

### **DELITO DE PECULADO: FUNCIONARIO DE HECHO**

**Sumilla.** No estamos ante un funcionario o servidor de hecho, pues no se cumplen los presupuestos requeridos para que se pueda considerar al recurrente, como tal. En efecto, **(i)** el cargo no tiene existencia legal, pues no existe dentro de la organización administrativa de la Corte Superior de Justicia de Ica, un cargo de recaudador para concesiones de fotocopias o algo similar, en relación al hecho imputado —por el contrario, en la cláusula seis del contrato de concesión de servicios de fotocopiado, del mes de enero de dos mil trece, quedó establecido que el concesionario debe depositar directamente en las cuentas del Banco de la Nación y, luego, entregar el vóucher al área de recaudaciones—; **(ii)** no concurre la posesión del cargo, pues el casacionista se desempeñaba como auxiliar de requisitorias; y **(iii)** no hay apariencia de legitimidad del título o nombramiento, pues el acto de delegación, conferimiento o designación de la función ni siquiera existió. Corresponde entonces, la absolucón del casacionista, por el delito de peculado doloso, previsto en el primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal.

### **SENTENCIA DE CASACIÓN**

Lima, once de diciembre de dos mil diecinueve

**VISTO:** en audiencia pública, el recurso de casación excepcional, interpuesto por el sentenciado **LUIS ALBERTO GALLEGOS CÁCERES** (por las causales previstas en los numerales tres y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal) contra la sentencia de vista, de dieciséis de febrero de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones y Flagrancia de la Corte Superior de Justicia de Ica, en el extremo que confirmó la sentencia de primera instancia, que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años sujeto a las reglas de conducta allí precisadas; lo inhabilitó por el mismo término de la condena, consistente en la privación del cargo que ejerce como asistente jurisdiccional en la Corte Superior de Justicia de Ica e impedimento de obtener mandato o cargo, empleo o comisión de carácter público; y fijó por concepto de reparación civil la suma de mil quinientos soles, que deberá cancelar a favor de la parte agraviada.

Intervino como ponente la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

## CONSIDERANDO

### HECHOS ATRIBUIDOS

1. Se atribuyó al imputado Luis Alberto Gallegos Cáceres que, en su condición de asistente administrativo de la Unidad de Servicios Judiciales de la Corte Superior de Ica, en el período comprendido entre los meses de enero a junio de dos mil trece, se adjudicó de la suma de cuatro mil novecientos veinte soles, de la propiedad de dicho ente estatal<sup>1</sup>, correspondiente al pago de alquileres, por la concesión de servicio de fotocopiado de la sedes de Pisco (Fonavi, Túpac Amaru y plaza de Armas), que le fueron entregados por la concesionaria Paula Radelia Guevara Jurado, en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de dos mil trece, a razón de ochocientos veinte soles mensuales, que debieron ser depositados por dicho trabajador en la cuenta de la Corte Superior del Poder Judicial de Ica, quien para recibir el pago de dichos alquileres aprovechó el haber laborado en el área de recaudación y haber formado parte de la comisión encargada del Proceso de Selección de la Concesión del Servicio Fotocopiado de 2013, y así apropiarse de dichas sumas de dinero, pues no dio cuenta de haber recibido tales sumas de dinero a sus superiores.

### ITINERARIO DEL PROCESO

2. El Ministerio Público, en la acusación (página uno), por la comisión del delito de peculado doloso, prescrito en el primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal, para Luis Alberto Gallegos Cáceres, requirió la imposición de cuatro años y seis meses de pena privativa de la libertad, doscientos días-multa, e inhabilitación conforme a los numerales uno y dos, del artículo treinta y seis, del citado código.

3. La sentencia de primera instancia, del tres de junio de dos mil dieciséis, emitida por el Tercer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Ica (página veintisiete), condenó a Luis Alberto Gallegos Cáceres como autor del delito de peculado doloso, a cuatro años de pena privativa de la libertad; lo inhabilitó por el mismo término de la condena, consistente en la privación del cargo que ejerce como asistente jurisdiccional en la Corte Superior de Justicia de Ica e impedimento de obtener mandado o cargo, empleo o comisión de carácter público; y fijó el pago de mil quinientos soles, por concepto de reparación civil.

