extensión Agraria-Pucallpa-INIEA, no obstante, por razón de su cargo tener posesión de las llaves del almacén, permitió la sustracción de dicho ambiente de ciento nueve sacos de fertilizantes, cuyo faltante fue advertido el 05 de abril de 2018, data en que se observó que los candados de seguridad del local no presentaban huellas de haber sido violentados, demostrándose con eso, incluso, la complicidad de algunos vigilantes que estuvieron de turno cuando ocurrieron los hechos, asimismo, en dicha fecha desapareció del interior de la cochera de la citada institución, en encroche de doble tracción de la camioneta de placa PIO-novecientos veinticinco y una batería de tractor Shanghai número seis.

**Tercero:** Que, el bien jurídico protegido en el delito de peculado, además del correcto funcionamiento de la administración pública, abarca el patrimonio de esta, la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública. Por lo tanto, la seguridad con que esta requiere preservar los bienes públicos constituyen el equivalente de los deberes del funcionamiento para con el Estado.

**Cuarto:** Que, al punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al recurrente, además de la posición de la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Institución Nacional de Investigación y Extensión Agraria-INIEA-Pucallpa a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, en el caso de la sentencia condenatoria cuestionada, respecto a una conducta culposa, que no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, sino que se hace referencia directamente a la sustracción producida por terceras personas, que aprovechándose del estado de descuido imputado al

funcionario o servidor público, pues es este quien propicia, facilita o permita la sustracción.

**Quinto:** El recurrente sustenta su agravio en los mismos argumentos de defensa que ha planteado durante todo el proceso penal, es decir, alegando la presunta inexistencia de pruebas y la supuesta emisión de no haberse incorporado al expediente las normas internas de la institución agraviada, referidas al cuadro de asignación y funciones del personal con el propósito de encuadrar que competencia y facultad tenía, afirmación que no resulta amparable, en tanto, que el propio procesado ha aceptado a nivel de instrucción como del juicio oral haberse desempeñado como Jefe de Logística, también estaba bajo su cargo la Oficina de Abastecimiento siendo entendible por sus propósitos de defensa que haya tratado de distanciar ambas funciones con el objetivo de no asumir responsabilidad alguna, lo cual ha sido suficientemente desvirtuado con la declaración de Ángel Robert Mer Torrejon, ha sostenido que el encargado del almacén de donde se sustrajeron ciento nueve sacos de fertilizantes, valorizados en cuatro mil trescientos treinta y dos nuevos soles con setenta y cinco céntimos, fue el ahora recurrente Gonzales Meguiña, procesado último, que por cierto, si acepto que Mera Torrejon había sido destacado para ayudarlo.

**Sexto:** El recurrente ahora sostiene haberse vulnerado sus derechos de defensa y a la contradicción al realizarse una indebida desvinculación de la acusación fiscal, dicho argumento tampoco resulta atendible, pues tanto las preguntas, así como los términos de la acusación escrita como de la requisitoria oral del representante del Ministerio Público durante el acto oral, estuvieron dirigidas a demostrar un acto de negligencia al haber permitido el recurrente el acceso a las llaves del depósito de donde fueron sustraídos los bienes de la agraviada, en tanto, que está probado por todos los procesados, quienes de manera coincidente han sostenido que los candados y chapas de dicho ambiente, en ningún momento fueron violentados, no existiendo cuestionamiento alguno al respecto, contrariamente, también se ha concordado que terceras personas no identificadas con acceso al lugar sustrajeron ciento nueve sacos de fertilizantes, así como un encroche de doble tracción de la camioneta de placa PIO-novecientos veinticinco y una batería de tractor Shangai número seis,

**Séptimo:** Que, lo cierto es que el peculado culposo es un tipo penal homogéneo, es menos grave que el peculado doloso, que fue materia de denuncia y acusación, protege similar bien jurídico y esta distinta tipificación, no ha impedido ni restringido el ejercicio de defensa del imputado, quien durante todo el proceso ha señalado implícitamente, que varios empleados de la empresa agraviada, tenían acceso a las llaves del depósito, aún más, la propia defensa técnica del recurrente al sustentar sus alegatos finales ver específicamente acta también adujo la existencia de una negligencia que no le es de su competencia, al sostener textualmente "(...) el valor de lo que se está discutiendo, bien podría haber solucionado a fin de que establezcan responsabilidades.(...) la acusación no puede fundarse en deducciones de relaciones con el manejo de llaves del almacén, hay una confusión, las llaves no estaban al costado del almacén (...).

**Decisión:** No haber nulidad en la sentencia de fecha cinco de julio del dos mil once, solo en el extremo que condeno a Marcial Wenceslao Gonzales Maguiña como autor del delito contra la administración pública, en su modalidad de peculado culposo, en agravio del Estado-Instituto Nacional de Investigación y Extensión Agraria- Pucallpa(...).

En la Jurisprudencia revisada nos da a conocer respecto al delito de peculado culposo al interponer recurso de nulidad por el procesado en el extremo que lo condeno como autor del delito contra la Administración Pública, por razón de su cargo tener posesión de las llaves del almacén, permitiendo la sustracción en dicho ambiente de ciento nueve sacos de fertilizantes entre otros, respecto a una conducta culposa sostiene haberse vulnerado sus derechos de defensa y contradicción al realizarse una indebida desvinculación de la acusación fiscal, inexistencia de pruebas y la supuesta emisión de no haberse incorporado, por lo que la decisión es confirmar la decisión anterior por lo cual por lo que se considera que si se hubiera logrado una investigación más detallada al recopilar las declaraciones y medios probatorios, al poder reconocer al sujeto activo del delito de peculado de quien tuviere razón de cargo las funciones de responsabilidad de almacenamiento que se da en el presente caso, se hubiera logrado una proporcionalidad en los hechos del delito con la pena impuesta.

**Recurso de Nulidad N° 2296-2011-LAMBAYEQUE****Corte Suprema de Arequipa****Sala Penal Permanente****Lima, 12 de julio de 2012**

**Vistos:** El recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de la encausada Juana del Pilar Chevez Guevara contra la sentencia de fecha trece de mayo de dos mil once, que lo condeno por el delito contra la Administración Pública, peculado en agravio del Estado, Gobierno Regional de Lambayeque, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de un año bajo determinadas reglas de conducta y fijo en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar solidariamente la encausada a favor de la agraviada.

**Primero:** La defensa técnica de la encausada Juana del Pilar Chevez Guevara fundamenta su recurso de nulidad, que: **i)** la conducta que se le imputa a su patrocinada no se encuentra enmarcada dentro del tipo penal de peculado doloso por cuanto no tenía relación funcional con los bienes estatales por razón de su cargo, en virtud a que cuando ocurrieron los hechos se encontraba desempeñando el cargo de Sub Gerente de Abastecimiento, el mismo que empezó desempeñar desde el veinticinco de noviembre de dos mil dos. **ii)** también refiere que en autos tampoco se ha acreditado el perjuicio económico que haya sufrido el Estado - CTAR Lambayeque (hoy Gobierno Regional de Lambayeque), **iii)** refiere la testimonial del representante legal de la empresa proveedora inversiones San Francisco C.Y.F.S.R.Ltda., Humberto Sandoval Santisteban, no cumple con las reglas de valoración establecidos en el Acuerdo Plenario numero dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, es por ello que solicita que la sentencia recurrida se declare nula por o estar arreglada a ley.

**Segundo:** Que, (...) se adquirió de la empresa proveedora Inversiones San Francisco C.Y.F.S.R.Ltda. de propiedad de Humberto Sandoval Santisteban, la cantidad de tres mil trescientos veintinueve bolsas de cemento gris "tipo I" a un precio de diecisiete nuevos soles con setenta y ocho céntimos, cada una, ascendiendo a un monto total de cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta y

seis nuevos soles con setenta y dos céntimos, que fue cancelado; que dicho material estaba destinado a la “Construcción de veredas de la ciudad de Chiclayo”. Una vez adquirido el cemento, la encausada Juana del Pilar Chevez Guevara, quien tenía el cargo de Jefe del Almacén del CTAR. Conjuntamente con los funcionarios Percy Estrada Acha (Gerente Regional de Administración) e Isabel Collazos Neyra (Sub Gerente de abastecimiento) suscribieron con Humberti Sandival Santisteban un Acta de compromiso de entrega de cemento”, bajo el argumento de que el CTAR no tenía la capacidad para almacenar el material adquirido, el mismo que debía entregarse a solicitud o requerimiento del ingeniero supervisor de obras Elmer Rivas López, cuyo plazo de entrega no debía exceder del diez de diciembre del dos mil dos. Asimismo, es de referirnos que este material se entregó en partes y en distintas fechas, quedando un saldo de ciento setenta y seis bolsas. Con fechas catorce de diciembre de dos mil dos, la encausada Juana del Pilar Chevez Guevara, quien desde el veinticinco de noviembre de dos mil dos ostentaba el cargo de Sub Gerente de abastecimiento, se apersono al establecimiento de Humberto Sandoval Santisteban para coordinar el canje del cemento restante por dinero en efectivo, pedido que fue aceptado conviniendo que por cien de las bolsas, se le daría la suma de mil nuevos soles entregándole en ese acto la suma de quinientos nuevos soles y el saldo el veintidós de diciembre del mismo año, y por cada monto recibido la encausada Juana del Pilar Chevez Guevara firmo dos recibos en papel simple.

**Tercero:** Que (...) es así que debe fundarse en una actividad probatoria suficiente que permita al Juzgado la creación de la verdad jurídica y establecer los niveles de imputación, contenido que no debe de vulnerar los principios del debido proceso y motivación de las resoluciones judiciales, la sentencia que ponga término al juicio, debe apreciar todos los medios probatorios recaudados en autos, lo que en buena cuenta debe ser el resultado de la evaluación, lógica jurídica de las diligencias actuadas y la valoración adecuada de los medios probatorias incorporados válidamente al proceso.

**Cuarto:** (...). Siguiendo la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro dos mil cinco, para la

configuración típica del delito de peculado, es necesario identificar los siguientes elementos materiales: a) existencia de una relación funcional entre sujeto activo y los caudales y efectos; b) la percepción, administración o custodia; c) la apropiación o utilización; d) el destinatario; para sí o para otro; e) caudales y efectos. Por otro lado, el principio de responsabilidad penal, consagrado en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal, establece que toda forma de responsabilidad objetiva esta prohibía, en consecuencia para determinar que una persona es jurídico, penalmente responsable de la comisión de un delito, no solo se debe tener en cuenta el resultado, sino, es necesario que en concreta intervención se encuentre acreditada.

**Quinto:** El Colegiado Superior ha establecido que la responsabilidad penal de la encausada Juana del Pilar Chevez Guevara por el delito contra la administración pública,(...).

**Sexto:** Que, (...) esto a razón de los siguientes fundamentos: i) ha quedado acreditada la relación funcional de la encausada Juana del Pilar Chevez Guevara con el agraviado, por cuanto al momento de elaborar el “Acta de compromiso de entrega de cemento”, tenía el cargo de Jefa del Área de Almacén del CTAR - Lambayeque; y, si bien mediante Resolución Presidencial número quinientos trece dos mil dos, se encarga a la encausada las funciones de Sub Gerencia de Abastecimiento y la Jefa del Área de Almacén (que era la procesada), los cuales tenían la misma obligada con respecto a los bienes adquiridos, por lo que el cargo anotado por la agraviada, de nada impedía la relación funcional de administrar los caudales adquiridos (cementos),(...); ii) asimismo, se tiene el Informe Especial número cero uno, dos mil dos, elaborado por la Oficina de Control Institucional-OCI del Gobierno Regional de Lambayeque, que determina un faltante de ciento setenta y seis bolsas de cemento que no fueron entregadas conforme se había señalado en el “Acta de compromiso de entrega de cemento”, donde los representantes del Gobierno Regional, incluido la agraviada, en conjunto con el representante de Inversiones San Fernando C.Y.F.S.R.Ltda., Humberto Sandoval Santisteban, concluyéndose que existe un perjuicio económico al Gobierno Regional por un importe de tres mil ciento once nuevos soles con setenta y ocho céntimos: iii) aunado a ello, se tiene la declaración del sentenciado Humberto

Sandoval Santisteban, quien a nivel social, judicial y juicio oral, así como la declaración presentada al Jefe de Desarrollo Humano del Gobierno Regional de Lambayeque, (...) por lo que ante tal oferta acepto, pactando por ello el pago en las armadas, entregando quinientos nuevos soles el día catorce de diciembre de dos mil dos y el saldo el día veintidós del mismo mes y año, habiendo firmado los documentos en la fecha de entrega de dinero y que si empleado de nombre Jesús Chero fue quien redactó el documento dictando el instruyente el contenido en presencia de la inculpada y que acepto fue por hacerle un favor económico a su coprocesada, ya que le insistió; iv) para corroborar la declaración del mencionado sentenciado, se tiene como prueba actuada en el caso, los dos recibos en original, de los que se aprecia que la encausada Juana del Pilar Chevez Guevara recibió un total de mil nuevos soles, en dos cuotas de quinientos nuevos soles cada una, los días catorce y veinte de diciembre de dos mil dos; asimismo se tiene que la pericia Grafotécnica Forense, (...) que configuran las dos constancias de entrega de dinero no proviene del puño físico de Humberto Sandoval Santisteban. Pericia que fue ratificada, la misma que corrobora la versión brindada por el referido sentenciado, en la que indico que el contenido de los recibos los llenó su empleado Jesús Chero, desvirtuando lo sostenido por la encausada, al señalar que Humberto Sandoval Santisteban, quien llenó el contenido de los dos recibos por el cual firmo recibiendo en cada una de ellas la suma de quinientos nuevos soles; v) por lo que, lo sostenido por la defensa de la encausada del Pilar Chevez Guevara en razón a que el importe de mil nuevos soles ( en dos cuotas) fue otorgado en calidad de préstamo por parte de Humberto Sandoval Santisteban, lo que pretende corroborar con el escrito, presentado por el sentenciado, quien señaló que la suma de mil nuevos soles era en calidad de préstamo, de nada desvirtúa los medios de prueba actuados en el proceso que acreditan su responsabilidad penal.

**Séptimo:** Que, (...) llegando por ello a poseer entidad para ser considerada como prueba válida de cargo; y por ende virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia de la imputada, siendo que estas cuestan con: a) ausencia de incredibilidad subjetiva es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición la misma que se cumple, ya que nos evidencia de los actuados, enemistad, odio u otras circunstancias que haga dudar de la

imparcialidad de las declaraciones del referido sentenciado para que sindique a la procesada tan grave imputación; b) verosimilitud, que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria las versiones brindadas por el mencionado sentenciado con corroboraciones con acta de compromiso de entrega de cemento, dos recibos original, Pericia Grafotécnica Forense; c) persistencia en la incriminación, esto es que la sindicación sea permanente e invariable, requisito que se cumple tal conforme se detalla fundamentos, arriba, las mismas que son coherentes y uniformes. Por lo tanto, las pretensiones de la recurrente deben ser desestimadas.

**Octavo: (...)** **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha trece de mayo del dos mil once, se condenó a Juana del Pilar Guevara por el delito contra la administración pública de peculado en agravio del Estado Gobierno Regional de Lambayeque (...).

El recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de la encausada a la sentencia, que lo condeno por el delito contra la Administración Pública, peculado en agravio del Estado, por la apropiación de tres mil trescientos veintinueve bolsa de cemento gris "tipo I" a un precio de diecisiete nuevos soles con setenta y ocho céntimos, cada una, ascendiendo a un monto total de cincuenta y ocho mil ochocientos cincuenta y seis nuevos soles con setenta y dos céntimos, que fue cancelado; que dicho material estaba destinado a la "Construcción de veredas de la ciudad de Chiclayo" , acreditada la relación funcional de la encausada con el agraviado, por cuanto al momento de elaborar el "Acta de compromiso de entrega de cemento", tenía el cargo de Jefa del Área de Almacén del CTAR - Lambayeque los cuales tenían la misma obligada con respecto a los bienes adquiridos demostrado con pericias por lo que de nada desvirtúa los medios de prueba actuados en el proceso que acreditan su responsabilidad penal.

En consecuencia, no solo se debe tener en cuenta el resultado, sino, es necesario que en concreta intervención se encuentre acreditada debido a que toda sentencia constituye una decisión definitiva de una cuestión criminal, sobre la base de hechos que han de ser determinados jurídicamente, es así que debe fundarse en una actividad probatoria suficiente que permita al Juzgado la creación de la verdad jurídica y establecer los niveles de imputación, dado en este caso que hubieron

elementos que demostraron que el sujeto activo del delito por razón de cargo por las funciones que realizaba tuvo responsabilidad sobre los caudales y efectos de la administración del Estado.

### **Recurso de nulidad N° 3886-2011-HUANCAVELICA**

#### **Corte Suprema de Justicia**

#### **Sala Penal Permanente**

**Lima, 22 de agosto de 2012**

**Vistos:** El recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia absolutoria del quince de setiembre de dos mil once.

**Primero:** Que el representante del Ministerio Público fundamenta su recurso de nulidad, se acredita que el vehículo IV-3729 fue trasladado de Huancayo para su repotenciación; que el combustible asignado para el mismo que utilizado, apropiado, por el encausado Hinostrza Acosta conforme al Informe AD número 411-2008-IGPNP-DIRIAD-E2 corroborado con el Informe Pericial; que se acredita que el encausado Hinostrza Acosta ordeno el recojo del combustible sin conocer el destino que daba al mismo; que se acredita que la encausada Carmen Carhuamanta Egoavil suscribió un convenio con la Policía Nacional para proveerles de combustible pero incumpliendo sus obligaciones entregaba combustible sin la tarjeta ni boleta correspondiente; (...).

**Segundo:** Que, según acusación fiscal, se imputa al encausado José Luis Hinostrza Acosta, Comandante PNP, Jefe de la División de Seguridad de Estado y Servicio Esenciales de la Región Policial Huancavelica, haber tenido a su cargo el vehículo camión commancard, modelo M.325, de placa interna IV-3729, con una dotación de 4,5 galones de combustible diario, de 84 octanos; sin embargo, este vehículo fue llevado a la ciudad de Huancayo, permaneciendo en dicho lugar desde el quince de abril de dos mil cinco hasta el veinticuatro de julio de dos mil cinco para su reparación en el taller del Señor Becquer Justino Chacón Martínez y pese a ello, recibe el combustible en forma normal, como si estuviera operativo y en la ciudad de Huancavelica; siendo que a su llegada, el citado vehículo fue

internado en el taller mecánico de propiedad de Jorge Gonzalo Gálvez Revolo, por presentar problemas de goteo de aceite; asimismo, se imputa en la encausada Carmen Carhuamanta Egoavil, haber participado, en su condición de Administradora de Grifo Espinoza Hermanos, concesionaria de abastecimiento de combustible a las unidades vehiculares de la policía nacional, ya que continuo dotando de gasolina a la unidad placa interna IBV-3729, hasta el veinticinco de junio de dos mil cinco, no obstante que dicho vehículo se encontraba en un taller mecánico de la ciudad de Huancayo.

**Tercero:** (...).

**Cuarto:** Que en ese sentido, tenemos que, el encausado Hinostroza Acosta tanto en su manifestación policial, declaración instructiva e interrogatorio en juicio oral, sostuvo en forma coherente y uniforme haber recibido el combustible asignado al vehículo IV-3729 en bidones o galones ya que era comisionado estuvo en la ciudad de Huancayo para su repotenciación desde mediado del mes de abril hasta el diecinueve de julio del mismo año; que el camión estaba operativo; que no se apropió del combustible;

**Quinto:** Que, revisados los actuados, se tiene que el informe AD N° 411-2008-IGPNP-DIRIAD-E, dentro de sus ocho conclusiones, en su literal a) argumenta que está aprobado que el encausado Hiinostroza Acosto retiro maliciosamente combustible del uno al diecinueve de agosto del dos mil cinco correspondiente al camión commancar el mismo que hasta no había sido utilizado debido a que se encontraba en un taller en Huancavelica; asimismo, el Informe Pericial Contable que concluye que el camión IV-3729, durante el periodo no operativo, aparentemente consumió quinientos cuarenta galones de combustible, cuyo precio por galón fue fijado en la suma de once nuevos soles con ochenta céntimos, lo que hace un monto indebidamente utilizado de seis mil trescientos setenta y dos nuevos soles; sin embargo, ambas instrumentales no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal del encausado en los hechos que se le imputan, toda vez que no se ha determinado fehacientemente que el encausado se haya apropiado del combustible asignado al camión IV-3729, más si se tiene en cuenta en el Informe Pericial de Parte, el cual concluye que el total de gastos utilizados

para el encausado Hinostroza Acosta por los cinco vehículos de la Policía Nacional es de cinco mil novecientos un nuevo sol con setenta y nueve céntimos, corroborando el dicho del referido procesado, quien señaló que el combustible fue utilizado en otros vehículos policiales; debiéndose advertir que no actuó la diligencia de debate pericial a fin de establecer los hechos materia de investigación;

**Sexto:** Que, (...) los elementos materiales del tipo penal; a .Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional al poder de vigilancia y cuidar los caudales o efectos; b. La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos; c. Apropiación o utilización .En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito mal de apoderarse para sí o para un tercero; d .El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose el mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a tercero. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero: e. Caudales o efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas y bienes que representan un valor patrimonial público, incluyéndolos títulos valores negociables (...)" ; debiéndose advertir que en el encausado se haya apropiado o utilizado en su proyecto del combustible asignado al vehículo de placa IV-3729;

**Séptimo:** Que, en cuanto a la encausada Carmen Carhuamanta Egoavil se tiene que tampoco existen medios probatorios que acrediten responsabilidad alguna en los hechos materia de investigación, más si se tiene en cuenta que al tener la condición de cómplice primaria, según acusación fiscal, resulta imposible

imponer sanción alguna, si se tiene en cuenta que al encausado Hinostroza Acosta en su condición de autor no se le encuentra responsabilidad penal;

**Octavo:** Que, (...), es también reunir la prueba de la realización del delito, para establecer la responsabilidad del imputado, la que debe estar plenamente acreditada y fuera de toda duda para imponer una sanción penal: situación que o se da en el presente caso; por tanto no se ha desvirtuado la presunción de inocencia que le asiste constitucionalmente a toda justiciable;

**Noveno:** Que, de otro lado, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha emitido múltiples sentencias en las que se destaca la garantía constitucional del plazo razonable; es así que el expediente N°3509-2009-PHC/TC señalo lo siguiente: El derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3 de la Constitución), y goza de reconocimiento expreso en el artículo 14, inciso 3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “Durante el proceso, toda persona acusado de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...).c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”; y en el artículo 8, inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente o imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Tales disposiciones cobran vigencia efectiva en nuestro ordenamiento a través del artículo 55° de la Constitución. Asimismo, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de esta Carta Política, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades de la Constitución reconozca se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú (...). Sostener lo contrario supondría, además, la violación del principio del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual los órganos del Estado solo pueden actuar en la consecución de sus fines dentro de los límites y autorizaciones legales y con el respeto absoluto de los derechos básicos de la persona. Cuando estos límites son superados en un caso concreto, queda revocada la autorización con que

cuenta el Estado para perseguir penalmente (...)”. Precisándose que el caso de autos los hechos datan del año dos mil cinco, iniciándose el presente proceso, conforme es de verse del auto de apertura de instrucción. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia, que absolvió a José Luis Hinostraza Acosta, autor de la acusación fiscal por delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Policía Nacional del Perú y absolvió a Carmen Carhuamanta Egoavil, cómplice primaria, de la acusación fiscal por delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Policía Nacional del Perú.

El recurso de nulidad interpuesta por el Ministerio Público, se acreditó que el vehículo IV-3729 fue trasladado de Huancayo para su repotenciación; que el combustible asignado para el mismo que utilizado, por el encausado, que se acreditó que el encausado ordenó el recojo del combustible sin conocer el destino que daba al mismo; que se acreditó que la encausada suscribió un convenio con la Policía Nacional para proveerles de combustible pero incumpliendo sus obligaciones entregaba combustible sin la tarjeta ni boleta correspondiente, en cuanto a la encausada se tiene que no existen medios probatorios que acrediten responsabilidad alguna en los hechos materia de investigación al tener la condición de cómplice primaria la que debe estar plenamente acreditada y fuera de toda duda para imponer una sanción penal tomando la decisión de confirmar la sentencia. Por lo que podemos concluir con las afirmaciones que brinda el Ministerio Público sobre la indebida calificación del sujeto activo del delito de peculado por falta de medios probatorios dan a conocer algunas deficiencias al momento de realizar el desarrollo de proceso para poder llegar a los verdaderos responsables del ilícito penal, el cual se infringió en la esfera de la función de la Administración Pública.

### **Recurso de Nulidad N° 944-2011-APURIMAC**

**Corte Suprema de Justicia**

**Sala Penal Permanente**

**Lima, 12 de abril de 2012**

**Vistos:** El recurso de nulidad interpuesto por el encausado Rómulo Quinto Tello contra la sentencia de fojas trescientos noventa y siete, de fecha veinticuatro de enero de dos mil once.

**Primero:** Que, el sentenciado Rómulo Quinto Tello fundamenta su recurso impugnatorio, señalando que si bien es cierto existe un deber sobre el cuidado de los bienes del Estado, ello no fue de su exclusiva responsabilidad, sino del conjunto de trabajadores del área de almacén de la Región Apurímac y que luego de sucedido los hechos, la sustracción de dos cámaras fotográficas de los compartimentos del almacén regional de Apurímac, comunico al Procurador Público de la citada región, a la Dirección de Asesoría Jurídica y al Control Interno de la Región Apurímac, quienes le coactaron a reponer de inmediato las dos cámaras fotográficas, con la amenaza de abrirle proceso disciplinario administrativo; que las confesiones de algunos trabajadores del servicio del almacén solo se han prestado ante los efectivos policiales, pero no se presentaron al despacho judicial; que como todo jefe del aparato estatal asume funciones, implementaciones, actualizaciones y eventos culturales programadas o indicados por los funcionarios de grado superior y no se puede cerrar el almacén, tiene que asistir otro servidor de Jerarquía inferior que asuma responsabilidad, como los servidores Timoteo Hermoza Criales, Doroteo Daniel Chipa, María Carrera Quintanilla, Gabino Mina Chipana a los que también les alcanza responsabilidad; finalmente, al haber repuesto las dos cámaras fotográficas no se ha afectado el interés patrimonial del Estado.

**Segundo:** Que, la pretensión punitiva del representante del Ministerio Público, intervinieron en el almacén central del Gobierno Regional de Apurímac tres cámaras fotográficas de doce pixeles, valorizadas cada una en mil seiscientos ocho nuevos soles, de las que se sustrajera dos, teniendo la custodia y administración de los bienes de la entidad agraviada el procesado Rómulo Quinto Tello en dicha oportunidad, por ser Jefe de Almacén Central del Gobierno Regional de Apurímac, ocurriendo ello porque el acusado permitió, a título de culpa, la sustracción de dos cámaras, al no llevar un adecuado control patrimonial de los bienes que tenía bajo su custodia, quien acordó con sus compañeros de trabajo

reponer estas cámaras, lo que comunicaron a la Administración y Jefe de Logística.

**Tercero:** Que, el delito de peculado culposo, previsto en el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del código penal, se configura cuando el agente, en su condición de funcionario o servidor público, por culpa, negligencia o infracción a su deber objetivo de cuidado, da ocasión a que se efectúe por otra persona, la sustracción de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; así, debe verificarse la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos.

**Cuarto:** Que, se entiende por “custodia”, a la forma típica de posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor público de los caudales y efectos públicos; mediante tales formas de posesión que la ley penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control cuidado, conducción y vigilancia, deber de garante, en despliegue de las obligaciones indiferentes a su cargo (...).

**Quinto:** Que, conforme el recuento de autos, la responsabilidad a título de autor del procesado en el delito de Peculado Culposo no se encuentra acreditada, pues fue a raíz de una disposición superior que se procedió a realizar un inventario de los bienes existentes en el almacén, el practicante Jaime Chipana le manifestó que verificado en el almacén las dos cámaras no se encontraban en los andamios, siendo esto así, en cumplimiento de sus funciones como Jefe del Almacén Central del Gobierno Regional de Apurímac, comunico este hecho a la Administradora de la citada entidad, Mercedes Valverde Tapia, y al Jefe de Abastecimiento Carlos Salas, disponiendo que el personal a su cargo efectuó la búsqueda y al no encontrarse los bienes, fue a consultar a la Oficina de Control Interno y a la Asesoría Legal, quienes le manifestaron que interpongan la denuncia, mientras que otros funcionarios le surgieron que debía reponer estas dos cámaras, optando por este último, siendo entregados a la Administradora del Gobierno Regional el veintiuno de dos mil nueve.

**Sexto.** Que, siendo esto así, ni la entidad agraviada ni el representante del Ministerio Público precedieron ahondar las investigaciones, pues se limitaron a atribuir la responsabilidad al procesado Rómulo Quinto Tello, atendiendo únicamente a que era titular del Almacén Central de Gobierno Regional de Apurímac y que procedió a la devolución de los bienes sustraído, elementos de juicio que son insuficientes para atribuirle la comisión del delito imputado, más aun si está acreditado que no era la única persona que detentaba las llaves, pues debido a necesidad de servicio, la misma era de uso personal del almacén; sumado a ello, se tiene la conducta demostrada una vez tomado conocimiento de los bienes faltantes pues el encausado procedió a comunicar a diversos funcionarios de la Región Apurímac el hecho acontecido, lo que es un accionar que no resulta congruente con aquel que se encuentra incurso en la perpetración de un delito, corroborándose su inocencia cuando a pesar de no existir orden administrativa y/o judicial que le ordenara la devolución de las cámaras fotográficas, procedió hacerlo sin perjuicio de su exiguo peculio, estableciéndose que el detrimento patrimonial al Estado en merito a dicho acto resulta inexistente. En tal sentido, no existen motivos que justifiquen la emisión de una sentencia condenatoria en contra del procesado, por lo que la recurrida no se encuentra conforme a ley, debiéndosele absolver de los cargos imputados.

Declararon: **HABER NULIDAD** en la sentencia, que condena a Rómulo Quinto Tello por la comisión del delito contra la Administración pública, delitos cometidos por funcionarios públicos en la modalidad de peculado, subtipo peculado culposo, en agravio del Gobierno Regional de Apurímac, a un año de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el mismo término, inhabilitación por un año, fijando en trescientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del agraviado; reformándola :**ABSOLVIENDO** a Rómulo Quinto Tello de la acusación fiscal por el delito y agraviado antes motivo de la presente causa y el **ARCHIVAMIENTO DEFINITIVO** del proceso.

El recurso de nulidad interpuesto por el encausado contra la sentencia, la sustracción de dos cámaras fotográficas de los compartimentos del almacén regional de Apurímac, el sentenciado Rómulo fundamenta su recurso

impugnatorio, señalando que si bien es cierto existe un deber sobre el cuidado de los bienes del Estado, teniendo la custodia y administración de los bienes de la entidad agraviada y los elementos vistos en juicio muestran que son insuficientes para atribuirle la comisión del delito imputado, más aun si está acreditado que no era la única persona que detentaba las llaves por ende declararon haber nulidad de la sentencia y absolviendo al encausado, ya que con los medios probatorios son escasos para demostrar que el encausado es responsable del delito ya que no solo esta persona estaba en custodia en su totalidad de los caudales y efectos de la administración pública.

En la actualidad nuestra legislación en el delito de peculado es mucho más rigurosa, pues el tipo penal peruano requiere de una vinculación funcional por razón del cargo, “el objetivo de esta disposición es circunscribir los alcances del tipo penal de peculado a los funcionarios o servidores públicos que resulten competentes para recibir los caudales o efectos pertenecientes al patrimonio estatal, de modo tal que exista coincidencia entre el título de recepción de los caudales o efectos y la competencia funcional”.

Efectivamente es necesario que el funcionario o servidor público tenga los caudales o efectos en razón de su cargo, sólo así infringen los deberes del cargo y la administración pública, y consiguientemente se lesiona el bien jurídico tutelado”<sup>47</sup>.

## **2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

### **2.1. CONCEPTO**

El principio de legalidad se constituye en verdadera garantía necesaria, aunque nunca suficiente, para la protección de los derechos humanos en el contexto de la

---

<sup>47</sup> NAKASAKI SERVIGÓN, Cesar, Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. Pág. 345

llamada relación vertical entre el Estado y el individuo. La legalidad es el cumplimiento de la actividad administrativa con el ordenamiento jurídico<sup>48</sup>.

El Principio de Legalidad es sin lugar a dudas el principio más importante del derecho administrativo puesto que establece que las autoridades administrativas y en general, todas las autoridades que componen el Estado deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades<sup>49</sup>.

El principio de legalidad aplicado al derecho penal ha de conjugar dos exigencias que se traduce en la tutela de dos intereses jurídicos fundamentales; el interés jurídico común, que puede quedar gravemente lesionado por la acción delictuosa, y el derecho fundamental del fiel a no ser considerado delincuente si no ha violado una norma penal previa. Encontrar un instrumento técnico que garantice ambas situaciones es el objeto de la recta aplicación del principio de legalidad<sup>50</sup>.

## **2.2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

Un Estado social y democrático de derecho, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas de la Norma Fundamental le reconoce a toda persona. Por lo que el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad, entre otros.

