



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 102-2016
LIMA**

Sumilla:

La complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos elementos, a saber: **i)** La *intensidad objetiva de su aporte al delito*, vale decir que sin este el hecho no hubiera podido cometerse, y **ii)** El *momento en que realiza su aporte*, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último caso se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en tal caso respondería como autor.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de julio de dos mil diecisiete.-

VISTOS; en audiencia pública, el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, en razón del recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de la sentenciada VIOLETA ROCÍO RENTERÍA VALDELOMAR, contra la sentencia de fojas trescientos ochenta y tres, de veintisiete de enero de dos mil quince, que confirmó la sentencia apelada de fojas doscientos cuarenta y dos, de doce de noviembre de dos mil catorce, en el extremo que condenó a la citada acusada como cómplice primario del delito contra la administración pública – peculado, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de tres años bajo reglas de conducta e inhabilitación por dos años. Interviene como ponente la señora Jueza Suprema **CHÁVEZ MELLA**.

CONSIDERANDO:

§. HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN.-

PRIMERO: La recurrente, Violeta Rocío Rentería Valdelomar, quien laboraba en la OCI-FAP como “Habilitada”, tenía en su poder el



dinero asignado a la Unidad por concepto de “fondo para pagos en efectivo”; quien entregaba diversos montos y/o pagaba con dinero del fondo, los gastos que verificaba Hernán Eduardo Javier de Souza Peixoto Zumaeta.

En el periodo comprendido entre noviembre de 2003 a diciembre de 2004, coadyuvó a su coprocesado Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto Zumaeta – Jefe del OCI-FAP, para que utilizara dichos fondos en beneficio propio y de terceros; así como, haberle entregado diversas sumas de dinero y haber asumido gastos particulares a cuenta del referido fondo.

§. ITINERARIO DEL PROCESO DE PRIMERA INSTANCIA.-

SEGUNDO: Citando los hechos antes mencionados se formuló requerimiento acusatorio de fojas uno, imputando a VIOLETA ROCÍO RENTERÍA VALDELOMAR, la comisión del delito contra la administración pública – peculado doloso Simple [primer párrafo del artículo 387, del Código Penal], en calidad de cómplice primario, en agravio del Estado.

TERCERO: Luego de haberse llevado a cabo la audiencia preliminar de control de acusación, el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima, dictó auto de enjuiciamiento [fojas ochenta y nueve], en contra de VIOLETA ROCÍO RENTERÍA VALDELOMAR, como cómplice primaria del delito contra la administración pública – peculado doloso simple [primer párrafo del artículo 387, del Código Penal], en agravio del Estado.



CUARTO: El día 30 de octubre de 2013, el Segundo Juzgado Unipersonal Especializado en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima, emitió el auto de citación a juicio oral [fojas cien], el mismo que fue reprogramado por resolución tres de cinco de febrero de dos mil catorce -fojas noventa y ocho- y luego nuevamente reprogramado por resolución número cuatro de doce de mayo de dos mil catorce -fojas noventa y nueve-. Tras la realización del juicio oral, dictó sentencia el 12 de noviembre de 2014 -fojas doscientos cincuenta y siete- que: **i)** Declaró prescrita la acción penal en el proceso seguido contra Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto Zumaeta y Violeta Rocío Rentería Valdelomar, por el delito contra la fe pública – falsedad ideológica [primer párrafo del artículo 428, del Código Penal], en agravio del Estado; **ii)** Absolvió a Lázaro Pazos Acosta de la acusación fiscal en calidad de cómplice secundario del delito contra la administración pública – peculado [artículo 387 del Código Penal], en agravio del Estado Peruano; y, **iii)** Condenó a Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto Zumaeta y Violeta Rocío Rentería Valdelomar como autor y cómplice primario respectivamente, por la comisión del delito contra la Administración Pública – peculado [artículo 387, del Código Penal], en agravio del Estado Peruano; y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; inhabilitación por dos años y fijó en S/ 95,000.00 (noventa y cinco mil soles) el monto por concepto de reparación civil que deberán abonar en forma solidaria.

QUINTO: Para condenar a la acusada Violeta Rocío Rentería Valdelomar, el Juzgado Unipersonal, argumentó que se acreditó que