4. En virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de Luis Alberto Gallegos Cáceres, la Primera Sala Penal de Apelaciones y Flagrancia de la Corte Superior de Justicia de Ica, mediante sentencia de vista del dieciséis de febrero de dos mil diecisiete (página ciento noventa y cuatro) confirmó la sentencia de primera instancia, en todos sus extremos.

---

<sup>1</sup> Conforme así se precisa en la acusación fiscal del seis de agosto de dos mil quince.

5. Contra esta sentencia de vista, la defensa del encausado Luis Alberto Gallegos Cáceres, interpuso recurso de casación excepcional, el dos de marzo de dos mil diecisiete y alegó, como motivos de casación, las causales previstas en los numerales tres y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, para establecer como doctrina jurisprudencial, la correcta interpretación del primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal, al agregar que se ha utilizado erróneamente la teoría del “funcionario de hecho”.

6. Mediante Resolución número quince, del veinte de marzo de dos mil diecisiete (página doscientos treinta y tres), la Primera Sala Penal de Apelaciones y Flagrancia de la Corte Superior de Justicia de Ica, concedió el recurso de casación al recurrente y ordenó se eleven los actuados a esta Alta Corte.

7. Posteriormente, mediante auto de calificación del seis de abril de dos mil dieciocho (página cincuenta y siete del cuadernillo formado en esta instancia), se declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Luis Alberto Gallegos Cáceres, conforme a los términos descritos en el fundamento cinco de la presente ejecutoria suprema.

8. Concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuando ese día y continuando el debate en días posteriores, se realizó la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó para el once de diciembre de dos mil diecinueve.

### **DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO DE LA CASACIÓN**

9. Conforme se estableció en el auto de calificación de recurso casación, del seis de abril de dos mil dieciocho, se declaró bien concedido el recurso de casación propuesto por el sentenciado, por las causales previstas en los numerales tres y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, a fin de establecer como doctrina jurisprudencial la correcta interpretación del primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal, en consonancia con la teoría del “funcionario de hecho”; que está estrechamente vinculado a la garantía constitucional de debida motivación de las resoluciones judiciales.

### **FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL**

10. A este Tribunal Supremo, como garante y protector del control de las garantías constitucionales, le corresponde ejercer su función nomofiláctica y, en esa línea, analizar si la interpretación de la ley material —realizada por la Sala de Apelaciones sobre el funcionario y/o servidor público de hecho, en relación con el delito de peculado doloso—; es correcta y si su razonamiento se corresponde con la línea jurisprudencial emitida por esta Alta Corte.

11. En el presente caso, se advierte que el motivo casacional de errónea interpretación de ley material, está estrechamente vinculado a la debida motivación de las resoluciones judiciales. En tal virtud, se analizará los motivos casacionales en forma conjunta, con la finalidad de contrastar si el razonamiento realizado por el Tribunal de Apelaciones, sobre las premisas declaradas probadas, determinan la subsunción típica de los hechos en el delito de peculado doloso, cuyo autor sería un funcionario de hecho.

#### **LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES**

12. Entre los derechos fundamentales, está el deber de motivar las resoluciones judiciales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de 5 de agosto de 2008, caso *Apitz Barbera y otros versus Venezuela*, en su fundamento 77, reitera su línea jurisprudencial, respecto a la motivación, entendida como: "[...] la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión".

13. En esa misma línea, el Tribunal europeo, en el caso *Suominen versus Finland*, señaló que: "El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta Administración de Justicia", en su fundamento 78, reiteró pronunciamientos y lineamientos respecto a que "las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias".

14. Este derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en el derecho interno está prescrito en el numeral 5, del artículo 139, de la Constitución Política del Estado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, ha señalado que: "[...] la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas, [...] garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a las que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de impartir justicia se realice con sujeción a la Constitución y a la ley".

