

# EL PECULADO IMPRUDENTE EN LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA

KARL ANDREI BORJAS CALDERÓN (\*)

---

*I. Consideraciones iniciales. II. Sobre el nomen iuris. iii. intervención delictiva. IV. El afectado. V. ¿En qué consiste la imprudencia del peculado? VI. La sustracción cometida por otro autor. VII. Reflexiones finales. VIII. Bibliografía.*

---

## I. CONSIDERACIONES INICIALES

Es contundente señalar que el delito de peculado imprudente se encuentra unguado con el punitivismo exagerado de la política criminal peruana como característica de nuestra inflación penal en las últimas décadas. Tal advertencia radica, principalmente, en que dicho ilícito bastaría ser castigado con el Derecho administrativo sancionador, más no con el Derecho penal, siendo necesario recordar que la intervención penal debe darse únicamente para los casos más graves y no para errores o defectos de vigilancia que puedan ser ameritados por otros medios de control social o jurídicos, además en nuestra ciencia rigen principios fundamentales como el de subsidiariedad, fragmentariedad, proporcionalidad y *última ratio*.

En general, estoy en desacuerdo que en aras de la lucha contra la corrupción se convoque constantemente al Derecho penal para criminalizar cualquier infracción cometida por el empleado público, dejando de lado la aplicación de los principios y garantías oriundas de un compendio penal perteneciente a un Estado de Derecho. Creo que un Estado es o debe ser de Derecho siempre y cuando respete las columnas que han fundado su Constitución en toda circunstancia.

Otra razón para cuestionar el peculado culposo del ámbito penal peruano se debe a su antecedente legislativo comparado. Dice FIDEL ROJAS VARGAS que la implementación del delito analizado fue por primera vez prevista en el segundo párrafo del artículo 346 del Código Penal de 1924, habiéndose tomado como referencia el artículo 406 del Código Penal español de 1870<sup>1</sup>. Sin embargo, el vigente corpus penal español [1995 y sus sucesivas modificaciones] no sanciona el peculado [malversación] imprudente, pues de manera correcta se ha considerado que para tal ilícito deberá encargarse el Derecho administrativo sancionador.

En nuestro país ya no se tomó atención a la actualización de la fuente legal española a pesar de ser referente, dado que se persistió en castigar el ilícito administrativo con sanción penal. Es decir, se tomó como reseña el Boletín Penal español del siglo XIX; empero a fines del siglo XX y en el Siglo XXI se continuó con esta apreciación vetusta y arbitraria.

---

(\*) Magister en Derecho penal por la Universidad de Salamanca.

<sup>1</sup> ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ta ed., Grijley, Lima, 2007, p. 524.

Por ello, el lector debe tener en cuenta que las siguientes líneas se dirigirán a presentar el análisis interpretativo dogmático del peculado imprudente alejado de toda posición de emergencia o atropello legislativo, a pesar de considerar su eliminación del Código Penal. Trataré de rescatar lo poco prudente que queda del delito de peculado imprudente sin ánimos de impunidad, sino, todo lo contrario, la de justificar su real ubicación en el ordenamiento jurídico.

En el presente trabajo también se exhibirán algunas críticas académicas y prácticas que trajó consigo la redacción legal de los últimos párrafos del artículo 387 CP, que poco han sido planteadas por la doctrina nacional. Dichas apreciaciones siguen vigentes sin la mínima intención de que los operadores busquen su solución o mejora en sede parlamentaria.

A decir de algunas consideraciones, en el plano práctico, la redacción legal exige que luego de toda sustracción de los caudales o efectos públicos por un tercero o un empleado público incompetente, se debe [necesariamente] cotejar si la disminución se debió a un descuido del empleado público encargado, es decir, el investigador debe apreciar si la conexión de un acto ilícito de apropiación o utilización ha sido generada por el peculado imprudente.

En cuanto a los problemas académicos vale la pena resaltar que algunos autores nacionales han manifestado que existe concurso entre el delito de peculado culposo y otro de apropiación, lo que desde ya descarto. Otro yerro observado radica en considerar “participe”, al agente que cometió el acto de apropiación, del funcionario que tuvo el defecto de cuidado. Esta posición no debe ampararse porque nos encontramos ante dos injustos distintos.