<sup>48</sup> LONDOÑO LÁZARO María, Repositorio de Tesis, Disponible en :[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332010000200007](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332010000200007)(Consultada el 30 de abril del 2018 horas 11:12 pm)

<sup>49</sup> GUZMAN NAPURÍ Christian, Doctrina y práctica y Derecho Público, Disponible en :<http://blog.pucp.edu.pe/blog/christianguzmannapuri/2014/08/07/el-principio-de-legalidad/>(Consultada el 30 de abril del 2018 horas 10:00 pm)

<sup>50</sup> ARIAS GOMEZ Juan, Disponible en :<https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/50611/1/21263-65422-1-PB.pdf> (Consultada el 30 de abril del 2018 horas 11:00 pm)

Los fines de la pena en el Estado democrático y social de derecho. Es necesario sostener que las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad lo logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada. Primero con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). Segundo, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (artículo 44° de la Carta Fundamental), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); y promover el bienestar general que se fundamente en la justicia (artículo 44° de la Carta Fundamental), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva ( inciso 24° del artículo 2° de la Constitución). Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico.

Por último, en el plano de la ejecución de la pena, esta debe orientarse a la rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22° del artículo 139° de la Constitución)<sup>51</sup>.

### 2.3. FORMULACIÓN Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La formulación jurídico penal del principio de legalidad fue planteada, con el termino latino “*nullum crimen sine poena*”, que significa que todo delito para ser

---

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0019-2005-PI/TC, publicada en línea: <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/sct-0019-2005-pitc.htm> (Consultado el 15 de Marzo del 2018 a horas 11:23 pm).

tal requiere de una pena legal asignada. La pena supone una ley previa anterior con el tiempo (*nulla poena sine lege*); la imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminado (*nulla poena sine crimine*); y por último, el hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*)<sup>52</sup>.

En virtud del principio de legalidad solo se pueden crear figuras delictivas mediante una ley, que se encuentra citado en el artículo 2, numeral 24, inciso d) de la Constitución Política del Estado. En ese contexto, cuando nuestra Constitución utiliza el termino ley se está refiriendo a las normas jurídicas legislativas. Como las leyes emanadas del poder ejecutivo de acuerdo a las formalidades que el orden constitucional establece en el artículo 103° y 104° de la Constitución Política del Estado. Por tanto, no tienen condición de ley, los decretos supremos y resoluciones legislativos (artículo 118° de la Constitución Política del Perú).

“En cuanto al contenido del principio de legalidad tenemos los siguientes criterios que le componen: *lex praevia*, *lex stricta*, *lex certa* y *lex scripta*. A continuación lo desarrollaremos:

a. Conforme a la exigencia de *lex praevia*, el principio de legalidad penal prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, cuando beneficie al reo. Así lo establece el artículo 103° de la Constitución, según el cual:”(…)

b. Conforme a la existencia de *lex stricta*, el principio de legalidad penal prohíbe el uso de la analogía. Así lo establece el artículo 139° inciso 9 de la Constitución, según el cual: "*El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos*".

Según su desarrollo constitucional, contenido en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, tenemos que: "*No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.*"

---

<sup>52</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal Parte General, Pág.114.

c. En cuanto a la exigencia de *lex certa*, cabe precisar, que el principio de legalidad penal exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el *mandato de determinación*, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “*expresa e inequívoca*”.

Al respecto señala: es un error creer que el principio de legalidad supone que las disposiciones del Código Penal deben observar una redacción casuística, pues basta la redacción general de la norma. El legislador puede conseguir esa redacción general describiendo los factores típicos de cada grupo de casos. Lo contrario sucede con la casuística que, aferrada a superficialidades que en modo alguno se adaptan a todos los hechos concretos punibles, hace surgir necesariamente alguna que impiden una decisión correcta en casos límite”<sup>53</sup>.

Sin perjuicio de lo expresado, es importante señalar que el Juez no puede asumir función de legislador, por lo cual no debe rebasar los límites que la ley determina en la adecuación a ciertos supuestos. Se impone la obligación de delimitar la interpretación de acuerdo a la ley y la prohibición de crear nuevos derechos. Una vez que la ley se dicta, ésta constituye la única fuente para el juez, quien no puede agravar la situación del procesado mediante la aplicación de una disposición legal por analogía.

Villavicencio Terreros<sup>54</sup> señala que: “*la analogía sólo se aplica a la analogía perjudicial para el inculpado (analogía in malam partem), es decir, aquella que extiende los efectos de la punibilidad. (...) por el contrario, la analogía favorable (analogía in bonam partem) es aceptada a través de los procesos de interpretación de la ley penal.*” Así también, Santiago Mir Puig precisa que: *lex stricta, impone un cierto grado de precisión de ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía in malam partem).* Bajo la doctrina autorizada

---

<sup>53</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Derecho Penal Parte General, Pág.140.

<sup>54</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, op.,cit.,Pág.142.

precitada, consideramos que efectivamente el artículo III del Título Preliminar del Código Penal únicamente, efectúa una prohibición de analogía *in malam partem*, más aún si se precisa la prohibición de la analogía únicamente de circunstancias agravantes para el imputado. No encontrándose prohibida la analogía favorable.

Y finalmente, en cuanto a la exigencia de *lex scripta*, el principio de legalidad consagra a la ley como única base para la incriminación de comportamientos e imposición de penas, proscribiendo, entre otros aspectos, fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario.

#### 2.4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DESDE LA ÓPTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha indicado que el principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley, conforme lo ha resaltado en el caso de la legislación antiterrorista, expediente N.º 010-2002-AI/TC<sup>55</sup>. En ese mismo sentido, que dicho principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*) y, que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Por su parte el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 61/1990 ha señalado lo siguiente: "*Dicho principio comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex praevia) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la*

---

<sup>55</sup> Tribunal Constitucional, Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/junsprudencia/2007/08957-2006-AA.html> (Consultada el 12 de Marzo de 2018 a horas 11:00 pm)

*responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley”<sup>56</sup>.*

El Tribunal Constitucional, no debe llevarnos a la afirmación de identificar el principio de legalidad con el principio de legalidad procesal penal, puesto que el primero se encuentra garantizado por el literal d, del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución y se satisface cuando se cumple la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. En cambio, el segundo, se encuentra enunciado en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución, referido al aspecto puramente procesal que, propiamente, garantiza a toda persona el estricto respeto de los procedimientos previamente establecidos, al prohibir que ésta sea desviada de la jurisdicción predeterminada, sometida a procedimiento distinto o juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ó por comisiones especiales.

Por nuestra parte, el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia recaída en el expediente N° 2758-2004-HC/TC ha señalado que el principio de legalidad: *se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, hasta como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionarlo que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.*

---

<sup>56</sup> Sentencia que se encuentra publicada en línea:<http://vlex.com/vid/confirmatoria-revocaron-detective-18142107> (Consultado el 11 de abril de 2018 a horas 11:32 pm)

## 2.5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y EL SUB-PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD.

Primero es importante mencionar que el principio de legalidad se expresa en exigencias dirigidas tanto al legislador como a los tribunales de justicia. Opera, en primer lugar, frente al legislador, en la medida que es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. En tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador, y no al Juez. Se entiende perfectamente que la conducta punitiva debe ser redacta con un mínimo de precisión, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 2050-2002-AA/TC en los siguientes términos: “Del principio de legalidad se desprende el principio de taxatividad o de tipicidad. Sin embargo, no se puede equiparar ambos principios como sinónimos pues el principio de legalidad se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta”<sup>57</sup>.

De igual modo, en la sentencia recaída en el expediente N° 2192-2004-AA /TC ha indicado que: "En este sentido, el sub principio de taxatividad o de tipicidad representa una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Sentencia completa publicada en línea en la siguiente dirección electrónica [http://w.w.w.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02\\_050-2002-AA.html](http://w.w.w.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02_050-2002-AA.html) (Consultado el 20 de Abril de 2018 a horas 10:00 pm)

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional disponible en web: <http://w.w.w.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html> (Consultado al 20 de Abril del 2018 horas 11:12 pm).

En relación al tema, la Corte Interamericana de derechos humanos, ha sostenido literalmente que: “(...) En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad”<sup>59</sup>.

Es necesario que los operadores del derecho efectúen una debida interpretación de la norma y por el contrario no se efectúen interpretaciones extensivas de la norma, infringiéndose de esta forma el principio de legalidad consagrado en el artículo 2 inciso 24 numeral de la Carta Magna, ya que de esta forma se podría ampliar el delito a circunstancias no previstas en el tipo penal.

## **2.6. AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

La postura asumida por la Sala penal Especial y la Corte Suprema obedece a la imperiosa necesidad de sancionar hechos tan graves como los ocurridos durante la época en que Vladimiro Montesinos manejaba el Servicio de Inteligencia Nacional para no dejar en la impunidad tales hechos, asimismo evitar el cuestionamiento social y proteger el patrimonio del Estado.

Sin embargo, tal interpretación colisiona con el principio de legalidad y en concreto con el subprincipio de taxatividad, pues el delito debe estar previamente considerado en la ley, nadie puede ser sancionado por un hecho que no esté previamente previsto como delito, conforme se encuentra consagrado en el artículo 2 numeral 20 inciso d) de la Constitución Política del Perú.

---

<sup>59</sup> Corte Interamericana de Derecho humanos, Caso Cantoral Benavides vs. Perú párrafo 157 y Caso Castillo Petruzzi vs. Perú, párrafo 121. Sentencia publicada en línea: [http://w.w.corteidh.or.cr/docs/casos/articulo/los/seriec\\_69\\_esp.pdf](http://w.w.corteidh.or.cr/docs/casos/articulo/los/seriec_69_esp.pdf) (Consultado al 21 de Abril del 2018 horas 09:00 pm).

“La idea general del delito es la de una violación (o abandono de la ley) en efecto, ningún acto del hombre puede serle imputado si una ley no lo prohíbe. Un acto no es delito sino cuando se opone a la ley: puede ser dañoso, puede ser perverso, puede ser ambas cosas a la vez, pero si la ley no lo prohíbe, no puede ser atribuido como delito a quien lo ejecuta”<sup>60</sup>.

El juez no puede asumir función de legislador, es decir que no debe rebasar los límites que la ley determina. Se impone la obligación de delimitar la interpretación de acuerdo a la ley y la prohibición de crear nuevo derecho. Una vez que la ley se dicta, ésta constituye la única fuente para el juez, quien no puede agravar la situación del procesado mediante la aplicación de una disposición legal por analogía.

Finalizando este capítulo dando un aporte a los objetivos ya desarrollados diremos que la ley es la única base para la incriminación de comportamientos e imposición de penas. Por lo cual, es necesario que los operadores del derecho efectúen una debida interpretación de la norma y por el contrario no realizar interpretaciones extensivas de la norma a fin de no infringir el principio de legalidad como ha ocurrido en el caso de las sentencias materia de análisis.

---

<sup>60</sup>Jurisprudencia disponible en <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/llobet.htm> (Consultada el 22 de abril del 2018 a horas 09:23 pm)

### CAPÍTULO III

#### ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

##### **1. LA VINCULACIÓN FUNCIONAL EN EL DELITO DE PECULADO FRENTE AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD VISTAS EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CERCADO DE AREQUIPA EN EL PERIODO DEL 2016 AL 2017.**

Los resultados a los que se ha llegado en la presente investigación se obtuvieron a través del análisis de sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa del año 2016 al 2017, en las cuales se analizó a detalle las sentencias sobre el delito a investigar, en lo que respecta a las casos donde hubo sentencias condenatoria se contrastó si está se dio por relación de vinculación funcional en función al sujeto activo de hecho con los bienes del Estado, además se comprobó si en los casos de absolución se valoró únicamente la declaración del acusado o se evaluó algún otro medio de prueba respecto al delito de peculado. La existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa con mera competencia típico, esto es competencia del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales y efectos.

Lo cual se demostrara que, dado que para configurar el delito de peculado, es necesario que exista vinculación funcional de hecho del sujeto activo del delito frente al principio de legalidad y que resulte necesario establecer parámetros, a fin de comprender al funcionario que por razón de cargo de sus funciones se apropia de los bienes del Estado.

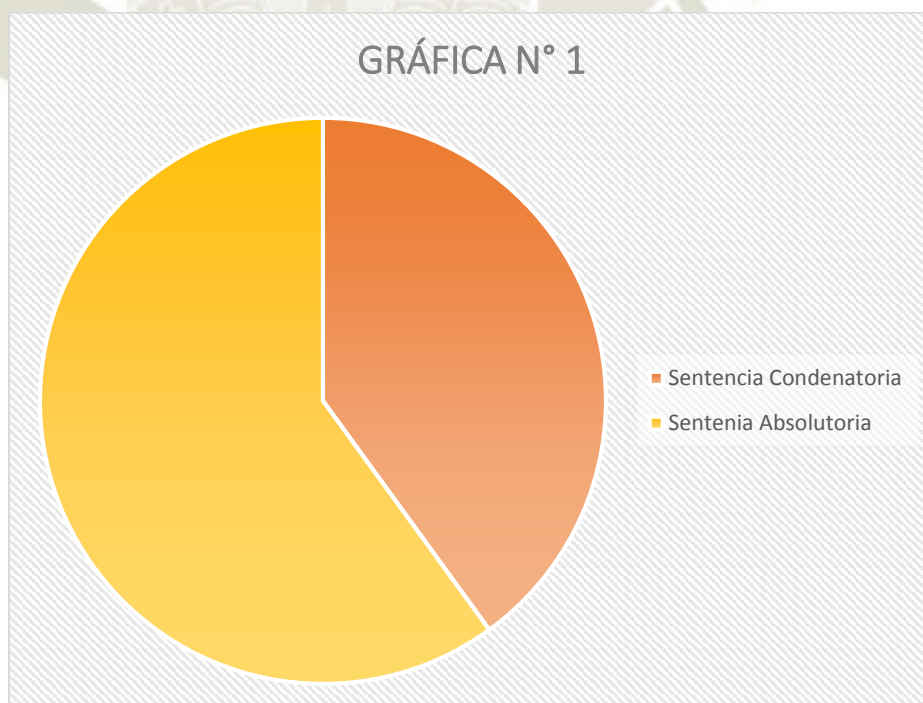
## 1.1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LOS JUZGADOS PENALES UNIPERSONALES Y COLEGIADOS DE LA SEDE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA EN LOS AÑOS 2016 – 2017.

### 1.1.1. RESULTADO DE LOS FALLOS EMITIDOS POR LOS JUZGADOS UNIPERSONALES Y COLEGIADOS

CUADRO N°1

OPCIONES	FRECUENCIA	%
ABSOLUCIÓN	7	60
CONDENATORIA	5	40
TOTAL	12	100

**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.



**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.

En el Cuadro N° 1 y Gráfico N°1, se aprecia que el total de las sentencias analizadas de emitidas en los años 2016 - 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, el 60 % de fallos fueron absolutorios y el 40 % fueron fallos condenatorios.

El porcentaje acumulado expresa que el 60 % de los casos que llegaron a juicio oral, culminaron con una sentencia absolutoria, lo cual implica que existe una mayor probabilidad de que se emita una sentencia absolutoria en la etapa procesal de Juicio Oral, que los casos son descartados por carencia de un factor que sirva de ayuda para concretar el tipo penal de peculado y así se emita una sentencia que evalúe todos los elementos del delito, en ese sentido resulta necesario establecer parámetros antes de llegar a juicio conozcan en grado de certeza sobre la vinculación funcional que tiene el sujeto activo del delito con los bienes en cuestión, el criterio de valoración que tendrá cada una de los medios probatorios que serán objeto de debate.

En esta etapa de juicio oral el juez de juzgamiento al emitir sentencias absolutorias en la parte acusatoria, se encontraron deficiencias en la investigación haciendo una valoración conjunta de las escasas pruebas presentadas y aportadas, logrando así una falta de medios probatorios. De este modo, al no existir prueba suficiente que permita desvirtuar la inocencia de los investigados correspondiendo el archivo del caso.

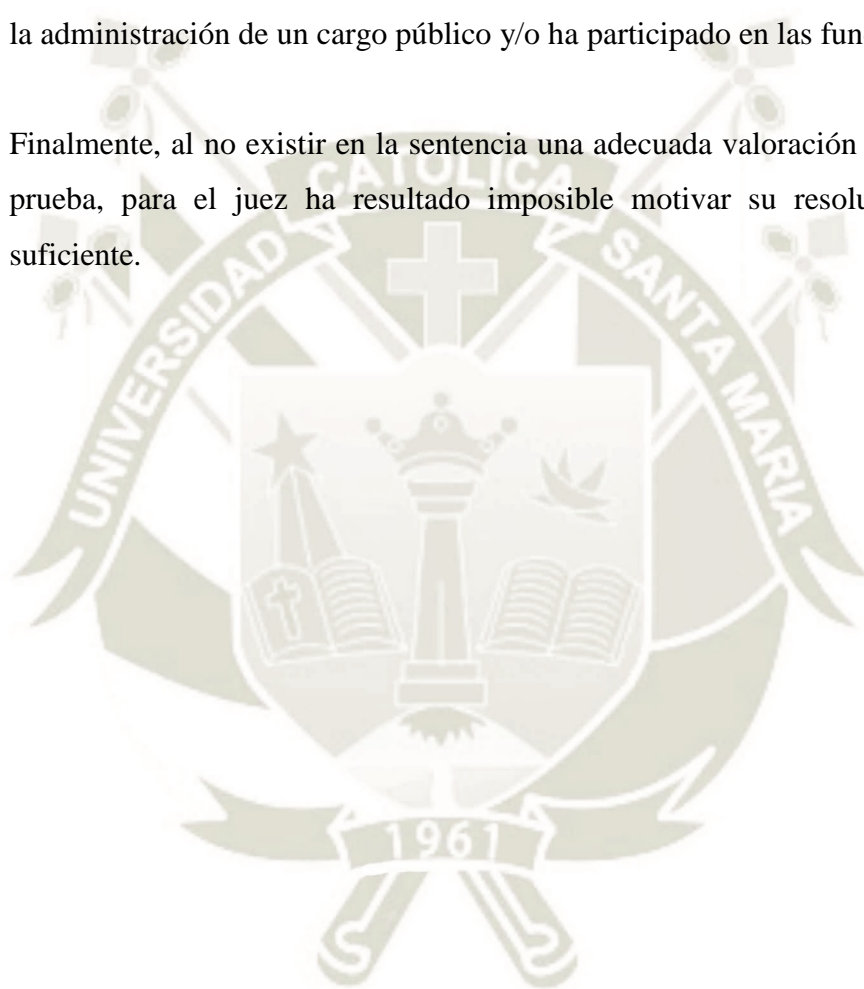
En las sentencias vistas de análisis en esta investigación el juez de juzgamiento no realizó una valoración individual de los medios de prueba, lo que deviene en una inadecuada evaluación de los medios de prueba presentados, pues únicamente ha expresado que todo los medios probatorios, sean imposible subsumirlos en el tipo penal para justificar la condena, lo que pone en evidencia las deficiencias identificadas en un proceso penal en el delito de peculado. Ante la deficiencia probatoria, de manera justa y como consecuente el juzgador se pronunció a favor de la absolución.

En efecto, una correcta investigación debe establecer claramente lo hechos que podrían subsumirse en el delito investigado, sino además de determinar la atribución del investigado, e incidir en las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores en cada caso.

Se ha evidenciado que pese a no haber obtenido suficientes elementos de convicción que permitan acreditar la comisión del hecho delictivo y/ vinculación del imputado con los elementos que describe el tipo penal y en consecuencia se requiere la modificatoria para establecer y esclarecer con más eficiencia el desarrollo de la investigación del delito de peculado.

De esta manera, debe establecer la vinculación funcional del funcionario o servidor público, para poder sancionarlo por un delito funcional si ha ejercido funcionalmente la administración de un cargo público y/o ha participado en las funciones públicas

Finalmente, al no existir en la sentencia una adecuada valoración de los medios de prueba, para el juez ha resultado imposible motivar su resolución de manera suficiente.

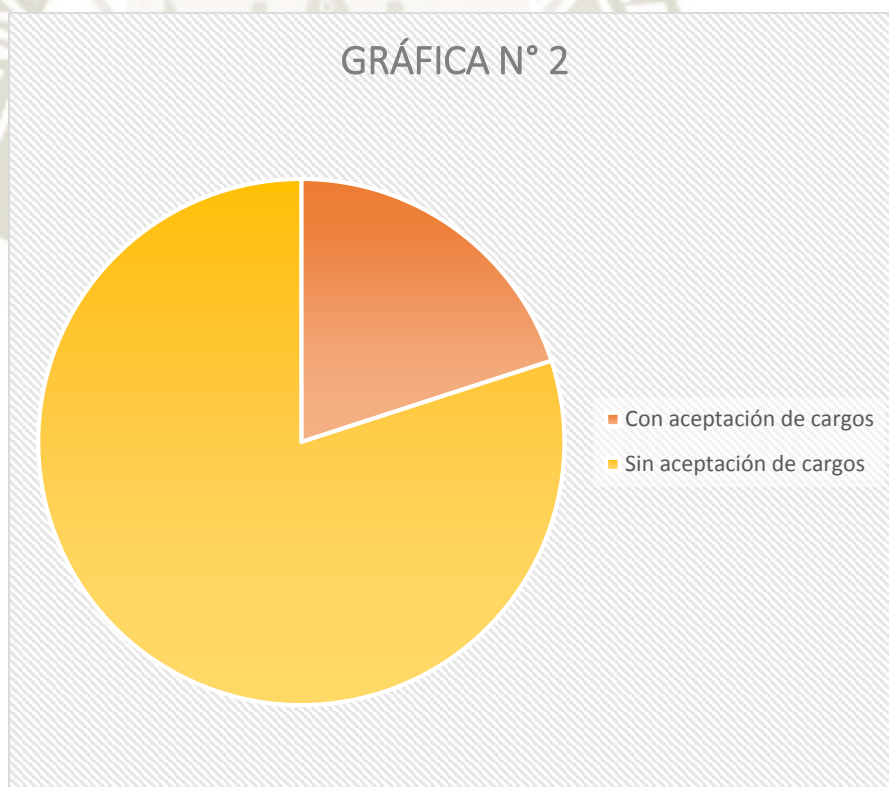


### 1.1.2. SENTENCIAS CONDENATORIAS: POR ACEPTACIÓN DE CARGOS Y SIN ACEPTACIÓN DE CARGOS

CUADRO N°2

OPCIONES	FRECUENCIA	%
POR ACEPTACIÓN DE CARGOS	1	10
SIN ACEPTACIÓN DE CARGOS	4	90
TOTAL	5	100

**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.



**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.

En el Cuadro N° 2 y Gráfico N° 2, se aprecia que el total de las sentencias analizadas respecto a sentencias condenatorias emitidas en los años 2016 - 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, el 90 % de fallos fueron en los cuales no hubo aceptación de los cargos imputados, y el 10% de fallos en los hubo aceptación de cargos imputados, es decir se desarrolló el juicio oral.

El porcentaje acumulado expresa que el 90% de los casos que llegaron a la etapa de juicio oral y que terminaron con una sentencia condenatoria, la misma responde a la negación de la imputación por parte del acusado, es decir por carencia de medios probatorios con relación de los hechos vía procedimiento, lo cual implica que las sentencias condenatorias emitidas en la etapa procesal de Juicio Oral, sean mayormente producto por falta de culpabilidad del acusado, que se ha demostrado a lo largo del proceso es decir que reconozca su delito, por lo contrario negando su responsabilidad o implicancia en el delito de peculado. Realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia.

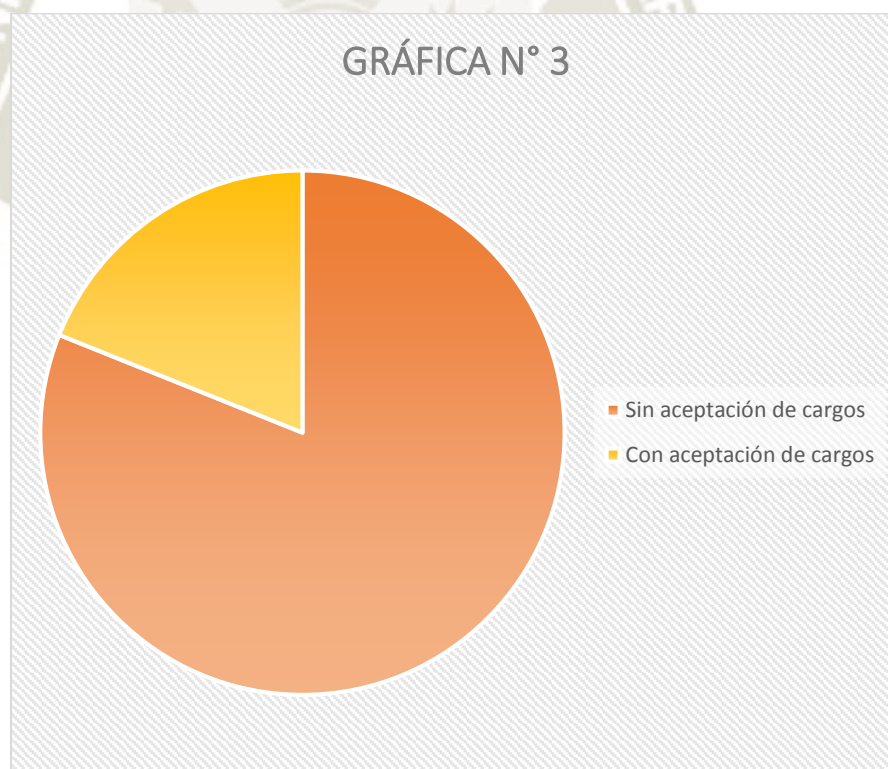
En consecuencia esto demostraría que los funcionarios y servidores públicos carecen de un nivel de aceptación de su responsabilidad penal cometida con los bienes del Estado ya sean caudales o efectos, en perjuicio de está, ya que los funcionarios o servidores públicos deberían ser quien deban cuidar, administrar, custodiar y garantizar los bienes del Estado en beneficio de la ciudadanía y no en su perjuicio. Por lo tanto al analizar este punto importante en el aspecto del delito contra la administración pública, ya que se observó a detalle la responsabilidad que subjetivamente reconoce cada sujeto activo del delito en la investigación que se le sigue, ya que solo hay un reconocimiento por los factores de disminución gradualmente de su pena privativa de libertad a una condena suspendida y en consecuencia reduciendo la responsabilidad civil dependiendo de la gravedad de la acción del sujeto activo del delito.

**1.1.3. SENTENCIAS ABSOLUTORIAS Y RESERVA DE FALLO  
CONDENATORIO: VALORACIÓN JUDICIAL DE LA  
ACEPTACIÓN DE CARGOS Y OTROS MEDIOS DE PRUEBA**

**CUADRO N°3**

OPCIONES	FRECUENCIA	%
<b>POR ACEPTACIÓN DE CARGOS</b>	<b>1</b>	<b>10</b>
<b>SIN ACEPTACIÓN DE CARGOS</b>	<b>6</b>	<b>90</b>
<b>TOTAL</b>	<b>7</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.



**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.

En el Cuadro N° 3 y Gráfico N° 3, se aprecia que el total de las sentencias analizadas respecto a las sentencias absolutorias, emitidas en los años 2016 - 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el 90% de los fallos emitidos no se tuvo una aceptación de cargos por parte del investigado, y el 10% de los fallos emitidos hay la aceptación de responsabilidad del acusado.

El porcentaje acumulado expresa que el 90 % de los casos que llegaron a juicio oral y culminaron por procedimiento de sentencias absolutorias, lo cual no se logró demostrar por medios de pruebas suficientes y medios probatorios, implica que en gran porción los casos en los cuales las partes niegan tener alguna vinculación con respecto al delito cometido imputado por la parte afectada, la declaración de aceptación del acusado constituye también un medio de prueba complementario para poder generar convicción en el juzgador, en los casos visto en las sentencias no se logra demostrar una relación de vinculación funcional donde el funcionario o servidor público haya cometido delito con los bienes del Estado, por lo que los Jueces Penales de la Ciudad de Arequipa emiten un fallo absolutorio.

En consecuencia si no hay una vinculación funcional entre los funcionarios y servidores públicos con los bienes del Estado ya sean caudales o efectos, no se perfeccionara el tipo penal, por lo cual carecería de un elemento esencial, para concretar el objetivo principal de llegar al responsable del ilícito penal.

Fundamental resulta dentro del procedimiento penal el principio constitucional de presunción de inocencia, a partir del cual se encomienda a la Fiscalía la obtención de los elementos materiales probatorios para desvirtuarlo e incluso si llegare a encontrar pruebas que corroboren la inocencia del imputado presentarlas, pues lo importante es dar a conocer al juez de conocimiento la verdad material de los hechos, puesto que tal actuación procede o se propone por parte del ente investigador bajo premisas que pueden contravenir la voluntad del procesado, quien por temor a las penas o medidas procesales termina aceptando cargos de los que no es responsable.

Emerge de lo dicho, que el proceso penal debe ser un mecanismo de justicia procesal que debe llevar a una decisión judicial justificada, con lo cual se convierte en un mecanismo cuyo fin es la consecución de la verdad, en virtud de que ésta tiene que

fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso porque son las pruebas las que forman el conocimiento del juez más allá de duda razonable en últimas la dimensión importante del principio de congruencia es, el de la circunstancia de motivación de la sentencia, señalando y justificando específicamente los medios de convicción en que se sustenta y los que desecha, por lo tanto la verificación por parte del juez en el conocimiento, una vez que tiene la certeza de los hechos.

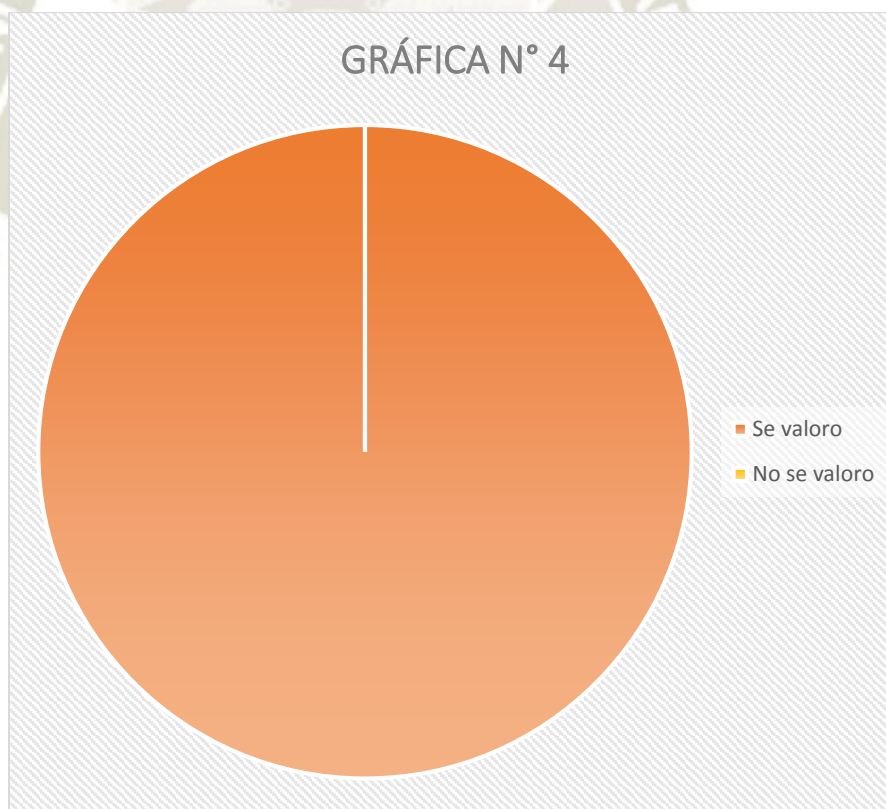


### 1.1.4. SENTENCIAS CONDENATORIAS: VALORACIÓN JUDICIAL DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

CUADRO N° 04

OPCIONES	FRECUENCIA	%
SE VALORÓ	5	100
NO SE VALORÓ	0	-
TOTAL	5	100

**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.



**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.

En el Cuadro N° 4 y Gráfico N° 4, se aprecia que el total de la sentencias analizadas respecto donde se emitió sentencias condenatorias luego del desarrollo del juicio oral, emitidas en los años 2016 - 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el 100% de los casos vistos en las sentencia condenatorias hubo la valoración judicial de los medios probatorios.

El porcentaje acumulado expresa que el 100 % de los casos en los que se desarrolló el juicio oral y culminaron con una sentencia condenatoria, donde hubo la debida valoración y de los medios probatorios emitidos por la parte agraviada y Ministerio Público, lo que implica que en los casos donde hay una adecuada implicancia con respecto a la evaluación de los medios probatorios demostrados en el proceso existe un fallo condenatorio lo cual logra revelar la responsabilidad del acusado respecto del delito de peculado.

Por tanto es imprescindible demostrar fehacientemente con los medios probatorios que puedan respaldar la hipótesis sobre la implicancia del delito cometido por el sujeto activo.

Es deber y obligación del juez motivar las sentencias esto implica, un derecho del ciudadano a obtener, de parte del órgano jurisdiccional, no sólo una resolución fundada en derecho sino también debidamente razonada, a partir de todos los elementos visibles para el caso concreto. Así, la motivación constituye el signo más importante y típico de la racionalización de la función jurisdiccional y sirve para demostrar que el fallo es justo o por lo menos justificado para persuadir a la parte vencida de que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento, y no el fruto improvisado de la no racionalidad de los hechos por parte del juez.