se desempeñó en el cargo de "Habilitada" de la Oficina de Control Institucional de la FAP. De acuerdo a la Directiva FAP N.º 170-31 y Directiva N.º 170-3, fue la encargada para los pagos en efectivo; asimismo, custodiaba y entregaba dinero para gastos, elaboraba las rendiciones de cuenta del Fondo para gastos en efectivo. Por otro lado, conforme a la Directiva FAP N.º 170-31 numeral 8, del literal a), del punto 6, y la Directiva FAP N.º 170-3 de fecha 31 de agosto de 2004, fue encargada de la custodia y rendición de cuentas del fondo para pagos en efectivo, por el periodo de imputación; mediante Resolución Directoral N.º 1181 DIDE, de 24 de noviembre de 2003 y la Resolución Directoral N.º 0026-DIDE-2003-CG, se designó a la acusada como encargada para el pago de Fondo en efectivo de la OCI-FAP; el testigo Meneses Garay sostuvo que la acusada era quien pagaba por los productos que compraba la OCI FAP; igualmente el testigo Melesio Garay señaló que las boletas se las entregaba a la acusada. Por lo que, se tiene por acreditado que la acusada Violeta Rocío Rentería Valdelomar, colaboró a fin de que el acusado Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto Zumaeta, como titular de la Unidad de la OCI FAP, teniendo la función de la administración y custodia de los Fondos para pagos en efectivo de la OCI FAP; se apropie de la suma de S/ 65,614.50 soles, a través de gastos por consumo, abarrotes y boletas falsificadas.

§. ITINERARIO DEL PROCESO EN SEGUNDA INSTANCIA.-

SEXTO: Contra la citada sentencia, el representante del Ministerio Público y la defensa técnica de los sentenciados Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto Zumaeta y Violeta Rocío Rentería Valdelomar-fojas trescientos seis-, interpusieron recurso de apelación; en el caso de



Rentería Valdelomar solicitó su absolución, por cuanto el cómplice primario realiza un aporte necesario para la comisión del delito, pero no participa en la ejecución del mismo; además este aporte tiene que ser necesariamente doloso de conformidad con el artículo 25, del Código Penal; es decir, tiene que tener conocimiento necesario o al menos prever por razón de su cargo, de que su concurso implicará la comisión de un evento delictivo; sin embargo, nunca tuvo conocimiento de que se estuviera cometiendo algún delito, por el contrario se encontraba aprobada por directivas internas de la FAP y el clasificador maestro de gastos del sector público, no existiendo complicidad a título de negligencia.

SÉPTIMO: El Segundo Juzgado Unipersonal Especializado en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima, por resolución de veinticuatro de noviembre de dos mil catorce -fojas trescientos diecisiete- concedió los recursos de apelación interpuestos; y, mediante resolución de veintisiete de enero de dos mil quince -fojas trescientos sesenta y tres-, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima señaló fecha para la audiencia de apelación de sentencia, la que se realizó conforme al acta de 05 de marzo de 2015 -fojas trescientos setenta y tres-; y, su continuación de 12 de marzo de 2015 -fojas trescientos setenta y siete- y dieciséis de marzo de 2015 -fojas trescientos ochenta y uno- con la intervención del representante del Ministerio Público, los sentenciados Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto Zumaeta y Violeta Rocío Rentería Valdelomar y sus abogados defensores.

OCTAVO: El día veintisiete de marzo de dos mil quince -fojas trescientos ochenta y tres-, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte



Superior de Justicia de Lima, dictó sentencia de vista confirmando la sentencia de doce de noviembre de dos mil catorce -fojas doscientos cincuenta y siete- en los extremos que absolvió a Lázaro Pazos Acosta de la acusación fiscal en calidad de cómplice secundario del delito contra la administración pública – peculado [artículo 387 del Código Penal], en agravio del Estado Peruano; y, condenó a Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto Zumaeta y Violeta Rocío Rentería Valdelomar como autor y cómplice primario respectivamente, por la comisión del delito contra la Administración Pública – peculado [artículo 387, del Código Penal], en agravio del Estado Peruano; y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; inhabilitación por dos años y fijó en S/ 95,000.00 (noventa y cinco mil soles) el monto por concepto de reparación civil que deberán abonar en forma solidaria.

NOVENO: Los argumentos que utilizó la Sala Penal de Apelaciones para sustentar su fallo, respecto a la sentenciada Violeta Rocío Rentería Valdelomarson, que a la fecha de la comisión de los hechos [noviembre 2003 a diciembre 2004], ostentaba el cargo de encargada del fondo para pagos en efectivo, también llamada “habilitada”, encontrándose sujeta a los lineamientos establecidos en las Directivas FAP 170-3 y FAP 170-31 y que su participación fue determinante para la consumación del ilícito penal; a juicio oral concurren los testigos Raúl Antonio Meneses Garay y Melecio Guillén Loardo cuyos testimonios no fueron desacreditados; la alegación de la acusada respecto a que actuó bajo el principio de confianza, no resulta cierto toda vez que dada su experiencia en la administración pública tal como manifestó al ser interrogada, exigían una conducta distinta a la asumida por



ésta, permitiendo que el Jefe del OCI-FAP, Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto Zumaeta, utilizara en beneficio propio el dinero asignado por concepto de "fondo para pagos en efectivo"; asimismo, considera que su intervención dado el encargo conferido sobre los fondos públicos es de autora; sin embargo, fue acusada y condenada como cómplice primaria, título de imputación que subsiste ya que quien impugnó es la citada acusada.

§ DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN.-

DÉCIMO: No encontrándose conforme con la sentencia de vista, la sentenciada Violeta Rocío Rentería Valdelomar, interpuso recurso de casación excepcional –conforme a los numerales 1 y 4, del artículo 427, del Código Procesal Penal- [fojas cuatrocientos diez], invocando las causales 3 y 5, del artículo 429, del Código Adjetivo, sosteniendo que la resolución cuestionada importa una errónea interpretación de los institutos de imputación objetiva, principio de confianza y la prohibición de regreso y su nula aplicación en la sentencia, en cuanto a la conducta desplegada por la acusada; así como el apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida en el recurso de casación N.º 367-2011; por lo que resulta necesario para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, respecto a si el accionar de la acusada escapa al rol establecido, además que asumía su función dentro de los parámetros normales y entendiendo que nunca existió observación alguna, por el cual debería estar alerta de cualquier acontecimiento anómalo, respecto a la justificación de los gastos y que luego sustentaban los mismos con las boletas.

UNDÉCIMO: El Tribunal Superior por resolución del 24 de abril de 2015 - fojas cuatrocientos ochenta y seis-, por mayoría, declaró inadmisibile el



recurso de casación interpuesto por la defensa de la sentenciada Violeta Rocío Rentería Valdelomar; sin embargo, mediante ejecutoria suprema de 6 de julio de 2015 emitida en la Queja N.º 150-2015/LIMA -fojas cuatrocientos noventa y cuatro- se declaró fundado el recurso de queja de derecho y ordenó se admita el recurso de casación, el mismo que fue concedido por resolución ocho de 14 de diciembre de 2015 -fojas cuatrocientos noventa y ocho-.

DUODÉCIMO: La Sala Penal Permanente de esta Suprema Corte, mediante el auto de calificación del recurso de casación del 15 de abril de 2016 -fojas cuarenta y cinco del cuaderno de casación formado en esta instancia- declaró, de oficio, bien concedido el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de la sentenciada Violeta Rocío Rentería Valdelomar, para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial del artículo 25, del Código Penal, respecto a la imputación objetiva y el principio de confianza, que la orienta en el delito de peculado del artículo 387 del Código Penal.

DÉCIMO TERCERO: El 26 de junio de 2017, se llevó a cabo la audiencia de casación, en la que estuvo presente el abogado de la sentenciada Violeta Rocío Rentería Valdelomar, quien alegó que los hechos datan del periodo comprendido entre noviembre de 2003 a diciembre de 2004, durante el que su patrocinada Violeta Rocío Rentería Valdelomar ejercía el cargo de habilitada de la Oficina de Control Institucional de la FAP y según la Directiva N.º 763 autorizaba los pagos del fondo inmediato de menor cuantía; sin embargo, se le condenó como cómplice primario del delito de peculado doloso y no realizó el análisis del porqué ella era competente para hacer esos pagos, incurriendo en la infracción del artículo 25 del Código Penal, puesto



que para la complicidad se requiere de un aporte doloso y no culposo; se cuestiona que no se haya realizado la verificación de la infracción del deber de cuidado y no se aplicó la Casación N.º 367-2011-Lambayeque, sobre complicidad primaria y secundaria; se aplica la teoría del dominio del hecho y siendo que el cómplice jamás tiene el dominio del hecho, no se tuvo en cuenta para determinar la responsabilidad, la teoría de imputación objetiva y el principio de confianza; no se le puede exigir una conducta que no le corresponde, su patrocinada no es perito para determinar si una boleta es verdadera o falsa, su conducta fue neutral, cumplió su función y no se le puede exigir más allá de su rol, no tienen relevancia penal las conductas que no violan la normatividad; su participación fue culposa por lo que no puede ser cómplice.

DÉCIMO CUARTO: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día de la vista, esta sala suprema emitió la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan- se realizará por la secretaría de la sala el día 11 de Julio de 2017, a las 10:30 horas.

§. FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL.-

❖ *El delito de peculado como delito de infracción de deber.-*

DÉCIMO QUINTO: Para analizar el presente caso, es pertinente referirnos a la categoría de los delitos de infracción del deber, postulada por primera vez por Claus Roxin (1963) hace más de 50 años, en su libro Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Roxin en su planteamiento original distinguió los delitos de dominio del hecho de los delitos de infracción de deber; en relación a los delitos de infracción de deber sostuvo que éstos se caracterizaban porque la



autoría de la realización del tipo penal no depende del dominio del hecho, sino de la infracción de un deber que incumbe al agente relacionándolo con los delitos especiales –aquellos que requieren, para poder ser autor, una específica cualificación en el sujeto- y los delitos de omisión –aquellos que se refieren a la no verificación de una determinada conducta, en ese sentido, se realizan si tiene lugar una conducta diferente a la prevista, es necesaria la pasividad-.