Lo peor de la estructura típica se aprecia en que el resultado del peculado imprudente se encuentra a cargo de un tercero, pero no del mismo autor. Ello jamás debió ser justificado jurisprudencial ni académicamente, pues no es compatible con el injusto imprudente tantas veces estudiado por la doctrina responsable, donde se castiga penalmente al autor imprudente por infringir una norma de deber de cuidado que ha causado un resultado no deseado o típico. Lo último dicho ha sido obviado por nuestros autores.

Finalmente, aunque el ideal legislativo tenga resistencia en la clase política de turno al sobrecriminalizar conductas, desde esta orilla nos corresponde contribuir a mejorar la situación científica de la dogmática penal peruana en la medida de lo posible, buscando la depuración de criterios de imputación injustos, siendo nuestra responsabilidad la de profesar razones para la elaboración de leyes respetuosas de los principios penales que, sobre todo, amparen seguridad jurídica.

## **II. SOBRE EL *NOMEN IURIS***

El término *peculado* proviene de dos vocablos latinos *pecus* (ganado) y *latus* (hurto) que etimológicamente significa hurto de ganado. Ya en la República Romana el vocablo *peculatus* tomó otro significado, considerándolo como el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado; y se le daba este nombre, porque antes que se empezara a hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o

públicos eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismos era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase<sup>2</sup>.

En el Perú normalmente se entiende que el peculado básico es la apropiación ilícita de bienes muebles pertenecientes al Estado por parte del empleado público competente, asentándose desde hace años en la doctrina, jurisprudencia y la propia ley, por lo que sería superfluo buscar un sinónimo o vocablo análogo para cuestionar su terminología. Por tanto, es oportuno seguir con este término ya acostumbrado en nuestro ámbito penal. Tampoco el término trae consigo problemas de interpretación dogmática o colisiona con otros vocablos relacionados a otras instituciones penales.

Sin embargo, no comparto adjetivarlo como peculado *culposo*, pues la culpa es un vocablo penal antiguo, poco utilizado en los actuales tratados o manuales de derecho penal de autoridad. Los términos “culpa o culposo/a” fueron empleados por la doctrina penal del siglo XIX, abandonándose en la actualidad por el Código Penal alemán (StGB, § 15) que fija los términos *imprudencia* o *imprudente* (Fahrlässigkeit, fahrlässig), como lo hace también el actual Código Penal español.

Considero que es adecuado emplear el término *imprudencia*, evitando de este modo referencias moralistas o religiosas e incluso se facilita la diferenciación lingüística respecto de la expresión *culpabilidad*. Sostiene MIR PUIG que la palabra *imprudente* tiene ventajas como la de resultar más fácilmente comprensible al profano y la de facilitar la distinción respecto al término “culpabilidad”, de uso muy distinto<sup>3</sup>.

En consecuencia, tal como se intitula este trabajo, propongo denominar a los últimos párrafos del artículo 387 del Código Penal peruano como *peculado imprudente*.

### III. INTERVENCIÓN DELICTIVA

La redacción legal del peculado imprudente tiene la siguiente composición típica: “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 y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas”. Al respecto es necesario dilucidar a quién se refiere la norma penal como “el agente” y, en consecuencia, constatar a quién se puede atribuir como autor de éste delito y verificar si es posible la participación de otros en el ilícito estudiado.

Es cierto que no existe claridad en el término “agente”, como si se hace en el peculado doloso al precisarse en la primera línea del artículo 387 CP a “*el funcionario o servidor público (...)*”. Entonces, la tarea siguiente sugiere formularnos si *el agente* es equiparable al *funcionario o servidor público*.

En la doctrina nacional, en su momento, ABANTO VÁSQUEZ señaló que el sujeto activo es el funcionario público que tiene relación funcional específica con los bienes sustraídos

---

<sup>2</sup> MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, 2da ed., Temis, Bogotá, 1999, p. 474.

<sup>3</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Décima edición, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016, p. 293.

por un tercero<sup>4</sup>. El jurista peruano no agregó al servidor público como autor, sin mencionar las razones de tal supresión.

En cambio, FIDEL ROJAS VARGAS entendió que “el agente” hace referencia al mismo autor del peculado doloso, por tanto, sin distinción, autor del delito de peculado culposo sería el funcionario o servidor público<sup>5</sup> competente.