15. Y también recoge esta garantía, el Código Procesal Penal, en su artículo 429, específicamente el numeral 4, que prescribe como motivo autónomo de casación la falta de motivación de la sentencia, "[...] cuando el vicio resulta de su propio tenor". Esto último significa que para su análisis no se ha de acudir a un acto procesal distinto de la propia sentencia, y que su examen comprenderá el propio mérito o contenido de la misma.

16. En la Sentencia Casatoria N.º 3-2007, del 7 de noviembre de 2007, se señaló que:

la motivación constitucionalmente exigible requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del juzgador y atienda al sistema de fuentes normativas establecido. El Tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente –más allá que, desde la forma de la misma, sea sucinta, escueta o concisa e incluso por remisión– las razones de un concreto pronunciamiento, en qué se apoya para adoptar su decisión–no hace falta, por cierto, que entre a debatir cada uno de los

preceptos o razones jurídicas alegadas por las parte, pero sí que desarrolle una argumentación racional ajustada al tema en debate.

17. La doctrina jurisprudencial de este Colegiado Supremo ha señalado que la garantía procesal de la motivación, integra la garantía procesal genérica de la tutela jurisdiccional debe ser fundada en derecho y congruente. Así el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 00091-2005/PA/TC, señaló: “[...] la Constitución no establece una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión”.

#### **ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE PRECEPTO MATERIAL**

18. En este caso, el recurrente requiere que se realice el control de la interpretación que se ha dado al delito de peculado doloso, previsto en el primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal, en consonancia con la teoría de funcionario de hecho.

19. Al respecto, el autor CARRIÓN LUGO<sup>2</sup> explica sobre la errónea interpretación de precepto normativo material y sostiene que habrá interpretación errónea cuando la Sala Jurisdiccional, en su resolución, le da a la norma un sentido que no tiene: aplica la norma pertinente al caso, pero le otorga un sentido diferente. La interpretación errónea de la norma es una forma de violarla.

20. La errónea interpretación de la ley penal está referida a un precepto legal de decisiva influencia en la parte resolutive de la sentencia. Así, la norma infringida debe ser de carácter sustantivo (normas del Código Penal y leyes penales especiales) y estar relacionada a: **a)** la infracción penal (bases de la punibilidad y tentativa); **b)** las personas responsables (autoría y participación); **c)** las penas y circunstancias determinantes de la aplicación de las mismas, así como de las reglas para su imposición y medición; **d)** la aplicación y graduación de las medidas de seguridad; **e)** de la extinción de la acción penal y de la pena; **f)** las consecuencias accesorias del delito; y, **g)** la responsabilidad civil derivada del delito<sup>3</sup>. También se comprende a las leyes penales en blanco, en tanto son normas no penales de carácter sustantivo, que deben ser observadas en aplicación de la ley penal<sup>4</sup>.

21. Y en ese sentido, para resolver la infracción alegada es pertinente citar el fundamento quince, de la sentencia recaída en el Expediente N.º 03088-2009-PA/TC, sobre la interpretación de normas, que señaló:

<sup>2</sup> CARRIÓN LUGO, Jorge. *El recurso de casación en el Perú*. Volumen I. Segunda edición. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2003, pág. 218.

<sup>3</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, Volumen 2. Lima: Grijley, 2006, pp. 1003-1004

<sup>4</sup> *Ibidem*. p. 1004

Sólo a través de la interpretación se podrá aspirar, con la mayor expectativa de éxito, a encontrar la más definida voluntad de la norma jurídica o del mandato judicial para la solución del caso concreto, a efectos de optimizar el valor justicia. Para el cumplimiento de esta noble finalidad, este Supremo Colegiado, teniendo como base la identidad estructural entre una norma jurídica (que contiene un mandato preceptivo compuesto de supuesto de hecho y consecuencia) y un mandato judicial (que contiene una regla de comportamiento-obligación de dar, hacer o no hacer), tiene a bien establecer la ineludible obligación del operador judicial, juez o sala superior encargado de ejecutar lo resuelto en el proceso judicial, de valerse de los siguientes métodos de interpretación jurídica: el literal, el histórico y el finalista (ratio mandato), a efectos de evitar incurrir en futuras vulneraciones del derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la calidad de cosa juzgada.