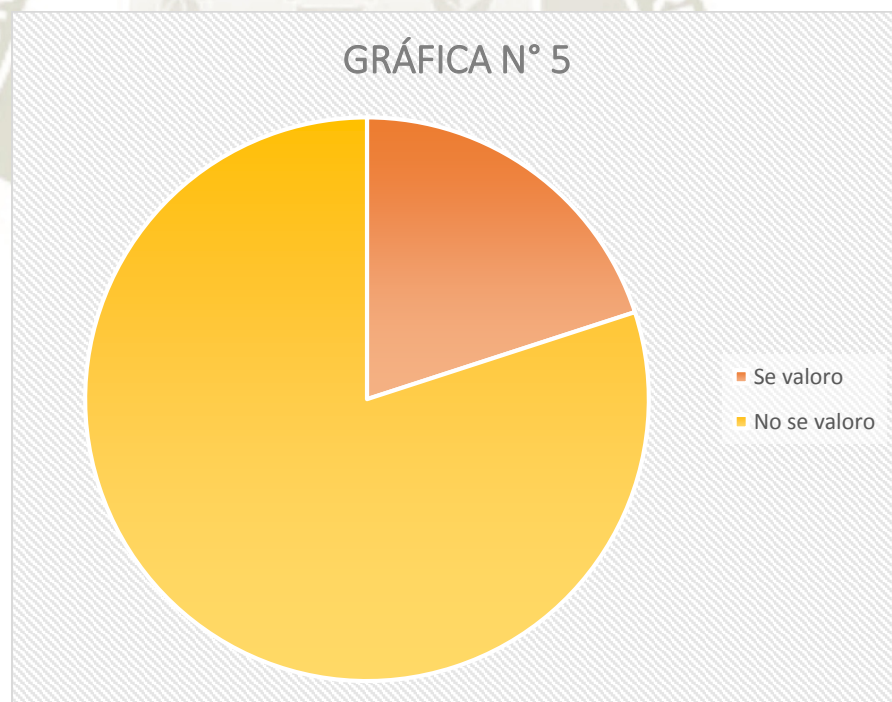
En ambos actos es relevante que la voluntad de la persona sea clara y, se repite, sin vicios del consentimiento, con la garantía efectiva de los derechos y principios fundamentales consagrados en el ámbito constitucional.

### 1.1.5. SENTENCIAS CONDENATORIAS: VALORACIÓN JUDICIAL SOBRE LA VINCULACIÓN FUNCIONAL

CUADRO N° 5

OPCIONES	FRECUENCIA	%
SE VALORÓ	1	10
NO SE VALORÓ	4	90
TOTAL	5	100

**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.



**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.

En el Cuadro N° 5 y Gráfico N° 5, se aprecia que el total de las sentencias analizadas respecto a las sentencias condenatorias pronunciadas luego del desarrollo del juicio oral, emitidas en los años 2016 - 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el 90% de los casos se valoró la valoración judicial de la vinculación funcional de los funcionarios y servidores públicos con los bienes del Estado y el 10 % de los casos no se estimó dicha valoración.

El porcentaje acumulado expresa que el 90 % de los casos en los que se desarrolló el juicio oral que culminó con una sentencia condenatoria, no se hayo en la sentencia que el Juzgador fundamente y motive estableciendo una vinculación funcional en razón de su cargo ni la veracidad de los medios probatorios para fundamentar su resolución, lo que implica que mayoritariamente para emitir condena, no incluye la vinculación funcional en razón de cargo de los funcionarios y servidores públicos, con respecto a la relación de responsabilidad penal con los bienes del Estado.

Por lo que es necesario su amplitud del delito de peculado, que permita comprender como sujeto activo del ilícito, en ocasión de sus funciones se apropia de los bienes del Estado.

La valoración de prueba es una averiguación judicial de los hechos y llegar a la verdad, la que se obtiene cuando el juez emita su fallo o sentencia, fundado sobre las pruebas del proceso. Debemos incidir en el tema de la valoración de la prueba, en la motivación de las resoluciones en nuestra legislación, es aquí donde nuestros jueces todavía no toman consciencia de realizar una debida y verdadera valoración de los medios probatorios y pruebas actuadas que se encuentra en el expediente, quienes tienen la obligación de elaborar la sentencia motivada, donde sus argumentos deben ser claros, razonables, lógicos, lo cual da a las partes una seguridad jurídica.

Para ser considerados en la etapa de juzgamiento en donde el juez tendrá que considerarlos, para su valoración en su etapa previa a la sentencia, donde la apreciara en base a un acertado criterio que podrá considerarla y se cree una convicción de las misma y pueda sentenciar, dándole su motivación a la misma y obteniendo como sentencia favorable aquel que demostró a través de su teoría del caso la inocencia de

su patrocinado o en su caso el fiscal la culpabilidad o inocencia del inculpado, del cual el juez los absolver o sentenciara a una pena de acuerdo a la gravedad del delito en cual ha incurrido el acusado.

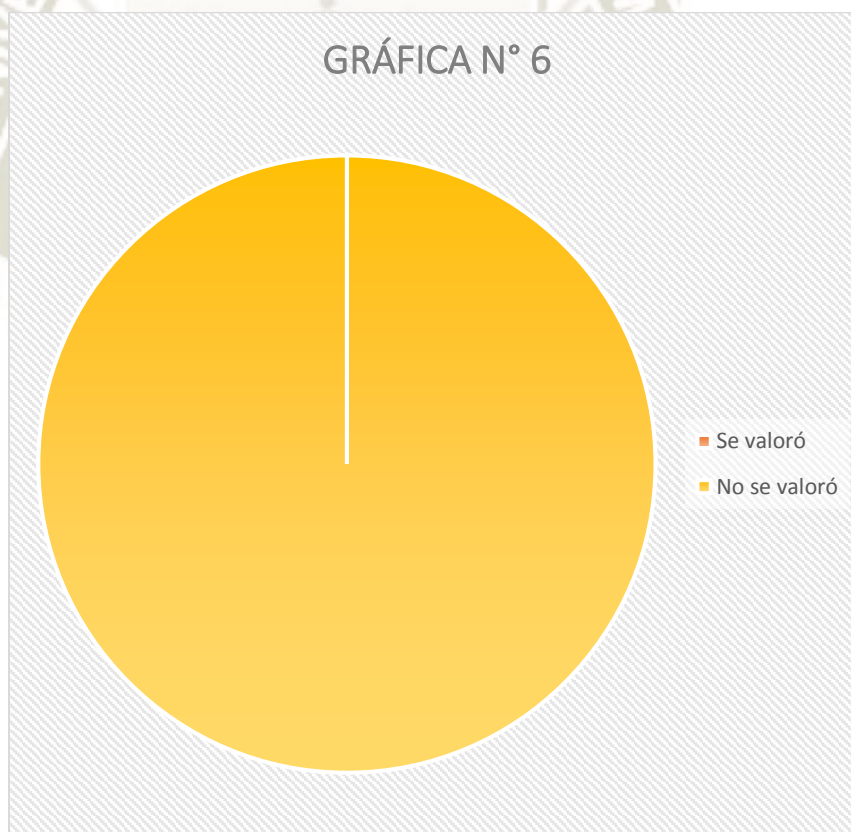


### 1.1.6. CASOS EN DONDE SE VALORÓ LA RELACIÓN DE VINCULACIÓN FUNCIONAL

CUADRO N° 6

OPCIONES	FRECUENCIA	%
SE VALORÓ	0	-
NO SE VALORÓ	12	100
TOTAL	12	100

**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.



**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.

En el Cuadro N° 6 y Gráfico N° 6, se aprecia que el total de las sentencias analizadas de sentencias emitidas en los años 2016 - 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el 100% de los casos no se valoró la relación de vinculación funcional de los funcionarios y servidores públicos con los bienes del Estado.

El porcentaje acumulado expresa que el 100 % de los casos en las sentencias vistas no se hayo una vinculación funcional, lo que implica que mayoritariamente los acusados no son sometidos a una valoración judicial respecto a la relación funcional en juicio oral, es ese sentido resulta necesario incorporar esta valoración judicial con respecto a la relación de los funcionarios y servidores públicos con la ilicitud de los bienes del Estado en el delito de peculado.

Por consiguiente la función que desarrolla la fiscalía en el análisis no ha cumplido con su función de recabar los suficientes elementos de convicción de cargo que le permitan optar por una tesis acusadora. En consecuencia esto demuestra que no tuvo la diligencia de realizar acto de investigación alguno que acredite la vinculación del bien jurídico protegido dentro del delito de peculado. De este modo, al no existir prueba suficiente donde estipule la vinculación funcional de los sujetos activos del delito que permita tener una conexión con los bienes del Estado no nos permitiría perfeccionar el tipo penal de peculado.

Sin embargo en el análisis de los expedientes se ha visto que no se realizó una valoración individual de los funcionarios y servidores públicos con respecto a la vinculación funcional que debe existir con los caudales y efectos de los bienes del Estado, lo que deviene en una inadecuada valoración conjunta, pues siendo imposible subsumirlos en el tipo penal para justificar la condena, lo que pone en evidencia las deficiencias que se hacen necesarias para un proceso judicial.

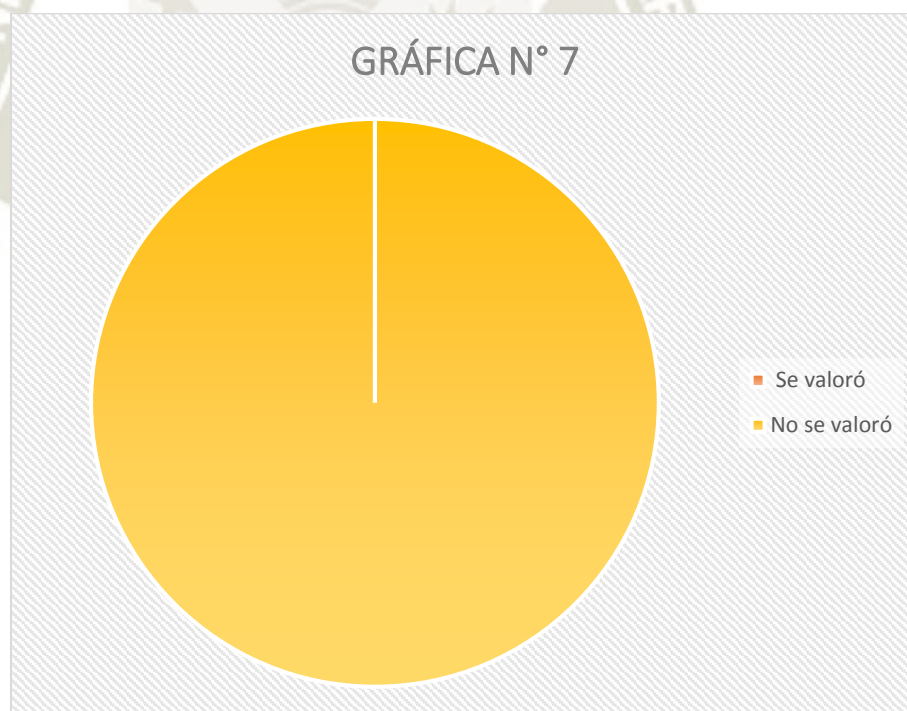
Finalmente, al no existir una adecuada valoración de la vinculación funcional y medios de prueba del caso, para el juez le hace difícil su fundamentación y resulta imposible motivar su resolución de manera suficiente.

**1.1.7. SENTENCIAS EN EL CUAL SU FALLO CONDENATORIO SE VALORÓ LA RELACIÓN DE LA VINCULACIÓN FUNCIONAL EN RAZÓN DE SU CARGO**

**CUADRO N° 7**

<b>OPCIONES</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>%</b>
<b>SE VALORÓ</b>	<b>0</b>	<b>-</b>
<b>NO SE VALORÓ</b>	<b>12</b>	<b>100</b>
<b>TOTAL</b>	<b>12</b>	<b>100</b>

**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.



**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.

En el Cuadro N° 7 y Gráfico N° 7, se aprecia que el total de las sentencias analizadas en donde se valoró la vinculación funcional en razón de su cargo, emitidas en los años 2016 – 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el 100 % de los casos se emitió sentencias donde no hubo una relación de vinculación en función de su cargo en la Administración Pública del Estado.

El porcentaje acumulado expresa que el 100% de los casos en las sentencias halladas no se encontró ninguna donde establezca una vinculación funcional en razón de su cargo, lo que implica que se incorpore este elemento en el tipo penal para que tenga como objetivo ayudar a esclarecer la responsabilidad que tiene el investigado en el delito de peculado, donde no es concretamente claro en este punto mencionado y así llegar a concretar una sentencia de acuerdo a los hechos ilícitos cometidos por los funcionarios o servidores públicos.

En la etapa de juicio oral al emitir la sentencia el Juez de Juzgamiento no realizó una valoración de los medios de prueba, pese a ello, en la valoración se advierte la inexistencia del requisito de la vinculación funcional en razón de su cargo, señalando en su motivación que no se ha acreditado que el hecho denunciado constituya delito. Corroborando la absolución del acusado por falta de razón por función de su cargo en la vinculación funcional.

Por consiguiente se debe realizar un adecuado control formal de la acusación, pues es indispensable establecer con claridad cuál es el hecho constitutivo de delito por el que se acusa, con la precisión de las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores.

Esto no sólo posibilita el adecuado derecho de defensa sino también el análisis que el juzgador, en mérito a la existencia de prueba suficiente que permita obtener una sentencia condenatoria.

Sin embargo, no existe prueba idónea que acredite la vinculación de los sujetos activos del delito de peculado; esto prueba la deficiente investigación efectuada en el caso, consideramos que existían muchos elementos de convicción para sustentar la

acusación, por lo que el Juez pudo advertir que ninguno de ellos servía para acreditar la vinculación de la acusada con el delito investigado.

Con relación a la motivación de la sentencia, se advierte que no existió una valoración individual correspondiente al servidor o funcionario público sobre los medios de prueba, ni tampoco valorando la prueba en su conjunto, careciendo a dichos medios probatorios respecto a la vinculación funcional en razón de su cargo.



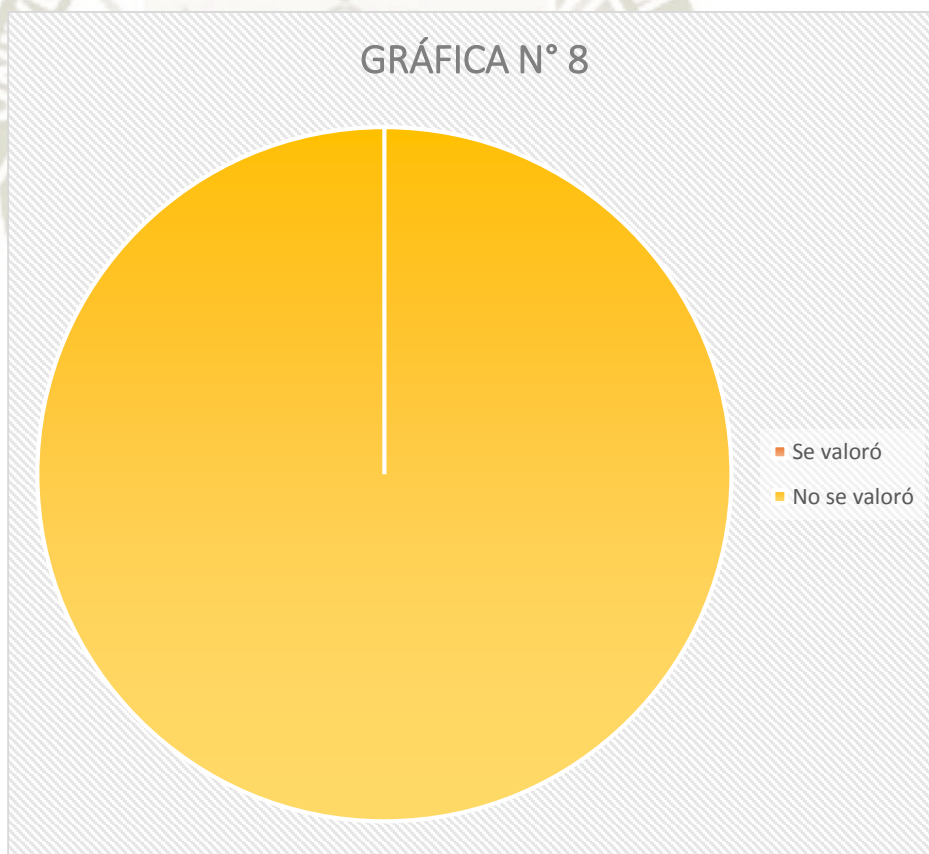
### 1.1.8. VALORACIÓN JUDICIAL DE LOS MEDIOS PROBATORIOS DE LA VINCULACIÓN FUNCIONAL EN RAZÓN DE SU CARGO

CUADRO N° 8

OPCIONES	FRECUENCIA	%
SE VALORÓ	0	-
NO SE VALORÓ	12	100
TOTAL	12	100

**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en los años 2016 - 2017.

GRÁFICA N° 8



**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.

En el Cuadro N° 8 y Gráfico N° 8, se aprecia que el total de las sentencias analizadas en donde hubo una valoración judicial mediante medios probatorios y la vinculación funcional, se demostró la vinculación funcional en razón de su cargo, emitidas en los años 2016 - 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en el 100% de los casos dichos delitos no se demostraron con los suficientes medios probatorios para acreditar la relación que tuvo el funcionario o servidor público con los bienes del Estado.

Al distinguir entre un medio de prueba y la prueba, estamos referenciando cuestiones que se encuentran en niveles completamente distintos, donde en ocasiones los jueces no valoran las pruebas ofrecidas por las partes.

El porcentaje acumulado expresa que el 100% de los casos donde el acusado no se demostró fehacientemente esta vinculación funcional en razón de su cargo, dicha acción no se valoró por el Juzgador al momento de emitir su fallo, lo que implica la necesidad de incorporar para así tener consecuencia jurídica que logre desarrollar el debido proceso sin omitir ningún tipo de elemento, así ayudar a llegar a esclarecer los hechos de este delito.

Por tanto en los casos vistos sobre delitos contra la administración pública, donde se debe prevalecer el análisis y correspondiente control de constitucionalidad de la prueba a fin de garantizar la compatibilidad con la Constitución en todos sus extremos y que de encontrar sentido que subsane dicha ilicitud (reglas de exclusión de la prueba ilícita), el intérprete deberá proceder a una valoración judicial correspondiente a la valoración de la vinculación funcional de los elementos del delito de peculado en el proceso, dejando a salvo la función de que el intérprete sea el juzgador, a quien si le corresponde poder pronunciarse sobre el sentido incompatible de la prueba con la constitución y su correspondiente rechazo al proceso.

Con esa base, creemos que es de suma importancia la discrecionalidad al juez, independientemente del cambio normativo que proponemos de manera accesoria y/o complementaria, para que pueda realizar un control constitucional previo a la etapa de juicio oral o juzgamiento, con la finalidad que lleguen aquellas pruebas que

contengan un valor probatorio relevante y oportuno para el esclarecimiento de los hechos controvertidos; razón por la cual, para admitir medios de prueba con respecto a la vinculación funcional en razón de su cargo interpuestas como medios probatorios en el proceso judicial, coadyuvará a desarrollar otros instrumentos jurídicos.

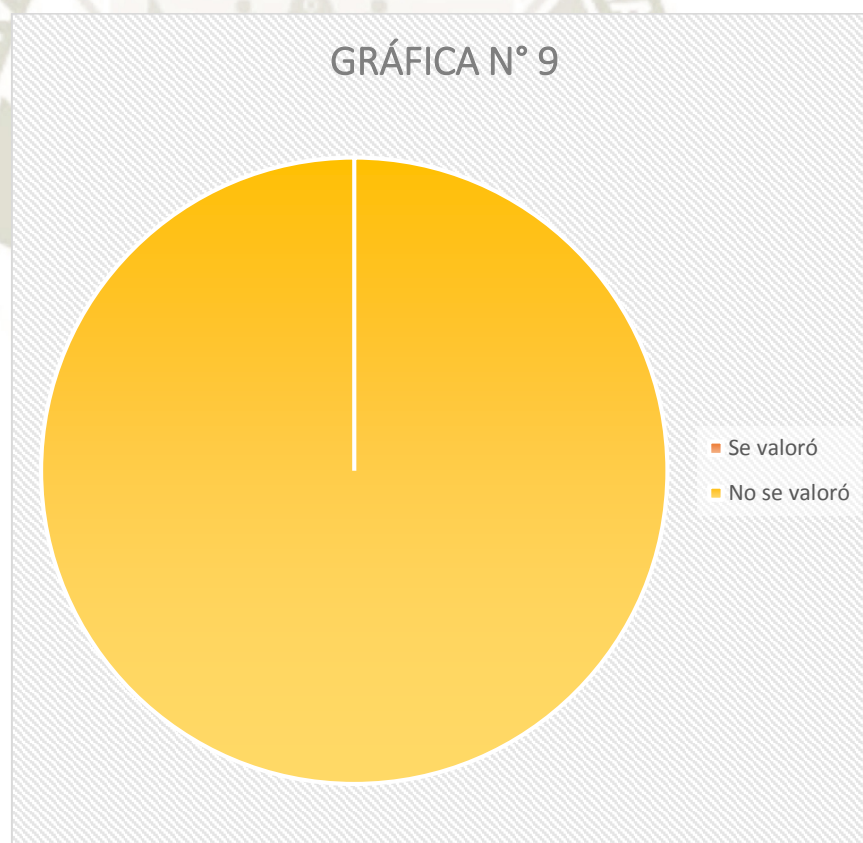


### 1.1.9. SENTENCIAS ABSOLUTORIAS: VALORACIÓN JUDICIAL DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

CUADRO N° 9

OPCIONES	FRECUENCIA	%
SE VALORÓ	0	-
NO SE VALORÓ	12	100
TOTAL	12	100

**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.



**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.

En el Cuadro N° 9 y Gráfico N° 9, se aprecia que el total de las sentencias analizadas respecto a las sentencias absolutorias pronunciadas luego del desarrollo del juicio oral y donde hubo valoración judicial, emitidas en los años 2016 - 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, el 100% de los casos no se hayo una valoración judicial.

El porcentaje acumulado expresa que el 100 % de los casos en los que se desarrolló el juicio oral que culminó con una sentencia absolutoria no se hayo una valoración judicial sobre la responsabilidad del delito de peculado, el Juzgador no valoró medios probatorios de la parte agraviada para fundamentar su resolución, lo que implica que mayoritariamente para emitir un fallo absolutorio, la valoración judicial no ha sido empleada por los Jueces Penales de Arequipa como un medio de prueba.

Resulta significativo que el acento en la convicción judicial como criterio de decisión sobre la prueba se acompañe la defensa de una concepción muy fuerte del principio de inmediación. Esto tiene pleno sentido, dado que si lo que importa es producir la convicción judicial entonces el mejor método para conseguir esa convicción es la práctica de la prueba ante el juez, garantizando la presencia directa del juzgador.

Pues bien, ésta resulta una consecuencia casi obligada si se vincula la prueba con la adquisición de convicción o creencia por parte del juzgador. Concepción persuasiva de la prueba, reducen la motivación a la explicación de las causas que han llevado al juez a creer en la ocurrencia del hecho en cuestión. Pero expresar las causas de una creencia, en el caso de que pueda hacerse, es algo muy distinto de justificar una decisión.

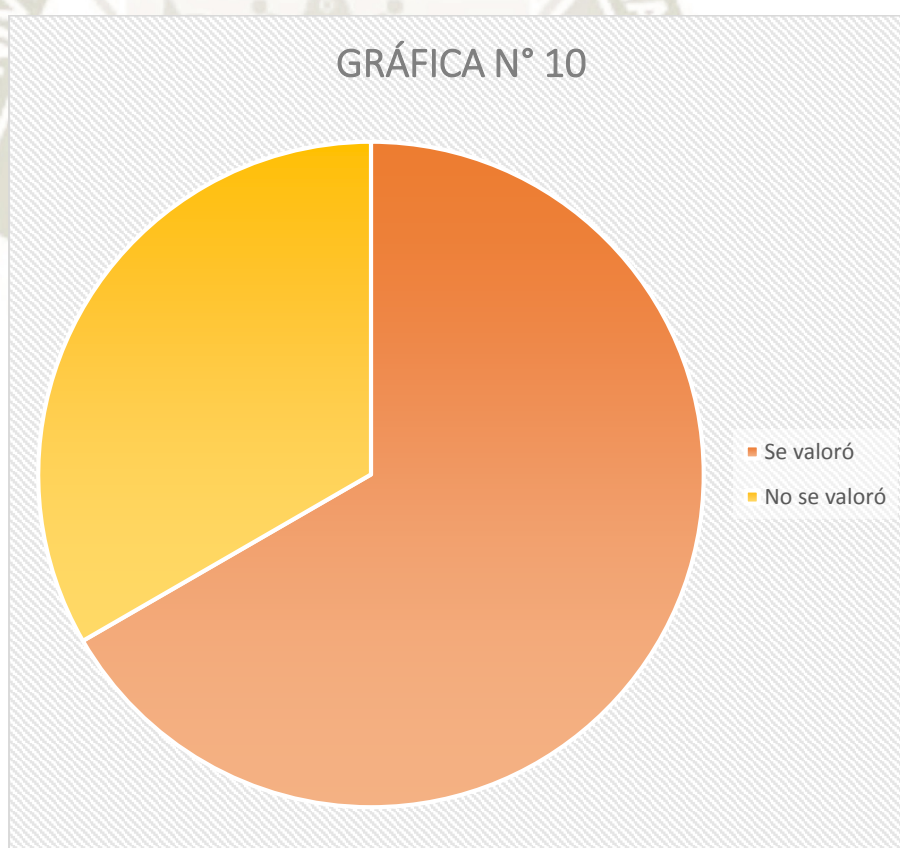
Está claro que si se sostiene que la finalidad de la prueba en el proceso es producir la convicción judicial, una vez ésta es alcanzada no queda mucho espacio para la revisión de la decisión. En este punto, para la justificación de la conclusión probatoria que lleva a la condena en el proceso penal resulta crucial determinar si la hipótesis acusatoria ha conseguido superar el estándar de prueba exigido para ello.

### 1.1.10. CASOS EN LAS QUE HUBO DECLARACIÓN DEL ACUSADO Y MEDIOS PROBATORIOS Y SI SE VALORÓ

CUADRO N° 10

OPCIONES	FRECUENCIA	%
SE VALORÓ	8	70
NO SE VALORÓ	4	30
TOTAL	12	100

**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.



**Fuente:** Información obtenida del análisis de las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en los años 2016 - 2017.

En el Cuadro N° 10 y Gráfico N° 10, se aprecia que el total de las sentencias analizadas respecto a los casos donde hubo declaración del acusado y medios probatorios, de las sentencias emitidas en los años 2016 - 2017 por los Juzgados Penales Unipersonales y Colegiados de la Sede de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, el 70% de los casos se valoró dicha declaración por parte del Juzgador y medios probatorios en el 30 % de los casos no se valoró dicha declaración y medios probatorios.

El porcentaje acumulado expresa que el 70% de los casos en los que el acusado hizo uso de su derecho a declarar y sus medios de prueba demostradas a lo largo del desarrollo del proceso, el Juzgador valoró dicha declaración y medios probatorios para fundamentar su resolución, lo que implica que mayoritariamente la declaración del acusado ha sido empleada por los Jueces Penales de Arequipa como un medio de prueba.

Se ha determinado en las sentencias objeto de análisis los casos en los cuales el funcionario o servidor público en razón de su cargo, se apropia o utiliza, en cualquier forma, se apropia para sí o para otros, caudales o efectos; por lo que se estudia la vinculación funcional que los unía con los bienes, para obtener sentencias absolutorias o sentencias condenatorias, para finalmente evaluar si los Juzgadores valoran en sus fallos la relación de sus funciones de su cargo.

En consecuencia, el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito. En caso contrario, vulnerando el principio constitucional de legalidad de la función pública y las normas legales pertinentes, lo cual podría originarle responsabilidad, aparte de que los actos proferidos quedan sometidos a los medios de corrección previstos en la ley.

Finalmente se ha realizado un análisis de los casos donde hubo declaración por parte del acusado y no se ha demostrado con pruebas la relación de vinculación funcional con los bienes del Estado y hubo sentencia absolutoria o suspendida, respecto a si el Juzgador al emitir su resolución final valoró o no dicho medio probatorio. Con dicha información se ha elaborado los cuadros y gráficos con su respectiva interpretación,

que al ser evaluados de forma conjunta con la hipótesis se formularon las conclusiones, sugerencias y la propuesta de modificación normativa.



## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** En el delito de peculado se requiere fundamentalmente de la concurrencia de los elementos normativos estipulados en el tipo penal, los cuales deben verificarse con el objetivo de limitar o restringir los alcances del delito de peculado, dentro de los cuales se requiere la “vinculación funcional” del funcionario o servidor público con los bienes del Estado siendo estos los caudales y efectos, por razón de su cargo en las funciones y obligaciones que desarrollan.

**SEGUNDA:** La vinculación funcional en el delito de peculado por razón de su cargo, es de vital importancia requerir la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo con trato a los caudales y efectos del delito por razón de su cargo, tanto de hecho, como conforme a la ley. Interpretar como autor a los servidores o funcionarios públicos que no tienen aquella vinculación funcional, conforme lo estipula del tipo penal, solo se comprende como autor a aquel funcionario o servidor público que previamente asume legalmente los deberes y obligaciones con respecto a los bienes del Estado, y no en relación a la vinculación funcional de hecho.

**TERCERA:** El delito de peculado estipulado en el artículo 387° del Código Penal, con respecto al funcionario “de hecho” o “facto”, como autor de peculado constituye una interpretación extensiva de la norma, que colisiona con el principio de legalidad, pues el delito debe estar previamente considerado en la ley; ya que nadie puede ser sancionado por un hecho que no esté estipulado en la norma y que sea previsto como delito en nuestro ordenamiento penal.

**CUARTA:** Para comprender a los funcionarios y servidores públicos con respecto de sus funciones se apropian o utilizan indebidamente los bienes del Estado. Se debe considerar que no solo es suficiente considerar como sujeto activo al

funcionario de derecho, sino también es necesario considerar a todo funcionario o servidor público que con ocasión de sus funciones “de hecho” se apropia o utiliza indebidamente los bienes del Estado. En la norma vigente, no es posible comprender como autor del delito de peculado a los funcionarios de “hecho”.

**QUINTA:** Al verificar la hipótesis sobre la vinculación funcional del delito de peculado donde se carece de una descripción legal en el tipo penal, que exprese el desarrollo de las funciones de los funcionarios o servidores públicos, por razón de su cargo, siendo considerable ampliar la delimitación no solo la vinculación funcional de derecho que establece la ley, sino que también respecto a las funciones que ocupa en la relación funcional “de hecho” que esté administra.

## SUGERENCIAS

**PRIMERA:** Es necesario que se adopten medidas para modernizar el sistema público y sus instituciones, por lo que deben dictarse normas claras sobre contratación pública, a su vez se requiere uniformidad de los procedimientos administrativos para la contratación de suministro de bienes y servicios a fin de evitar que se aprovechen de la dispersión de normas para apropiarse de los bienes del Estado.

**SEGUNDA:** Se requiere un efectivo control y supervisión de las potestades, facultades o competencias de los funcionarios o servidores públicos. Dicho control debe ser efectuarlo periódicamente el órgano de control interno de cada institución. Asimismo, debe efectuar un control preventivo del cumplimiento de las competencias y funciones asignadas a los funcionarios o servidores públicos para evitar, la presencia de funcionarios “de hecho” que ejercen funciones sin que hayan asumido legalmente el cargo.

**TERCERA:** Consideramos que la Contraloría General de la República debe efectuar un control preventivo sobre el cumplimiento de las competencias y funciones asignadas a los funcionarios o servidores públicos del Estado, para lo cual deberá efectuar visitas ordinarias y extraordinarias, inopinadas, apoyada de un plan que logre tener en control sobre todo el sistema donde se maneja los caudales y efectos que tengan los funcionarios públicos.

## PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

### ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

#### Texto según Ley N° 26198, publicada el 13-06-93

**Art. 387:** El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o afectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

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

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

#### Texto según modificación de fecha 10 de junio del 2011

**Artículo 387:** El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

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

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

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

**Texto según Ley N° 29758, publicada el 21 julio 2011**

**Artículo 387:** El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

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

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

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

## PROPUESTA DE MODIFICACIÓN

**Artículo 387°:** El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, o “**con motivo o en ocasión de sus funciones y deberes (*factor de hecho*)**”, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de cuatro a ocho años.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepasa diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años.

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

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

## DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS, DEROGATORIAS Y MODIFICATORIAS DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

**Primera.** La presente Ley entrará en vigencia a los sesenta (60) días de su publicación en el diario oficial El Peruano.

### DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA ÚNICA.

Modifíquese el artículo 387° Delito de peculado doloso y culposo del Código Penal, establecidos en su Título XVIII, Delitos Contra la Administración Pública; Capítulo 11,

Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos en su modalidad de Cohecho pasivo específico, Corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, Cohecho activo específico y Tráfico de influencias, delitos en los cuales se incrementan significativamente las sanciones penales.

Que queda redactado en los siguientes términos:

**Artículo 387°:** El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, o **“con motivo o en ocasión de sus funciones y deberes (*factor de hecho*)”**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de cuatro a ocho años.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepasa diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho años ni mayor de doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años.

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

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

## BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo Plenario N° 4 2005/CJ-116 . (2005).
- Belén, M. C. (2005). Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 17. 2005. Derecho Penal y Tutela de bienes jurídicos colectivos.
- Benavente, C. H. (2012). Delitos de corrupción de funcionario. Mayo: Gaceta Penal & Procesal Penal.
- Código Penal Peruano. (s.f.). Juristas Editores .
- Creus, C. (1981). Delitos contra la administración pública. Buenos Aires.
- Delgado, F. F. (1985). Delitos contra la administración pública. Bogota.
- Ejecutoria Suprema del 14 de noviembre de 2003. (s.f.).
- Escudero, F. G. (s.f.). Delitos contra la administración pública. Barcelona.
- Exp. N° 26-2001-Cusco . (s.f.).
- Exp. N° 2758-2004-HC/TC-Lima, 23 de noviembre de 2004. (s.f.).
- Extracto de la Ejecutoria Suprema del 14 de noviembre de 2003, R.N. N° 1813-2003-Lima . (2006). Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 7, Grijley, 490.
- Fidel, R. V. (2007). Delitos contra la administración pública. Lima: Grigley.
- Manzini, Vincenzo. (s.f.). Tratado de derecho penal. Chile.
- Navarro, S. S. (2005). La política legislativa penal en occidente. Valencia.
- Nakasaki Cesar (2016). Delitos contra la administracion cometidos por funcionarios. Lima: El Búho Gaceta Juridica.
- Pachas, M. A. (s.f.). Violaciones al debido proceso penal, análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco.
- Povis Alcocer, Eduardo (2005). La autoría y participación en el delito de peculado. Lima: Actualidad Jurídica .