Sin mayores detalles, coincido con esta última posición: el autor del peculado imprudente es el mismo sujeto al que se refiere en su comisión dolosa, pues, necesariamente nos encontramos ante un empleado público que tiene el deber normativo de custodia, vigilancia o cuidado de los bienes públicos. Además, en la realidad peruana tanto un funcionario como un servidor pueden ocuparse de la labor estatal referida. Empero, ésta función deberá encontrarse establecida con anticipación en una norma reguladora de la propia institución.

Estimo que la importancia de distinguir si nos encontramos ante la responsabilidad de un funcionario o servidor público radica principalmente en la imposición de la pena al no ser equiparables. Al momento de la determinación de la pena, el servidor no podrá recibir el mismo castigo que merecería un funcionario, puesto que, éste último ostenta un mayor rango de confianza en la administración pública y sus labores se fijan con criterios de especialidad. Quiero decir que la distinción cualitativa del funcionario y servidor público será de absoluta envergadura al momento que el juzgador evalué la imposición cuantitativa de la pena.

También coincido con la concepción de que el peculado [en sus dos modalidades subjetivas] debe ser considerado como un delito de *infracción de deber* para referirse a criterios materiales de imputación que se advierten de la función encomendada al empleado público. El deber es *positivado* al vincularse institucionalmente a la administración pública como presupuesto de imputación a título de autor<sup>6</sup>.

Por tal razón, no cualquier empleado público puede ser responsable del peculado imprudente porque el sujeto debe haber infringido un deber antes asignado en su propia institución pública. Es decir, infringe un deber, en este caso imprudentemente, al cuidado, vigilancia o custodia de los bienes públicos permitiendo como resultado que un tercero se los haya sustraído.

En breves términos, es autor el empleado público (funcionario o servidor) que haya quebrantado negligentemente su deber [positivo] de custodiar, vigilar o cuidar el patrimonio público. El deber exigido tuvo que ser asignado con anticipación en las normas de organización o regulación del ente público, dejando de lado delegaciones fácticas. La anticipación reguladora da potestad a que se pueda conminar al empleado público el fiel cumplimiento de sus funciones o deberes institucionales. Para estos casos, el deber vinculado con el Derecho penal tiene como fuente una norma reguladora [extrapenal], aludiendo que el injusto en los delitos imprudentes se basa en la infracción de una norma

---

<sup>4</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2003, p. 366.

<sup>5</sup> ROJAS VARGAS, *Delitos contra la administración pública*, cit., p. 528.

<sup>6</sup> REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Jurista editores, Lima, 2009, p. 34.

penal que contiene un deber de cuidado que llevó a un resultado no pretendido por el propio autor.

Con respecto a este tema, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en el peculado debe existir una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Entendiendo 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 y efectos<sup>7</sup>.

Deseo subrayar que para cumplir fehacientemente con el deber exigido, queda claro que la propia administración pública también “tiene el deber” de otorgar y facilitar al funcionario o servidor los recursos necesarios para que realice sus funciones adecuadamente, de lo contrario el descuido provendría del Estado. Por ejemplo, no podría imputarse como autor al comisario que tenga a cargo la custodia de vehículos policiales al darse la sustracción de una autoparte, cuando no se le haya delegado el personal suficiente de vigilancia o ningún lugar seguro para el estacionamiento de los vehículos. Acá el deber se encuentra condicionado con los escasos recursos entregados por sus superiores, debilitando las exigencias normativas.

Por otra parte, el peculado imprudente también puede ser clasificado como un *delito especial*<sup>8</sup> por la cualidad estricta del autor descrito formalmente en el tipo legal, dado que, para ser autor del delito necesariamente tiene que ser un empleado público al que se le haya encomendado normativamente la labor de custodia, vigilancia o cuidado del patrimonio público. Esta clasificación se debe a la división de delitos comunes y delitos especiales que tanto ha frecuentado la doctrina penal.

Sin embargo, sería un error entender como sinónimos la clasificación de los delitos especiales con los de infracción de deber. Bien explica REAÑO PESCHIERA que la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la clasificación como delito de infracción de deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación<sup>9</sup>.