15.1 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 jurídico no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario o servidor público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado¹; así pues, constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas; siendo “un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de un determinado status o rol especial”².

15.2 En otras palabras, a efectos de distinguir a la teoría de infracción del deber con la teoría del dominio del hecho, es pertinente señalar que en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor se materializa en el criterio de la infracción del deber, mientras que en la

¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Lima, 2003. pp.281-282.

² QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Citado por: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. “Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias”. 2004. p. 23.



teoría del dominio del hecho, será calificado de autor quien domina el suceso que acarrea la realización del delito, y aquí, respecto al partícipe si bien interviene en la comisión del hecho criminal, carece del dominio del hecho, por lo que su contribución no es determinante para la realización del delito. En ese sentido, se advierte que en los delitos contra la administración pública, tipificados en nuestro Código Penal, autor es aquel individuo que ha quebrantado un deber especial –el cual no repercute a todas las personas–. El sujeto principal del hecho delictivo, donde participan más de una persona, será quien vulnere el deber especial previsto en el tipo penal y, así favorezca al resultado por acción u omisión. “Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado”³.

❖ ***De la imputación objetiva y el principio de confianza.-***

DÉCIMO SEXTO: En el marco de la teoría de la Imputación Objetiva se produce una reformulación del juicio de imputación, sobre la base de criterios normativos que apuntan a una restricción del tipo penal. Según la cual sólo puede resultar objetivamente imputable un resultado, si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico⁴.

16.1 Uno de los elementos definidores de la imputación objetiva es el denominado Principio de Confianza. Un Estado Social de Derecho, supone que sus ciudadanos reconocen y han hecho suyas las normas sociales y jurídicas necesarias para la convivencia inter-social; en base

³ ROXIN, Claus, Derecho Penal, parte general, T. I, Editorial civitas, Madrid, 1997, p. 338

⁴ JESCHECK/WEIGEND; citado por CANCIO MELIÁ, Manuel; Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Cit. p. 26; así también STRATENWERTH, Günter. Derecho Penal. Parte General I (El hecho punible), traducido de la segunda edición alemana (1976) de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, citado en p. 153.



a tal concepción, los ciudadanos tienen pues la confianza de que sus pares van a amoldar sus ámbitos organizativos con sujeción a dichas normas y este es el fundamento de la vigencia fáctica de las mismas. Empero, se puede responder únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte de la función de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que pueda originar la conducta de un tercero.⁵

16.2 Cada individuo deberá comportarse conforme al rol que asume en una determinada relación social; la conformación de determinadas actividades sociales, depende de la actuación simultánea de varias personas, cada una de ellas deberá realizar su prestación de forma correcta, por consiguiente, una prestación deficitaria sólo podrá atribuirse a ellas y no al resto de participantes.

16.3 No cabe imputación a la conducta cuando el sujeto obra confiado en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido. Ejemplo: *El cirujano espera que el material quirúrgico que emplea en una intervención haya sido esterilizado por el personal de enfermería.* Así las cosas, el ejercicio del rol se identifica con el cumplimiento de la norma, en ese sentido, es lógico concluir que el quebrantamiento del rol es la llave que abre la puerta de par en par a la *imputación penal* sobre la base de la infracción de una norma jurídica. La imputación objetiva es, pues, en esencia una defraudación imputable de las expectativas sociales, correlativamente con la concepción de la norma como modo de orientación de conductas y como fundamento estabilizador de expectativas sociales.

⁵ PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte General, Tomo I, Primera Edición, IDEMSA, Lima, enero 2011, p. 440.



❖ **De la figura del autor y participe en los delitos de infracción de deber.-**

DÉCIMO SÉTIMO: El autor argentino Enrique Bacigalupo, respecto a los delitos especiales, afirma que hay ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas que tienen las características especiales requeridas por la ley para ser autor; se trata de delitos que importan la violación de una norma especial⁶; por lo que resulta claro sostener que el funcionario público es quien ocupa un status especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe de evitar la lesión de los intereses de la administración pública.

17.1 La complicidad está regulada en el artículo 25 de nuestro Código Penal, y describe: “El que, **dolosamente**, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.”; en este punto, debemos destacar que este precepto legal evidentemente tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho, conforme lo esgrimido en el considerando precedente, pues respecto a la participación, toma la tesis de la accesoriedad de la participación, es decir, que la participación es factible cuando existe realmente un hecho cometido por un autor, toda vez que, la complicidad no contiene autonomía típica propia o estructura delictiva diferente a la desplegada por el autor del hecho

⁶ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal*. Parte General, segunda edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 237.



punible, por lo que la unidad del título imputativo deberá ser la que le corresponda al autor -unidad del título de imputación-.