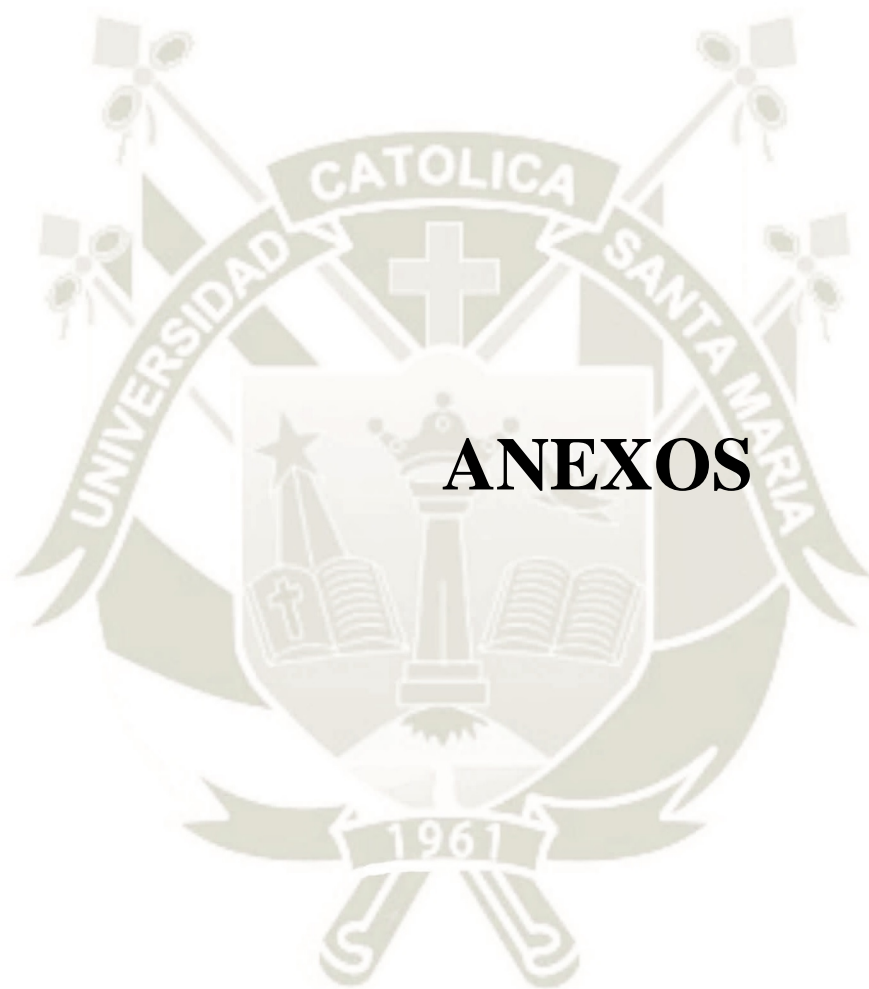
- Puig, S. M. (2004). Derecho Penal Parte General . Buenos Aires : Ibdef.
- Rafael, A. G. (2012). Justicia restauradora, mediacion penal y penitenciaria: un revocado impulso. España: 1.
- Rojjasi Pella, Ejecutorias Supremas Penales 1993-1996. (s.f.). Ejecutoria Suprema.del 15 de marzo de 1994. Exp. N° 1885-92-B- Ancash .
- Sanchez, S. (s.f.). Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal.
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00012-2006-PI/TC. (15 de Diciembre de 2006).
- Siccha, R. S. (2009). Delitos contra la administración pública. Lima : Editora Jurídica Grijley.
- Terreros, F. V. (2007). Derecho Penal Parte General. Lima: Juridica Grijley.
- Vargas, F. R. (2017). Delitos contra la administración pública. En F. R. Vargas. Lima: Grigley.
- Vasquez, M. A. (2003). Delitos contra la administración pública en el código penal peruano.
- Vivanco, Y. M. (2016). Manual sobre delitos contra la administración pública.

## INFORMATÍGRAFIA

- ARIAS GOMEZ Juan, Disponible en:<https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/50611/1/21263-65422-1-PB.pdf> (Consultada el 30 de abril del 2018 a horas 11:00 pm).
- Corte Interamericana de Derecho humanos, Caso Cantoral Benavides vs. Perú párrafo 157 y Caso Castillo Petruzzi vs. Perú, párrafo 121.Sentencia publicada en línea:[http://w.w.w.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_69\\_esp.pdf](http://w.w.w.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_69_esp.pdf) (Consulta do al 21 de Abril del 2018 a horas 09:00 pm).
- FLORES CAJAYANCO, Richard, Delito de peculado. Disponible en :<http://derechopenalyadministrativo.blogspot.com/2014/10/delito-de-peculado.html>.(Consultada el 12 de Marzo de 2018 a horas 9:45 pm).
- GUZMAN NAPURÍ Christian, Doctrina y práctica y Derecho Público, Disponible en :<http://blog.pucp.edu.pe/blog/christianguzmannapuri/2014/08/07/el-principio-de-legalidad/>(Consultada el 30 de abril del 2018 a horas 10:00 pm)
- Jurisprudencia disponible en <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/llobet.htm> (Consultada el 22 de abril del 2018 a horas 09:23 pm)
- LONDOÑO LÁZARO María, Repositorio de Tesis, Disponible en :[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332010000200007](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332010000200007) (Consultada el 30 de abril del 2018 a horas 11:12 pm).
- Poder Judicial, Disponible en:[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3bbe57004075c2a7ba9dfa99ab657107/AV-00192001\\_1.pdfMOD=AJPERES&CACHEID=3bbe57004075c2a7ba9dfa99ab657107](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3bbe57004075c2a7ba9dfa99ab657107/AV-00192001_1.pdfMOD=AJPERES&CACHEID=3bbe57004075c2a7ba9dfa99ab657107) (Consultado el 22 de marzo del 2018 a horas 10:00 pm).
- SANTOS PINEDA, José León, Delito de peculado de uso por servidores y funcionarios del gobierno regional y municipalidad provincial de Huánuco, Pág. 40.

Disponible en <https://docplayer.es/90796040-Maestria-en-derecho-y-ciencias-politicas-tesis.html> (Consultado el 22 de marzo del 2018 a horas 10:00 am).

- Sentencia del Tribunal Constitucional disponible en web: <http://w.w.w.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html> (Consultado al 20 de Abril del 2018 a horas 11:12 pm).
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0019-2005-PI/TC, publicada en línea: <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/sct-0019-2005-pitc.htm> (Consultado el 15 de Marzo del 2018 a horas 11:23 pm).
- Sentencia que se encuentra publicada en línea: <http://vlex.com/vid/confirmatoria-revocaron-detecTive-18142107> (Consultado el 11 de abril de 2018 a horas 11:32 pm).
- Sentencia completa publicada en línea en la siguiente dirección electrónica <http://w.w.w.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html> (Consultado el 20 de Abril de 2018 a horas 10:00 pm).
- Tribunal Constitucional, Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/junsprudencia/2007/08957-2006-AA.html> (Consultada el 12 de Marzo de 2018 horas 11:00 pm).



# ANEXOS

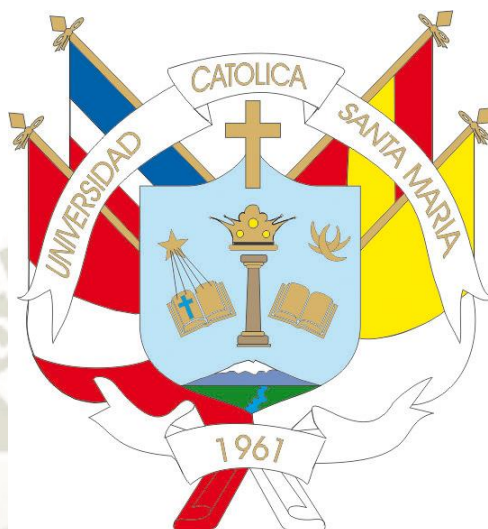


# PROYECTO DE TESIS

**Universidad Católica Santa María**

**Escuela de Postgrado**

**Maestría en Derecho Penal**



**LA VINCULACIÓN FUNCIONAL EN EL DELITO DE PECULADO FRENTE  
AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD VISTAS EN LAS SENTENCIAS EXPEDIDAS  
POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CERCADO DE AREQUIPA,  
2016 - 2017.**

Tesis presentado por la Bachiller:

**Ruelas Coaguila, Raisa Katherine**

Para optar el Grado Académico de:

**Maestro en Derecho Penal**

Asesor:

**Mg. Vargas Salas, Obed**

**AREQUIPA – PERÚ**

**2019**

## PREÁMBULO

El presente trabajo de investigación, fundamenta su motivación, en buscar un buen procedimiento penal para llegar a una justicia, y que no se altere ni se ponga el riesgo derechos fundamentales de las personas. Este trabajo quiere dar a expresar la importancia que se tiene los sistemas del Estado como es el Ministerio Público, Poder Judicial entre otros organismos del Estado, por lo que las entidades tienen un fundamental trabajo al tener la responsabilidad en cada caso suscitado.

Para la configuración del delito de peculado se requiere que el sujeto activo en razón de su cargo tenga una vinculación funcional con los caudales o efectos, sobre los cuales tiene un poder de vigilancia y el deber de cuidar. La vinculación funcional tiene como finalidad restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiendo el delito de peculado, sólo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos en razón del cargo que desempeñan, excluyendo a los que no gozan o no tienen tal relación funcional.

Por lo que se desarrollara a precisión cuales son los factores que corresponden establecer una vinculación funcional “de hecho” por razón de su cargo y realizar las funciones de vigilancia ejecutadas por los funcionarios o servidores públicos con los caudales y efectos públicos del Estado.

## CAPÍTULO I

### 1. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

#### 1.1. Problema de investigación

##### 1.1.1. Enunciado del problema

La vinculación funcional del delito de peculado frente al principio de legalidad vistas en las sentencias expedidas por la Corte Superior de Justicia del Cercado de Arequipa, de los años 2016 al 2017.

##### 1.1.2. Descripción del problema

###### 1.2.1. Área del Conocimiento:

El problema a investigarse se encuentra ubicado en:

**Campo:** Ciencias Jurídicas

**Área:** Derecho Penal.

**Línea:** Delitos contra la Administración Pública

###### 1.2.2. Análisis de Variables.

**VARIABLE INDEPENDIENTE:** “Vinculación Funcional”

**Indicadores y Sub-indicadores:**

a) Relación funcional de derecho

- Competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar.

b) Relación funcional de hecho

- Requisitos del funcionario de hecho.

- Falta de competencia.

**VARIABLE DEPENDIENTE:** “Principio de Legalidad”

**Indicadores y Sub-indicadores:**

- a) Principio de Legalidad Penal
  - Criterios Jurídicos
  - Consecuencia Jurídica
- b) Enfoque del tribunal constitucional
  - Aspectos jurídicos

### Operacionalización de Variables

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB-INDICADORES
<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	<b>Vinculación funcional del delito de peculado</b>	Relación funcional de derecho	Competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar
		Relación funcional de hecho	Requisitos del funcionario de hecho.
			Falta de competencia.
<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>	<b>Principio de legalidad</b>	Principio de legalidad penal	Criterios Jurídicos
			Consecuencia Jurídica
		Enfoque del Tribunal Constitucional	Aspectos jurídicos

### 1.2.3. Interrogantes Básicas.

- ¿Cuál es la delimitación del elemento normativo “vinculación funcional” en el delito de peculado?
- ¿Cuál es la relación funcional “de hecho” que configura el delito de peculado?
- ¿Cómo la relación funcional “de hecho” vulnera el principio de legalidad en el delito de peculado?

- ¿Es necesario establecer parámetros para comprender la relación funcional “de hecho” en el delito de peculado?.

#### **1.2.4. Tipo y Nivel de Investigación.**

**Por su finalidad:** Aplicada

**Por el tiempo:** Longitudinal

**Por el nivel de profundización:** Explicativa

**Por el ámbito:** Documental

#### **1.3. Justificación**

En los últimos años se ha visto la ascendencia sobre la criminalidad que se comete en delitos contra la Administración Pública, afectando directamente al Estado y subsecuentemente a la aplicación de la norma. El delito de peculado se encuentra como uno de los delitos más cometidos por los funcionarios y servidores públicos ya que se infringe con continuidad por la falta de interpretación y vacíos normativos que hacen que se transgreda.

Se pretende brindar un desarrollo sobre el tipo penal del peculado específicamente en la vinculación funcional de los funcionarios o servidores públicos quienes ocupan a razón de su cargo los caudales y efectos públicos. Por ende el funcionario o servidor público que ejerce funciones “de hecho” sin que exista una autorización formal o legal no estaría incurriendo en la infracción del deber del cargo.

El derecho penal se debe utilizar para el desarrollo de la sociedad y no como un mecanismo de represalia, abuso y arbitrariedad. Por lo consiguiente, para utilizar el nuevo sistema como instrumento de bienestar social, la implementación de los diferentes aspectos de la reforma requiere de la aplicación del cambio normativo, preparación, rendición de cuentas y creación de políticas públicas que permitan aplicar los conceptos legislativos.

## CAPÍTULO II

### 2. MARCO CONCEPTUAL

#### 2.1. Conceptos Básicos

##### 2.1.1. Definición de peculado:

Según *Cabanellas de la Torre*<sup>61</sup>, plantea que es “Sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. En la actualidad este delito se denomina malversación de caudales públicos.”

Para *Rojas Vargas*<sup>62</sup> penalista peruano, el delito de peculado “...sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado.”

El gran jurista alemán, *Roxin*<sup>63</sup>, “El delito de peculado constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas”.

##### 2.1.2. BIEN JURÍDICO TUTELADO:

Es común, en la doctrina, considerar que el bien jurídico protegido general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública. En cuanto al bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado, existe vivo y nada pacífico debate doctrinario. Se identifica tres posiciones bien definidas: la primera que considera que se protege el patrimonio del Estado, la segunda sostiene que se protege el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público y la última, que sostiene que el delito de peculado es

---

<sup>61</sup> CABANELLAS DE LA TORRE, Guillermo. Diccionario Elemental Jurídico. Editorial Heliastas. 1998

<sup>62</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. “Delitos contra la Administración Pública”, 3ª edición, Lima 2002. Editorial GRILEY EIRL, Pág. 21.

<sup>63</sup> ROXIN, Claus. “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”, Marcial Pons, Madrid, 1998.

pluriofensivo, toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad a la que están obligados los funcionarios y servidores.<sup>64</sup>

*Abanto Vásquez*<sup>65</sup> sostiene que con el contenido del artículo 387° del Código Penal se pretende proteger el patrimonio del Estado, buscando su correcta gestión y utilización por parte de la administración pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad por tres motivos: Primero, el patrimonio del Estado se protege contra su lesión así como contra el peligro de que la lesión pueda ocurrir (malversación) así como se exige un deber de cuidado especial en el agente público. Segundo, el legislador peruano ha previsto como agravantes del peculado la importancia de la finalidad de los bienes objeto del delito: fines asistenciales o programas de apoyo social. Es decir, cuando el patrimonio del Estado está destinado a fines de asistencia y a programas de apoyo social, el peculado es agravado. Y tercero, en el artículo 80° del Código Penal se afirma que en los delitos que lesionan el patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplica.

### 2.1.3. FUNCIONARIO PÚBLICO:

Es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles que debe desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o negativamente. En el primer caso con la aprobación y reconocimiento de la Nación y la ciudadanía; en el segundo frente a los órganos de control del Estado<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Ejecutoria suprema del 23 de enero de 2003. Exp. N° 3630-2001-Ucayali (SALAZAR SÁNCHEZ, Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal, cit., Pág. 207).

<sup>65</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, cit., Pág. 334

<sup>66</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la Administración Pública", 3° edición, Lima 2002, Pág. 39

#### 2.1.4. SERVIDOR PÚBLICO:

En nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase *empleado público* usada anteriormente. Tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Las diferencias están, según opinión mayoritaria, en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la administración estatal mediante contratación voluntaria (en el caso del funcionario le rige una base estatutaria unilateral); el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos, profesionales o para profesionales para tareas o misiones de integración y facilitador de los funcionarios públicos. En definitiva un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios.<sup>67</sup>

#### 2.1.5. CLASES DE PECULADO:

La doctrina ha maneja una clasificación variada del delito de peculado, entre las más comunes se encuentran las siguientes:

##### **Peculado por apropiación**

Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi*. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración.

---

<sup>67</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. "Delitos contra la Administración Pública", 3º edición, Lima 2002, Pág. 39-45

### **Peculado por utilización**

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de terceros<sup>68</sup>. Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlos, para retornarlo enseguida a la esfera de la administración pública<sup>69</sup>.

#### **2.1.6. MODALIDADES DE PECULADO SEGÚN EL ARTÍCULO 387° DEL CÓDIGO PENAL:**

- a) Peculado doloso por apropiación para sí.
- b) Peculado doloso por apropiación para tercero.
- c) Peculado doloso por utilización para sí.
- d) Peculado doloso por utilización para tercero.

#### **2.1.7. ELEMENTOS OBJETIVOS O MATERIALES DEL DELITO DE PECULADO:**

- a) Relación funcional o vinculación funcional
- b) Percepción administración y custodia.
- c) Apropiar o utilizar
- d) Destinatario para sí o para otro.
- e) Objeto material del delito: los caudales o efectos.

---

<sup>68</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública, cit., Pág. 336).

<sup>69</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, cit.,Pág. 344.

### 2.1.8. VINCULACIÓN FUNCIONAL:

Según *Queralt Jiménez*<sup>70</sup> “No cualquier funcionario o servidor puede incurrir en delito de peculado. Es presupuesto necesario de partida, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo”.

La posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos).

Dicha posesión puede ser directa o indirecta, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos o dada por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional<sup>71</sup>. Es interesante destacar que la norma peruana del peculado utiliza la frase "por razón de cargo" y no "por razón o en razón de sus funciones", conforme la fórmula española de peculado.

Este dato tiene significativas implicancias, por cuanto con base a la norma penal española la vinculación funcional puede tener ya un sentido estricto como un sentido amplio, para connotar en esta segunda dirección, como anota *Muñoz Cuesta*, “**que basta que los caudales o efectos hayan llegado al poder del funcionario con ocasión de las funciones que concreta y específicamente realice en mérito a sus atribuciones generales, con independencia de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al cuerpo al que pertenezcan**”<sup>72</sup>.

La frase "**por razón de sus funciones**", **nexo funcional más genérico y abierto que la descripción normativa peruana**, ha permitido que la jurisprudencia española extienda el círculo de autores a quienes no se hallen necesariamente vinculados con los caudales por el específico ámbito de competencia reglada.

---

<sup>70</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español. Parte especial, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, Pág. 666).

<sup>71</sup> FONTÁN BALESTRA, Tratado de Derecho penal. Parte especial, cit., T. VII, p. 276; BERNAL PINZÓN, Delitos contra la administración pública, cit., Pág. 23.

<sup>72</sup> MANZINI, Tratado de derecho penal, cit., T. 8, Vol. m, Pág. 141.

### 2.1.9. CONTENIDO DE LA RELACIÓN FUNCIONAL:

- **Competencia por razón de cargo para percibir, administrar o cuestionar**  
Constituye el componente normativo principal de la vinculación funcional requerida por el tipo penal, lo cual permite considerar que en cargos o delegaciones temporales no son suficientes para configurar tal componente.
- **Relación de confianza de la administración pública.** - La relación de confianza de la administración pública se deriva de los roles especiales asumidos institucionalmente por dicho sujeto en virtud a las atribuciones de su cargo. Se produce las denominadas expectativas legítimas depositadas en el funcionario o servidor de un comportamiento fiel a la función y a derecho.
- **Poder de vigilancia y cuidado.** - El contenido de la posesión que por su cargo ejerce el funcionario o servidor sobre los caudales o efectos se materializa a través de tres formas de poseer establecidas en el tipo penal: percepción, administración o custodia.
- **Deber de garantizar la posesión.** - El funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, cuidado, conducción y vigilancia (deber de garante) en despliegue de las obligaciones inherentes a su cargo.

### 2.1.10. RELACIÓN FUNCIONAL DE HECHO:

- **Anuencia de la autoridad superior.** - Son aquellos que en la práctica tienen el encargo o delegación del cargo en forma pacífica y pública y con la anuencia de la autoridad superior. *Ramiro Salinas Siccha*<sup>73</sup> señala: “la actuación de estos funcionarios, al contar con la anuencia, orden o disposición de los directos responsables de la administración o custodia del patrimonio estatal, es pública y pacífica”.

---

<sup>73</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública, IUISTITAGRIJLEY, Lima Perú, 2009, Pág. 292.

- **Permanencia en el cargo.** - Es decir que las personas de la institución del estado, tienen conocimiento que tal funcionario o servidor es el encargado de administrar, percibir o custodiar los bienes del estado, por el tiempo que lleva ocupando el cargo de hecho.

#### 2.1.11. PRINCIPIO DE LEGALIDAD:

El Principio de Legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”

El Código vigente regula el principio de legalidad en el artículo II del Título Preliminar del Código penal, de la siguiente manera “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.”

El principio se ha impuesto en la gran mayoría de países; siendo la fuerza de los valores que lo inspiran, la que ha traído como consecuencia que se encuentre regulado en los diversos sistemas jurídicos, por ser un instrumento garantista eficaz para la lucha contra la arbitrariedad del poder y los abusos del mismo.

- **Supuesto del principio de legalidad.** - “El principio de legalidad ha sido desarrollado en diversas direcciones, en las que se pueden mencionar las siguientes”<sup>74</sup>.

a) No hay delito, no hay pena sin ley escrita. - De esta manera se pone en primer plano el carácter escrito del derecho penal y, por tanto, la exclusión del derecho consuetudinario para calificar los actos de delictuosos y fijar la pena correspondiente a los responsables.

---

<sup>74</sup> Revista española de Derecho Constitucional, Año 13. Núm. 39. Septiembre-Diciembre 1993.

b) No hay delito, no hay pena sin ley precisa. - Así se busca indicar que la ley debe ser redactada de la manera más exacta posible para que los destinatarios sepan cuáles son los actos incriminados y la sanción que les corresponde.

c) No hay delito, no hay pena sin ley estricta. - Con esto se trata de subrayar que una vez que la ley ha sido dictada, ésta llega a ser la única fuente para el juez, quien no puede agravar la situación del procesado mediante la aplicación de una disposición legal por analogía.

d) No hay delito, no hay pena sin ley previa. - Si la regla de base estatuye que el delito y la pena deben estar previstos en la ley, se deduce lógicamente que no se puede disponer en una ley la represión de un comportamiento, socialmente conforme, después de haberse cometido y tampoco que el juez aplique una ley a un acto realizado antes de la entrada en vigor de la ley. Para que un comportamiento sea punible es indispensable que la ley lo incrimine y prevea la sanción aplicable anterior a su comisión.

### **3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.**

Sobre el tema en el ámbito nacional se tiene como estudio referencial los aportes de Dr. Raúl, Pariona Arana. Los estudios que se puede encontrar como tesis de la Universidad de San Martín de Porres de Lima sobre “El delito de peculado como delito de infracción de deber” del año 2011.

Se refiere del trabajo de investigación tiene como propósito realizar un estudio y análisis del tipo penal de Peculado, abordándose las consideraciones políticas criminales, un análisis sobre la problemática de la autoría y participación en el delito de Peculado, los tipos de Peculado y la necesidad de cambio y finalmente las reformas del delito de peculado.

Por lo mismo, se discutirá desde el punto de vista político y de dogmática penal si es legítimo sancionar todas las conductas del Peculado o si es que hay alguna posibilidad de despenalizarlas cuando nos encontremos ante un supuesto de

afectación mínima al patrimonio, como así lo propuso el Poder Judicial en su último proyecto de reforma del delito de Peculado presentado ante el Congreso de la República en julio de 2010; así como se estudiará el bien jurídico protegido del delito de Peculado, respecto del cual no hay consenso en la doctrina, puesto que para algunos autores el bien jurídico es el correcto funcionamiento de la administración pública y para otros es el patrimonio público pero el artículo 387° del Código Penal sanciona también al funcionario público que se apropia o utiliza bienes de particulares, como es el caso de los depositarios y otros autores optan por un sistema dual.

Para la norma penal peruana, ambas modalidades de peculado (apropiarse y utilizar) revisten igual contenido de ilicitud, pese a que son obvias las diferencias si las apreciamos desde una perspectiva patrimonialista o de salvaguarda del derecho de propiedad del ente público que, en la segunda hipótesis, no se haya vulnerado por los actos del sujeto activo; esto implica reconocer un exceso en la penalización de esta modalidad de peculado, afectándose el principio de proporcionalidad frente a la cantidad del injusto penal, motivo por el cual debe tener un tratamiento distinto en cuanto a penalidad.

#### 4. OBJETIVOS

- Determinar el elemento normativo de la vinculación funcional en el delito de peculado.
- Precisar la importancia de la vinculación funcional de hecho para configurar el delito de peculado.
- Analizar si se infringe el principio de legalidad en caso de considerar como autor al funcionario “de hecho”.
- Demostrar la necesidad de establecer parámetros, que prevé el delito de peculado, para comprender la relación funcional de hecho.

## 5. HIPÓTESIS

Dado que para configurar el delito de peculado, es necesario que exista vinculación funcional “de hecho” del sujeto activo del delito frente al principio de legalidad es probable que resulte necesario establecer parámetros, a fin de comprender al funcionario o servidor público que por razón de sus funciones de cargo se apropia de los bienes del Estado.



## CAPÍTULO III

### 3. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

#### 1. TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y MATERIALES DE VERIFICACIÓN

En concordancia con la variable e indicadores que anteriormente se propusieron como técnica documental para la revelación de la información.

El instrumento que se utilizará para objetivar y concretar la recogida de la información e referencia que se desea será la ficha documental.

Cuadro de Estructura del instrumento

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	Vinculación funcional	Relación Funcional de derecho	Competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar	-Observación documental	-Fichas de Observación -Ficha Bibliográfica
		Relación funcional de hecho	Requisitos del funcionario de hecho	-Observación documental	-Fichas de Observación -Ficha Bibliográfica
			-Falta de competencia	-Observación documental	-Fichas de Observación -Ficha Bibliográfica
<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>	Principio de legalidad	Principio de legalidad penal	Aspectos Jurídicos	-Observación documental	-Fichas de Observación -Ficha Bibliográfica
			Consecuencias Jurídicas		
		Enfoque del tribunal constitucional	Criterios Jurídicos	-Observación documental	-Fichas de Observación -Ficha Bibliográfica

## 2. CAMPO DE VERIFICACIÓN:

**2.1. Ubicación Espacial:** La presente investigación se realizará en el distrito judicial de Arequipa

**2.2. Ubicación Temporal:** Abarca los años 2016 al 2017.

### 2.3. Unidad de estudio, universo y muestra:

Las sentencias expedidas por los Juzgado Penales de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el ámbito del delito de peculado.

**-Universo:** Sentencias 12

## 3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para cumplir con esta secuencia investigativa, dentro de la estructura del proyecto, hacemos constar que solicitamos permisos al Presidente del Poder Judicial de Arequipa para aplicar los instrumentos de investigación.

Para a la validación del instrumento se aplicó ficha documental para a cada indicador en cada una de las variables.

Posteriormente se accedió a la oficina de administración quien está encargado de manejar los copiadoreos respectivos de las sentencias emitidas por los despachos de los jueces para realizar la recolección de información a través de la ficha de revisión de expedientes para la recolección de la información, las mismas que servirán para la elaboración del informe final.

La sistematización de la recolección de datos se efectuará en la variable e indicadores.

En la ejecución de la revisión y recaudación de sentencias solo se encontró la cantidad de 12 sentencias realizadas en los años 2016 al 2017, lo cual se desarrolló el análisis a detalle cada una de las sentencias.

**RECURSOS HUMANOS:**

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO DIARIO	DÍAS	COSTO TOTAL
Dirección Del Proyecto Ejecución	1	S/.30.00	202	S/.800.00
<b>TOTAL</b>				S/. 800.00

**RECURSOS MATERIALES Y BIENES Y SERVICIOS:**

DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel bond / hojas	5,000	S/.100.00
Cuaderno	1	S/. 30.00
Fichas bibliográficas y documentales	500	S/. 50.00
Cartucho tinta para impresora	5	S/. 250.00
Copias fotostáticas	400	S/. 250.00
Anillados	6	S/. 25.00
Uso de computadora / horas	100	S/. 150.00
Movilidad	--	S/. 300.00
<b>TOTAL</b>	--	S/. 1,155.00

**IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO**

Tiempo Actividades	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto
<b>1.Planteamiento Operacional</b>	X	X						
<b>2.Marco Teórico</b>			X	X				

<b>3. Analisis de Resultado</b>					<b>X</b>	<b>X</b>		
<b>4. Conclusiones recomendaciones</b>							<b>X</b>	
<b>5. Informe Final</b>								<b>X</b>

## V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- Balestra, F. (s.f.). Tratado de Derecho penal. Parte especial , Delitos contra la administración pública.
- Bosch, J. M. (1997). Derecho penal español. Parte especial . Barcelona.
- Delgado, F. F. (1985). Delitos contra la administración pública. Bogota.
- Fidel, R. V. (2007). Delitos contra la administración pública. Lima: Grigley.
- Manzini, V. (s.f.). Tratado de derecho penal. Chile.
- Rafael, A. G. (2012). Justicia restauradora, mediacion penal y penitenciaria: un revocado impulso. España: 1.
- Revista española de Derecho Constitucional. (1993).
- Roxin, C. (1998). Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal . Madrid .
- Sanchez, S. (s.f.). Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal.
- Siccha, R. S. (2009). Delitos contra la administración pública. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Torre, G. C. (1998). Diccionario Elemental Jurídico. Heliastas.
- Vasquez, M. A. (2003). Delitos contra la administración pública en el codigo penal peruano.

## ANEXOS

### ANEXO N° 1

#### FICHA BIBLIOGRAFICA

<b>FICHA BIBLIOGRAFICA</b>	
<b>NOMBRE DEL AUTOR:</b> .....	
.....	
<b>TITULO DEL AUTOR:</b> .....	
.....	
<b>EDITORIAL, LUGAR Y AÑO:</b> .....	
.....	
<b>NOMBRE DE LA BIBLIOTECA:</b> .....	
.....	
<b>CÓDIGO:</b> .....	

**ANEXO N° 2**

**FICHA DOCUMENTAL**

**FICHA DOCUMENTAL**

**NOMBRE DEL AUTOR:**.....

**AUTOR:**.....

**VARIABLE O INDICADOR:**.....

**TÍTULO:**.....

**IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO:**.....

**FECHA:**.....

**COMENTARIO:**.....  
.....

**CITA:**.....

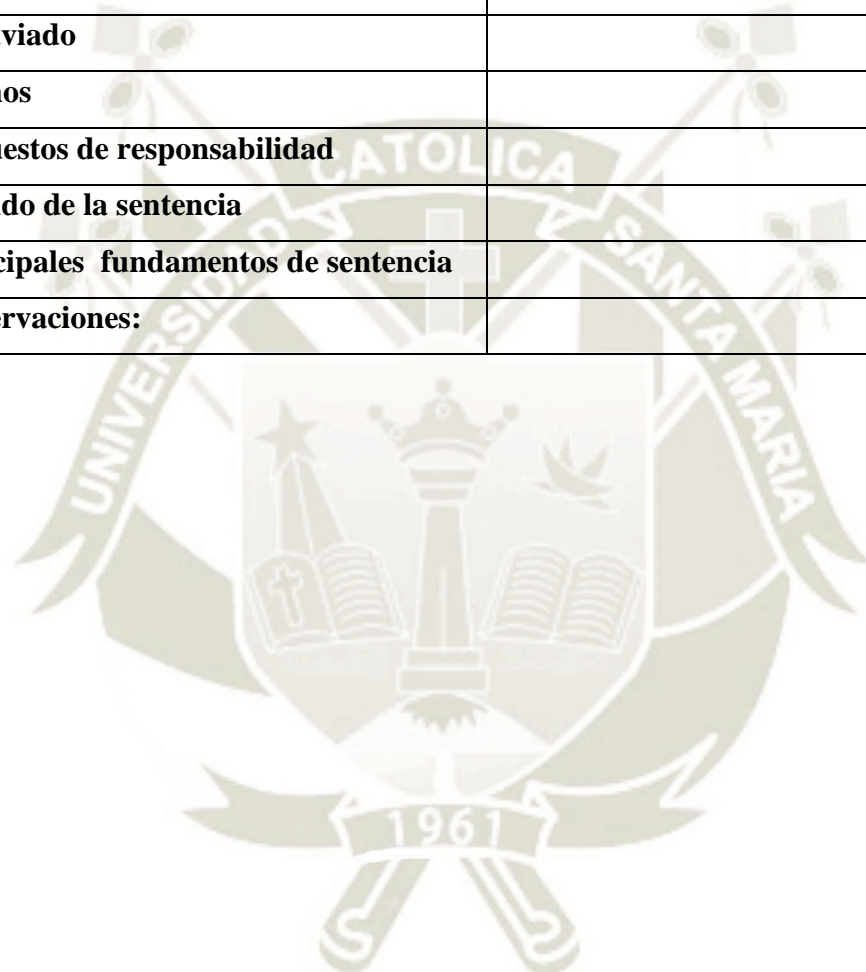
**LOCALIZACIÓN:**.....