Por último, el tercero que sustrae el patrimonio público como consecuencia del descuido del empleado público que tiene el deber de vigilancia, no se le puede denominar *extraneus*. Ese sujeto comete otro injusto, al que deberá ser sancionado con la pena prevista en otro tipo penal. Tampoco se le puede considerar como *partícipe doloso* del delito imprudente<sup>10</sup>. Creo que es una exageración sin ninguna base dogmática llegar a esta apreciación. Tanto el autor de la imprudencia como el tercero que se aprovecha del contexto para sustraer los bienes públicos cometen dos injustos distintos y no guardan comunicación criminal. Ni concurso ni posiciones de encuentro, sino dos injustos separados con estructuras de tipificación distintas. Desde mi óptica el agente público vulnera un injusto administrativo al no cumplir con su deber de vigilancia sobre los bienes públicos. Por su parte, el tercero comete apropiación de un bien público lesionando los derechos patrimoniales de la institución pública lo que sí es un delito. En consecuencia, insisto en confinar el concepto

---

<sup>7</sup> FJ 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.

<sup>8</sup> HURTADO POZO, *Manual de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Lima, 2005, p. 717 (num. 1861).

<sup>9</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, cit., p. 22.

<sup>10</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “La infracción penal por peculado culposo: Análisis a partir del artículo 387º, cuarto párrafo, del Código Penal”, en: *Delitos contra la Administración Pública*, Coords. Francisco HEYDEGGER y Jhuliana ATAHUAMÁN, Idemsa, Lima, 2013, p. 396.

unitario de autor, más aún que en el Perú -hasta ahora- la imprudencia se castiga sólo al autor.

#### IV. EL AFECTADO

En vista de encontrarnos ante un delito ubicado en el conjunto de ilícitos que protegen la administración pública, al cautelar específicamente la expectativa del correcto deber funcional de cuidado del patrimonio público a cargo de un empleado público competente, es categórico señalar que el afectado en la comisión del peculado imprudente es *el Estado*.

Debe entenderse que el patrimonio público pertenece a toda la sociedad, llámese pueblo y administradores estatales. A los empleados públicos se les encomienda y confía la labor de administrar el acervo público, por lo que la pena debe ser proporcional a la afectación de la confianza asignada a su libre voluntad.

El delito materia de estudio es particular, pues, se sanciona la imprudencia del autor que vulnera su competencia de cuidado siempre y cuando los bienes públicos hayan sido sustraídos por un tercero. Significa que para castigar al funcionario imprudente se debe advertir un resultado: *la afectación patrimonial al Estado*.

A pesar de que el resultado del delito no dependa del propio autor, tal como se encuentra redactado el tipo penal en el Perú, se debe confirmar la sustracción del patrimonio estatal por parte de un tercero que comete otro delito distinto como el de apropiación. En efecto, al existir afectación es evidente que el perjudicado es el Estado. Basta la sustracción para que el Estado se encuentre afectado.

En la mayoría de casos se vulnera el patrimonio delegado a una institución pública que forma parte del organigrama del Estado, pudiéndose fijar en concreto a la institución específica como el ente directamente afectado. Eso no quiere decir que el afectado ya no sería el Estado, todo lo contrario, el Estado se encuentra representado en esa institución pública individualizada.

Cuestión distinta es la participación del representante público [procurador] correspondiente en cada investigación o proceso penal. Con esto quiero decir que el afectado únicamente es el Estado y que puede ser representado por la institución pública que directamente guarda relación con los hechos reprochables<sup>11</sup>. La presencia de uno u otro procurador al fin de al cabo personifica al Estado como agraviado del peculado imprudente.

#### V. ¿EN QUÉ CONSISTE LA IMPRUDENCIA DEL PECULADO?

Los términos *por culpa* que se aprecian en el penúltimo párrafo del artículo 387 CP no nos permiten tener claridad sobre el diseño del injusto imprudente que se ha asumido en esta norma, por tal razón esta terminología es trivial, abstracta y colabora con la distorsión

---

<sup>11</sup> De forma incorrecta Salinas Siccha entiende que es necesario dejar establecido que, si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo esta se constituye como agraviado y no el Estado. Véase en: SALINAS SICCHA, Ramiro, “El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana”, en *Delitos contra la Administración Pública*, Coords. Francisco HEYDEGGER y Jhuliana ATAHUAMÁN, Idemsa, Lima, 2013, p. 368.

legislativa de tipificar cualquier vulneración de deberes gracias a la desatención del empleado público, a pesar de ser incompatible con el diseño dogmático de las escuelas penales que han tenido voz a lo largo de la historia penal peruana.