17.2 Siendo así, la complicidad es conceptualizada como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, lo que es lo mismo, como **el prestar ayuda a un hecho doloso de otro**. El cómplice carece del dominio del hecho, que sólo es ejercido por el autor del delito. Por otro lado, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y el conocimiento de prestar la colaboración; la ayuda prestada sin conocimiento no es complicidad.

17.3 Ahora bien, la complicidad ha sido clasificada en primaria y secundaria, la diferencia entre ambas reside en el tipo de aporte prestado por el cómplice; podrán ser considerados actos de complicidad primaria, aquellos actos que sean esenciales o vitales para que el autor pueda cometer el delito, mientras que la complicidad secundaria se conforma por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito; vale decir, éstos aportes no son indispensables. Con el fin de determinar la responsabilidad penal como cómplice -primario o secundario-, corresponderá analizarse si la conducta desplegada por el imputado, en cada caso concreto al cooperar o prestar colaboración ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo.

17.4 Esta diferencia entre complicidad primaria y secundaria es creación de la teoría del dominio del hecho, en la cual es vital establecer el aporte brindado por el partícipe al autor en la comisión del delito. En tal sentido, en los delitos especiales, no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 25 del Código Penal que dispone que al



cómplice o cooperador primario, se le impone la misma pena que el autor y al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena. CLAUS ROXIN, luego de elaborar el criterio del dominio del hecho para imputar a una persona la condición de autor del delito, de “señor del hecho”, o “figura central del suceso acaecido”, desarrolla el criterio de la infracción del deber para identificar al autor en ciertos delitos en los que no es aplicable el principio del dominio del hecho, pues la autoría se fundamenta en la infracción de un deber⁷.

17.5 Del análisis de los delitos contra la administración pública, podemos indicar que no todos son delitos especiales, pues existen también delitos comunes como por ejemplo el delito de tráfico de influencias. Por supuesto, que cuando se trata de delitos comunes la teoría del dominio del hecho debe ser utilizada para identificar o determinar quién es autor y quién es partícipe del delito –primario o secundario-; sin embargo, para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener relación funcional con el Estado participa en la comisión de un delito contra la administración pública, será simplemente cómplice, al igual que quien brinda su aporte en la etapa de preparación del delito.

❖ **De la complicidad en el delito de peculado.-**

DÉCIMO OCTAVO: “La complicidad primaria en delitos de función se produce, a diferencia de la colaboración secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser *colaborador necesario o primario cualquier funcionario, servidor público o un*

⁷ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*, traducción de la sexta edición alemana, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 1998, pp. 383-286.



particular⁸”; a diferencia de la cooperación secundaria, la cual se genera cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, ejecución o consumación del delito.

18.1 Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Vocal del Consejo General del Poder Judicial Español, afirma que el cómplice solamente puede brindar su aporte esencial en la fase preparatoria, pues si éste se produce en la fase ejecutiva se tratará de un coautor⁹.

18.2 La Corte Suprema de Justicia ha determinado que el aporte necesario en la fase preparatoria deber ser tipificado como complicidad primaria. En el expediente N.º 3086-99-Lima, del seis de octubre de mil novecientos noventa y nueve señaló: *“Los elementos que caracterizan la categoría del cómplice primario son: a) La intensidad objetiva del aporte al delito, b) El momento en que se realiza el aporte. Teniendo como base este segundo supuesto, la colaboración propia de la complicidad primaria se da en la fase preparatoria del hecho delictivo”*.

18.3 Existen criterios dogmáticos jurídicos para determinar la importancia o la necesidad del aporte del cómplice a fin de calificarlo de partícipe necesario o secundario: **a) El colaborador insustituible**, el acto de colaboración será necesario o imprescindible si ninguno de los que intervienen hubiera podido realizarlo en sustitución del colaborador. Si el cooperador es insustituible habrá complicidad primaria, si es sustituible por algún otro partícipe, complicidad secundaria¹⁰; **b) Aportación imprescindible**, si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución del delito o aplazarla hasta encontrar un colaborador, o esperar que un cambio de circunstancias hiciese innecesaria

⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Nomos &Thesis. Lima, 2016, p. 110.

⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Derecho Penal. Parte General*, tomo III, Leynfor Siglo XXI, Madrid, 2001, p. 446.

¹⁰ LÓPEZ PEREGRÍN, M^o Carmen, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.412.

la cooperación ajena, se trataría de complicidad primaria¹¹; **c) Dominio funcional del hecho**, la complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos elementos, a saber: i) La intensidad objetiva de su aporte al delito, vale decir que sin él el hecho no hubiera podido cometerse, y ii) El momento en que realiza su aporte, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en tal sentido respondería como autor.