**PÁGINA:**.....

### ANEXO N° 3

#### FICHA DE REVISIÓN DE EXPEDIENTES

<b>Juzgado Penal</b>	
<b>Expediente N°</b>	
<b>Imputado</b>	
<b>Agraviado</b>	
<b>Hechos</b>	
<b>Supuestos de responsabilidad</b>	
<b>Sentido de la sentencia</b>	
<b>Principales fundamentos de sentencia</b>	
<b>Observaciones:</b>	



ANEXO N° 4

FICHA DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE SENTENCIAS

<b>GUIA DE OBSERVACIÓN DE LOS EXPEDIENTES EMITIDOS POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA 2016-2017</b>		
<b>Descripción del delito :</b>		<b>Evolución de Sentencias</b>
<b>Tipificación</b>	<b>Dolo</b>	
	<b>Culpa</b>	
	<b>Agravantes</b>	
	<b>Sujeto activo del delito:</b>	
	<b>Con aceptación de cargo</b>	
	<b>Sin aceptación de cargo</b>	
	<b>Relación de vinculación funcional</b>	
	<b>Vinculación funcional de derecho</b>	
	<b>Vinculación funcional de hecho</b>	
	<b>Sujeto activo del delito de derecho</b>	
	<b>Sujeto activo del delito de hecho</b>	
	<b>Relación con los caudales y efectos</b>	
	<b>Relación de razón de su cargo</b>	
<b>Cómplices del delito:</b>		
<b>Sujeto Pasivo del delito:</b>		
	<b>Caudales</b>	
	<b>Efectos</b>	
<b>Fundamentación Jurídica:</b>		

	<b>Jurisprudencia</b>	
	<b>Doctrina</b>	
	<b>Acuerdo Plenario</b>	
	<b>Otros:</b>	
<b>Medios Probatorios:</b>		
	<b>Medios Probatorios sobre la vinculación funcional del sujeto activo de derecho</b>	
	<b>Medios Probatorios sobre la vinculación funcional del sujeto activo de hecho</b>	
	<b>Otros medios de prueba:</b>	
<b>Fallo:</b>		
	<b>Absuelto</b>	
	<b>Condenatorio</b>	
	<b>Reserva de fallo condenatorio</b>	
	<b>Archivo del caso</b>	
<b>Reparación Civil:</b>		
<b>Inhabilitación:</b>		
<b>Observaciones:</b>		



# SENTENCIAS ANALIZADAS

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
SEGUNDO JUZGADO UNIPERSONAL**

2° JUZ.UNIPERSONAL- Sede Central

EXPEDIENTE : 04530- 2009-11-0401-JP-PE-03

JUEZ : CHURATA QUISPE JUAN CARLOS

ESPECIALISTA : RICHARD JOSE SUCAPUCA FLORES

APODERADO : DELEGADO JORGE DELGADO LINARES ABOGADO DE  
LA PROCURADURIA PUBLICA A CARGO DE LOS ASUNTOS JUDICIALES DE  
LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA EN REPRESENTACION DEL  
AGRAVIADO UNSA POR DELEGACIÓN

MINISTERIO PUBLICO: CUARTA FISCALIA SUPERIOR DE APELACIONES

2DO DESPACHO DE INVESTIGACION 1RA FISCALIA

FISCALIA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA FISCAL JORGE E PEÑA A,

IMPUTADO :ASPILCUETA FLORES, JOSE LUIS

DELITO : FALSIFICACION DE DOCUMENTOS.

ASPILCUETA FLORES, JOSE LUIS

DELITO :PECULADO

AGRAVIADO :PROCURADURIA PÚBLICA DESCENTRALIZADA

ANTICORRUPCION DE ARQUIPA

En la ciudad de Arequipa, a los nueve días del mes de junio del año dos mil dieciséis, el Segundo Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que despacha el señor Magistrado **JUAN CARLOS CHURATA QUISPE**, luego de haber dirigido y valorado el juicio oral y público, seguido contra de en contra de **JOSÉ LUÍS ASPILCUETA FLORES**, por la comisión del delito de Peculado, previsto en el artículo 387 del Código Penal, y Contra la Fe Publica, en la modalidad de Uso de Documento Privado Falso, previsto y penado en el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal, en agravio del Estado, personificado por la Universidad Nacional de San Agustín, represnetado por la Procuraduría Pública Anticorrupción del distrito Judicial de Arequipa, ha pronunciado en nombre del pueblo, lo siguiente:

**S E N T E N C I A N ° - 2 0 1 7 - 2 J P U**

**I. - PARTE EXPOSITIVA**

**PRIMERO.- Identificación del Proceso:** La audiencia se ha desarrollado ante el Segundo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que despacha el señor Magistrado **JUAN CARLOS CHURATA QUISPE**, quien luego de haber valorado el juicio oral y público en el proceso número 45302009, seguido en contra de **JOSE LUIS ASPILCUETA FLORES**, por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de **PECULADO DOLOSO** previsto en el primer párrafo del artículo 387° del Código Penal en concurso ideal con el delito contra la Fe Pública en la modalidad de **USO DE DOCUMENTO PRIVADO FALSO**, previsto en el artículo 427° segundo párrafo

del mismo cuerpo legal, en agravio del **ESTADO** personificado en la Universidad Nacional de San Agustín representando por la Procuraduría pública de los asuntos judiciales de la Contraloría General de la República. **SEGUNDO.- Identificación del Acusado:**

**2.1 JOSE LUIS ASPILCUETA FLORES,** con DNI N° 29407993, sexo masculino, de fecha de nacimiento 12 de setiembre 1967, de 49 años de edad, natural del distrito de Mejía, provincia de Islay y departamento de Arequipa, estado civil casado, grado de instrucción Superior completa, de ocupación servidor administrativo de la UNSA, renta mensual que percibe S/. 1650.00 soles, hijo de Elizabeth y Yoni, con domicilio en Ur. María Isabel Malecón Socabaya 114, distrito, provincia y departamento de Arequipa.

TERCERO.- Pretensión del Ministerio Público:

**3.1 Enunciación de los Hechos y Circunstancias Objeto de la Acusación:** Los hechos que motivan el presente juicio se dan contra Jorge Luis Aspilcueta Flores quien tiene la condición de funcionario público desempeñando el cargo de asistente del rectorado de la Universidad Nacional de San Agustín. La Oficina de Control Institucional de la casa superior efectuó un examen especial para determinar las rendiciones de cuentas y manejos de fondos de la entidad y se realizaron en la observancia de las disposiciones legales contenidas en el Uso de Recursos Públicos, es así de luego hacer este examen especial se verificó la presunta falsificación de boletas y facturas e irregularidades en la rendición de encargos entregados al funcionario José Luis Aspilcueta Flores ya que se le entregaron diversas sumas de dinero como son las siguientes:

N° Comprobante pago	Monto otorgado	Fecha
1623	2,900.00	31 de marzo del 2004
2731	128.80	21 de mayo del 2004
3976	2,950.00	22 de julio del 2004
4332	1,000.00	17 de agosto del 2004
5628	3,000.00	15 de octubre del 2004
6052	3,080.00	05 de noviembre del 2004
2730	1,420.00	21 de mayo del 2004
2764	148.50	25 de mayo del 2004

3114	2,950.00	14 de junio del 2004
5150	1,110.00	20 de setiembre del 2004
5762	1,550.00	20 de octubre del 2004
6760	1,550.00	09 de diciembre del 2004
Total	21,787.30	

El acusado tenía como obligación de efectuar una rendición de los gastos que hubiera efectuado por dichos montos, que si bien esta formalidad se habría cumplido del Informe Especial efectuado por la Oficina de Control Interno de la Universidad, se determinó que hubiera observaciones por un monto de S/

21,515.30 Nuevos Soles, ya que se presentaron boletas adulteradas, ya que habrían sido expedidas por los negocios otorgantes por montos diferentes o a terceras personas y estas fueron falsificadas ya que los supuestos otorgantes no existirían como personas jurídicas.

Que conforme ha verificado del Informe Especial efectuado en las sumas de dinero al observarse esta rendición de cuentas, se ha verificado que 'presentaba deficiencias en los números de RUC consignados en las boletas que no corresponde a los negocios mencionados en los comprobantes de pago sino a terceras personas, así como que estos no serian originales, o se trata de números de RUC y personas jurídicas inexistentes.

Respecto al hecho observado el servidor señaló: "de existir estas discrepancias no son responsabilidad de mi persona por no haber participado de los mismos, siendo responsabilidad de los emisores"; sin embargo EL ACUSADO no cuenta con documentación sustentatoria que acredite sus afirmaciones, así mismo se tiene que en el Acta suscrita ante el Órgano de Control Institucional el servidor Aspilcueta Flores se comprometió a realizar la devolución del monto que corresponde a los encargos otorgados a los mismos que asciende a la suma de S/. 21,515.30 con un cronograma que debió darse en febrero del 2006, en marzo del 2006 y abril del 2006.

Los hechos hemos narrado de la entrega de S/. 21,787.30 y que han sido observados por la documentación sustentatoria que no se ajusta a la verdad por S/. 21,515.30 los cuales se apropiado para sí el imputado, se subsumen como delito de peculado doloso por apropiación en concurso ideal con el delito de uso de documento privado falso).

**3.2. Pretensión Penal y Civil:** La Fiscalía califica el hecho como delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado Doloso previsto en el primer párrafo del artículo 387° primer párrafo del Código Penal en concurso ideal con el delito contra la Fe Pública en la modalidad de Uso de Documento Privado Falso, previsto en el artículo 427° segundo párrafo del mismo cuerpo legal, por lo que solicita TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD, la pena de UN AÑO DE INHABILITACIÓN conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal consistente en la privación de cargo e incapacidad para obtener el cargo mandato y empleo o comisión de carácter público, así como una co pena de 180 DÍAS MULTA teniendo en cuenta que se trata de un concurso ideal de delitos.

**CUARTO.- Pretensión de la Defensa del Actor Civil:**

Refiere que como lo ha expresado el Ministerio Público esto se inició por una acción de control del órgano de control institucional de la Universidad Nacional de San Agustín, en el cual finalmente se ha determinado que al señor José Luis Aspilcueta Flores se le ha entregado varias cantidades de dinero por encargos como lo ha señalado el Ministerio Público son varios comprobantes de pago que finalmente determinan que en el año 2004 desde Marzo hasta Diciembre se le entregó la cantidad de S/ 21,780.30, producto de esta acción de control del órgano de control de la Universidad se determinó que de éste total se había observado el total de S/.21 515.30 nuevos soles, por cuanto las facturas y boletas no correspondían o el RUC no era válido, lo cual se ha determinado a través de la acción de control, por estas circunstancias durante el desarrollo del presente proceso se va acreditar con la declaración de los auditores que auditaron esta acción de control, la Dra. Giuliana Balladares Díaz y el contador público colegiado Adolfo Huamán de la Gala quienes van a oralizar su informe de control y van a declarar respecto a él estas cantidades observadas y porque se están observando y finalmente nos va a determinar el daño emergente ocasionado al Estado de S/.21 530.30 que es la reparación del daño y lo observado finalmente que debe de ser resarcido por el acusado; así mismo también se va a determinar a través de la misma aclaración la afectación a la imagen de la institución, los intereses que se han ocasionado también respecto a este dinero que posteriormente fue devuelto durante la acción de control en la cantidad de S/6,000.00 soles como indemnización de daños y perjuicios. Por lo cual el actor civil está solicitando la cantidad de **S/**.

**27, 515.30** como reparación del daño que se va a acreditar a través de la declaración de los auditores antes señalados.

#### **QUINTO.- Pretensión de la Defensa del Acusado:**

La defensa indica que el Ministerio Público imputa los delitos contra la administración pública en la modalidad de peculado doloso, delito previsto en el artículo 387° primer párrafo del Código Penal; así como delito Contra la Fe Pública, previsto en el artículo 427° -segundo párrafo del Código Penal, por uso de documento falso. El señor Aspilcueta Flores como servidor público administrativo nunca tuvo funciones de administración de caudales del Estado por cuanto no existe ninguna relación funcional de su cargo con el que se le ha entregado; asimismo, tampoco ha hecho uso de documento alguno falso para determinar la rendición de cuentas, refiere que no está de acuerdo con estos hechos y que va a demostrarlo en el séquito del proceso con los medios de prueba ofrecidos por el Ministerio Público, y finalmente tampoco está de acuerdo ni con la pena solicitada ni con la Reparación civil.

#### **SEXTO.- Itinerario del Proceso:**

Iniciado el Juicio Oral, producidos los alegatos de apertura de las partes, y luego que se instruyera al acusado de sus derechos, y al preguntársele si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación, éste no reconoció los hechos imputados; dándose inicio a la actividad probatoria, llegando a varias convenciones probatorias; actuada la prueba testimonial y documental, cerrado el debate probatorio y expuestos los alegatos finales, la causa quedó expedita para la deliberación y expedición de la sentencia.

## **II. - PARTE CONSIDERATIVA -**

### **PRIMERO.- CALIFICACIÓN JURÍDICA:**

#### **1.1 COMPONENTES TÍPICOS DE CONFIGURACIÓN:**

**1.1.1.-** Es de aplicación al caso, el primer párrafo del artículo 387° del Código Penal, por el delito de Peculado Doloso que establece: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...)”

**BIEN JURÍDICO:** Lo es el correcto funcionamiento de la Administración, al apropiarse de caudales y efectos que pertenecen al Estado. **SUJETO ACTIVO:** Es el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidos por el tipo penal, es decir quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración pública tiene bajo su poder o ámbito de

vigilancia (directo o funciona) en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro, siendo en el presente caso, el acusado en su calidad de servidor público **José Luis Aspilcueta Flores**.

**SUJETO PASIVO:** Solo el Estado que viene a constituir el representante o titular de la administración pública en sus diversas manifestaciones. **COMPORTAMIENTO**

**TÍPICO:** En el delito de Peculado doloso, el comportamiento típico reprimido por la norma penal consiste en apropiarse para sí caudales cuya administración les estén confiados por razón de su cargo como funcionario o servidor público.

**1.1.2.-** Asimismo atendiendo al concurso ideal de delitos es de aplicación el segundo párrafo del artículo 427° del Código Penal, por el delito de delito de **Uso de documento Privado Falso** que establece: **“El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio”**.

**BIEN JURÍDICO:** Lo es la Fé Pública, en su variabilidad de la afectación de la funcionabilidad de los documentos. **SUJETO ACTIVO:** Puede ser cualquier persona natural que realice la conducta señalada en el tipo, siendo en el presente caso, el

acusado **JOSE LUIS ASPILCUETA FLORES**. **SUJETO PASIVO:** Es cualquier persona natural o jurídica que sufre la actividad desarrollada por el sujeto activo.

**COMPORTAMIENTO TÍPICO:** En el delito de Uso de documento privado falso, el comportamiento típico reprimido por la norma penal consiste en hacer uso de un documento falso, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio.

## **SEGUNDO.- HECHOS Y VALORACIÓN PROBATORIA:**

**2.1.-** En principio, toda sentencia, dentro de los marcos exigidos por el artículo 394.3<sup>75</sup> del Código Procesal Penal, debe contener la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas y la valoración de la prueba que la sustenta, con la indicación del razonamiento que la justifique.

---

<sup>75</sup>**Artículo 394° Requisitos de la sentencia.-** La sentencia contendrá: 1. La mención del Juzgado Penal, el lugar y fecha en la que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, y los datos personales del acusado. 2. La enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado. 3. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique. 4. Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo. 5. La parte resolutive, con mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido. Contendrá además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito. 6. La firma del Juez o Jueces.

**2.2.-**Debiendo establecerse con carácter previo, que este Juzgado, **sólo puede valorar** la prueba actuada en juicio; este límite a la valoración probatoria no es una decisión dejada al arbitrio del juez, sino más bien, que se halla normada en el artículo 393° del Acotado Código Procesal Penal, que establece “(...) **1. El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio**”. Lo que es correcto a los fines que sustentan el nuevo modelo procesal penal, entre éstos el de inmediatez, contradicción, oralidad, publicidad, etc.

**1.1.** - Resulta fundamental referirse al *principio de correlación entre acusación y sentencia*, según el cual, **no** se exige que los hechos acusados presenten una *identidad absoluta* con los que se tengan por demostrados, sino que lo que se pretende es que **en la sentencia no se produzcan variaciones al marco fáctico que se imputó**, que afecten o impidan el ejercicio de una adecuada defensa, es decir no puede haber variaciones **en el núcleo esencial de la acusación**, lo que constituye el verdadero debate, el *thema probandum*.

**1.2.** - Antes de ingresar al análisis probatorio, es preciso dejar claramente definido el objeto del debate (*thema probandum*), a tal efecto, el acusado, **ha negado parcialmente los hechos** establecidos por el Ministerio público.

**1.3.** - Así, en atención a los fácticos propuestos por la fiscalía y la posición de la defensa, podemos delimitar el **núcleo esencial de la acusación de este sumario**, el *thema probandum*, en la siguiente premisa: “Que en su calidad de funcionario público de la Universidad Nacional de San Agustín al acusado José Luis Aspilcueta Flores le fueron entregados en calidad de encargo diversos montos de dinero ascendientes a la suma total de S/. 21,787.30 nuevos soles. Estando el acusado en la obligación de efectuar una rendición de los gastos que hubiera efectuado por los montos que le fueron entregados, si bien esta formalidad se habría cumplido, se tiene que conforme el Informe Especial efectuado por la Oficina de Control Interno de la Universidad Nacional de San Agustín, se determinó que hubo observaciones por un monto de S/ 21,515.30 Nuevos Soles, ya que se presentaron boletas adulteradas, ya que habrían sido expedidas por los negocios otorgantes por montos diferentes o a terceras personas y estas fueron falsificadas ya que los supuestos otorgantes no existirían como personas jurídicas, pues se ha verificado que presentaba deficiencias en los números de RUC consignados en las boletas que no corresponde a los negocios mencionados en los comprobantes de pago sino a terceras personas, así como que estos no serían originales, o se trata de

números de RUC y personas jurídicas inexistentes; habiéndose de esta manera apropiado para sí el acusado José Luis Aspilcueta Flores de una suma dineraria ascendiente a S/. 21,515.30 soles por cuanto la documentación sustentatoria respecto de tal suma no se ajusta a la verdad, hechos que se subsumen como delito de peculado doloso por apropiación en concurso ideal con el delito de uso de documento privado falso”.

## **2.6.- SOBRE LA BASE DEL THEMA PROBANDUM SE FIJÓ ESTIPULACIONES O CONVENCIONES PROBATORIAS:**

Las partes llegaron a las convenciones o estipulaciones probatorias que a continuación se detallan, en el sentido siguiente:

1. - ESTÁ PROBADO QUE el acusado ha sido trabajador de la UNSA en el año 2004.
2. - ESTÁ PROBADO QUE el acusado ha recibido los comprobantes de pago que se manifiestan en la acusación, todos recibidos en el año 2004, precisando que dicho dinero fue recibido en la condición de encargo.
3. - ESTÁ PROBADO QUE el acusado ha devuelto la suma de S/. 21 787.30 con la salvedad que han sido todas en el año 2006.
4. - ESTÁ PROBADO QUE las rendiciones de cuenta por los comprobantes de pago materia de convención han sido remitidos entre el año 2004 y 2005.
5. - ESTÁ PROBADO QUE las rendiciones de cuentas efectuadas por el acusado se encontraban en el archivo de la Universidad como rendidas al momento de hacerse el examen por la contraloría, precisando que fue en el año 2006.
6. - ESTÁ PROBADO QUE el daño reclamado de la observación hecha por la contraloría en la suma de S/. 21 707.30 (suma devuelta) quedando solamente como materia de debate la suma de S/ 6,000 soles.
7. - ESTÁ PROBADO QUE se ha recibido conforme los comprobantes de pago: 02731, 03976, 04332, 05628, 6052, 2730, 2764, 3114, 5150, 5762 y 6760, 1623 (ver detalles del cuadro de la acusación); por lo que prescinde de su oralización.

## **TERCERO.- VALORACIÓN DE LOS HECHOS, CONVENCIONES PROBATORIAS Y PRUEBA ACTUADA:**

- 3.1. - El Ministerio Público ha imputado a José Luis Aspilcueta Flores como autor del delito de peculado, previsto en el artículo 387° del Código Penal, y por el delito Contra la Fé Pública en la modalidad de Uso de Documento Privado Falso, previsto en el segundo párrafo del artículo 427° del Código

Penal, para lo cual el tribunal debe verificar si se configuran todos los elementos típicos de los delitos en referencia, cabe tener en cuenta que al ser el Ministerio Público el titular de la acción penal, lo cual está positivizado y como tal tiene el deber de probar los hechos que alega.

**3.2.-** *Se desprende de la acusación escrita que para el delito de peculado, el Ministerio Público imputa en síntesis el siguiente fáctico:* “[...] al acusado se le ha entregado en calidad de encargos en doce comprobantes de pagos, diversas sumas de dinero<sup>76</sup>, ascendiente a la suma de S/ 21 787.30 soles, cuya obligación de efectuar la rendición de cuentas tenía el imputado de todos los gastos que hubiere efectuado, que se bien ésta formalidad se ha habría cumplido del Informe Especial efectuado por la Oficina de Control Interno de la Universidad, se determinó que hubiera observaciones por un monto de S/ 21 515 30 soles, ya que se presentó boletas adulteradas(...). *En dicha línea* corresponde establecer si el comportamiento del acusado se adecúa o no a los elementos materiales del tipo penal en referencia, pues ya el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-I 16 ha establecido cuales son éstos, en atención que el elemento subjetivo imputado es a título de dolo; así señaló los siguientes: a) existencia de una relación funcional, b) la percepción, c) apropiación o utilización, d) el destinatario, y e) caudales y efectos. Correspondiendo verificar si en efecto la conducta del acusado calza o no a los elementos objetivos en referencia; así advertimos lo siguiente:

*Antes de entrar al análisis de todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivo del tipo, que ha convenido entre las partes; y por ello está probado que* “El acusado José Luís Aspilcueta Flores, fue asistente del rectorado de la UNSA, en los años 2004 y 2005, en cuyas fechas se le entregaron diversas sumas de dinero en calidad de encargo, con doce comprobantes de pago, las siguientes, por los sumas y en las fechas siguientes: **a)** Comprobante de pago N° 1623, cuyo monto otorgado fue por la cantidad de S/ 2 900, con fecha 31 de marzo del 2004, **b)** Comprobante de pago N° 2731, cuyo monto otorgado fue por la cantidad de S/ 128.80, con fecha 21 de mayo del 2004, **c)** Comprobante de pago N° 3976, cuyo monto otorgado fue por la cantidad de S/ 2 850, con fecha 22 de Julio del 2004, **d)** Comprobante de pago N° 4332, cuyo monto otorgado fue por la cantidad de S/ 1 000, con fecha 17 de agosto del 2004, **e)** Comprobante de pago N° 5628, cuyo monto otorgado fue por la cantidad de S/ 3 000, con fecha 15 de octubre del 2004, **f)** Comprobante de pago N° 1652, cuyo monto

---

<sup>76</sup>Ver cuadro del requerimiento de acusación.

otorgado fue por la cantidad de S/ 3 080, con fecha 05 de noviembre del 2004, **g)** Comprobante de pago N° 2730, cuyo monto otorgado fue por la cantidad de S/ 1 420, con fecha 21 de mayo del 2004, **h)** Comprobante de pago N° 2764, cuyo monto otorgado fue por la cantidad de S/ 148.50, con fecha 25 de mayo del 2004, **i)** Comprobante de pago N° 3114, cuyo monto otorgado fue por la cantidad de S/ 2 950, con fecha 14 de junio del 2004, **j)** Comprobante de pago N° 5150, cuyo monto otorgado fue por la cantidad de S/ 1 110, con fecha 20 de septiembre del 2004, **k)** Comprobante de pago N° 5762, cuyo monto otorgado fue por la cantidad de S/ 1550, con fecha 20 de octubre del 2004, y **l)** Comprobante de pago N° 6760, cuyo monto otorgado fue por la cantidad de S/ 1 550, con fecha 09 de diciembre del 2004 -con todo lo recibido hace la suma de S( 21 787,00 nuevos soles, de los cuales se efectuó la rendición”. Sobre ésta base se procede a analizar los elementos del tipo del delito de peculado; así tenemos:

**A)** RESPECTO A LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN FUNCIONAL ENTRE SUJETO ACTIVO Y LOS CAUDALES Y EFECTOS. Entiéndase por relación funcional como el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia en el cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos: **i)** Primeramente debemos verificar si el acusado en calidad de sujeto activo del delito es funcionario o servidor público. Al respecto se ha arribado a la convención probatoria que *“el acusado Aspilcueta Flores ha sido trabajador de la UNSA en el año 2004 -fecha en que ocurrieron los hechos -en el cargo de asistente del rectorado”*; y para corroborar dicha tesis que además se encuentra acreditado vía convención, la perito Yuleimi Ofelia Valladares Díaz, quién emitiera el informe Especial N° 2-2006-OCI-UNSA, ha precisado que el acusado era servidor quién se desempeñaba en el rectorado de la UNSA; y atendiendo que la UNSA son las siglas de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, la misma que harto es sabido que es una Universidad Pública, sus trabajadores, vienen a ser trabajadores del sector público; y al no haberse acreditado que el acusado haya tenido algún cargo de dirección o gerencia, sino solamente de Asistente, se puede concluir con grado de certeza que José Luís Aspilcueta Flores fue servidor público de la UNSA cuando ocurrieron los hechos; por tanto, la calidad del sujeto activo se cumple, **ii)** Luego, corresponde verificar la relación funcional en estricto, esto es si el acusado poseyó los caudales o efectos públicos en razón del cargo que

desempeñaba. El tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario o servidor público **no in abstracto**, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública -por razón de su cargo-; es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar los bienes públicos (caudales o efectos) objeto del delito deben encontrarse en posesión (mediata o inmediata) del sujeto activo y **ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal**<sup>77</sup>. En el caso concreto el Ministerio Público ha señalado que el cargo que desempeñaba el acusado era de Asistente del rectorado de la UNSA, y que en tal condición se le habría entregado las sumas de dinero como encargo (ver cuadro del numeral 1) de la acusación) -sin precisar cuál era el objeto del encargo, y en su caso tampoco señaló quién le hizo el encargo -ello como proposición fáctica de la acusación. Vale decir, el Ministerio Público no señala si dentro de las funciones del cargo que ostentaba el acusado dentro del aparato estatal estaba la de **percibir, administrar o custodiar** los fondos públicos, -pues en el curso del juicio no se ha actuado prueba alguna que acredite que dentro de las funciones que desempeñaba el acusado tenía precisamente las señaladas precedentemente. Es cierto también, que del contexto de la acusación se tiene que los encargos entregados al acusado obligaba a éste a rendir cuentas de los gastos que hubiere efectuado, que en puridad implica que el verbo por el cual se le habría entregado las sumas de dinero es para administrarlos; sin embargo, igualmente, en autos no se ha acreditado que el acusado como asistente del rectorado tenía dentro de sus funciones la de administrar los dineros que se le entregaron como encargo; por tanto, podemos inferir que la relación funcional contextualizada en el cargo que exige el tipo penal no se verifica. También, es cierto que ya el Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-I 16 en su fundamento 15<sup>78</sup> ha establecido que es posible incluso a través de una disposición verbal transferir o delegar parcialmente funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes

---

<sup>77</sup>R. N. N° 615-2015-Lima, del 16-08-2016 - Sala Penal Permanente.

<sup>78</sup> F. J. N° 15 del Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-I 16 establece como doctrina jurisprudencial que “Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos: a) que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito -funcionario o servidor público -y el patrimonio del Estado, b) El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos, y c) Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos a funcionarios o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no posea

públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía; sin embargo, no se ha acreditado quién le ha dado la orden aún verbal al acusado para administrar los fondos públicos que se le asignaba vía los comprobantes de pago que fueron convenidos -pues ello implicaría primero saber si la persona que le delegó o transfirió el deber de administrar, estaba dentro de su esfera de facultades el derecho de administrar los fondos públicos, situación que tampoco se ha advertido en autos -pues solamente se tiene acreditado que existe doce comprobantes de pagos donde se le asigna diversas sumas de dinero al acusado (precisado en el cuadro de líneas abajo); sin embargo, conforme ya se ha precisado no se especifica quién le ha asignado las funciones de administración del dinero y en su caso si el delegante o transferente tenía la facultad de administrar los fondos que le otorgaba vía comprobante de pago, tampoco se precisa cual era el objeto del dinero que se le entregaba; en cuya virtud, los hechos así propuesto no calza en el elemento de relación funcional. # Ciertamente la perito Yulemi Ofelia Valladares Díaz señaló en juicio que *\*[...] los encargos que se le había entregado al señor José Luís Aspilcueta no tenía el sustento correspondiente y que por lo tanto ese dinero había sido un dinero entregado por la Universidad para que el servidor público realice la administración de éstos recursos* sin embargo, la referido perito no precisa que dichas funciones de administración del dinero le estaban no solamente confiadas al acusado sino estipuladas como parte de sus obligaciones laborales y en su caso tampoco precisó quién le hizo el encargo, y si dicho persona es funcionario o servidor público con capacidad de transferir o delegar funciones de administración del dinero público; por tanto, subsiste el vacío de relación funcional en razón del cargo dado a la ausencia de hechos en las que se habría entregado el dinero. # Que se desprenda que tenga la calidad de administrar los fondos que se le haya entregado al acusado en calidad de encargo, no permite interpretar los hechos de vigilancia y control sobre el dinero entregado, y que éstos deberes sean propios de su cargo, dado que - conforme ya se precisó, no se ha actuado el MOF donde se precise cuáles son las funciones del acusado como asistente del rectorado, y en su caso, tampoco se ha acreditado quién fue la persona que le delegó funciones y si ésta última tenía el cargo de funcionario o servidor público, y de ser así, si tenía el deber de vigilar y cuidar de los caudales del estado como parte de sus obligaciones; en cuya virtud, se estima que éste elemento del tipo no se cumple.

**B) RESPECTO A LA PERCEPCIÓN.** No es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita - entendiéndose por caudales todos los bienes en general con contenido económico e incluido el dinero, mientras que los segundos son todos los bienes, objetos o cosas que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables; en tal sentido, vista así el concepto se tiene acreditado que el acusado ha recepcionado caudales, dado que vía convención probatoria se aceptó y por ende quedó probado que José Luís Aspilcueta Flores ha recibido vía los comprobantes de pago que se precisó líneas más arriba, los montos de dinero y en las fechas siguientes:

<b>N° pago</b>	<b>Comprobante</b>	<b>Monto otorgado</b>	<b>Fecha</b>
1623		2,900.00	31 de marzo del 2004
2731		128.80	21 de mayo del 2004
3976		2,950.00	22 de julio del 2004
4332		1,000.00	17 de agosto del 2004
5628		3,000.00	15 de octubre del 2004
6052		3,080.00	05 de noviembre del 2004
2730		1,420.00	21 de mayo del 2004
2764		148.50	25 de mayo del 2004
3114		2,950.00	14 de junio del 2004
5150		1,110.00	20 de setiembre del 2004
5762		1,550.00	20 de octubre del 2004
6760		1,550.00	09 de diciembre del 2004
<b>Total</b>		<b>21,787.30</b>	

Vale decir, el acusado aceptó expresamente que recibió o recepcionó la suma de S/ 21,787.30 soles, ello en calidad de encargo, que a decir, de la testigo Valderrama Díaz sería para administrarlos y luego rindiera cuentas, la misma que lo habría cumplido pero con boletas falsas, que realizada el Informe Especial de la OCI<sup>79</sup>, la observación de las rendiciones de cuentas alcanzarían la suma de S/ 21 515.30 soles, que ciertamente no existe fáctico expreso que se habría apropiado del mismo; sin embargo, se desprende que al haber rendido con boletas falsas, ello implica que el dinero otorgado por el encargo no se habría utilizado para el fin dado; por lo que la percepción propiamente dicha se verifica, más no así que dicha recepción se haya efectuado como

<sup>79</sup>Oficina de Control Institucional.

consecuencia del cumplimiento de sus funciones, dado que no se ha acreditado que el acusado haya tenido la obligación de percibir, cuidar y vigilar los montos que se le entregaba; en cuya virtud, la percepción como elemento objetivo del tipo no aparece.

**c) RESPECTO A LA APROPIACIÓN O UTILIZACIÓN.** Entendido el primero como la facultad de hacer suyo los caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública o colocándolo en situación de disponer de los mismos. Mientras que en el segundo caso, utilizar se refiere a aprovecharse de las bondades que permite el bien, sin tener propósito final de apoderarse para sí o para un tercero<sup>80</sup>. Como ya se dijo precedentemente, el Ministerio Público no ha señalado expresamente si el acusado se habría apropiado o únicamente lo habría utilizado, dado que: Señaló que al acusado se le habría entregado mediante diversos comprobantes de pago que ya fueron detallados en el cuadro de líneas arriba, la suma de S/ 21 787.30 soles, y que el acusado tenía la obligación de efectuar una rendición de los gastos que hubiera efectuado con dichos montos, que si bien ésta formalidad se habría cumplido; sin embargo, del Informe Especial efectuado por la Oficina de Control Interno de la Universidad, determinó que hubiera observaciones por el monto de S/ 21

515.30 nuevos soles, ya que -señala, presentó boletas adulteradas, que habrían sido expedidas por los negocios otorgantes por montos diferentes o a terceras personas y falsificadas ya que los supuestos otorgantes no existirían como personas jurídicas [...]; de cuyo fundamento se puede colegir que -en el supuesto a analizarse líneas siguientes, si el acusado hubiera efectuado la rendición de cuentas con boletas falsas, no tuvo otro propósito que apropiarse de los montos que rindió cuenta; sin embargo, la defensa ha cuestionado que haya efectuado rendiciones de cuenta con las boletas falsas, y en su caso ha convenido que hizo devolución de la suma de S/ 21 515.30 nuevos soles, lo que también hace inferir que únicamente lo ha utilizado, más no así que se haya apropiado. Se precisa, que lo descrito precedentemente, es una inferencia sobre la imputación y la prueba actuada, más no expresamente se ha señalado que el acusado se haya apropiado de la suma de dinero correspondientes al número de boletas -presuntamente adulteradas; consiguientemente no podemos establecer con certeza que en efecto se haya apropiado del dinero recibido, que no menos cierto es que se ha devuelto

---

<sup>80</sup>A. P. N° 4-2005/CJ-1 16.

mucho tiempo después; sin embargo, ello no puede subsumirse como apropiarse propiamente dicho; más aún si no existe imputación concreta en éste extremo<sup>81</sup>.