22. Precisamente, en este caso, el reclamo del recurrente se centra en una errónea interpretación del primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal, y si se justificó normativamente la calidad de funcionario público de hecho, para atribuirle responsabilidad penal por la comisión del delito de peculado doloso. Es decir, si se alteró la propia naturaleza y esencia del citado tipo penal, al considerar al casacionista, como funcionario de hecho. En este contexto, corresponde precisar algunos aspectos dogmáticos y jurisprudenciales, que permitirán resolver el fondo de la presente controversia.

#### ∞ EL DELITO DE PECULADO

23. Sobre la estructura típica del delito de peculado, la Corte Suprema de Justicia de la República ya ha emitido sendos pronunciamientos y acuerdos plenarios. Entre ellos, se tiene el Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-116, que en el fundamento sétimo estableció parámetros jurisprudenciales respecto a la estructura típica del delito de peculado:

[...] La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. b) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. c) Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. d) El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito

para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

24. Conforme se advierte, en este ilícito penal, el sujeto agente defrauda las expectativas normativas contenidas en un rol especial (que emana de las instituciones generando deberes positivos); fijadas y establecidas por las propias instituciones que generan una serie de deberes especiales de mantener, cuidar, proteger, vigilar, custodiar —deberes positivos—, vinculados a las obligaciones funcionariales específicas de administrar, percibir o custodiar, efectos o caudales públicos. En esa línea, para imputar normativamente a una persona el delito de peculado, el sujeto agente debe estar vinculado directa o indirectamente a los roles asignados y que estos hayan sido defraudados, como así se han establecido en los criterios restrictivos del citado acuerdo plenario.

25. En esa misma dirección, esta Alta Corte lo ha desarrollado en el Acuerdo Plenario N.º 01-2010/CJ-116, en el fundamento quince: “Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional, una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía”.

26. Dicho pronunciamiento no se aparta de la necesidad de la vinculación funcional específica o de competencia institucional, que debe tener el sujeto agente conforme a su rol, para poder ser considerado autor del delito de peculado. Lo que sí considera es que la fuente de atribución de dicha posición o facultad funcional pueda emanar también de una orden administrativa o a través de una disposición verbal, por las que se pueda transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos, al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía; es decir, posibilidad de la delegación o transferencia del deber de garante que se tiene como fuente el deber asignado por su competencia institucional.

27. La doctrina nacional también es coherente con la jurisprudencia emitida por este Supremo Tribunal. PRADO SALDARRIAGA<sup>5</sup> sostiene que, como delito de peculado, la ley califica todos los actos que constituyen formas de apropiación o utilización ilegal de los bienes y recursos estatales que recibe, administra o custodia el funcionario público, por razón del cargo que desempeña. Agrega que es un delito que afecta el patrimonio del Estado y el

---

<sup>5</sup> PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Delitos y penas: una aproximación a la parte especial”, Primera edición. Lima: Ideas Solución Editorial S. A. C, 2017, pp. 187-191.

autor del delito obtiene un beneficio ilegal para sí o para un tercero al hacer de su propiedad o ceder sin derecho a otros tales caudales o efectos públicos.

28. Por su parte, ROJAS VARGAS<sup>6</sup> establece que el sujeto activo del tipo penal contenido en el artículo trescientos ochenta y siete, solo puede ser el funcionario o servidor público que reúna las características de relación funcional que exige el tipo penal, esto es que tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directa o funcional), en percepción, custodia o administración de las cosas (causales o efectos) de las que se apropia o utiliza para sí o para otro.

29. De todo lo expuesto, se concluye que para la configuración del delito de peculado, en el caso en concreto, se exige que el casacionista Luis Alberto Gallegos Cáceres esté vinculado institucionalmente con la Corte Superior de Justicia de Ica, como servidor público, cuyos deberes específicos estén relacionados a la percepción, custodia o administración de efectos o caudales públicos.

