



## ANÁLISIS DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN ESTE ILÍCITO

# Delito de peculado



RAMIRO  
SALINAS SICCHA

Juez superior titular de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de Funcionarios

De los delitos de corrupción de funcionarios, el delito de peculado es el más frecuente en los estrados judiciales peruanos. Tenemos muchos casos en investigación sobre este delito funcional. Del mismo modo, tenemos muchos precedentes jurisprudenciales en la materia emitidos por las salas penales de la Corte Suprema de la República.

El artículo 387 del Código Penal (CP) sanciona el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa. El peculado doloso se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, intencionalmente se apropia o

utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña en la administración pública.

En tanto que el peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la administración pública, caudales o efectos que le están confiados por razón del cargo que ejerce en el Estado.

Asimismo, del contenido de la fórmula legislativa, el peculado doloso puede materializarse de dos formas: por apropiación y por utilización.

Por apropiación se produce cuando el agente público se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyos los caudales o efectos del Estado. El sujeto público 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.

La conducta delictiva se constituye en una apropiación sui generis. El autor no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición

EN EL PECULADO, TANTO EN SU MODALIDAD DOLOSA COMO CULPOSA, SE SANCIONA LA AFECTACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA AL SER DESPOJADA DE LA DISPONIBILIDAD DE SUS BIENES.

en función del cargo que desempeña o ejerce. El sujeto simplemente no administra los bienes dirigidos a la función pública para el servicio al que están destinados, sino que dispone de ellos como si formaran parte de su patrimonio. Actúa como propietario del bien público.

En tanto que el 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 beneficio o de un tercero.

### Perjuicio patrimonial

En el peculado, tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la afectación a la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes. Este despojo es producido por quienes ostentan el poder administrador de este patrimonio, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal [1].

La jurisprudencia nacional se ha orientado en este sentido al punto que en todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial. La pericia permite, en primer lugar, determinar la existencia de los bienes públicos; segundo, posibilita apreciar el destino de estos; y tercero, permite establecer la diferencia entre lo que ha ingresado y las salidas del patrimonio estatal. Si en la conducta que se atribuye al imputado no se verifica el elemento objetivo “perjuicio patrimonial”, la conducta será irrelevante penalmente por atípica. Para efectos de verificar la comisión del delito, ¿es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial? El tipo penal 387 del CP no hace referencia a cuantía alguna, situación que consideramos adecuada con una política frontal de lucha contra la corrupción. Política criminal de cero tolerancia con los actos de corrupción. Tan corrupto es aquel que se apropia de 10 soles como aquel que se apropia de 100 millones. Este hecho solo debe ser tomado en cuenta por el juez al momento de individualizar o determinar la pena a imponer al acusado luego del debido proceso penal.

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 en la administración estatal.

Este elemento objetivo del delito de peculado permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos, asumidos por el funcionario o servidor público en virtud del cargo que desempeña en el Estado.

### Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido general por el delito de peculado es el recto y normal desarrollo de la administración pública. En cuanto al bien jurídico específico se afirma sin mayor reflexión que sería el patrimonio del Estado.

## Circunstancias agravantes

Finalmente, luego de la Ley N° 29758, del 21 de julio del 2011, que modificó el contenido del artículo 387 del CP, tenemos circunstancias que agravan el delito de peculado. La primera agravante se configura cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales

o efectos cuyo valor supera las 10 unidades impositivas tributarias (UIT) (actualmente, mayor de 42,000 soles). Así también se prevé como agravante y, por lo tanto, el autor será merecedor de mayor sanción penal cuando se apropia o utiliza bienes públicos destinados a fines

asistenciales o a programas de apoyo o ayuda social. En ambas circunstancias, el mayor injusto penal está en el mayor daño que la conducta causa al Estado. En estos casos, la conducta es más reprochable penalmente y, por tanto, la pena privativa de libertad puede llegar hasta 12 años.

No obstante, si tomamos en cuenta que el peculado no está regulado en la sección de delitos patrimoniales del CP junto al robo o la estafa, por ejemplo, debemos concluir que el patrimonio estatal no es el bien jurídico protegido.

El patrimonio es solo el objeto del delito de peculado. Igual que en el homicidio, el cadáver de la víctima es solo el objeto del delito, en tanto que el bien jurídico es el derecho a la vida. De modo que al aceptar que el delito de peculado, como la mayoría de delitos funcionariales, es uno de infracción de deber, debemos inferir que el bien jurídico de este delito es un deber funcional, como lo es el “deber de no lesionar el patrimonio del Estado”.

En efecto, así está establecido como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005, del 30 de septiembre de 2005. Allí se precisa que “el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad o probidad” [2]. Este aspecto aún no cala en muchos fiscales y jueces, pues pese a la doctrina legal citada se sigue sosteniendo que el bien jurídico del peculado es el patrimonio público.

### Autoría y participación

En cuanto a la autoría y participación, de la lectura del tipo penal regulado en el artículo 387 del CP se concluye que no estamos ante un delito especial, como señala la doctrina, sino ante un delito especialísimo de infracción de deber.

Aquí, además de exigirse que el agente cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que tenga también una relación funcional ineludible con el objeto del delito. Es decir, no cualquier funcionario o servidor público puede ser autor del delito de peculado. Está reservado para determinados sujetos públicos.

Solo son candidatos a ser autores de este delito aquellos sujetos públicos que tienen la función de administrar, custodiar o percibir los fondos públicos. Los demás que participan junto al sujeto público obligado en la sustracción o utilización del fondo estatal sin tener aquellas funciones o condiciones, serán a lo más cómplices del delito.

Aquí debe precisarse que no solo los funcionarios o servidores públicos de la burocracia tradicional pueden ser autores del delito de peculado, sino también, de acuerdo con el artículo 425, inciso 3, del CP, pueden serlo los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de percibir, custodiar o administrar fondos públicos.

En la citada norma penal se precisa que se considerará funcionario o servidor público a “todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”.

Para efectos penales, en nuestro sistema jurídico se considera funcionario o servidor público a un ciudadano peruano desde que es elegido, designado o nombrado por autoridad competente. No se requiere asumir el cargo ni menos juramentar. ▀

[1] Ejecutoria suprema del 13 de marzo de 2003, Exp. N° 3858-2001-La Libertad.

[2] Numeral 6 del Acuerdo Plenario N° 4-2005. También la ejecutoria suprema del 29 de enero de 2009; R.N. N° 1601-2006-Huaura.