**D) DEL DESTINATARIO.- Para sí** -el sujeto activo puede actuar por cuenta propia apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. **Para otros**, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final de tercero<sup>82</sup>. En el caso de autos, se ha señalado que el acusado se ha apropiado, infiriéndose que sea para sí mismo; sin embargo, conforme se ha precisado en los puntos precedentes, no está probado que se haya dado previamente una apropiación; por lo que, igualmente la duda sobre el destinatario persiste.

Cabe precisar, que al no haberse acreditado con grado de certeza que se cumpla con todos los requisitos para que se configure el delito de peculado, corresponde absolver en éste extremo; en cuya virtud, procedemos al análisis del delito contra la fé pública; la misma que, con el mismo razonamiento desarrollado para el de peculado, debe proseguirse; vale decir, se debe analizar todos y cada uno de los elementos del tipo en referencia; así tenemos: **RESPECTO AL DELITO DE USO DEL DOCUMENTO PRIVADO FALSO**. Señala el Ministerio Público, que: 1.- El comprobante de pago N° 1623, lo habría sustentado con la carta de fecha 04 de agosto del 2004, por el monto de S/ 2900, con las siguientes boletas: # boleta de venta N° 000825, de NORVIC Distribuciones, de fecha 12 de abril del 2004, # boleta de venta N° 002189, de Roxana'S Florería, de fecha 01 de abril del 2004, # boleta de venta N° 000369, de NORVIC distribuciones SRL, de fecha 02 de abril del 2004, #boleta de venta N° 000725, de NORVIC distribuciones SRL, de fecha 05 de abril del 2004, #boleta de venta N° 000758 de NORVIC distribuciones SRL, de fecha 07 de abril del 2004, boleta de venta de SAC DÍA VERDE, N° 000500, de fecha 14 de abril del 2004, 2.- El comprobante de pago 002731, lo habría sustentado con la carta de fecha 04 de febrero del 2005, con las siguientes boletas: #boleta de venta N° 000505 del Restaurant El Montonero Arequipeño, de fecha 22 de mayo del 2004, 3.- El comprobante de pago N° 3976, lo habría sustentado con la carta de fecha 04 de febrero del 2005, con las siguientes boletas: #boleta de venta N° 002150, del Restaurant El Chamizal, con fecha 24

---

<sup>81</sup> A. P. N° 06-2008/CJ-1 16 establece que: la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado o a la persona a la que se le atribuye responsabilidad [...], con mención fundamentada del resultado de las investigaciones

de julio del 2004, #boleta de venta N° 0002320, del Restaurant El Chamizal, de fecha 04 de julio del 2004, #boleta de venta de NORVIC distribuciones SRL, N° 001341, de fecha 24 de julio del 2004, #boleta de NORVIC distribuciones SRL, N° 001361, de fecha 25 de julio del 2004, #boleta de venta N° 00167 de Florería Jazmín, de fecha 23 de julio del 2004, #boleta de venta N° 000174, de Florería Jazmín, de fecha 24 de julio del 2004, #boleta de venta N° 000558, del restaurant El Montonero Arequipeño, de fecha 24 de julio del 2004, **4.-** Del comprobante de pago N° 004332, sustenta con la carta de fecha 04 de febrero del 2005, con las siguientes boletas: #boleta N° 000192, de Florería Jazmín, de fecha 14 de agosto del 2004, #boleta de venta N° 0188, de Florería Jazmín, de fecha 18 de agosto del 2004, #boleta de venta N° 002405, del restaurant El Chamizal, de fecha 20 de agosto del 2004. **5.-** El comprobante de pago 5628 lo justifica con la carta de fecha 04 de febrero del 2005, con las siguientes boletas: #boleta de venta 00190, de NORVIC Distribuciones SRL, de fecha 15 de octubre del 2004, #boleta de venta N° 001411 de NORVIC SRL, de fecha 16 de octubre del 2004, #boleta de venta N° 0002405 del restaurant El Chamizal, de fecha 19 de octubre del 2004, #boleta de venta N° 002380, del restaurant El Chamizal, de fecha 16 de octubre del 2004, #boleta de venta N° 0001467, de NORVIC SRL, de fecha 17 de octubre del 2004, #boleta de venta N° 001423, de NORVIC SRL, de fecha 18 de octubre del 2004, #boleta de venta N° 002332, de Roxana”S Florería, de fecha 20 de octubre del 2004. **6.-** El comprobante de pago 6052 lo justifica con la carta 04 de febrero del 2005, con las siguientes boletas: # boleta de venta N° 00212 de Florería Jazmín, de fecha 06 de noviembre del 2004, #boleta de venta N° 000208, de Florería Jazmín, de fecha 06 de octubre del 2004, #boleta de venta 002320, de Restaurant El Chamizal, de fecha 07 de octubre del 2004, #boleta de venta N° 00217, de Florería Jazmín, de fecha 06 de noviembre del 2004, #boleta de venta N° 000637, del Restaurant El Montonero Arequipeño, de fecha 07 de noviembre del 2004, #boleta de venta N° 06168, de Florería Plaza Francia, de fecha 23 de noviembre del 2004, #boleta de venta N° 003786, DE Centro de Copias C.C.S.S., de fecha 15 de septiembre del 2004. **7.-** El comprobante de pago 2730 lo justifica con la carta de fecha 13 de agosto del 2004, con las siguientes boletas: # boleta de venta N° 001212, de NORVIC SRL, de fecha 23 de mayo del 2004, #bolcta de venta N° 001264, de NORVIC SRL, de fecha 24 de mayo del 2004, #boleta de venta N° 00592 del restaurant El Montonero Arequipeño, de fecha 26 de mayo del 2004, **8.-** El comprobante de pago 2764 lo justifica

con la carta de fecha 04 de febrero del 2005, con las siguientes boletas: #boleta de venta N° 000232, de Florería Jazmín, de fecha 26 de mayo del 2004, **9.-** El comprobante de pago 03114, lo justifica con la carta de fecha 04 de agosto del 2004, con las siguientes boletas: #boleta de venta N° 00685, de ANDRÉ, de fecha 15 de junio del 2004, #boleta de venta N° 002502, de Roxana”S Florería, de fecha 16 de junio del 2004, #boleta de venta N° 002200, de Roxana”S Florería, de fecha 16 de junio del 2004, #boleta de venta N° 001251, de Librería Jaimito, de fecha 18 de junio del 2004, #boleta de venta N° 001262, de Librería Jaimito, de fecha 18 de junio del 2004, **10.-** El comprobante de pago N° 05150, lo justifica con la carta de fecha 04 de febrero del 2005, con las siguientes boletas: #boleta de venta N° 002497, de Roxana”S Florería, de fecha 21 de septiembre del 2004, #boleta de venta N° 002452, de Roxana”S Florería, de fecha 23 de septiembre del 2004, #boleta de venta N° 00579, del Restaurant El Montonero Arequipeño, de fecha 23 de septiembre del 2004, **11.-** El comprobante de pago 5762, lo justifica con la carta de fecha 04 de febrero del 2005, con las siguientes boletas: #boleta de venta 0013520, de Librería Comercial Cotorrita, de fecha 20 de octubre del 2004, #boleta de venta N° 002380, del Restaurant el Chamizal, de fecha 20 de octubre del 2004, #boleta de venta 00205, de Florería Jazmín, de fecha 20 de octubre del 2004, #boleta de venta N° 000537, del restaurant El Montonero Arequipeño, de fecha 21 de octubre del 2004, y **12.-** El comprobante de pago 006760 lo justifica con la carta de fecha 04 de febrero del 2005, con las siguientes boletas: #boleta de venta N° 002327 de Roxana”S Florería, sin fecha de emisión, #boleta de venta N° 002315, de Roxana”S Florería, de fecha 11 de diciembre del 2004, y #boleta de venta N° 0013581, de Librería Comercial Cotorrita, de fecha 10 de diciembre del 2004.

*A todo lo anotado precedentemente, la perito Yulemi Ofelia Valladares Díaz, ha señalado que “llegó a la conclusión que de los encargos que se le ha otorgado al acusado no tenían sustento -habiendo realizado diversas constataciones y comprobaciones con la SUANT sobre el número de RUC, donde no le correspondía, así vinieron a deponer el efectivo policial Eusebio Delman Fernández Delgado, habiendo realizado la constatación al establecimiento ANDRE e la Avenida San Jerónimo d448 Umacollo que no estaba a la vista. También declaro el testigo Adolfo Ivanok Huamán de la Gala, habiendo realizado el Informe N° 002-2006-Oci, habiendo encontrado como hallazgos que las boletas que se justifica no le correspondía y no tenía sustento. Declaró*

Amanda Montesinos Lazarinos, quién conduce la librería Victoria que anteriormente se llamaba NORVIC, y que las cuatro boletas 1300, 1411, 1423 y 1467 no les corresponde, también en el mismo sentido se ha pronunciado respecto a las boletas 825, 369, 725, 751, 1341, 1361, 1467, 1423, 1212 y 1264, las mismas que tampoco le corresponden. La declaración de Doris Magda Luque Pariapaza, quien señaló que conduce la Comercial Cotorrita, señala que las boletas con números 13520, 13581 y 13582 no le corresponde a su establecimiento, dado que ha cambiado constantemente los formatos. Finalmente vino a deponer Gleny Ornar Zegarra Tovar, quién como efectivo policial, quién manifestó sobre la constatación efectuada en el Restaurant El Montonero Arequipeño, por su colega Din Barriga. De toda la prueba personal y documental actuada, se ha acreditado que en efecto las boletas señaladas por el señor fiscal, ciertamente son falsas, dado que se verifica que algunas adolecen de RUC diferente, no existe el establecimiento o se haya cambiado de formato; por ende se puede colegir que ciertamente se ha sustentado con documento privado falso; sin embargo, ninguno de las cartas de rendición de cuentas -que todas, están firmadas por el acusado, tienen sello de recepción de mesa de partes, que den fecha cierta del uso del documento ante la administración de la UNSA, que a decir, de la defensa no serían con las que el acusado habría sustentado las rendiciones de cuentas; empero, todas las cartas si están firmadas por el acusado, quién ha negado su firma, pero la misma se descarta dado que fueron obtenidos de los archivos de la Universidad Nacional de San Agustín, por ende se presume que son con las cuales se habría sustentado los gastos; no obstante, es preciso señalar que la defensa cuestiona señalando que habría prescrito, por lo que, en efecto no corresponde emitir pronunciamiento de fondo -pues, todas las boletas, en efecto datan del año 2004, y la pena conminada es de dos a cuatro años, aun habiendo sido dado la formalización preparatoria, en efecto el delito habría prescrito -pues, ha superado largamente más de doce años -cuya fecha que se toma son las mismas del límite de las boletas, por tanto, a la fecha ya fueron prescritas, no correspondiendo emitir pronunciamiento de fondo.

#### **CUARTO: Ámbito de la tipicidad o calificación jurídico penal:**

**4.1. Juicio de tipicidad.-** El tipo penal de Peculado Doloso, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 387° del Código Penal; en la parte considerativa se ha determinado que no alcanza todos los elementos configurativos del mismo, por las razones esbozadas en los fundamentos

precedentes y en los términos anotados, haciendo de la conducta del acusado **atípico** dado que no se ha acreditado la existencia de una relación funcional; en consecuencia, no se habría superado la valla del juicio de tipicidad, por lo que, conforme a las consecuencias establecidas por ley para esta circunstancia, debe resolverse con arreglo a los preceptos normativos pertinentes. Sobre la base del fundamento previo, se ha verificado que el delito Contra la Fé Pública en la modalidad de uso de documento privado falso, ya habría prescrito; por lo que, igualmente no cabe continuar con el análisis de los juicios de antijuricidad y culpabilidad.

#### **QUINTO: Fundamento absolutorio:**

**5.1.** En un proceso penal, la carga y el deber de la prueba, la tiene de manera exclusiva la parte acusadora y no el inculpado o su defensa. A quien acusa corresponde pues, y no a la defensa, la realización de esa “*actividad probatoria de cargo*”, necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia o establecer la responsabilidad penal de una persona; lo que en el caso de autos no ha sido posible, esto conforme a los fundamentos esgrimidos en los considerandos precedentes.

**5.2.** Por otro lado, cabe anotar que la primera de las garantías del debido proceso es el principio-derecho a la legalidad y a las exigencias que se derivan de éste, en particular el relativo al subprincipio de la tipicidad o taxatividad, tal como lo anota el artículo 9° de la Convención Americana que dispone: “*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”, así este principio constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales y un criterio rector en el ejercicio del poder sancionatorio del Estado democrático: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*.

**5.3.** Tal principio-derecho a la legalidad sancionatoria está reconocido en la Constitución del Estado en su artículo 2°, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: “*Nadie será procesado ni 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*”; en mérito a ello en la STC 00010-2002-AI/TC el Tribunal Constitucional estableció que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan

los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones; precisando además, en la STC 02050-2002-AA/TC, que: *“los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que se aplican en el ámbito del derecho penar.*

**5.4.** *Luego el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, establece que: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecidos en ella”.*

**5.5.** En ese orden, si la tipicidad es un elemento positivo del delito, la atipicidad entonces se traduce en un elemento negativo, el mismo que se da cuando un hecho atribuido a un sujeto no puede ser objeto de sanción por no encajar dentro de una descripción penal; lo anterior implica, el operador de la norma tiene comprobado un hecho, aprecia la conducta a partir de la hipótesis abstracta que la ley señala y concluye que uno de los elementos o todos, no concurren en el caso concreto, entonces, necesariamente debe absolverse, pues la atipicidad así entendida resulta una causa de exclusión del delito; en el caso de autos, conforme los fundamentos expuestos en la parte considerativa, la conducta imputada al acusado no resulta típica, ello en mérito a las razones esbozadas; lo cual, estando a las anotaciones previas hechas, conlleva a emitir un fallo absolutorio, lo que así debe resolverse.

### **SEXTO: Determinación del daño causado v correspondiente pago de reparación civil:**

**6.1.** La pretensión de indemnización de daños, es una pretensión de carácter civil en el que las partes son el obligado y el afectado, y se encuentra regulado fundamentalmente por normas contenidas en el Código Civil y las pertinentes del Código Penal (*artículos 93° y 101° del Código Penal y las normas pertinentes sobre responsabilidad civil extracontractual contenidas en el Código Civil*)<sup>83</sup>.

**6.2.** Sobre la línea anteriormente esbozada, no cabe imponer monto alguno por reparación civil, dado que para el delito de Peculado, la imputación resulta siendo atípica, y para el delito de Uso de Documento Privado Falso, la misma

---

<sup>83</sup> Carlos Fernández Sessarego y otros, Daño a la Persona-pautas jurisprudenciales, ediciones “Del Foro”, Montevideo, 1996, Pág. 14.

ya habría prescrito al día de la fecha, en cuya virtud, también habría prescrito el pago de la reparación civil extracontractual derivada del delito. Ciertamente, el inciso 3) del artículo 12 del Código Procesal Penal, establece que en la sentencia absolutoria, el juzgador debe pronunciarse sobre la reparación civil; sin embargo, tal supuesto no es posible aplicar al caso de autos, por la razón de la atipicidad y la prescripción arriba anotada.

### **SÉPTIMO: Fundamentación de las costas:**

El artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal señala que, *la justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales*, luego el artículo 497° del código acotado señala que, *toda decisión que ponga fin al proceso penal, establecerá quien debe soportar las costas del proceso*; además, dispone que, *el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse de oficio y motivadamente sobre el pago de las costas*-, y que las costas están a cargo del vencido, pero el órgano jurisdiccional puede eximirlo, total o parcialmente, cuando hayan existido razones serias y fundadas para promover o intervenir en el proceso. En el caso de autos, se ha establecido la absolución del acusado por razones fundadas en la atipicidad de la conducta imputada (*véase la parte considerativa de la presente*), por lo que, no corresponde imponer costas, ello de conformidad con lo que dispone el artículo 501°. 1 del Código Procesal Penal.

### **III.- PARTE RESOLUTIVA.**

Por estas consideraciones, impartiendo Justicia a nombre del Pueblo de quien emana dicha potestad. **FALLO:**

**PRIMERO.- ABSUELVO:** A **ASPILCUETA FLORES JOSÉ LUIS**, cuyas calidades personales obran en la parte introductoria de la presente, de la comisión del delito de Peculado Doloso por Apropiación, previsto en el artículo 387° del Código Penal, en concurso idela con el delito Contra la Fe Publica, en la modalidad de Uso de Documento Privado Falso, previsto y penado en el artículo 427° del Código Penal, en agravio del **ESTADO PERSONIFICADO POR LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN**, REPRESENTADO POR LA PROCURADURÍA PÚBLICA DE LOS ASUNTOS JUDICIALES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

**SEGUNDO.- DISPONGO** QUE CONSENTIDA SEA LA PRESENTE SENTENCIA SE REMITAN LOS OFICOS PARA LA ANULACION DE LOS ANETCEDENETS PENALES Y JUDICIALES QUE SE HUBIERA GENERADO CON LA TRAMITACIÓN DE LA PRESENTE CAUSA.

**TERCERO.- DISPONGO** NO FIJAR MONTO POR CONCEPTO DE REPARACIÓN CIVIL.

**CUARTO.- DISPONGO** QUE NO CORRESPONDE FIJAR COSTOS, EN ATENSIÓN A LO EXPUESTO EN EL ÚLTIMO CONSIDERANDO, AL IGUAL QUE NO CORRESPONDE DISPONER LA INHABILITACIÓN POSTULADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO.

**QUINTO** Una vez consentida sea la presente sentencia se remitan los oficios para el registro correspondiente. **Tómese razón y hágase saber.-**



**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA  
TERCER JUZGADO UNIPERSONAL DE PROCESO INMEDIATO DEL FLAGRANCIA,  
OMISION A LA ASITENCIA FAMILIAR Y CONDUCCION EN ESTADO DE EBRIEDAD**

EXPEDIENTE :01939-2013-32-0401-JR-PE-02  
ESPECIALISTA :RICHARD JOSE SUCAPUCA FLORES  
M.PUBLICO :2DAFPC- DRA ISABEL HURTADO M  
IMPUTADO :CARLOS ALBERTO CUENTAS ARESTEGUI, Y OTROS  
DELITO :PECULADO DOLOSO AGRAVADO  
AGRAVIADO :PROCURADOR PÚBLICO ANTICORRUPCION Y OTRA

**SENTENCIA N°197-2017-3JPU**

Arequipa, veinticuatro de julio  
Del año dos mil diecisiete.-

**I- PARTE EXPOSITIVA:**

**PRIMERO.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO:**

La audiencia se ha desarrollado ante el Tercer Juzgado Penal Unipersonal, en el proceso número 01939-2013-32-0401-JR-PE-02, seguido en contra de **CARLOS ALBERTO CUENTAS ARÉSTEGUI, NICOLÁS JAVIER RODRIGUEZ FRANCO** en calidad de **COAUTORES y MARÍA JESÚS CAMA RÍOS** como **cómplice primario** por el delito de **PECULADO**, previsto en el primer y segundo párrafo del artículo 387 del Código Penal, conforme a la Ley 26198, en agravio del **ESTADO REPRESENTADO POR LA PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCION**, así como en contra de **CARLOS ALBERTO CUENTAS ARÉSTEGUI y NICOLÁS JAVIER RODRÍGUEZ FRANCO** por el delito de **OMISIÓN DE FUNCIONES**, previsto en el artículo 377° del Código Penal en agravio de la **SOCIEDAD DE BENEFICENCIA PÚBLICA DE AREQUIPA**

**SEGUNDO.- IDENTIFICACIÓN DE LOS ACUSADOS:**

**2.1. - CARLOS ALBERTO CUENTAS ARÉSTEGUI**, identificado con Documento Nacional de Identidad número 29665008, nacido el 07 de agosto de mil novecientos sesenta, natural de Juliaca - Puno, de cincuenta y seis años de edad, hijo de Carlos y Emma, sexo masculino, Contador Público Colegiado, con un ingreso mensual promedio de tres mil ochocientos Nuevos Soles, casado, dos hijos, sin antecedentes penales.

**2.2. - NICOLÁS JAVIER RODRÍGUEZ FRANCO**, identificado con Documento Nacional de Identidad número 29254316, nacido el 02 de junio de mil novecientos cincuenta y nueve, natural de Arequipa, de cincuenta y seis años de edad, hijo de Lucio y Carmen, sexo masculino, con estudios superiores en Contabilidad, empleado público, con un ingreso mensual promedio de mil doscientos Nuevos Soles, casado, dos hijos, con domicilio real en la Urbanización Amauta N-2 JBYR, sin antecedentes penales.

**2.3. - MARÍA JESÚS CAMA RÍOS**, identificada con Documento Nacional de Identidad número 29253910, nacida el 28 de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, natural de Arequipa, de sesenta y ocho años de edad, hija de Moisés y Mercedes, sexo femenino, con secundaria completa, recepcionista, con un ingreso mensual promedio de mil doscientos soles, soltera, con dos hijos, con domicilio real Cruz Verde N° 419(segundo patio), sin antecedentes penales.

**TERCERO: IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES AGRAVIADAS.-**

Se ha considerado como agraviados al **Estado representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción** y la **Sociedad de Beneficencia Pública de Arequipa (SBPA)**.

**CUARTO: DESARROLLO PROCESAL.-**

Por el mérito del auto de enjuiciamiento se dictó el auto de citación a juicio, citándose a los sujetos procesales a juicio oral, el que se instaló y se desarrolló en sesiones consecutivas. Se escuchó los alegatos de apertura de la representante del Ministerio Público, así también de la defensa de los acusados; Al inicio del juicio y luego de recordar a los acusados sobre sus derechos, y al preguntárseles si admitían ser autores de los delitos materia de acusación y

responsables de la reparación civil; estos, previa consulta con sus abogados defensores, manifestaron **No aceptar los cargos formulados** en su contra. En tal sentido se actuó la prueba personal admitida y se oralizó la prueba documental. Luego se recepcionó los alegatos de clausura de las partes, luego los acusados ejerciendo su autodefensa material expresaron su última palabra. Se cerró el debate oral, pasando la señorita Juez al acto de la deliberación y expedición de la sentencia.

## **II.- PARTE CONSIDERATIVA**

### **PRIMERO.- PRETENSIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

#### **1.1. ENUNCIACIÓN DE LOS HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS OBJETO DE LA ACUSACIÓN:**

A través de la Resolución de Intendencia N° 154 310000/2008-000688, de fecha octubre del

**2.4.** (fojas 328), se adjudicó al Ministerio de la Mujer y de Desarrollo Social - MINDES, la mercadería contenida en el Acta de Entrega N° 154-000C-AC-2008-000135, por un importe equivalente a \$ 37,086.00 dólares americanos, entre esta mercadería se encontraban 2063 kilos de ropa de segundo uso, de un valor de \$ 12,378.00 dólares americanos, todo los bienes adjudicados al MINDES fueron entregados en custodia al Programa Nacional de Asistencia Alimentaria - PRONAA conforme obra del acta de entrega y recepción N° 248-2008/MIMDES/OGA/OCP, de fecha 18 de noviembre del 2008, a través del Acta de Entrega de Bienes Muebles Adjudicados N° 005-2009-MINDES-OGA-OCP, de fecha 29 de enero del 2009, la Jefa de la Oficina de Control Patrimonial de MINDES, entrego todos estos bienes donados que se encontraban en custodia del PRONAA al representante de FONCODES, a título gratuito y para que en el plazo de 30 días hábiles de suscrita la citada acta, dicho representante presente al MINDES el padrón de beneficiarios que sustente la entrega de los bienes.

En fecha 27 de abril del 2009, se realizó una reunión de Coordinación Sectorial MIMDES Arequipa, donde el entonces Presidente del Directorio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Arequipa, Carlos Cuentas Aréstegui, asumió el compromiso de entregar en la donación la ropa usada como parte de la tarea colectiva de la Coordinación Sectorial MIMDES, quien firmo la relación de asistentes a dicha reunión (fojas 188).

#### **CIRCUNSTANCIAS CONCOMITANTES Y HECHO PUNIBLE:**

El 06 de junio del 2009, el representante de FONCODES, Miguel Jasahui Bocanegra, por encargo de la Jefatura Zonal Arequipa de dicho ente, entrego a Javier Rodríguez Franco, en su condición de Jefe de Logística y representante de Carlos Cuentas Arestegui, Presidente del Directorio de la SBPA, los 2,063.00 kilos de la citada ropa de segundo uso, valorizado en \$

12,378.0 dólares americanos, con el fin que se encargue de su fumigación, selección y distribución, como obra del Acta de Entrega Donación de ADUANAS al MIMDES N° 154-00C-AC-2008-00135. Esta ropa se hallaba repartida en 46 sacos, y su condición era de utilizable la misma que estaba destinada a sectores sociales vulnerables en riesgo, conforme se verifica de la citada acta.

Sin embargo, esta ropa usada entregada por FONCODES a Carlos Cuentas Arestegui, no fue ingresada a los almacenes de la Sociedad de Beneficencia Pública para su custodia como correspondía, pues el 24 de junio del 2009, una comisión de la SBPA, en la que se encontraba Javier Rodríguez Franco, David Jesús Ponce Cáceres (jefe del Órgano de Control Institucional de la SBPA), Oscar Enrique Torres Villanueva (Almacenero de la SBPA) y otros empleados de la citada entidad, procedieron a trasladar la ropa donada desde el almacén del PRONAA a las instalaciones del Centro de Salud Mental Moisés Heresi, donde fue dejada por esta comisión de manera irregular, sin documentación que sustente su ingreso y sin dejar a cargo un responsable para su custodia. El 30 de junio del 2009, siendo las 09:00 horas, se fumigo esta ropa y siendo las 18:00 horas aproximadamente, un grupo de seis personas ajenas a la SBPA, entre las que se encontraba María Jesús Cama Ríos, quien refirió actuar por órdenes de Carlos Alberto Cuentas Arestegui, procedieron a retirar 26 fardos de la ropa con destino desconocido, siendo que el 06 de julio del 2009, María Cama Ríos devolvió 4 bolsas de plástico con ropa usada; sin embargo, esta ropa devuelta era distinta a la que fuera ingresada el 24 de junio, ya que se trataba de ropa menuda como shorts, medias, corbatas, entre otros, que no era apta para el uso de personas.

En sesión de directorio del 18 de junio del 2009, el imputado Cuentas Arestegui informó al directorio que FONCODES había comunica que había dos toneladas de ropa usada que podía ser donada a la SBPA, pero había que fumigarla, omitiendo dar cuenta a los miembros del directorio que para esa fecha ya se le había entregado la ropa donada.

Por lo tanto, la ropa donada por FONCODES estaba en custodia y administración de Carlos Alberto Cuentas Arestegui, entonces presidente de la SBPA, quien de forma dolosa omitió dar cuenta al Directorio de la SBPA de esta donación que estaba destinada a sectores sociales vulnerables, y se había realizado el 06 de junio del 2009, por el contrario, contando con la ayuda de Javier Rodríguez Franco, jefe de Logística de la citada entidad, quien actuó en complicidad con Cuentas Arestegui y efecto de ayudarlo en la comisión del delito de Peculado, omitió las funciones que este tenía, relacionadas con el trámite administrativo que se daba a la ropa donada y que en su condición de Jefe de Logística le correspondía, y también omitió informar a la Gerencia General respecto de estos bienes, los que nunca ingresaron al almacén de la entidad agraviada, sino más bien fue trasladada por Javier Rodríguez al Centro de Salud Mental Moisés Heresi, donde la dejó sin la documentación que sustente su ingreso a dicho Centro de Salud y sin un responsable para su custodia, esta acción permitió que María Jesús Cama Ríos, -persona ajena a la SBPA - en complicidad con Carlos Alberto Cuentas Aréstegui, procediese a apropiarse de parte de lo mejor de esta ropa y se la lleva, para posteriormente retornar a dicho centro de salud, ropa ya cambiada por otra inservible, la misma que luego tuvo que ser depositada en el techo del pabellón de varones, sin que jamás se entregue a la población a la que estuvo destinada, por lo que Carlos Alberto Cuentas Aréstegui contando con la complicidad de Javier Rodríguez Franco, jefe de logística, quien para apoyar en el delito de Peculado, incurrió en el delito de Omisión de Funciones. Además Carlos Alberto Cuentas Aréstegui conto con la ayuda de la cómplice María Jesús Cama Ríos, quien se apropió de parte de esta ropa donada dándole un fin distinto al que estaba destinada. Siendo además que Cuentas Aréstegui, el 18 de junio del 2009 omitió dar cuenta al Directorio que esta ropa ya había sido donada a la Sociedad de Beneficencia por FONCODES, no obstante, esta conducta fue desplegada por este a fin de consumir el delito de Peculado, por lo tanto a esta omisión se le tiene como un delito medio, que debe ser sancionado como un concurso ideal de delitos.

#### **CIRCUNSTANCIAS POSTERIORES:**

El 08 de setiembre del 2009, se realizó un acta de verificación del estado de donación de ropa usada, constatándose que en el Centro de Salud Mental Moisés Heresi, se encontraba 1936 kilos de ropa usada, depositada en el techo del pabellón de varones, siendo el estado de dicha ropa totalmente deteriorada, no apta para el uso de personas, asimismo, se verificó que estas prendas consistían en su mayoría en shorts, medias y corbatas.

#### **1.2.CALIFICACIÓN JURÍDICO PENAL:**

Los hechos se han investigado y acusado como los delitos: de Peculado Doloso Agravado, previsto en el primer y segundo párrafo del artículo 387 del Código Penal, conforme a la Ley 26198 y el delito de Omisión de Funciones, previsto en el artículo 377° del Código Penal.

#### **1.3.PRETENSIÓN PENAL Y CIVIL:**

La Fiscalía ha solicitado que se imponga a los acusados, Carlos Alberto Cuentas Aréstegui, Nicolás Javier Rodríguez Franco y María Jesús Cama Ríos, **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, en tanto que la **Sociedad de Beneficencia Pública de Arequipa**, constituida en actor civil, solicitó que los acusados, Carlos Alberto Cuentas Aréstegui y Nicolás Javier Rodríguez Franco, abonen por concepto de reparación civil, la suma de US\$.12,348.00 dólares americanos; mientras que el **Estado, representado por el Procurador Público Anticorrupción**, también constituido en actor civil, solicitó la suma de S/.70,000.00 soles, a razón de US\$. 12,348.00 dólares americanos, que a la fecha de comisión los hechos y al tipo de cambio vigente en aquella data (S/.2.976), equivalían a S/. 36,624.16 soles, ello por el daño patrimonial, así como la suma de S/.33,375.84 soles por daño extra patrimonial, ello en forma solidaria entre todos los acusados.

#### **SEGUNDO.- POSTURA DE LAS DEFENSAS DE LOS ACUSADOS.**

**2.1.-**La defensa del acusado **NICOLÁS JAVIER RODRÍGUEZ FRANCO** ha indicado que: su defendido no ha trasgredido ninguna norma administrativa ni incurrió en responsabilidad penal, tampoco ha perpetrado el delito de Peculado por apropiación doloso agravado, y menos a cometido el delito de Omisión de Actos Funcionales, la acusación señala que la ropa de segundo uso fue dejado de manera irregular, sin documentación que sustente su ingreso y sin dejar a cargo un responsable para su custodia, ello no es así, porque el Centro Asistencial Moisés Heresi que forma parte de la Beneficencia Pública tiene personal que se encarga de dicha institución( director, vigilantes etc.), Que su defendido Nicolás Javier Rodríguez Franco no incumplió con la directiva N° 002-2003 de la Beneficencia Pública, que se titula “Lincamientos para la captación, recepción, registro, aceptación, otorgamiento y control de donaciones en la SPBA”, sin embargo no indica de adjudicaciones que no es lo mismo; por lo que ha solicitado la absolución del mismo, y que no corresponde pagar ningún tipo de reparación civil, puesto que el mismo no es autor de los delitos que se le imputan.

**2.2.-**La defensa de la acusada **MARÍA JESÚS CAMA RÍOS**; ha indicado que la misma tampoco habría participado en la apropiación de la ropa usada, y que en ningún momento habría cambiado la ropa por otra ropa inservible, lo que resulta ser falso, siendo inocente de los cargos que se le imputa, por lo que no corresponde pagar ningún tipo de reparación civil, solicitando la absolución de la misma.

**2.3.-**La defensa del acusado **CARLOS ALBERTO CUENTAS ARÉSTEGUI**; se dice en su acusación por parte del Ministerio Público, que se habría entregado por parte de la SUNAT al MINDES fardos de ropa usada, sin embargo, ello no es cierto ya que se va acreditar con los medios de prueba, que lo que hubo es una adjudicación que hizo SUNAT al MINDES, luego el MINDES al PRONAA, y este al FONCODES, lo que sólo hizo es un encargo, no hay entrega, ni donación eso va demostrar la defensa; el Tribunal Constitucional se pronunciado en el caso Sivina, que no se puede utilizar el derecho de manera abusiva, mi patrocinado era el presidente y cada quien tiene un rol, por lo que él no sería el responsable, la defensa también le causa extrañeza el motivo por que no está también procesado el Vigilante, quien era encargado de custodiar la mencionada ropa, por lo que hubo aquí es un encargo, en este proceso se deberá de absolver a mi patrocinado ya que no habría cometido el delito Omisión de Funciones ni el delito de peculado doloso, mucho menos debe reparar ninguna reparación civil, lo que reitero aquí no es donación, lo que hay aquí es una adjudicación.