#### ∞ EL FUNCIONARIO DE HECHO

30. Tanto en la doctrina penal, como en la jurisprudencia nacional y comparada, ha existido y existe debate respecto a la atribución de responsabilidad penal al funcionario de hecho. Al respecto, GARCÍA CAVERO<sup>7</sup>, al referirse al administrador de hecho expresó: “No se trata solamente de dar como solución dogmática a un problema de interpretación de tipos penales, sino de dar aquello, se estima como la que más se ajusta al sistema social al que está referido la normativa penal”.

31. En el funcionamiento del derecho penal, no todos pueden responder penalmente en delitos como el que nos ocupa. La configuración del delito de peculado exige un sujeto especial y el cumplimiento de todos los elementos de su estructura típica, determinada objetiva y subjetivamente.

32. El concepto de funcionario de hecho tiene su fuente en el derecho administrativo. Para su comprensión debe contextualizarse en atención a lo que se define como funcionario público *de iure*, que es el que ingresa a la Administración Pública, respetando o cumpliendo todos los requisitos establecidos en el derecho objetivo<sup>8</sup>. En esa dirección, si dichos requisitos, o alguno, o algunos de ellos, no son observados o respetados por alguien que ingresa a la función pública, entonces estaremos ante el supuesto de un funcionario de hecho<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, Cuarta edición. Lima: Grijley, 2007, pp. 326-329.

<sup>7</sup> GARCÍA CAVERO, Percy. Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular, Barcelona: 2000, P.3

<sup>8</sup> MARIENHOFF, Miguel. Tratado de derecho administrativo, T. III. Contratos Administrativos, Buenos Aires: Alseledo Perrot, 1966. P. 139.

<sup>9</sup> MARIENHOFF, MIGUEL, op cit,p.139.

33. Sobre el funcionario de hecho, existen distintas posturas cuando el particular, con nombramiento nulo, ejerce funciones públicas. La primera se ubica en la concepción amplia del funcionario de hecho, la cual es criticada por no tener en cuenta el elemento fundamental del funcionario de hecho: el nombramiento nulo. Su amplitud ha llevado a que se sostenga que ya no se trataría de un funcionario de hecho propiamente, sino de un particular que colabora con la Administración de Justicia<sup>10</sup>.

Y, la segunda, admite la figura del funcionario de hecho; pero, ella debe ser restringida a ciertos presupuestos. DE LA VALLINA VELARDE<sup>11</sup> sostiene que el funcionario de hecho será aquel que ejerciendo las funciones públicas propias de un oficio o cargo público, le falta algún requisito fundamental para hacer de él un funcionario *de iure*, es decir, quien ingresando en los cuadros de la administración como funcionario presta a la misma un efectivo servicio, pero, sin embargo, su situación administrativa no es regular, por lo que no puede ser considerado como funcionario de derecho. Agrega que para ser considerado como tal, se deben cumplir con tres requisitos:

- 33.1. **Existencia legal del cargo:** necesidad de que exista el cargo y exista *de iure*. Es claro que no podría existir funcionario de hecho, si por no haber cargo alguno a desempeñar tampoco pudiera existir funcionario *de jure*.
- 33.2. **Posesión del cargo:** debe ser pacífica, pública, continuada y de buena fe. Su actuación externa ha de ser de la misma naturaleza que sería la del funcionario de derecho.
- 33.3. **Apariencia de legitimidad del título o nombramiento:** existencia de un título, aunque irregular, aparentemente válido y que así lo considere el interesado.

34. ABANTO VÁSQUEZ<sup>12</sup> también sostiene que si los encargos o delegaciones al funcionario o servidor público son permanentes y por disposición o anuencia de autoridad competente, hasta el punto que cualquier persona toma conocimiento que tal funcionario o servidor es el encargado de administrar, percibir o custodiar los bienes del Estado, es factible tenerlo como autor del delito de peculado, siempre y cuando las leyes o reglamentos internos no prohíban de manera expresa aquellas delegaciones o encargos.