18.4 De lo precedentemente expuesto, es preciso indicar que en el delito de peculado–delito de infracción de deber- no habría lugar para la coautoría; hay que destacar que la teoría de la infracción del deber de Roxin, no acepta la coautoría que, ciertamente, es la consecuencia de la teoría del dominio del hecho. Así las cosas, no puede concurrir la figura de coautoría porque como se trata de un delito de infracción de un deber especial penal, resulta insostenible materialmente que dos o más funcionarios o servidores públicos acuerden sus voluntades para transgredir una parte del deber especial, teniendo en cuenta que, éste es único y no es posible dividirlo materialmente. En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública, se ponen de acuerdo para sustraer el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. En

¹¹ LÓPEZ PEREGRÍN, M^o Carmen, *op. Cit.*, p. 414.



definitiva, no puede sostenerse que en los funcionarios o servidores públicos ha concurrido un reparto de conductas para infringir un deber especial penal. Por lo tanto, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores.

❖ ***Del iter criminis del delito de peculado a efectos de determinar la autoría o participación del agente.-***

DÉCIMO NOVENO: El Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, de 30 de setiembre de 2005, establece: *“Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. 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 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. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico – penal: **i)** Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y **ii)** Evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público quien quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.*



19.1 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* -la intención de tener una cosa como de su propiedad o hacerla suya. 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 puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración. Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal.

19.2 La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación *sui generis*. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio¹².

19.3 La consumación del peculado doloso se produciría entonces cuando el sujeto activo haya incorporado a su esfera de dominio los caudales públicos separándolos, extrayéndolos, quitándolos o desviándolos “de las necesidades del servicio, haciéndolos suyos”¹³(El

¹² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano, Palestra, Lima, 2005, p. 342.

¹³ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel e Inés OLAIZOLA NOGALES. Citados por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Palestra, Lima, 2003, Nota pie. 746.



subrayado es nuestro). Esto tiene coherencia con la postura objetiva-individual, que indica que los actos ejecutivos se inician, según el plan del autor, con una peligrosidad cercana para el bien jurídico.

19.4 Respecto al momento consumativo del peculado doloso por apropiación, según Fidel Rojas Vargas: *“se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por el sujeto activo, apartándolos de la esfera de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos, esto es, incorporándolos a su patrimonio personal”*¹⁴; asimismo, el mismo autor sostiene: *“el destino de los caudales o efectos va dirigido a tercero, la consumación no está definida por el momento en que éste recibe 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”*¹⁵. El autor colombiano Erleans de Jesús Peña Ossa, señala que *“el momento consumativo del peculado se produce con el efectivo desapoderamiento de los fondos públicos al Estado mediante la realización de actos de dueño por el autor”*¹⁶.

19.5 El delito de 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 están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado.

¹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta edición. GRIJLEY, Lima, pp. 500 y 501.

¹⁵ Ídem. p. 501.

¹⁶ PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. *Delitos contra la administración pública*. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1995, p. 100.



19.6 Con respecto a los actos preparatorios, éstos componen un estadio anterior a la fase de ejecución del delito y que están dirigidos a facilitarlos y teniendo en cuenta que se desenvuelven en el interior de la esfera de organización de la persona, en principio, no son alcanzados por la punibilidad (salvo cuando en forma independiente constituyen delito), pues al ser sucesos equívocos o improductivos a efectos de lograr por sí mismos la consumación delictiva.

19.7 Lo decisivo para diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos del delito podría ser la opinión del sujeto sobre su plan criminal, es decir, los actos ejecutivos son aquellos que el sujeto considera como parte de la fase ejecutiva de su plan, empero, la adopción de un punto de vista puramente subjetivo resulta inadmisibles porque la determinación del momento a partir del cual los actos son punibles no puede dejarse al propio autor, sino que corresponde a la ley, así lo exige el principio de legalidad.

19.8 Antes de pasar al análisis de los actos de ejecución, es preciso mencionar que éstos, son teóricamente distintos de los actos preparatorios, pero que en la aplicación práctica de las conceptualizaciones, resulta sumamente complicado el diferenciar cuando uno de los actos exteriorizados por un sujeto activo determinado, ha dejado de ser preparatorio y se convierte en ejecutivo.

19.9 Al respecto existen diversas teorías que tratan de dar respuesta a esta incógnita, además de la teoría subjetiva antes acotada, concurre la teoría intermedia o mixta. Esta combina los dos aspectos de la acción típica (subjetivos y objetivos) es decir, el plan del sujeto activo (visualización respecto del despliegue de la acción típica) - y si a



partir de ello la conducta exteriorizada por el autor se encuentra ligada a la acción descrita en la parte objetiva del tipo penal, teoría que presenta el problema de subjetivizar un criterio que en la ley es objetivo.