**TERCERO: LEY SUSTANTIVA APLICABLE.-**

Según lo prevé el artículo 6° del Código Penal: “*La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales*”<sup>1</sup>. En el presente caso, no existe problema en cuanto a la delimitación de su aplicación en el tiempo.

**CUARTO.- FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.-**

**4.1. NORMATIVIDAD APLICABLE AL CASO:**

**4.1.1.RESPECTO AL DELITO DE PECULADO DOLOSO**

El tipo penal de **PECULADO**, se encuentra previsto en el artículo 387° del Código Penal, el cual establece que: “*el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años...*”.

**a)BIEN JURÍDICO:** se hace alusión a un comportamiento que subvierte los objetivos esenciales de la Administración Pública según el Estado Social que es de servir a la comunidad, de modo que el agente tuerce dichos cometidos perturbando el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

**b) SUJETO ACTIVO:** este constituye un delito especial propio por lo cual la calidad de autor solo puede tenerla un “funcionario o servidor público” que en razón de su actuación funcional, se apropia y utiliza caudales o efectos, cuya administración o percepción o administración le estén confiados en mérito de su cargo.

**c) SUJETO PASIVO:** el Estado como titular y dueño del patrimonio que administran, custodian o perciben los funcionarios o servidores públicos, a razón del cargo funcional que ejercen.

**d) MODALIDAD TÍPICA:** La conducta será en principio comisiva, en el sentido de que el autor ha de ejecutar una acción de apropiación o de utilización, dando lugar a una nueva esfera de custodia, sustraída del ámbito privativo de la Administración.

#### **4.1.2.-EN CUANTO AL DELITO DE OMISIÓN DE FUNCIONES:**

Previsto y penado en el artículo N° 377 primer párrafo del Código Penal.

**a).-Bien Jurídico:** El bien jurídico tutelado es proteger el normal desenvolvimiento y funcionamiento de la administración Pública, en cuanto oportunidad y eficacia en el cumplimiento de las funciones públicas.

**b).-Sujeto Activo:** No puede ser cualquier persona, pues se requiere que sea el funcionario público a título singular o colegiado en las diversas jerarquías que señale la ley o el reglamento respectivo.

**c).-Sujeto Pasivo:** Es la administración pública.

**d).-Comportamiento Típico:** Se reprime la conducta del funcionario público que, ilegalmente, omite algún acto de su cargo.

#### **QUINTO: CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

**5.1** En principio, toda sentencia, dentro de los marcos exigidos por el artículo 394.3<sup>2</sup> del Código Procesal Penal, debe contener la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas y la valoración de la prueba que la sustenta, con la indicación del razonamiento que la justifique.

**5.2** Debiendo establecerse con carácter previo, que este Juzgado, **sólo puede valorar** la prueba actuada en juicio; este límite a la valoración probatoria no es una decisión dejada al arbitrio del juez, sino más bien, que se halla normada en el Artículo 393° del Nuevo Código Procesal Penal, que establece “(...) **1. El Juez Penal no podrá utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el Juicio**”. Lo que es correcto a los fines que sustentan el nuevo modelo procesal penal, entre éstos el de inmediación, contradicción, oralidad, publicidad, etc.

**5.3.** - En primer término corresponde, indicar que el juicio diseñado por el nuevo Código Procesal Penal *es oral*, lo que no significa que sea extremistamente oral, pues existen actos que son predominantemente escritos, como es el caso de la **acusación y de la sentencia**. La acusación pues, queda fijada definitivamente en el escrito de acusación que da inicio a la etapa

<sup>1</sup> **Artículo 394 Requisitos de la sentencia.-** La sentencia contendrá: **1.** La mención del Juzgado Penal, el lugar y fecha en la que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes y los datos personales del acusado **2. La enunciación de los hechos v circunstancias objeto de la acusación**, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado **3.** La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique, **4.** Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo **5.** La parte resolutive, con mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido Contendrá además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito **6.** La firma del Juez o Jueces (*el resaltado y subrayado es nuestro*).

intermedia y que es controlada en dicha etapa, por esta razón para comprobar si se cumple el deber de correlación de la sentencia con la acusación debe atenderse a dicho escrito.

**5.4.-**En esa perspectiva, **el juez no puede condenar por distintos hechos a los imputados en la acusación**<sup>3</sup>, ya que en la acusación, el Ministerio Público realiza la imputación de los hechos al procesado, **y no lo hace en los alegatos de apertura**, éstos sólo constituyen una oralización resumida de aquélla.

**5.5.-**Lo antes expresado, consolida el *principio de correlación entre acusación y sentencia*, según el cual, se pretende que **en la sentencia no se produzcan variaciones al marco fáctico que se imputó**, que afecten o impidan el ejercicio de una adecuada defensa, es decir no puede haber variaciones ***en el núcleo esencial de la acusación***, lo que constituye el verdadero debate, el *thema probandum*.

**5.6.-**Es claro pues, que los hechos sobre los cuales se funda la acusación son elementos integrantes del objeto procesal<sup>4</sup>. Como indica Sierra Domínguez<sup>5</sup>, no se pueden modificar sin límite alguno, lo contrario supondría dejar al imputado en la mayor indefensión. Debe respetarse como mínimo dos elementos esenciales de la pretensión punitiva: **Los hechos objeto del proceso y el imputado**, por esta razón, el órgano jurisdiccional no puede introducir en el proceso hecho distintos, **ni condenar o absolver sobre hechos sobre los que no ha versado el proceso**.

## **SEXTO.- EVALUACIÓN DE LOS EXTREMOS ACTUADOS Y PROBADOS**

6.1.-En principio, toda sentencia, dentro de los marcos exigidos por el artículo 394.3<sup>6</sup> del Código Procesal Penal, debe contener la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas y la valoración de la prueba que la sustenta, con la indicación del razonamiento que la justifique.

6.2.-Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas responde a un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y al mismo tiempo es un derecho constitucional de los justiciables, precisando en decisión vinculante que *"...La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por si misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si ésta es breve o concisa (...) Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver..."*. Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente No. 1230-2002-HC/TC (Caso César Tineo Cabrera).

Que, para efectos de determinar los alcances del delito se tiene en cuenta la doctrina jurisprudencial vinculante indicada en el **ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116**, sobre Definición y estructura típica del delito de peculado. Art. 387° del Código Penal y conforme las premisas fácticas postuladas por el Ministerio Público conforme al siguiente detalle:

### **6.3.-Respecto a la calidad de los acusados.-**

<sup>1</sup> En este sentido la exposición de motivos del Nuevo Código Procesal penal señala que éste fue edificado sobre la base del modelo acusatorio del proceso penal cuyas grandes líneas rectoras son Separación de funciones y de investigación y juzgamiento el juez no procede de oficio *el juez no puede condenar ni a persona distinta de la acusada, ni por hechos distintos de los imputados (...)*

<sup>2</sup> En este sentido Vélez Mariconde Los principios del proceso penal Pág 28 Gutiérrez de Caviedes La correlación entre acusación y sentencia Pág 520. Aldana Pérez Morales Correlación entre acusación y sentencia Pág 23 y 24

<sup>3</sup> Sierra Domínguez. M "El Juicio Oral" En *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Barcelona Pag 776

\* Artículo 394 Requisitos de la sentencia.- La sentencia contendrá 1. La mención del Juzgado Penal, el lugar y fecha en la que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, y los datos personales del acusado 2. **La enunciación de los hechos v circunstancias objeto de la acusación**, las pretensiones penales y civiles introducidas en el juicio, y la pretensión de la defensa del acusado 3. La motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas, y la valoración de la prueba que la sustenta, con indicación del razonamiento que la justifique 4. Los fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias, y para fundar el fallo 5. La parte resolutive, con mención expresa y clara de la condena o absolución de cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido Contendrá además, cuando corresponda el pronunciamiento relativo a las costas y lo que proceda acerca del destino de las piezas de convicción, instrumentos o efectos del delito 6. La firma del Juez o Jueces (*el resallado y subrayado es nuestro*).

La fiscalía indica que: *Javier Rodríguez Franco, en su condición de Jefe de Logística y representante de Carlos Cuentas Arestegui, Presidente del Directorio de la SBPA, (.J, por lo que corresponde analizar dicho extremo:*

Se encuentra acreditado en grado de certeza que el acusado **Carlos Cuentas Arestegui** tenía la función de Presidente del Directorio de la Sociedad de la Beneficencia Pública, conforme se tiene de la oralización la **Resolución Ministerial N° 210-2008-MINDES de fecha 20 de mayo del 2009** que resuelve: “*Designar a partir de la fecha al señor Carlos Alberto Cuentas Arestegui, como Presidente del Directorio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Arequipa*”. Así también el acusado **Nicolás Javier Rodríguez Franco** tenía la calidad de Jefe de Logística de la Sociedad de Beneficencia Pública de Arequipa conforme se tiene de la oralización de la **Resolución de Presidencia de fecha 23 de enero del 2009** donde se resuelve: “*Designar a partir del 26 de enero del año 2009 con el cargo de Jefe de Logística de la Sociedad de Beneficencia de Arequipa, nivel remunerativo F-3 al Sr. Nicolás Javier Rodríguez Franco, conservando el mencionado servidor su nivel de carrera alcanzado*”, siendo que se le considera como servidor y funcionario público, ello en base al informe N° 357-2012-SBPA-OP de fecha 27 de noviembre del 2012 emitido por la Jefa de Personal.

En esa línea, los encausados tenían la calidad de sujetos activos ya que eran funcionarios o servidores públicos que reunían las características de relación funcional.

#### **6.4 Respetto de la percepción de caudales, apropiación, en cualquier forma, para sí, de tales caudales y la relación funcional y la responsabilidad de los acusados Nicolás Rodríguez Franco y Carlos Cuentas Arestegui**

El Ministerio Público postula que “*...En fecha 27 de abril del 2009, se realizó una reunión de Coordinación Sectorial MIMDES Arequipa, donde el entonces Presidente del Directorio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Arequipa, Carlos Cuentas Aréstegui, asumió el compromiso de entregar en donación la ropa usada como parte de la tarea colectiva de la Coordinación Sectorial MIMDES, quien firmo la relación de asistentes a dicha reunión(...)*” “*(...)la ropa donada por FONCODES estaba en custodia y administración de Carlos Alberto Cuentas Arestegui, entonces presidente de la SBPA, quien de forma dolosa omitió dar cuenta al Directorio de la SBPA de esta donación que estaba destinada a sectores sociales vulnerables... contando con la ayuda de Javier Rodríguez Franco, jefe de Logística de la citada entidad, quien actuó en complicidad con Cuentas Arestegui y efecto de ayudarlo en la comisión del delito de Peculado, omitió las funciones que este tenía, relacionadas con el trámite administrativo que se daba a la ropa donada y que en su condición de Jefe de Logística le correspondía, y también omitió informar a la Gerencia General respecto de estos bienes, los que nunca ingresaron al almacén de la entidad agraviada, sino más bien fue trasladada por Javier Rodríguez al Centro de Salud Mental Moisés Heresi, donde la dejó sin la documentación que sustente su ingreso a dicho Centro de Salud y sin un responsable para su custodiaf..)*” “*El 30 de junio del 2009, siendo las 09:00 horas, se fumigo esta ropa y siendo las 18:00 horas aproximadamente, un grupo de seis personas ajenas a la SBPA, entre las que se encontraba María Jesús Cama Ríos, quien refirió actuar por órdenes de Carlos Alberto Cuentas Arestegui, procedieron a retirar 26 fardos de la ropa con destino desconocido, siendo que el 06 de julio del 2009, María Cama Ríos devolvió 4 bolsas de plástico con ropa usada; sin embargo, esta ropa devuelta era distinta a la que fuera ingresada el 24 de junio, ya que se trataba de ropa menuda como shorts, medias, corbatas, entre otros, que no era apta para el uso de personas*”, por lo que corresponde determinar si concurre dicha premisa fáctica: Que sobre este extremo la defensa cuestiona que no ha existido donación y por el contrario ha existido tan sólo encargo y no existe por lo tanto relación funcional y no se encuentra acreditado dicho tipo penal; siendo que este extremo el que ha sido materia de controversia en el juicio oral, lo cual también ha sido evidenciado mediante *Sentencia de Vista Nro. 017-2017 de fecha 16 de marzo del 2017 emitido por la Primera Sala Penal (quien reviso la causa en apelación)* al señalar que: “*Entonces, la descripción contenida en el rubro circunstancias precedentes, denotaría que la Coordinación Sectorial del Ministerio de la Mujer, delegó en Cuentas Arestegui el “encargo” de distribuir la ropa, objeto de donación por Aduanas -como sostiene la apelación del acusado Rodríguez Franco-; o, esta ropa donada inicialmente por Aduanas al Ministerio de la Mujer, a su vez, como consecuencia de la reunión de Coordinación Sectorial del Mimdes Arequipa del 27 de abril del 2009, fue “donada” a la Sociedad de Beneficencia Pública de Arequipa, como*

se enuncia en el acápite circunstancias concomitantes y hecho punible./..) El deslinde y precisión exigidos, es necesario en razón a la naturaleza del ilícito que se juzga -delito de peculado-, mismo que conforme los lineamientos esbozados en el **Acuerdo Plenario Nro.4-2005/CJ-116**, observando la teoría de los delitos de infracción del deber, requiere en su estructura típica la concurrencia del elemento **“relación funcional”**, entendida como “...el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos...”<sup>7</sup>; salvo que el juzgador opte por una apreciación jurídica diferente para dilucidar la controversia, por ejemplo la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado<sup>8</sup>. (...) siendo que la donación -institución jurídica que tiene como característica que el donatario, asume la propiedad de los bienes que recibe, conforme al artículo 1621° del Código Civil<sup>9</sup>-; empero, al no analizarse a cabalidad el título con el que Cuentas Arestegui recibió los bienes, no está descartado que fue como “encargo”, cuya naturaleza definitivamente es diferente a la donación, en cuanto no genera transferencia de propiedad. De ser esta última forma en que se recibieron los bienes -encargo-, el análisis se circunscribiría a determinar si eran las mismas exigencias administrativas a observar por los acusados Cuentas Arestegui y Rodríguez Franco, como en el caso de las donaciones(...), P<sup>or</sup> lo que corresponde analice dicho extremo:

Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado, **a.** Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos, **b.** La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos

Que, de la oralización de la **Resolución de Intendencia de SUNAT N° 000328** se tiene que SUNAT -ADUANAS resolvió: “Adjudicar al Ministerio de la Mujer y de desarrollo social- MIMDES, representado por la Sra. María Isabel Jhong Guerrero identificada con DNI N° 08174409, las mercancías contenidas en la Acta de Entrega N° 154-000C-AC-2008-000135 del 07.10.2008 por un importe equivalente a US\$ 37, 056 00 las mismas que deben estar destinadas a los fines institucionales(..). se tiene que dichos bienes fueron entregados al PRONAA conforme se ve del **Acta de entrega y recepción N° 248-2008/MIMDES/OGA/OCP de fecha 18 de noviembre del 2008** realizado entre el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria- PRONAA Arequipa representado por el señor Hipólito Arturo Valderrama Chávez y Ketty Maribel Torrejón Santillán como Jefa de la Oficina de Control Patrimonial del Ministerio de la Mujer y desarrollo social- MIMDES, donde se señala: “finalidad proceder a la entrega de los bienes adjudicados al MIMDES por la Intendencia de aduna de Arequipa, mediante Resolución de Intendencia N° 154 310000/2008-000688 y recepcionada por el MIMDES a través del Acta de Entrega N° 154-000C-AC-2008-000135. La entrega de los bienes, los cuales se detallan en el Acta de entrega N° 154-000C-AC-2008-000135, que efectúa el MIMDES al PRONAA Arequipa es para que dichos bienes queden en calidad de custodia en las instalaciones del PRONAA Arequipa!...T. Y que así también dichos bienes fueron remitidos a FONCODES conforme **Acta de Entrega y recepción de bienes muebles adjudicados N° 005-2009-MIMDES-OGA-OCP de fecha 29 de enero del 2009**, realizado entre Ketty Maribel Torrejón Santillán como Jefa de la Oficina de Control Patrimonial del Ministerio de la Mujer y desarrollo social- MIMDES y el señor Juan Carpió Valencia Asistente Administrativo (encargado) de FONCODES Arequipa, donde se señala: “La reunión tuvo como finalidad proceder a la entrega y recepción de la totalidad de los bienes adjudicados por SUNAT Arequipa al MIMDES, mediante Resolución de Intendencia N° 154310000/2008-000688 y Acta de entrega N° 154-000C-AC-2008-000135, a favor de FONCODES Arequipa, conforme lo indica Secretaria General en el proveído recaído en la hoja de trámite del

7 ACUERDO PLENARIO NRO.4-2005/CJ-L 16. F.1.7

<sup>1</sup> <http://legis.pe/autoria-formalismo-normativo-fundamento-material-la-autoria-proposito-del-caso-diarios-chicha/>.

<sup>9</sup> Artículo 1621° Código Civil.- Por la donación, el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario, la propiedad de un bien.

*expediente 2009-031-E000841, el cual autoriza su atención. Dichos bienes fueron dejados en custodia en PRONAA Arequipa mediante Acta de Entrega y recepción N° 248-2008/MIMDES/OGA/OCP de fecha 18 de noviembre del 2008, la entrega de bienes descritos se efectúa a título gratuito y en cumplimiento de la finalidad solicitada. FONCODES Arequipa en un plazo máximo de 30 días hábiles de suscrito el presente documento deberá presentar al MINDES el Padrón de Beneficiarios que sustente la entrega de los bienes, bajo la responsabilidad en caso de incumplimiento.”*

Respecto a la Beneficencia Pública se tiene que la fiscalía ha sostenido que En fecha 27 de abril del 2009, se realizó una reunión de Coordinación Sectorial MIMDES Arequipa, donde el entonces Presidente del Directorio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Arequipa, Carlos Cuentas Aréstegui, asumió el compromiso de entregar en donación la ropa usada como parte de la tarea colectiva de la Coordinación Sectorial MIMDES, quien firmo la relación de asistentes a dicha reunión)...” y si bien se ha oralizado la relación de asistente a dicha reunión, ello de ninguna forma acredita que dicha entidad habría recibido dichos bienes en donación, por el contrario sólo se tiene el Acta de Sesión de Directorio celebrada el 18 de junio del año 2009, ello a cargo de CPC Carlos Alberto Cuentas Arestegui y otros, donde se señala: “*Informo que FONCODES ha comunicado que hay 2 toneladas de ropa usada que podría ser donada a la SBA, pero hay que fumigarla; en ese sentido el Dr. Pino manifiesta que la Institución puede comprar los esterilizados y solicitar la colaboración de saneamiento ambiental del MINSA, y ofrece su colaboración para hablar con la persona encargada*”, lo cual también ha sido corroborado por el testigo Wilfredo Oswaldo Pino Chávez donde por el contrario se tiene que tan sólo se habría realizado un encargo.

Ahora bien, si bien el Ministerio Público ha señalado que la donación o adjudicación serían los mismos, al tener el mismo significado, empero este despacho no concuerda con dicha afirmación, pues la donación: “*está definida en nuestro Código Civil como un contrato por el cual una de las partes llamada donante se obliga a transferir a la otra parte, llamada donataria, la propiedad de un bien en forma gratuita*”<sup>10</sup> “*En cuanto a la naturaleza jurídica, la mayor parte de la doctrina científica admite que la donación es un contrato. Diferentes preceptos del Código sustentan esta posición (artículos 618, 621, 624, 629, 1274)*”<sup>11</sup>, y tiene implicancias y requisitos diferentes a la adjudicación y al encargo (en cuanto a la tramitación administrativa), por lo que de lo actuado en juicio oral, si bien se ha recabado como prueba personal la declaración de David Ponce Cáceres, Marcos Nuñez Valencia, María Beatriz Castelo Velasquez, Oscar Enrique Torres Villanueva, Jorge Martín Vigil Mamani, Laura Nely Delia Torero Zegarra, Yolanda Luque Roque, se tiene que los mismos han señalado que desconocen en que calidad se recibió los bienes, que entienden que es donación, pero no saben si existe documentación, y que si se hubiera recibido en donación, debió ser ingresado los bienes al almacén, por lo que se tiene que inclusive los testigos no han podido señalar dicho extremo, pues los mismos han señalado basarse en suposiciones, máxime que no existe ninguna documentación que acredite la transferencia de dichos bienes, y más aún si se tiene que se señala que se encargó, mas no se donó, así como se desprende del acta de Directorio donde solo señala “*Foncodes ha comunicado que hay 2 toneladas de ropa usada que podría ser donada a la SBA*” pero en ningún momento asegura dicha donación, o la materializa.

Así también se tiene de la declaración del testigo Miguel Elias Jasahui Bocanegra, jefe de área en FONCODES, quien indica que: “*se encargó a la Beneficencia Pública de la fumigación, selección y distribución de la ropa usada, que ello se hizo mediante un acta de entrega para que dé cumplimiento a dicho encargo(.)*”. De lo cual por el contrario corrobora que no se donó dichos bienes a la Beneficencia Pública, sino que le fue encargada para determinados fines, y se puede señalar que por encargo se entiende: “*Encomienda de cuidar de algo o de alguien.*”<sup>12</sup>, extremo corroborado con la declaración del Jefe del organismo de Control Interno de SBPA David Jesús Ponce Cáceres, indica cuando se le pregunta de los documentos que fueron elaborados respecto a las donaciones el indico que “*... todo fue realizado mediante disposiciones telefónicas...*”

<sup>1</sup> [http://wv\w.rodriiguezvelarde.com.ne/pdf/libro2\\_pane2\\_cap5.pdf](http://wv\w.rodriiguezvelarde.com.ne/pdf/libro2_pane2_cap5.pdf)

<sup>1</sup> [http://\v\vvv.iiifoderechoci\il.es/201-V02\\_concepto-caractercs-naturale7-a-iuridica-donadon.html](http://\v\vvv.iiifoderechoci\il.es/201-V02_concepto-caractercs-naturale7-a-iuridica-donadon.html)

<sup>1</sup> <http://universoius.corn/definieion/encargo>

Por lo que como ha quedado establecido, para atribuir responsabilidad penal de peculado a un funcionario o servidor público se tiene que demostrar su **vinculación funcional “por razón de sus cargo”** respecto a la administración o custodia de los caudales públicos. Este componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector parcial social donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que se regulan en dicho segmento ley de la materia ROF, MOF, etc; en otras palabras, el tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no *in abstracto*, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública “por razón de su cargo”; es decir para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar; los bienes objeto del delito deben encontrarse en posesión del sujeto activo, en virtud a los deberes o atribuciones de sus cargo. Por lo tanto, si dicha vinculación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no podrá hablarse del delito de peculado.

En ese sentido, la reglamentación interna del sector se erige como un indicador normativo de las competencias propias pertenecientes al estatus especial en la estructura funcionarial. En primer orden, no todos son competentes de todo, solo se es responsable por la incorrecta administración personal de su ámbito de competencia. Es decir, cada funcionario responde por el deber especial que tiene determinado su ámbito de organización conforme lo establece el reglamento de organización y funciones -ROF- y manual de organización y funciones -MOF- y no por todo aquello que acontece, ni por actuaciones inadecuadas de otros funcionarios o servidores<sup>13</sup>.

En el presente caso si bien ha quedado determinado las funciones que deba desarrollar cada uno de los imputados Carlos Alberto Cuentas Aréstegui y Nicolás Javier Rodríguez Franco, como miembros integrantes de la Sociedad de Beneficencia Pública; sin embargo no ha quedado acreditado la posición de donación de la ropa en segundo uso (2063 kilos de ropa de segundo uso, de un valor de \$ 12,378.00 dólares americanos); que le fueran atribuidos a los mismos, lo que quiere decir que no está acreditado la administración o custodia sobre algún bien o caudal; por lo que los mismos no tuvieron aquella llamada disponibilidad jurídica, es decir la libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por lo tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública; en ese orden de ideas, como bien lo señala el señor Fiscal Supremo en lo Penal, no cualquier funcionario o servidor público puede incurrir en el delito de peculado, pues el presupuesto necesario para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar caudales del Estado es que el sujeto debe estar en posesión de los citados bienes en el caso en concreto de la ropa usado en 46 fardos, si no existe tal vinculación, el hecho no configura delito de peculado<sup>14</sup>, que, en el presente caso, el hecho de no haber efectuado o realizado ningún mecanismo cierto para formalizar la donación de los fardos de ropa usada en un total de 46, de los mismos no existe documento cierto, por lo que no constituye delito de peculado doloso conforme lo acusa el Ministerio Público. Aunado a ello se debe tener en cuenta lo actuado en audiencia al evidenciar los documentos tales como La resolución de Intendencia de SUNAT N° 000328, en la cual nos habla de “*ADJUDICACIÓN DE MERCADERIAS*” consistentes en *casacas, Frazadas, Zapatillas y otros*; de igual forma el documento de denominado Acta de Entrega v Recepción N° 248-2008/MIMDES/ OGA/OCP de igual forma nos habla de “*BIENES ADJUDICADOS*”; de igual forma la Acta De Entrega u recepción de bins Muebles adjudicados N° 005-2009-Mimdes- OCA-OCP, hace referencia de bienes como adjudicados; lo que en estricto deja en evidencia de que lo en si existe es una adjudicación a entidades diferentes y un encargo por decirlo así a la Sociedad de Beneficencia Pública, lo que no se puede concluir que sea lo mismo que una “Donación” conforme a lo establecido líneas precedentes y tampoco tiene las mismas exigencias administrativas; ya que lo que importa en estricto para la configuración del tipo penal es, que importa la típica posesión a través de un documento cierto que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. Por lo que no se encuentra acreditada la responsabilidad de los acusados.

#### **6.5.-Respecto de la Responsabilidad de la cómplice primaria Maria Jesús Cama Ríos**

*Sala Penal Permanente R N.N° 615-2015 Lima*

<sup>1</sup> Recurso de nulidad N° 1840-2011 Amazonas

Al respecto, es preciso acotar que el **cómplice** participa activamente en la realización del hecho punible, pero a diferencia del autor, no tiene el dominio del hecho, por ello se afirma que la complicidad es una participación accesorias y dependiente del hecho del autor, por lo que no puede dar lugar a una tipificación penal independiente. La complicidad importa la prestación de una colaboración que puede o no resultar indispensable para la perfección delictiva, pero aun siendo imprescindible, no supone el dominio del hecho.

En cuanto a María Jesús Cama Ríos, debe tenerse presente que los particulares que instigan, colaboran significativamente en fase preparatoria, o colaboran accesorias con los funcionarios o servidores públicos no vinculados por razón del cargo responden a título de partícipes (determinadores, para el caso de los que instigan, y cómplices primarios y secundarios, para los colaboradores, respectivamente) en delito común. Los particulares (extraneus) que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente responden a título de complicidad en el delito de peculado<sup>15</sup>. Las personas *extraneus* que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quién sí posee tal calificación<sup>16</sup>.

Conforme ha quedado acreditado la imputada María Jesús Cama Ríos no tiene la condición de funcionario o servidora pública, ni ha laborado ni labora en la Beneficencia Pública de Arequipa, conforme se desprende del INFORME NRO. 352-2012-SBPA-OP del 27 de noviembre del 2012, habiendo indicado David Jesús Ponce Cáceres, que la misma no era servidora o funcionario de la Beneficencia Pública y que se le trato de ubicar incluso por la RENIEC, pero nunca apareció; dicho extremo se condice con lo señalado por los testigos María Beatriz Castelo Vásquez, Oscar Enrique Torres Villanueva. Que, si bien de la imputación realizada por el Ministerio Público se señaló que tiene la calidad de cómplice primaria, conforme lo ha señalado en el **Acuerdo Plenario 02-2011 de la Corte Suprema de la República** donde se señala que: “10°. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio -claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto. 11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores - como se anotó-, pero se admite la participación del “extraneus”, que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en tomo a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “extraneus”. Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible. 12°. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación y señala lo siguiente: “Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del extraneus como autor de un delito de infracción de deber. **Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor**”, por lo que conforme se ha expuesto precedentemente, no se ha acreditado el delito peculado imputado a los autores, por ende no existe aquella prestación dolosa para la realización de un hecho punible, por lo que no se encuentra acreditada su responsabilidad.

*Ibidem*, pág. 507

Ramiro Salinas Siccha, *Delitos Contra la Administración Pública*. Editora Jurídica Grijley. Tercera Edición, 2014. Pág. 347.

#### **6.6.-Respecto a la Omisión de funciones de los imputados Carlos Alberto Cuentas Aréstegui, Nicolás Javier Rodríguez Franco.-**

Conforme a la prueba actuada, anteriormente expuesta, se desprende que Carlos Alberto Cuentas Aréstegui, en su condición de Presidente de la Sociedad de Beneficencia Pública y Nicolás Javier Rodríguez Franco, en su condición de Jefe de Logística de la misma, no habrían omitido sus funciones como funcionarios públicos pues no ha quedado acreditado la posición de donación de la ropa en segundo uso (2063 kilos de ropa de segundo uso, de un valor de \$ 12,378.00 dólares americanos); que le fueran atribuidos a los mismos, lo que quiere decir que no está acreditado la administración o custodia sobre algún bien o caudal; es así que no tuvieron aquella llamada disponibilidad jurídica; por lo que no les correspondía dar algún tipo de trámite sobre el destino final de la ropa usada adjudicada, la misma que nunca fue ingresada a almacén y se dejó en el Centro de Salud Moisés Heresi sin documentación alguna; y en tal sentido tales conductas omisivas no fueron de la responsabilidad de los imputados, por lo que no se encuentra acreditada su responsabilidad penal en dicho tipo penal.

#### **6.7.-Motivo de la Absolución -**

Para que pueda emitirse una sentencia de condena, las pruebas actuadas durante el Juicio Oral tendientes a acreditar la responsabilidad penal de los acusados respecto a la co autoría y cómplice primario de los hechos imputados (peculado doloso y omisión de actos funcionales), deben producir la convicción en el Juzgador en el grado de certeza, por lo que ante la mera posibilidad o probabilidad de la comisión del hecho delictuoso por parte de los procesados, deberá absolversele de la acusación.

En ese sentido se tiene que los supuestos para expedir una sentencia absolutoria son: 1) La insuficiencia probatoria, la misma que no puede desvirtuar la presunción de inocencia; y, 2) La invocación del principio *in dubio pro reo* (la duda favorece al reo) cuando existe duda razonable respecto a la responsabilidad penal del procesado.

Cabe indicar que a efecto de desvirtuar el derecho de presunción de inocencia, debe desarrollarse una mínima actividad probatoria con todas las garantías procesales. En el caso de autos, tal como se ha señalado anteriormente, respecto a la co autoría de los hechos por parte de los imputados, no se ha desarrollado esa mínima actividad probatoria que se exige, pues, las pruebas actuadas, manifestaciones de los testigos, no resultan consistentes y concordantes con la teoría del caso expuesto y por ende no han logrado enervar el citado derecho de la presunción de inocencia.

#### **SÉTIMO: FUNDAMENTOS DE DERECHO (Presupuesto absolutorio).**

El Juez para dictar una resolución *justa*, debe aplicar correctamente las normas, en sentido lato, no sólo al momento de calificar jurídicamente el hecho, sino también al valorar las pruebas con criterio de imparcialidad y debiendo subsumir el resultado arribado a los sucesos demostrados. No es posible valorar una prueba sobre teorías de probabilidad, o desde el derecho penal de autor, o de la responsabilidad objetiva.

La jurisprudencia ha sentado el principio que para enervar la presunción constitucional de inocencia, debe constatarse la objetividad de la prueba, es decir su constancia procesal, que ésta haya sido validamente adquirida y practicada y que además, sea suficiente, ya que no basta que se haya utilizado medios de prueba, sino que es preciso que el empleo de tales medios se llegue a un resultado probatorio, suficiente para sustentar racionalmente la culpabilidad y a su vez fundar razonablemente la acusación; es así que siendo función del Despacho comprobar o fiscalizar la existencia de esa base probatoria correctamente adquirida en el proceso y si la prueba procesal que se constata o advierte en la causa responde a las exigencias mínimas de la actividad probatoria.

En un Estado de Derecho, una correcta solución del litigio, es la que se obtiene por medio de una decisión legítima: *Apropiada y justa*. Una decisión no es legítima si las normas que regulan el caso no se aplican adecuadamente a ese caso específico, es decir si la norma no se aplica apropiadamente a los hechos, a los que deba ser aplicada, no sólo al momento de calificar jurídicamente el hecho, sino también al valorar las pruebas con criterio de imparcialidad y debiendo subsumir el resultado arribado a los sucesos demostrados. No es posible valorar una

prueba sobre teorías de probabilidad, o desde el derecho penal de autor, o de la responsabilidad objetiva.

De otro lado, en un proceso penal, *la carga y el deber de la prueba, la tiene de manera exclusiva la parte acusadora y no el inculpado o su defensa*. A quien acusa corresponde la realización de esa “actividad probatoria de cargo” necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia o establecer la responsabilidad penal de una persona<sup>17</sup>. Al respecto, es pertinente citar también a Alberto Binder, quien señala que “La construcción (o declaración) de la culpabilidad exige precisión, y esta precisión se expresa en la idea de **certeza**. Si no se arriba a ese estado, aflora la situación básica de la persona que es de libre de toda sospecha<sup>18</sup>.