En consecuencia, será necesario acudir a la dogmática penal para verificar si al señalar *por culpa* estamos obedeciendo por lo menos la estructura objetiva del injusto imprudente. Asimismo, luego de este breve estudio el lector podrá darse cuenta que es incompatible sancionar penalmente al agente público que haya desatendido sus funciones de cuidado de los bienes públicos, debido a que un tercero se aprovechó del descuido para sustraerlos de la esfera de custodia.

En realidad no es mi propósito examinar con minuciosidad la trayectoria dogmática del injusto imprudente, pues no existe espacio ni es momento de madurez académica para tal titánica labor a pesar de ser necesaria para la realidad peruana<sup>12</sup>. No obstante, me limitaré en acentuar las características o elementos coincidentes apreciados en la doctrina especializada para referirnos a la presencia objetiva de un delito imprudente. Es necesario esta actitud en vista de que el legislador peruano ha creado una especie rara de delito con los últimos párrafos del artículo 387 al sancionar al agente público que vulnera una norma extrapenal y que un tercero cometa el resultado típico. Esta vinculación o apreciación es anticientífica.

La imprudencia como el dolo también ha sido analizada desde su parte objetiva y subjetiva. Hasta ahora, MIR PUIG ofrece esta estructura académica: *la parte objetiva* supone la infracción de la norma de cuidado y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. En cambio, *la parte subjetiva* requiere el examen de las razones de la conducta desatendida<sup>13</sup>.

Entonces, únicamente, cabe realizar reseña de la parte objetiva del tipo imprudente a fin de demostrar la incompatibilidad del diseño que ostenta la norma peruana. Es más, la teoría de la imputación objetiva y subjetiva quedarían rezagados en la norma analizada<sup>14</sup>, porque el agente público infringió su deber de cuidado pero no podría atribuírsele el resultado que un tercero cometió.

Ahora bien, el injusto imprudente tiene como esencia la infracción del deber objetivo de cuidado o mejor dicho la infracción de la norma de cuidado. La doctrina especializada ha señalado que la norma vulnerada tiene que ser necesariamente de carácter penal y de determinación, puesto que se persigue la evitación de lesiones de bienes jurídicos “motivando a los ciudadanos a no realizar conductas constitutivas de delitos”<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Puede revisarse las posiciones filosóficas de Kant y Hegel sobre su incidencia en la concepción de la imprudencia en las escuelas penales. Véase: PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 41 – 58.

<sup>13</sup> MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 298 y 299.

<sup>14</sup> La doctrina nacional responsable ya se ha pronunciado al respecto sin que haya tenido eco en la mayoría de autores que han comentado el delito estudiado aquí. Por ejemplo, la exigencia del riesgo típico es consecuencia de la infracción de la norma de cuidado. Lo que importa aquí es el resultado sea imputable al sujeto por el riesgo derivado de la infracción de la norma de cuidado. Así pues, se negará la imputación objetiva del resultado si se ha producido por causas ajenas a la conducta imprudente del autor. Véase: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 399.

<sup>15</sup> CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2da ed., BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2016, p. 55.

Desde los inicios de la década de los noventa, CORCOY BIDASOLO sostiene que la norma de cuidado se encuentra prevista en los tipos penales y el deber de cuidado, tanto su aspecto objetivo como subjetivo, no es, en sí mismo una norma penal sino que sólo determina una de las formas posibles en que se debe realizar la conducta para que sea correcta<sup>16</sup>. Además, debemos tener en cuenta las reglas generales de cuidado, que tienen relevancia penal de acuerdo con su elaboración teleológica de la teoría del delito.

Con mayor detalle sobre la parte objetiva, tal como indica RODRÍGUEZ DELGADO, hay que diferenciar entre los conceptos de norma de cuidado y deber de cuidado. El primero es la norma penal que incorpora como punible el comportamiento imprudente en los diversos tipos penales; el segundo, es aquel que está integrado por las reglas técnicas que se quebrantan en el caso concreto en que el autor realiza el comportamiento imprudente, siendo una norma no penal<sup>17</sup>.

Aunque la parte objetiva referente haya sido tantas veces cuestionada conforme a las posiciones de las escuelas del Derecho penal en el tiempo, lo real es que el autor imprudente vulnera un deber de cuidado que para muchos se concibe como error típico o por problemas de cognición. Para JAKOBS, por ejemplo, una acción imprudente no constituye injusto porque sea cognoscible la realización del tipo, sino porque una realización de tipo cognoscible es evitable<sup>18</sup>. Dicho razonamiento podría formar parte del terreno subjetivo al cual ya he advertido no discutir.