19.10 En definitiva, la teoría objetiva encuentra mayor acogida al caso en concreto, pues con ésta, los sucesos deberán analizarse objetivamente al momento de la delimitación, ya que, lo que importa es el hecho en sí y no la intención o finalidad del autor. Deberá analizarse el hecho desde la perspectiva de un observador externo que desconozca el objetivo que habita en el interior el autor, puesto que, los sucesos se analizan desde la percepción de quien desconoce absolutamente los planes del autor y espera que sus acciones los descubran, es decir, a que los actos por él ejecutados reflejan a un tiempo el peligro para el bien jurídico y consecuentemente el dolo con que se ejecuta la acción.

VIGÉSIMO: En conclusión, de todo lo expuesto, se tiene que respecto a los partícipes en el hecho delictivo a título de cómplice, sea primario o secundario, su aporte a la comisión del delito siempre es doloso, entendido como el conocimiento de que es un hecho injusto y con la voluntad de prestar la colaboración; además, se limita en el *itercriminis* durante los actos preparatorios, lo que debe verificarse en el caso en concreto.

§. ANALISIS DEL CASO CONCRETO.-

VIGÉSIMO PRIMERO: Teniendo en consideración lo señalado precedentemente, pasaremos a analizar si en el caso en concreto, los hechos imputados por el Ministerio Público contra la encausada



VIOLETA ROCÍO RENTERÍA VALDELOMAR se encuentran dentro de los actos preparatorios respecto a las etapas del delito de peculado, a efectos de poder configurarse la complicidad primaria por la cual se le sentenció.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Siendo así, en el caso de autos se advierte que Violeta Rocío Rentería Valdelomar, quien laboraba en la OCI-FAP como “habilitada”, tenía en su poder el dinero asignado a la Unidad por concepto de “fondo para pagos en efectivo”, del cual entregaba diversos montos y/o pagaba los gastos que verificaba Hernán Eduardo Javier de Souza Peixoto Zumaeta. En el periodo comprendido entre **noviembre de 2003 a diciembre de 2004**, coadyuvó a su coprocesado Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto Zumaeta – Jefe del OCI-FAP, para que utilizara en beneficio propio y de terceros diversas sumas de dinero y haber asumido gastos particulares a cuenta del fondo para pagos en efectivo asignado a la entidad para fines específicos.

VIGÉSIMO TERCERO: El autor del delito fue Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto Zumaeta, quien está sentenciado y se desempeñó como jefe del Órgano del Control Institucional de la FAP, apropiándose para sí y para terceros de parte del dinero asignado a dicha unidad por concepto de fondo para pagos en efectivo, ascendente a la suma de S/ 65,614.50 (Sesenta y cinco mil seiscientos catorce y 50/100 soles), obteniéndose en cuatro acciones: **i)** Ordenó comprar licores y regalos en beneficio propio y de terceros, lo que justificó con boletas que no consignaban los productos realmente adquiridos; **ii)** Dispuso la compra indiscriminada de abarrotes a fin de que Melecio Guillén Loardo (mayordomo) prepare almuerzos para su persona y el asesor; **iii)** Realizó consumos indiscriminados en



establecimiento que expenden comidas en beneficio propio; y **iv)** Se apropió de diversas sumas de dinero del fondo para pagos en efectivo que los justificó con comprobantes falsos o adulterados.

23.1 Por otro lado, se le imputó a Violeta Rocío Rentería Valdelomar, en calidad de cómplice primario del delito de peculado doloso y haber colaborado o brindado un aporte esencial a fin de que el acusado De Souza Peixoto Zumaeta se apropie de la suma antes referida a través de gastos por consumo, abarrotes y comprobantes de pago falsificados, por lo que fue sentenciada a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida al igual que el autor.

VIGÉSIMO CUARTO: Este Supremo Tribunal advierte que está acreditado, según la Directiva FAP N.º 170-31, de doce de junio de dos mil dos, numeral 8), literal a), punto 6), que establece: “La administración, registro, custodio y rendición de cuentas del fondo para pagos en efectivo será **responsabilidad mancomunada** del Comandante/Director/**Jefe de la Unidad**, del Jefe de Finanzas –en el caso sub examine De Souza Peixoto Zumaeta- y del **encargado del Fondo** para pagos en efectivo (FPPE) –la recurrente RENTERÍA VALDELOMAR-” y la Directiva FAP 170-3, de treinta y uno de agosto de dos mil cuatro, numeral 8), literal a), del punto 6), de la misma Directiva que: “La administración, registro, custodio y rendición de cuentas del fondo para pagos en efectivo será **responsabilidad mancomunada** del Comandante/director/**Jefe de la Unidad**, del Jefe de Finanzas y del **encargado del Fondo** para pagos en efectivo (FPPE)”; es decir, la acusada Violeta Rocío Rentería Valdelomar, fue la encargada del fondo para pagos en efectivo, por lo tanto tenía responsabilidad



mancomunada con el Jefe DE SOUZA PEIXOTO ZUMAETA, en la administración registro, custodia y rendición de cuentas.