35. Por su parte, este Supremo Tribunal, en el Recurso de Nulidad N.º 1813-2003, del catorce de noviembre de dos mil tres, caso Vladimiro Montesinos, estableció:

<sup>10</sup> OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho*, Tirant lo Blanch, Valencia: 1999, p. 157.

<sup>11</sup> Vease, en :<https://dialnet.unirioja.es>

<sup>12</sup> ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Segunda edición. Lima: Palestra (2003) p. 28.

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

**36.** Y en el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 2758-2004-HC/TC, del veintitrés de noviembre de dos mil cuatro, señaló: “Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal”.

#### ∞ ANALISIS DEL CASO EN CONCRETO

**37.** En principio, cabe anotar que la Sala Superior, en el fundamento 3.8 de la sentencia de vista, razonó que el casacionista “[...] asumió de facto un rol funcional, dentro de la de la Administración Pública, esto es, la obligación de depositar en el Banco de la Nación el dinero que por concepto de concesiones la entregaba Paula Radelia Guevara Jurado [...]”. Y en el fundamento 3.7 también sostuvo que si bien el casacionista ya no ejercía la coordinación de servicios judiciales y recaudación, mantuvo dicho rol funcional, en cuanto a la percepción de los pagos que efectuaba Paula Guevara Jurado, aprovechándose de su posición privilegiada con respecto al bien jurídico protegido.

**38.** Ahora bien, es un hecho cierto y no objetado, que el casacionista trabajó, en primer lugar, como auxiliar de recaudación del Poder Judicial; y luego, dejó el cargo para laborar como auxiliar de requisitorias del Poder Judicial. Es en este último período, en el cual se suscitaron los hechos objeto de acusación fiscal.

**39.** En este sentido, formalmente, como auxiliar de requisitorias del Poder Judicial, el casacionista no ostentaba vinculación funcional específica de percibir, custodiar o administrar efectos o caudales públicos, de conformidad con la estructura típica del delito de peculado y en coherencia con los parámetros jurisprudenciales establecidos en el Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-116. Entonces, corresponde verificar si el recurrente, al momento de la comisión de los hechos, ostentó una vinculación funcional específica de facto, sobre los bienes o caudales públicos, que fundamenten su responsabilidad como autor del delito de peculado doloso por apropiación.

**40.** Sobre este punto, conforme ya se anotó, la doctrina mayoritaria nacional y la jurisprudencia judicial, han asumido una posición restringida, respecto a quienes pueden ser considerados funcionarios de hecho. Se hace necesario un acto de nombramiento o conferimiento de la función, pero que por ser

irregular no le otorga al designado la condición de funcionario de *jure*; puesto que la falta absoluta de la investidura, daría lugar al supuesto de usurpador y no de funcionario de hecho.

41. Se debe resaltar que, de conformidad con el Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-116, esta designación, nombramiento o conferimiento de la función se puede realizar hasta de manera verbal; sin embargo, es imprescindible este requisito —aunque irregular—, pues caso contrario se colegiría que cualquier ciudadano, sin vinculación con la Administración Pública, puede constituirse como funcionario de hecho, lo cual es un absurdo; máxime si existen otros tipos penales destinados a sancionar la conducta de particulares que usurpan funciones públicas.

42. En este contexto, de las pruebas legítimamente incorporadas al contradictorio, no se advierte ninguna destinada a acreditar la relación funcional de hecho que habría tenido el casacionista respecto a los efectos o caudales públicas. No se aportó elementos de prueba que permitan colegir que, en el período que se desempeñó como auxiliar de requisitorias del Poder Judicial, haya tenido un dominio material o funcional sobre los bienes públicos, que se le haya conferido irregularmente, para percibir, custodiar o administrar los caudales o efectos estatales.

43. A ello se agrega que el funcionario de hecho es aquella persona física o natural que, con un nombramiento nulo o irregular —aunque para ella el nombramiento sea válido y lo ejerza de buena fe—, ejerza funciones de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica o continuada. En este caso, está probado que el casacionista no ostentó los deberes funcionales específicos del delito de peculado, de manera efectiva, ni pública, ni pacífica, ni continuada. El dinero que percibió fue ajena a una función de facto, pues tan solo representó el aprovechamiento de una situación aparente respecto a una persona en particular, para recibir dinero que no correspondía a su función.