Con ello, la naturaleza jurídica del injusto imprudente necesariamente también se caracteriza por apreciar un resultado típico, ya sea, porque se quiso evitar o porque se sanciona la desatención o descuido del mismo. Es verdad que la acción y resultado se encuentran relacionados el uno con el otro, se sostiene que los deberes de cuidado tienen por finalidad evitar determinadas lesiones o peligros y por otra, el peligro que se cierne sobre el objeto protegido de la acción determina la clase y medida de la actividad exigible; asimismo, la infracción del deber de cuidado debe haber repercutido precisamente sobre el resultado acaecido<sup>19</sup>.

En efecto, los tipos imprudentes se justifican, desde las diversas banderas dogmáticas, en la previsión del *resultado típico y antijurídico*, el mismo que se encuentra enlazada con la infracción de la norma de cuidado<sup>20</sup>. Para llegar a esta concepción, las escuelas penales se superaron en el transcurrir del tiempo y aportaron desde su metodología cuestiones importantes atraídas hasta ahora.

---

<sup>16</sup> Ibídem, p. 75.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el Derecho penal peruano*, Grijley, Lima, 2007, pp. 82 y ss.

<sup>18</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 381.

<sup>19</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte General. V. II*, Instituto Pacífico, Lima, pp. 874 y 875.

<sup>20</sup> Desde antaño, el resultado y peligro se consideraban como el objeto material y jurídico de la acción culposa. Véase, QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho penal de la culpa (Imprudencia)*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 183 y ss. Con ello queda demostrado que el resultado típico siempre ha sido una característica del delito imprudente, antes bien, cada escuela penal le daba el significado conforme a la teoría del delito que propiamente construyeron en el transcurrir del tiempo y que ha sido legado para la actual dogmática penal.



Al respecto, un sector importante del *causalismo* manifestó que la culpa es, formalmente, la no previsión del resultado previsible en el momento que tuvo lugar la manifestación de voluntad. Es previsible el resultado, cuando el autor hubiera podido y debido preverle<sup>21</sup>. Como se aprecia, la escuela causal tuvo mayor atención al desvalor de la acción, pero no dejó de lado el resultado que produjo el mismo autor no precavido. En cambio MEZGER señaló que actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado<sup>22</sup>. Por parte del *finalismo*, hubo voces que afirmaron que el resultado era una condición objetiva de punibilidad, asimismo se justificaría como una garantía de seguridad para el ciudadano<sup>23</sup>, a pesar de discutir los elementos del injusto imprudente. En cuanto a ROXIN, proclama una concepción intermedia entre el desvalor de la acción y del resultado dentro del tipo imprudente<sup>24</sup>.

Con ello quiero resaltar que tanto la doctrina clásica como la moderna mayormente tuvieron en cuenta el resultado que provocó el autor imprudente. Actualmente, con la teoría de la imputación objetiva esto es innegable, ya que se recurre a esta teoría para limitar responsabilidades por imprudencia y su relación con el resultado.

En suma, no será necesario ingresar a la conexión o relación de la acción para llegar al resultado típico, siendo provechoso mencionar la real función que cumple el resultado en seleccionar los comportamientos punibles en cada compendio penal.

Con mucho énfasis debo resaltar que el resultado típico debió ser “causado” por la infracción de la norma de cuidado y que el resultado pueda imputarse objetivamente al autor de dicha infracción normativa<sup>25</sup>. Hacerlo de distinta forma se atropellaría el principio de culpabilidad, materializada por lo tanto, como garantía que guarda relación con su estatuto como persona, conforme surge de otro principio vital como es la dignidad humana<sup>26</sup>.

En consecuencia, el resultado típico se imputa al sujeto que vulneró la norma penal de cuidado vinculado con el deber objetivo de cuidado. Obligatoriamente nos deberemos encontrar ante un mismo sujeto que cumple la estructura objetiva y subjetiva de todo injusto imprudente. Tiene que ser de este modo, pues la dogmática ha ensamblado esta institución penal con respeto del principio de legalidad y, absolutamente, el de culpabilidad.

En contrario a lo sentado por la dogmática, el legislador peruano con el penúltimo párrafo del artículo 387 CP ha desconocido sin mayores reparos dicha estructura típica. En esta deformación normativa ya no serían útiles los presupuestos de la imputación objetiva en cada caso porque nos encontramos ante dos sujetos: el agente que vulnera su deber de

---

<sup>21</sup> VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal, T. II*, Traducido de la vigésima edición, Reus, Madrid, 1927, pp. 418 y 419.