En este caso, la Fiscalía no ha podido acreditar la imputación que postuló contra los imputados **Carlos Alberto Cuentas Aréstegui, Nicolás Javier Rodríguez Franco** en calidad de COAUTORES y **María Jesús Cama Ríos** como cómplice primario por el delito de **PECULADO**, así como en contra de **CARLOS ALBERTO CUENTAS ARÉSTEGUI y NICOLÁS JAVIER RODRÍGUEZ FRANCO** por el delito de **OMISIÓN DE FUNCIONES**, de modo que corresponde **absolver** a los precitados enjuiciados al amparo del artículo 398° apartado primero del Código Procesal Penal.

## **OCTAVO: DEL OBJETO CIVIL DEL PROCESO:**

### **8.1. Normatividad aplicable:**

El Código Procesal Penal en su artículo 12° establece: “(...) *La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda.*

La Responsabilidad Civil es una obligación de reponer al afectado en una situación igual o similar al que se encontraba antes de que se produzca el daño; es decir, es la obligación de reparar - *indemnizar*- un daño, para lo que debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo noventa y tres y ciento uno del Código Penal y las normas pertinentes sobre responsabilidad civil extracontractual contenidas en el Código Civil.

### **8.2.-Pretensión civil:**

Los Actores Civiles en tanto que la **Sociedad de Beneficencia Pública de Arequipa**, constituida en actor civil, solicitó que los acusados, Carlos Alberto Cuentas Aréstegui y Nicolás Javier Rodríguez Franco, abonen por concepto de reparación civil, la suma de US\$.12,348. 00 dólares americanos; mientras que el **Estado, representado por el Procurador Público Anticorrupción**, también constituido en actor civil, solicitó la suma de S/.70,000.00 soles, a razón de US\$. 12,348.00 dólares americanos, que a la fecha de comisión los hechos y al tipo de cambio vigente en aquella data (S/2.976), equivalían a S/. 36,624.16 soles, ello por el daño patrimonial, así como la suma de S/.33,375.84 soles por daño extra patrimonial, ello en forma solidaria entre todos los acusados.

### **8.3.-Análisis de la cuestión civil:**

Para poder reputar culpable del hecho dañoso que originó la responsabilidad civil, *debe probarse que la conducta de los demandados originó la causa determinante y eficiente* del daño. En todo caso, quien demande la reparación del daño por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta de los demandados y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

En el caso de autos, es de considerarse que en el ámbito penal no ha quedado acreditado que los procesados hubiesen cometido el ilícito de peculado doloso y omisión de actos funcionales, precisamente porque no se tiene certeza que los mismos hayan ocasionado algún atentado contra la Administración Pública; se hace alusión a un comportamiento que subvierte los objetivos esenciales de la Administración Pública según el Estado Social que es de servir a la comunidad, de modo que el agente tuerce dichos cometidos perturbando el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

<sup>17</sup> Vicente Gimeno Sendra y otros, Derecho Procesal Penal, Editorial COLEX, 1997, Página 95.

<sup>1</sup> Alberto M. Binder, Introducción al Derecho Procesal Penal, Editorial AD HOC E.R.L.. Buenos Aires, Argentina 1993, Pag. 123-124.

En tales circunstancias, tampoco se ha probado en sede civil que la conducta de los demandados sea la causa del resultado que alega el Ministerio Fhiblico, traducido en agravio al demandante.

**Conclusión:** Por tanto a juicio de este despacho, en este caso, ***no procede imponerse reparación civil.***

**NOVENO.- DE LAS COSTAS PROCESALES**

El **Artículo 501 del Código Procesal penal, establece que: 1. Si el imputado es absuelto o no se le impone medida de seguridad, no se impondrá costas.**

Asimismo el Artículo 499° del acotado código, exonera del pago de costas a los representantes del Ministerio Público, los miembros de las Procuradurías Públicas del Estado, y los abogados y apoderados o mandatarios de las partes, así como los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los Órganos Constitucionalmente Autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales, y las Universidades Públicas.

Por lo que estando a la normativa aplicable, no procede fijar costas procesales.

Por estas consideraciones, administrando justicia a nombre del pueblo, de quien emana dicha facultad,

**III.- PARTE RESOLUTIVA**

Por estas consideraciones, administrando justicia a nombre del pueblo, de quien emana dicha facultad,

**FALLO:**

**PRIMERO: ABSOLVIENDO** a **CARLOS ALBERTO CUENTAS ARÉSTEGUI, NICOLÁS JAVIER RODRIGUEZ FRANCO** en calidad de **COAUTORES** y **MARÍA JESÚS CAMA RÍOS** como **cómplice primario por el delito de PECULADO**, previsto en el primer y segundo párrafo del artículo 387 del Código Penal, conforme a la Ley 26198, en agravio del Estado representado por la Procuraduría Publica Anticorrupción, **así como en contra de CARLOS ALBERTO CUENTAS ARÉSTEGUI y NICOLÁS JAVIER RODRÍGUEZ FRANCO** por el delito de **OMISIÓN DE FUNCIONES**, previsto en el artículo 377° del Código Penal en agravio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Arequipa.

**SEGUNDO: DECLARO INFUNDADA** la pretensión civil.

**TERCERO: DISPONGO** que no corresponde fijar costas procesales.

**CUARTO: DISPONIENDO** el **ARCHIVO DEFINITIVO** de la causa; y, **MANDANDO** la anulación de los antecedentes generados por este proceso, con cuyo fin se cursaran los oficios pertinentes a las autoridades correspondientes, una vez que sea firme la presente. Así lo pronuncio por esta sentencia, que es leída en acto público. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER -**

2º JUZ. UNIPERSONAL - Sede Central  
EXPEDIENTE : 00786-2016-18-0401 -JR-PE-03  
JUEZ : HEREDIA PONCE JUAN PABLO  
ESPECIALISTA: HOMERO MONTES MUÑIZ  
MINISTERIO PUBLICO : DRA KARINA BARRIENTO CJURO FISCAL ESPECIALIZADA EN  
DELITOS DE CORRUPCION D EFUNCIIONARIOS ,  
IMPUTADO : LOAYZA BORJA, JHON RICARDO  
DELITO : PECULADO DOLOSO AGRAVADO  
AGRAVIADO : EL ESTADO RPTADO POR EL PROCURADOR ANTICORRUPCION ,

### **SENTENCIA N° -2017-2JPU**

Arequipa, Veintidós de Diciembre  
De dos mil diecisiete.-

#### **I.- PARTE EXPOSITIVA:**

##### **1.-IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO:**

Proceso penal signado como expediente N° 786-2016-18-0401-JR-PE-03, seguido en contra de **JHON RICARDO LOAYZA BORJA**, por el delito de peculado culposo previsto en el artículo 387, del Código Penal, en agravio del Estado representado por el Procurador Público de la Procuraduría Pública.

##### **2.- IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO:**

> **JHON RICARDO LOAYZA BORJA**. con DNI N° 29542110, con domicilio en Urbanización Buena Vista manzana A, lote 20-21, casa 3, nacido el 19 de octubre 1948 en Azángaro-Puno, hijo Julio y Rosa, instrucción superior completa, ocupación docente universitario, ingreso mensual S/ 7,000 soles, viudo, tres hijos.

##### **3.-ACTIVIDAD PROCESAL**

Remitido el expediente a este despacho judicial, en mérito al auto de enjuiciamiento se dictó el auto de citación a juicio oral, se citó a los sujetos procesales a juicio oral, y se instaló y llevó a cabo en la fecha programada, con la concurrencia del acusado **JHON RICARDO LOAYZA BORJA**, debidamente asistido por su abogado defensor, en forma libre y voluntaria renuncia a su derecho de presunción de inocencia y su derecho de no autoincriminación, reconociendo su responsabilidad penal por los hechos materia de la acusación, así como la responsabilidad civil, acogiendo a la conclusión anticipada del juicio, no sin antes conferenciar con el representante del Ministerio Público sobre la aplicación de la pena y la reparación civil, comunicando al juzgado que han adoptado acuerdos sobre dichos aspectos; en tal sentido se dio por concluido el juicio oral en cuanto a este imputado, correspondiente dictar sentencia.

#### **II.- PARTE CONSIDERATIVA:**

##### **PRIMERO.- FUNDAMENTACION FACTICA Y JURIDICA DE LA ACUSACION FISCAL:**

El Ministerio Público sustenta su acusación con los siguientes hechos:

La Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, cuenta como uno de sus departamentos Académicos con la Escuela Profesional y Académica de Turismo y Hotelería, la cual junto a las escuelas de Antropología, Historia , Sociología y Trabajo Social, conforman la Facultad de Ciencias Históricas Sociales, que tiene como unidad orgánica de apoyo una secretaria Administrativa .

El día 21 de Junio de 2011 Jhon Ricardo Loayza Borja es nombrado y acreditado como Director de la Escuela Profesional de Turismo y Hotelería de la Facultad de Ciencias Históricas Sociales de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa para el periodo 2011-2014, mediante resolución de comité electoral Universitario Nro 435- 2011- UNSA; consecuentemente asumió la representación de la escuela y debía firmar todos los documentos relaciones con el ejercicio del cargo, entre otras atribuciones que se encuentran establecidas en el estatuto de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

El 10 de Octubre de 2013 la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa adquiere 200 computadoras personales portátil marca Lenovo para las diferentes escuelas de la universidad, conforme se desprende de la orden de compra guía de internamiento Nro. 1730, en el que se precisa como el valor unitario de cada computadora adquirida S/.5334.48.

El día 18 de Diciembre de 2013 ; Jorge Sanabria Ojeda, Jefe del Almacén de la Oficina Universitaria de Logística de la universidad Nacional de San Agustín, entregó y asignó a Jhon Ricardo Loayza Borja en su condición de Director de la escuela Profesional y Académica de Turismo y Hotelería, diversos bienes que previamente fueron solicitados por esta escuela , como son 40 CPU's, 40 pantallas LCD's, 5 cañones multimedia y 4 computadoras portátiles; esta última entrega de bienes se desprende del pedido - comprobante de salida Nro 1150-13, documento que inclusive se encuentra suscrito por el imputado.

Entre las computadoras portátiles que le fueron entregadas y asignadas a Jhon Ricardo Loayza Borja como Director de la escuela profesional y académica de Turismo y Hotelería, el día 18 de diciembre del 2013, se encontraba dos computadoras portátiles lap top, marca Lenovo, modelo 2349-V94, una con número de serie PB- H8BWY, número SBN740805000594 y GP-7947 y la otra con número de serie PB-H8bpz, número SBN 740805000595y GP-7948.

Así desde la fecha de recepción, Jhon Ricardo Loayza Borja, en su condición de director de la Escuela Profesional de Turismo y Hotelería de la Universidad Nacional de San Agustín- como representante del área usuaria que recepcionó los bienes. asumió la obligación v

entregados, lo que se encuentra establecido en la directiva Nro 001-2012-OUPL/OM, "Directiva para los procedimientos de asignación uso, traslado, custodia y control de bienes patrimoniales de la Universidad de San Agustín , en los ítems 2.1.1, 2.1.3, 2.2.3, 2.2.8 y 2.4.5, directiva que era de su pleno conocimiento y que establecía:

El imputado coordinó que se guardara los bienes en un ambiente que estaba a cargo de dos profesores que no eran parte de la escuela de turismo; dado que el mismo día que se recepciono los bienes para la escuela de Turismo y Hotelería . el imputado le dio indicaciones a la secretaria Shirley Liliana Valencia Gutiérrez, para que guardara todos los bienes recibidos en el laboratorio de Antropología física forense del instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional de San Agustín, en razón a que previamente había coordinado ello con el profesor Abdón Almonte Mamani como encargado de dicho laboratorio y quien a su vez le dio indicaciones a la profesora Mirza Nelba del Castillo Solazar para que permitiera que se guardaran estos bienes en este laboratorio forense, que le corresponde a la escuela de antropología.

El imputado no dispuso, ni solicito a Abdón Almonte Mamani y Mirza Nelba del Castillo Sallaza, la suscripción de ningún cargo de recepción respecto de los bienes que era guardados en el laboratorio de antropología física forense, ambiente del cual estaban a cargo y manejaban las llaves del mismo; dejándose inclusive en ese ambiente los comprobantes de salida de todos los bienes que fueron entregados por el almacén central de la universidad para la Escuela de Turismo.

Los bienes fueron depositados en un ambiente que no le correspondida a la escuela de Turismo y Hotelería , dado que el laboratorio de antropología física forense donde el imputado hizo guardar los bienes equipos no le correspondía a la escuela de turismo , ni menos se ubicaba en las instalaciones de esta escuela, este ambiente estaba asignado a la escuela de antropología y está ubicada en el instituto de investigaciones sociales, que depende del rectorado de la universidad nacional de san Agustín.

El imputado no comunico y tampoco solicito autorización para guardar los bienes en el laboratorio de antropología física forense, al director Carlos Leyton Muñoz, ni al jefe de la unidad administrativa del instituto de investigaciones sociales de la universidad nacional de San Agustín

Igualmente tampoco comunicó al decano de la facultad de ciencias histórico sociales ni a la secretaria administrativa de la facultad que los bienes que se habían recibido para la escuela de turismo , se encontraban guardados ene le laboratorio de antropología física forense del instituto de investigaciones sociales; a quienes además tampoco solicito apoyo administrativo a efecto de guardar estos bienes.

En el periodo de enero a marzo de 2013, periodo vacacional de la universidad y periodo en que el imputado salió de vacaciones, no puso de conocimiento de la

sección de control patrimonial o adopto las acciones necesarias la custodia y resguardo de los bienes que fueron depositados en el laboratorio de antropología física forense.

Finalmente, el imputado no realizó ni dispuso acciones de control y verificación de la permanencia de la existencia de estos bienes patrimoniales, durante el tiempo que los bienes estuvieron guardados en el laboratorio de antropología física forense.

Mediante estas acciones dispuestas y asumidas, el imputado Jhon Ricardo Loayza Borja creó un riesgo no permitido, al no haber tomado las precauciones necesarias para cumplir con su responsabilidad de administrar, custodiar, resguardar y verificar la permanencia de la existencia de los bienes que se recibieron para la escuela de turismo y Hotelería, entre los que se encontraban las 2 laptops con series PB-H8BWY y PB-H8BPZ, sino por el contrario, ocasionó que los bienes se vieran expuestos a ser sustraídos, porque no contaban con las medidas necesarias para su custodia, resguardo y verificación de su existencia, infringiendo así el deber de cuidado al que estaba obligado.

Es así que el día 29 de abril de 2014, Shirley Liliana Valencia Gutiérrez, secretaria de la escuela de turismo, se aproximó en compañía de alumnos de la misma escuela, al laboratorio de antropología física forense para retirar cinco cañones multimedia, coordinando previamente con la profesora Mierza Nelba Del Castillo Solazar como encargada de dicha aula, quien le abrió la puerta y al ingresar se percató, que:

-Los equipos guardados no se encontraban ubicados en la misma posición como se había dejado depositados en el mes de diciembre del 2013.

-No se encontraron las hojas de los comprobantes de salida de los bienes que fueron guardados y que fueron dejados junto a las cajas de los bienes, en la fecha que fueron depositados.

- Faltaban 2 de las computadoras portátiles laptop, que habían sido guardadas computadoras cuya descripción es marca Lenovo, modelo 2349-v94, una con número de serie PB-H8BWY, NUMERO SBN 740805000594 Y GP -7947 y la otra con número de serie PB- H8BPZ, número SBN 740805000595 y GP- 7948, características que posteriormente han sido precisadas por la Oficina de la Unidad de Logística.

Sobre la base de lo señalado, el descuido mostrado por Jhon Ricardo Loayza Boija como Director de la Escuela profesional de Turismo y Hotelería, de la obligación y responsabilidad asumida de administrador, custodiar, resguardar y verificar la permanencia de la existencia de los bienes muebles que le fueron entregados y asignados, permitió que estas dos computadoras portátiles sean sustraídas del Laboratorio de Antropología Física Forense del Instituto de Investigaciones Sociales, por una tercera persona, al no haberse adoptado las acciones respectivas para el debido resguardo cuidado control y verificación de los bienes que estuvieron depositados por

disposición del imputado en el laboratorio de antropología física forense consecuentemente el imputado en el laboratorio de antropología física Forense, consecuentemente el imputado Jhon Ricardo Loayza Borja por culpa dio ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de las dos lap tops, por lo que le es objetivamente imputable el resultado.

El imputado al tomar conocimiento que se había sustraído las dos computadoras portátiles, el día 02 de mayo de 21014, interpuso la denuncia respectiva ante la comisaría de José Luis Bustamante y Rivera.

El día 06 de junio de 2014 Jhon Ricardo Loayza Borja hizo entrega del cargo de la dirección de la escuela profesional de turismo y Hotelería a Patricia Chávez Cornejo, informándole que se había puesto a la denuncia ante la comisaría de José Luis Bustamante Y Rivera respecto a la sustracción de dos lap tops , que los cañones nuevos han sido entregados a los delegados de cada año, y que los demás equipos (las 40 computadoras) se encuentran guardadas en el laboratorio de antropología físico forense del instituto de investigaciones sociales.

En la misma fecha, 06 de junio de 2014 , Patricia Chávez cornejo nueva directora de la escuela profesional de turismo y Hotelería le informa a Lolo Juan Mamani Daza Decano de la Facultad de Ciencias Históricas Sociales, que los cañones multimedia se han encontrado en los salones de clases, en cuanto los 40 CPU's 40 pantallas LCD's y 2 lap tops, fueron ubicados en el gabinete de antropología forense del centro de investigaciones, lugar poco seguro y que no contaba con la autorización del director para que puedan ser guardados en dicho lugar, quien ordenó el retiro inmediato de dichos equipos.

El 26 de enero del 2016, la denuncia interpuesta por la sustracción de las dos computadoras personal portátil en contra de los que resulten responsables, ha sido archivado en razón a que si no se ha logrado identificar a la persona que habría sustraído estos bienes.

**CALIFICACIÓN JURÍDICA.-** Los hechos antes descritos atribuidos al acusado Jhon Ricardo Loayza Borja, encuadran en el Código Penal referido a delitos contra la Administración Pública, en la modalidad de PECULADO CULPOSO en el artículo 387 del Código Penal en agravio de EL ESTADO.

**Pretensión Punitiva:** El Ministerio Público ha solicitado se le imponga a JHON RICARDO LOAYZA BORJA la pena de 1 año, 4 meses y 2 días de pena privativa de la libertad por el delito materia de acusación y la copenalidad de 33 jornadas de prestación de servicios comunitarios, así como la inhabilitación accesoria de 1 año 4 meses y 2 días, de privación de función o cargo o comisión que ejerce e in

**Pretensión Civil:** En vista que la parte agraviada se ha constituido en actor civil, por medio de la Procuraduría Pública Anticorrupción quien solicita como pretensión civil

que el acusado JHON RICARDO LOAYZA BORJA pague la suma de S/. 12000 (doce mil 00/100 soles), que constituyen S/. 10668.96, por concepto de daño patrimonial y S/.1331.04 por concepto de daño extra patrimonial a favor de EL ESTADO.

### **SEGUNDO.- POSICIÓN DEL ACUSADO EN JUICIO ORAL**

El acusado por intermedio de su abogado patrocinador, en forma libre y voluntaria, manifestó que desea acogerse a la conclusión anticipada del juicio. Asimismo, de manera personal, directa y voluntaria, previa consulta con su abogado, ha aceptado los hechos imputados por el Ministerio Público y ha reconocido ser responsables penalmente del delito de Peculado Culposo un agravio del Estado

### **TERCERO.- DE LA CONCLUSIÓN ANTICIPADA DE JUICIO**

La conclusión anticipada de juicio deriva de la necesidad de conseguir una justicia rápida y eficaz, respetando el principio de legalidad procesal, requiere de una manifestación expresa de conformidad de los cargos por el acusado y la imposición de una sanción penal y una reparación civil, importa la renuncia a la actuación de pruebas y al derecho a un juicio público, constituye un acto de disposición del propio proceso, esto es, que la teoría del caso de Ministerio Público es cierta.

Asimismo, conforme al artículo 372.5 del Código Procesal Penal, el Juzgador respetará la descripción del hecho vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato táctico (*vinculatio facti*), lo que implica que el juzgador no puede agregar ni reducir los hechos o circunstancias que ha imputado la fiscalía y aceptados por el acusado; sin embargo, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad y del título de la imputación, asimismo respecto de la legalidad de la pena y su cuantía, así como de la reparación civil, evitando la vulneración, por exceso o por defecto, del principio de proporcionalidad, la finalidad de la pena o que se afecte indebidamente los derechos e intereses de la víctima; en caso contrario, si de modo *palmario* y *evidente* se produce esa vulneración, podrá rechazar el acuerdo.

En consecuencia, la aceptación voluntaria de la autoría del delito imputado y los hechos que lo sustentan, relevan a este despacho judicial del desarrollo de la actividad probatoria. Sin embargo, cabe señalar que para la corroboración de la responsabilidad penal del acusado, no basta la aceptación y/o reconocimiento voluntario de la autoría del delito y los hechos que lo configuran, sino que además corresponde al juzgador realizar el juicio de subsunción normativo que corrobore si los hechos imputados realmente constituyen o no el delito por el que se acusa, y verificar si tales hechos superan el juicio de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, para cuyo

efecto debe establecerse previamente las normas penales aplicables al caso y a partir de ellas analizar cada uno de tales aspectos.

#### **CUARTO.- SUBSUNCIÓN JURÍDICA: DELITO DE PECULADO CULPOSO**

**4.1. Norma penal aplicable** - El delito por el que se acusa a JHON RICARDO LOAYZA BORJA, se encuentra regulado en la norma siguiente:

**“Artículo 387.- Peculado culposo:**

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

**4.2. JUICIO DE TIPICIDAD** - De los hechos que sustentan la acusación fiscal se puede advertir que, efectivamente concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal invocado.

4.2.1. Tipicidad objetiva- Respecto a los hechos imputados cabe señalar que el delito de peculado culposo tiene como **elemento objetivo** cuando el funcionario o servidor público, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la administración pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado. En este caso, el Señor JHON RICARDO LOAYZA BORJA (sujeto activo) se desempeñó como director de Escuela profesional de Turismo y Hotelería, y se encontraba a cargo de la administración y custodia de los bienes de la Escuela de Turismo y Hotelería, los cuales guardó en un ambiente que no pertenecía a la escuela que dirigía, sino al Instituto de la Facultad de Ciencias Históricas Sociales, lugar de donde se sustrajo los bienes encargados al mencionado, situación que se ajusta al tipo penal de Peculado Culposo, pues con dicha conducta ha dado lugar a que otra persona sustraiga indebidamente dos computadoras portátiles marca Lenovo, lo que ha perjudicado a la Universidad San Agustín, árte del Estado (sujeto pasivo).

4.2.2. Respecto al **elemento subjetivo**, el acusado JHON RICARDO LOAYZA BORJA ha obrado con culpa, es decir, sin conocimiento ni voluntad, de haber efectuado todos los elementos objetivos del tipo penal.

4.2.3 Por lo tanto, concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal materia de juzgamiento: consecuentemente su conducta resulta típica.

**4.3.- JUICIO DE ANTIJURICIDAD.-** Para establecer la responsabilidad del acusado no basta que la conducta desarrollada sea una conducta típica, vale decir prevista prohibida o sancionada penalmente por la ley, sino que además

debe revestir el carácter antijurídico, esto es ser una conducta contraria a la ley y al derecho en general. La conducta desplegada por el acusado no sólo se contrapone o transgrede la norma penal en particular (antijuridicidad formal) sino también es opuesta al derecho en general (antijuridicidad material) que comprende el deber funcional de actuar cautelando los bienes del Estado puestos bajo su custodia o cuidado, sin permitir que terceros sustraigan tales bienes, permitiendo de esta manera que se cause un daño al Estado, en este caso en particular a la Universidad Nacional de San Agustín. En ese sentido la conducta desplegada por el acusado no reviste ninguna causa que la justifique, ni exime su responsabilidad penal, por tanto es antijurídica.

**4.4. JUICIO DE CULPABILIDAD** - Asimismo, cabe señalar que la conducta del acusado además de típica y antijurídica resulta reprochable, dado que pudo haber actuado de otra manera, vale decir llevando una correcta custodia de los bienes que le fueran encargados en su condición de director de la escuela profesional de Turismo y Hotelería de la UNSA.

Por otro lado, el acusado no padece de anomalías psíquicas o psicológicas que pueda enervar su responsabilidad penal, pues en autos no se cuenta con ningún instrumento que indique su situación psicológica o psiquiátrica; sin embargo, ha aceptado los cargos imputados voluntariamente, previa consulta con su abogado, sin haberse advertido ninguna deficiencia de tal naturaleza, lo que releva al Juzgado de la averiguación rigurosa del estado de sus facultades mentales, tanto más cuando en la audiencia del juicio oral ha demostrado pleno ejercicio de tales facultades, además que no se trata de persona iletrada, sino que posee el grado de instrucción superior completa, lo cual permite concluir que es plenamente imputable. Asimismo es pertinente agregar que al acusado no se le exigía un comportamiento extraordinario, sino únicamente un comportamiento prudente y diligente frente a los bienes puestos bajo su responsabilidad.

**4.5. RESPONSABILIDAD PENAL**- Estando a lo expuesto en los considerandos precedentes, resulta plenamente determinada la responsabilidad penal del acusado, en consecuencia resulta pasible de una sanción penal conforme a derecho, dado que luego del análisis fáctico jurídico efectuado, no concurre ninguna causa de exención de la responsabilidad penal, ni de la pena, que sea tomada en cuenta en la determinación judicial de la misma.

#### **QUINTO.- ANÁLISIS SOBRE PENA:**

5.1.-Presupuesto para la aplicación de la pena consensuada.- **Tomando en cuenta la forma de conclusión del proceso, para la determinación de la pena, pena concreta a**

imponerse, es factible aplicar el principio de la “conformidad premiada”, previsto en el artículo 372.2 del Código Procesal Penal, en virtud del cual las partes tienen la facultad de negociar o acordar la pena y la reparación civil solicitadas, los cuales serán tomadas en cuenta en la medida que no transgredan manifiestamente los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad, siendo el único límite para el Juez la imposibilidad de poder imponer una pena por encima de la solicitada por el Ministerio Público, explicable por la propia ausencia de un juicio público y contradictorio, conforme a lo establecido en el fundamento 8 del Acuerdo Plenario N° 05-2008, de la Corte Suprema de la República; concordante con lo previsto en el artículo 397.3 del Código Procesal Penal.

#### **5.2. - Del acuerdo propuesto y su procedencia**

En el presente caso, las partes han arribado a un acuerdo sobre la aplicación de la pena y su ejecución, en cuya virtud resulta pertinente verificar si lo acordado entre las partes se encuentra dentro del margen legal establecido para el delito materia de acusación. El Ministerio Público ha expresado que las partes han acordado que al imputado JHON RICARDO JHON LOAYZA BORJA se le imponga **LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO** por el plazo dos años, y el cumplimiento de realas de conducta! En cuya virtud resulta pertinente verificar si lo acordado entre las partes se encuentra dentro del margen legal establecido para el delito materia de acusación.

- a) El artículo 387, establece el marco punitivo para el delito, que es la pena privativa de la libertad no **mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.**
- b) El Ministerio Público ha acordado con el imputado y su defensa, que se reserve el fallo condenatorio, conforme al artículo 62 del Código Penal, que establece que el juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio siempre que de las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia, pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito (...) La reserva es dispuesta en los siguientes casos: 1. Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa; (...) El plazo de reserva del fallo condenatorio es de uno a tres años, contado desde que la decisión adquiere calidad de cosa juzgada. En el presente caso se tiene que el delito de peculado culposo, al momento de los hechos, tenía una pena conminada no mayor a los dos años de pena privativa de la libertad, por lo que está dentro del supuesto del numeral 1 del artículo 62 del Código Penal; el acusado es agente primario y además en el momento de la expedición de esta sentencia al acusado no se le conoce otro proceso o investigación que indique que es una persona proclive a este tipo de delitos, lo que permite colegir que una pena en libertad le facilitará

orientar su conducta sin cometer nuevo delito. A ello se suma que es criterio del Juzgado considerar la necesidad de acudir a penas alternativas a la privativa de la libertad a fin de impedir la carcerería innecesaria, por la dificultad o imposibilidad que muestra la cárcel para cumplir el propósito constitucional de reeducación, rehabilitación y reincorporación del detenido, lo que hace preferible penas menos gravosas e imponer la privación de la libertad efectiva en los casos estrictamente necesarios, y considerando que el plazo mínimo de reserva de fallo es de un año; resulta procedente la reserva del fallo condenatorio conforme lo acordado por las partes, en dos años.

***c) Por el carácter de la pena, corresponde la imposición de reglas de conducta siendo que las acordadas por las partes resultan conformes a lo establecido en el Artículo 64 del Código Penal; las que consisten en a) No deberá **variar** de domicilio sin previa autorización del juzgado de ejecución; b) Deberá de comparecer al juzgado de ejecución el, primer día hábil de cada mes para justificar e informar sus actividades de manera personal y obligatoria; c) Deberá reparar el daño causado es decir pagar la reparación civil en los términos acordados; reglas **que deberá cumplir estrictamente, pues el** incumplimiento de estas reglas de conducta dará lugar a la revocatoria del periodo de prueba, conforme **al artículo 65 del código penal.*****

**d) El Ministerio Público -en acuerdo con la defensa del imputado- para el caso de revocación del régimen de prueba, ha fijado la pena a imponerse sería de un año, **1 mes y 22 días de Pena Privativa de Libertad con carácter de efectiva, así como la realización de 28 jornadas de servicios la comunidad; y, la inhabilitación conforme el artículo 36 incisos 1) y 2) del Código Penal** un mes de pena privativa de la libertad efectiva, 28 jornadas de prestación de servicio a la comunidad y como pena accesoria la inhabilitación por el plazo de la pena de la libertad efectiva de 1 año, un mes y 22 días, pena que se ubica dentro del segundo tercio, dado que en el presente caso concurren circunstancias de atenuación de la pena, como es la carencia de antecedentes penales y la circunstancia agravante que se ejecutó la conducta sobre bienes que estaban destinados a actividades de utilidad común, lo que resulta conforme al artículo 45-A del Código Penal.**

De manera, atendiendo a la propuesta efectuada, este despacho considera PROCEDENTE imponerle al acusado JHON RICARDO LOAYZA BORJA la pena de **RESERVA DE FALLO CONDENATORIO POR DOS AÑOS.**

#### **SEXTO. - ANÁLISIS SOBRE REPARACIÓN CIVIL -**

**La reparación civil**, comprende entre dos aspectos la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados y la restitución del bien o el pago de su valor, tal como lo prevé el artículo 93 del Código Penal.

En el caso de dudos, el agraviado, por medio de la Procuraduría Pública Anticorrupción se ha constituido en Actor Civil, y ha arribado a un acuerdo con sentenciado para el pago de una reparación civil por la suma de 2,000.00 soles a favor de la parte agraviada debiendo hacerlo de la siguiente manera: en 18 cuotas mensuales de S/. 667.00 soles cada una que deberá pagar a partir del último día hábil del mes de diciembre del 2017 y las siguientes cuotas mes en post de mes hasta su cancelación.

#### **SETIMO. - COSTAS DEL PROCESO:**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 497.5 del código Procesal Penal, no corresponde fijar costas del proceso en los casos de terminación anticipada y extensivamente en los casos de conclusión anticipada, dado que el procedimiento y los efectos son similares, dado que no hay actuación de prueba, por lo que tratándose de una sentencia conformada no corresponde fijar las costas del proceso.

#### **III.- PARTE RESOLUTIVA:**

Por los fundamentos expuestos y de conformidad con lo establecido en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, concordante con lo previsto en el Artículo 372.5 del código procesal penal: administrando justicia en nombre del pueblo de quien emana esta potestad.

#### **FALLO:**

**PRIMERO:** Aprobando los acuerdos a los que ha arribado el Ministerio Público, actor civil y procesado debidamente asesorado con su abogado defensor.

**SEGUNDO:** DECLARO a JHON RICARDO LOAYZA BORJA cuyos datos personales aparecen en la parte expositiva de esta sentencia, autor del delito de Peculado Culposo previsto y penado en el artículo 387 cuarto párrafo del Código Penal en agravio del ESTADO representado por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada de Arequipa.

**TERCERO:** SE DISPONE LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO por el plazo de DOS AÑOS en contra de JHON RICARDO LOAYZA BORJA a condición de que cumpla las siguientes reglas de conducta:

- a. Queda prohibido de ausentarse del lugar de su residencia, sin previa autorización del juzgado de ejecución.

- b. Deberá de comparecer el primer día hábil de cada mes al juzgado de ejecución para informar y justificar sus actividades de manera personal y obligatoria.
- c. Deberá reparar el daño causado es decir pagar la reparación civil en los términos acordados.

El incumplimiento de estas reglas de conducta dará lugar a la revocatoria del periodo de prueba en cuyo caso la pena que se aplicará al sentenciado será de 1 año 1 mes y 22 días de Pena Privativa de Libertad con carácter de efectiva, así como la realización de 28 jornadas de servicios la comunidad; y, la inhabilitación conforme el artículo 36 incisos 1) y 2) del Código Penal.

**CUARTO:** APRUEBO EL ACUERDO SOBRE REPARACIÓN CIVIL y dispongo que el sentenciado pague por dicho concepto la suma de S/. 12,000.00 soles a favor de la parte agraviada debiendo hacerlo de la siguiente manera: en 18 cuotas mensuales de SA 667.00 soles cada una que deberá pagar a partir del último día hábil del mes de diciembre del 2017 y las siguientes cuotas mes en post de mes hasta su cancelación.

**QUINTO:** Dispongo que no corresponde fijar costas.

**SEXTO:** Dispongo que una vez que quede consentida y ejecutoriada la presente se cursen comunicaciones al Registro Central Condenas, INPE, RENIPROS y demás instituciones que deban de conocer esta decisión. Hecho lo cual, deberá de remitirse el expediente al Juzgado de Investigación Preparatoria que corresponda para su ejecución. **REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.**