44. En tal virtud, en el caso concreto, no estamos ante un funcionario o servidor de hecho, pues no se cumplen los presupuestos requeridos para que se pueda considerar al recurrente, como tal. En efecto, (i) el cargo no tiene existencia legal, pues no existe dentro de la organización administrativa de la Corte Superior de Justicia de Ica, un cargo de recaudador para concesiones de fotocopias o algo similar, en relación con el hecho imputado —por el contrario, en la cláusula seis del contrato de concesión de servicios de fotocopiado, del mes de enero de dos mil trece, quedó establecido que el concesionario debe depositar directamente en las cuentas del Banco de la Nación y, luego, entregar el vóucher al área de recaudaciones—; (ii) no concurre la posesión del cargo, pues el casacionista se desempeñaba como auxiliar de requisitorias; y (iii) no hay apariencia de legitimidad del título o nombramiento, pues el acto de delegación, conferimiento o designación de la función ni siquiera existió.

Corresponde entonces, la absolución del casacionista, por el delito de peculado doloso, previsto en el primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal.

45. En definitiva, este Supremo Tribunal a través del cauce casacional y el razonamiento supremo, da por corregida la interpretación normativa respecto a la subsunción típica de los hechos en el primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal, a partir de los elementos fácticos que se dieron por probados en las dos instancias inferiores, conforme a los fundamentos cuarenta y dos, cuarenta y tres y cuarenta y cuatro, de la presente ejecutoria. Y, en ese sentido, se concluye que la motivación expresada en el razonamiento de la Sala de apelación, de tener por probado la vinculación de del casacionista, como funcionario de hecho, respecto a la percepción de los efectos o caudales públicos, no se corresponde con una adecuada interpretación de las leyes materiales, analizadas previamente.

46. Finalmente, cabe anotar que la conducta desplegada por el casacionista, se dio en el contexto de una relación de confianza entre el recurrente y la concesionaria Paula Guevara Jurado —conforme se ha señalado en los fundamentos 3.7 y 3.8 de la sentencia de vista cuestionada—, lo que es ajeno a la conducta típica prohibida por el delito de peculado, previsto en el primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal. En todo caso, se deja a salvo la facultad de la nombrada concesionaria de hacer valer sus derechos, en el modo, forma y plazo de ley.

## DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

**I. FUNDADO** el recurso de casación excepcional, interpuesto por el sentenciado LUIS ALBERTO GALLEGOS CÁCERES (por las causales previstas en los numerales tres y cuatro, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal) contra la sentencia de vista, del dieciséis de febrero de dos mil diecisiete, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones y Flagrancia de la Corte Superior de Justicia de Ica, en el extremo que confirmó la sentencia de primera instancia, que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años sujeto a las reglas de conducta allí precisadas; lo inhabilitó por el mismo término de la condena, consistente en la privación del cargo que ejerce como asistente jurisdiccional en la Corte Superior de Justicia de Ica e impedimento de obtener mandato o cargo, empleo o comisión de carácter público; y fijó por concepto de reparación civil la suma de mil quinientos soles, que deberá cancelar a favor de la parte agraviada.

II. Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de vista, del dieciséis de febrero de dos mil diecisiete, que confirmó la condena al recurrente como autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en perjuicio del Estado; con lo demás que contiene; y **REFORMÁNDOLA** lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal y agraviado en mención.

III. **DISPUSIERON** que se archive el proceso definitivamente y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales por estos hechos.

IV. **REMÍTASE** la causa al Tribunal Superior para los fines de ley. Hágase saber a las partes apersonadas en esta Sede.

Intervino el juez supremo Castañeda Espinoza, por licencia del juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

BARRIOS ALVARADO

CASTAÑEDA ESPINOZA

BALLADARES APARICIO

CASTAÑEDA OTSU

**PACHECO HUANCAS**

IEPH/lrgc