<sup>22</sup> MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal, T. 2*, Traducción de la segunda edición alemana de 1933, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 149.

<sup>23</sup> ENGISCH, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, München, 1964, pp. 342 y ss. En la primera edición de 1930, Engisch sostenía que el injusto imprudente debe ser valorado como una contrariedad al deber objetivo de cuidado, del cual se excluye el resultado. En ese sentido, esa discusión rota sobre el injusto imprudente que no tuvo mucha claridad.

<sup>24</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2008, p. 998.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ DELGADO, *El tipo imprudente*, cit., p. 102.

<sup>26</sup> Para mayor profundidad: YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017, pp. 554 y ss.

custodia de los bienes públicos y el sujeto que se aprovecha de tal acontecimiento para sustraer los bienes. Reitero, son dos injustos cometidos que necesariamente no se encuentran en sede penal.

En la norma peruana, la infracción de cuidado del agente público es aprovechada por otra persona, quien ha cometido –en realidad– conforme se encuentra la redacción dos resultados típicos: el de peculado imprudente y otro de apropiación. Sin embargo, el primer resultado es un invento del legislador, ya que, con ello se evidencia la sobrecriminalización de conductas sin ninguna base dogmática ni principista.

Además, también se aprecia la colisión de deberes. Es decir, la norma penal de cuidado vendría ser la de “no apropiarse de los bienes públicos”, en símil con la comisión dolosa, antes bien, en la imprudencia del peculado la norma referida [administrativa] debe plantearse como: “no descuides la protección de los bienes públicos encomendados”. Fácilmente se deduce que la lesión ya sea de los bienes jurídicos o de la cautela de la expectativa del correcto manejo de los bienes públicos, en la imprudencia del peculado, se da con el resultado cometido por otra persona distinta a la que vulnera sus deberes de cuidado previstas en la norma regulatoria no penal.

Ante tal desconfiguración, no es aceptable que la mayoría de autores que han estudiado el tema no hayan denunciado este desconocimiento del injusto imprudente, sino más bien lo han justificado explicando –según ellos– cada elemento normativo que el legislador ha impuesto.

Como se aprecia, el término *por culpa* en este ilícito niega fundamentos dogmáticos científicos sobre el injusto imprudente, revelando criterios arbitrarios por parte del legislador peruano. Quiero decir, que la imprudencia del agente público solo debería quedar en sede administrativa, pues el resultado que únicamente debería atribuírsele es el descuido de los bienes públicos. Sobre la sustracción por parte del tercero, éste deberá ser castigado con otro delito de apropiación mayormente.

Finalmente, el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 asienta nuestra posición tácitamente, al considerar la culpa en el peculado cuando “el autor viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público”. Sin embargo, no señala nada sobre el resultado. Ahí radica la anomalía: olvidar que el resultado debe ser imputado al mismo autor que vulneró la norma de cuidado.

Aunado a lo dicho, esta singular composición del peculado imprudente se aleja de los criterios asumidos en otros ilícitos penales imprudentes previstas en el propio Código Penal peruano. A decir, en el homicidio o lesiones imprudentes se castiga al mismo sujeto que lesionó el deber de cuidado y que produjo el resultado típico. En tales circunstancias nos encontramos ante una misma persona.

## **VI. LA SUSTRACCIÓN COMETIDA POR OTRO AUTOR**

Como se ha dicho *ut supra* la sustracción, conforme al tenor literal, debe darse por otro sujeto que aprovechó el descuido de quien infringió la norma de cuidado. Esta sustracción ya sea por apoderamiento o utilización enmarca la comisión de otro delito. Por ejemplo, el

tercero, así haya sido otro empleado público pero incompetente a las labores de vigilancia o cuidado de los bienes, podrá ser sancionado con el delito de hurto o hurto agravado, según la imputación fáctica.

Por otro lado, si el tercero sustrae los bienes para desplazarlos a otro lugar o para aprovecharlos, ello tendría que ver con los criterios de imputación y de responsabilidad penal únicamente para este tercero, mas no por el agente público descuidado. El peculado “culposo”, de manera equivocada, reprime no el hecho de la sustracción, sino la imprudencia que significa la no adopción de precauciones con que el funcionario debió ejercitar la custodia de los caudales o efectos cuya custodia le correspondía: Esta posición debe ser desterrada.