VIGÉSIMO QUINTO: Ahora bien, encontrándonos en el proceso penal acusatorio, la teoría del caso pretendida por el Ministerio Público en su acusación fiscal durante el juicio oral, contra Violeta Rocío Rentería Valdelomar, es la de cómplice primario porque sostiene que siendo la encargada del fondo para pagos en efectivo, su aporte esencial consistió en efectuar los pagos (entrega de dinero) respecto a las compras y gastos por diversos motivos que efectuó el condenado Hernán Eduardo Javier de Souza Peixoto Zumaeta, quien era el Jefe de la OCI – FAP; es decir, conforme a su responsabilidad funcional y cargo desempeñado, tenía como función observar y verificar los motivos por los que se entregó el dinero.

VIGÉSIMO SEXTO: Estando a los argumentos esgrimidos por este Supremo Tribunal en la Casación N.º 367-2011-Lambayeque, en la que se establece como doctrina jurisprudencial, los criterios para determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad - primaria o secundaria-aquí también deberá analizarse si la conducta desplegada por la imputada al cooperar o prestar colaboración en la comisión del delito ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo, es decir, del análisis del acervo probatorio necesariamente deberá verificarse la existencia del elemento subjetivo acotado.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: En el caso materia de análisis, no se ha llegado a verificar el elemento subjetivo del tipo, es decir, el dolo -entendido como el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración-; por lo que no está acreditado que la



acusada conocía que las boletas presentadas por Hernán Eduardo Javier de Souza Peixoto Zumaeta eran falsas, que los gastos y consumos sustentados por el sentenciado Hernán Eduardo Javier de Souza Peixoto Zumaeta [quien tenía la facultad de *administración* de dicho fondo según la directiva respectiva] eran indebidos; más aún si como jefe tenía esa potestad y la imputada cumplió con su función, en base al principio de confianza, de entregarle el dinero que sustentaba mediante comprobantes de pago; en consecuencia, al no haberse acreditado el dolo en su proceder, no es jurídicamente posible que responda penalmente como cómplice a título culposo, pues que como se ha señalado precedentemente el partícipe siempre será a título doloso.

VIGÉSIMO OCTAVO: El principio acusatorio guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo ciento cincuenta y nueve del Texto Constitucional, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, de modo tal que la ausencia de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria. La conducción de la investigación, el ejercicio de la acción penal y la interposición de la acusación corresponden a un ente autónomo y jerarquizado, que de manera monopólica lleva a cabo dicha función. De ahí, el reconocimiento del principio acusatorio, como garantía esencial del proceso penal, que integra el contenido del debido proceso referido al objeto del proceso penal.

VIGÉSIMO NOVENO: Siendo así, el Ministerio Público como titular de la acción y director de la investigación durante el juicio sustentó su teoría del caso contra Violeta Rocío Rentería Valdelomar a quien le imputó el



delito de peculado doloso en calidad de cómplice primaria; es sobre dicha pretensión que se delimitó el debate en juicio oral, público y contradictorio, así como sobre dicho cargo corresponde emitir el pronunciamiento judicial; siendo el modelo procesal vigente de tipo acusatorio en el que existe una división de roles, corresponde al Fiscal la carga de la prueba que sustente su teoría y es quien delimita la imputación (autoría, participación, calificación jurídica, pretensión punitiva, etc.); en este caso, al desvirtuarse -conforme a los fundamentos antes expuestos- el título de cómplice primario, y no existiendo otros cargos contra la imputada, por lo que corresponde absolverla de la acusación fiscal.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, declararon:

- I) FUNDADO** el recurso de casación excepcional para desarrollo de la doctrina jurisprudencial, del artículo 25 del Código Penal.
- II) CASARON** la sentencia de fojas trescientos ochenta y tres, de veintisiete de enero de dos mil quince, que confirmó la sentencia apelada de fojas doscientos cuarenta y dos, de doce de noviembre de dos mil catorce, en el extremo que condenó a VIOLETA ROCÍO RENTERÍA VALDELOMAR como cómplice primaria por el delito contra la Administración Pública – Peculado, en agravio del Estado, y como tal le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de tres años bajo reglas de conducta e inhabilitación por dos años.



III) Sin reenvío actuando en sede de instancia **REVOCARON** la sentencia de veintisiete de enero de dos mil quince, que condenó a la acusada VIOLETA ROCÍO RENTERÍA VALDELOMAR como cómplice primaria por el delito contra la Administración Pública – Peculado, en agravio del Estado, y como tal le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de tres años bajo reglas de conducta e inhabilitación por dos años; reformándola, **ABSOLVIERON** a la citada procesada por el delito y agraviado en mención. **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes generados como consecuencia de la tramitación del presente proceso y el archivo definitivo de la causa en este extremo

IV) **ORDENARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Hágase saber.

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI

VENTURA CUEVA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 102-2016
LIMA**

CH/arcc/jjcn