Cuestionando el discurso de la norma estudiada, lo que planteo en estas líneas es que la sustracción dada por un tercero no puede ser imputada objetiva ni subjetivamente al funcionario o servidor público imprudente. La conexión entre la acción y el resultado solo podrían enfocarse ante un mismo sujeto conforme ya se ha explicado. Por eso sostengo que la sustracción cometida por el tercero tiene un castigo distinto a los delitos contra la administración pública, según sea el caso. En cambio, al empleado público que no estuvo del todo atento a sus funciones de custodia de los bienes público, bastaría imponerle sanción desde sede administrativa sancionador con firmeza.

No es necesario hacer mención a una “conexión normativa” como se ha observado en algunos escritos nacionales, pues esta construcción ilícita no es adecuada a los criterios de imputación imprudente y lesionan principios como la legalidad y culpabilidad.

## VII. REFLEXIONES FINALES

A todo lo expuesto, he podido justificar que el penúltimo párrafo del artículo 387 CP es incompatible con la estructura objetiva del tipo imprudente aducido por las principales posiciones doctrinarias a lo largo del tiempo y que han sido de recibo en la doctrina nacional, sobre todo a las escuelas modernas del Derecho penal.

Lo que ha fijado el legislador peruano se funda en sancionar al empleado público imprudente, siempre y cuando su conducta haya sido aprovechada por un tercero al sustraer los bienes de la custodia pública. Tal posición es incompatible desde la óptica de la doctrina científica; ya que, la parte objetiva de la imprudencia se plasma en la vulneración de una norma de cuidado que conlleve a un resultado típico, cometido únicamente por un mismo autor.

En síntesis, como *lege ferenda*, lo prudente de esta norma penal sería desglosarla en dos ilícitos: La imprudencia del empleado sería castigada desde sede administrativo sancionador, siendo reprochable el mismo descuido de los bienes como resultado típico. En cambio, la sustracción propiciada por el tercero sería castigada por un delito de apropiación, conforme sea el caso. Tal y como está la redacción legal, se confunde el desvalor del resultado en la imprudencia y se vulneran ciertos principios, principalmente, como el de culpabilidad. Tal discurso debe ser detenido, a pesar de encontrarnos en contra de la corriente de discursos políticos que buscan utilizar el derecho penal para calmar sensaciones sociales como la lucha anticorrupción.

Como ya ha sido expuesto, esta norma es incongruente con sus otros pares imprudentes previstos en el mismo Código Penal. En el homicidio y lesiones, por señalar algunos ejemplos, se sanciona al mismo sujeto que no tuvo cuidado con las normas de deber antes previstas, lo que conllevó a imputarle el resultado previsto en la ley penal; en cambio en el penúltimo párrafo del 387 CP la norma engarza dos personajes.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2003.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2da ed., BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2016.
- ENGISCH, Karl, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, München, 1964
- HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Lima, Grijley, 2005.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte General. V. II*, Instituto Pacifico, Lima, 2016.
- MEZGER, Edmund, *Tratado de derecho penal, T. 2*, Traducción de la segunda edición alemana de 1933, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Décima edición, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016.
- MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, 2da ed., Temis, Bogotá, 1999.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *La imprudencia en el Derecho penal. El tipo subjetivo del delito imprudente*, Atelier, Barcelona, 2012.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Derecho penal de la culpa (Imprudencia)*, Bosch, Barcelona, 1958.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Jurista editores, Lima, 2009.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, “La infracción penal por peculado culposo: Análisis a partir del artículo 387º, cuarto párrafo, del Código Penal”, en: *Delitos contra la Administración Pública*, Coords. Francisco HEYDEGGER y Jhuliana ATAHUAMÁN, Idemsa, Lima, 2013.
- RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente. Una visión funcional desde el Derecho penal peruano*, Grijley, Lima, 2007.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 4ta ed., Grijley, Lima, 2007.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte General, T. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2008.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, “El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana”, en *Delitos contra la Administración Pública*, Coords. Francisco HEYDEGGER y Jhuliana ATAHUAMÁN, Idemsa, Lima, 2013.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006.
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal, T. II*, Traducido de la vigésima edición, Reus, Madrid, 1927.

- YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017.