

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

## INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

### TEMA: DELITO DE PECULADO

**RESUMEN:** En el desarrollo del presente informe investigativo, se incorpora información doctrinaria, normativa y jurisprudencial relativa al delito de peculado. De esta manera, se abordan primeramente los conceptos básicos de dicho tipo penal, así como sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, que llevan a la consumación del hecho ilícito. Posteriormente se incorpora la normativa relacionada del Código Penal, junto con algunos extractos jurisprudenciales donde se analiza la penalidad de los delitos continuados y su relación con el peculado.

## Índice de contenido

1. Doctrina.....	2
a. Concepto de Peculado.....	2
b. Sujeto Activo.....	3
c. Elementos Objetivos del Tipo.....	5
d. Consumación del Delito de Peculado.....	7
2. Normativa.....	9
a. Código Penal.....	9
3. Jurisprudencia.....	11
a. Naturaleza y fijación de la pena en el delito continuado. .	11
b. Elementos a considerar para valorar la finalidad de los hechos realizados, en el delito de peculado.....	12
c. Aplicación de las reglas de penalidad se limita cuando se afectan bienes jurídicos de carácter patrimonial.....	13
d. Presupuestos para que opere la penalidad del delito continuado.....	14
e. Análisis del peculado en relación con el delito continuado	17

**DESARROLLO:**

**1. Doctrina**

**a. Concepto de Peculado**

[FERREIRA DELGADO, Francisco José]<sup>1</sup>

"La voz peculado se deriva del latín *peculatus* y este de *peculium*, que significa caudal, según reza el Diccionario de la Academia. No hay duda alguna de que su origen está en el derecho romano y que cualquier autor remite a su fuente que es la voz *pecus*, que significa ganado. De ella dijo CARMIGNANI que la palabra ganado se usaba porque en esto consistía la riqueza de los antiguos, e igualmente, la riqueza del Estado romano. De acuerdo con ello, MOMMSEN sitúa su origen en la Lex Julia, que llevaba por título: *Peculatus et de sacrüegiis eí de residuis*, ley esta que, según CARMIGNANI, se promulgó bajo Jui.io CÉSAR y no durante el imperio de AUGUSTO, como lo da a entender MOMMSEN.

Llegando más allá, sabemos que los primitivos habitantes del Lacio, que fueron los umbro-sabélicos latinos, no tuvieron casi otra forma de obtener riquezas y vivir que con las reses o ganado, por lo cual ellos las llamaron "riqueza que se mueve por medio de sus pies". En latín pies se dice *pes*, y por tanto el ganado recibió la denominación de *pes*, primero, y *pecus* después. Y *pecus* fue la primera forma patrimonial, tanto en lo individual como en lo colectivo o tribal.

Con el desarrollo de Roma, la *pes* o *pecus* constituyó el medio más común de cambio, o sea de moneda. Y con el tiempo, ya por la época de los reyes, se sustituye y simplifica con el uso de lingotes de cobre a los cuales el Estado acuñaba la cabeza de una *pecus*, o sea de un buey. Y a esta moneda se la denominó con el mismo nombre que le dieron los umbro-sabélicos: la *pecus*.

Con el tiempo los romanos aprendieron a reunir riqueza y a comprender que esto es acumular *pecus*, y por consiguiente, para señalar el patrimonio de cada uno, se hablaba de *pecunia*, palabra latina que es el origen de la castellana *pecunia*. Y comoquiera que el patrimonio o *pecunia* del Estado era sagrado, por aquella fusión primitiva entre lo religioso y lo estatal, el hurto de la *pecunia* del Estado era un delito capital, de derecho público, y recibió una denominación diferente al *furtum* común, pues se la llamó *peculatus*.

La citada Lex Julia fue la primera en tratar de él, y refiriéndose

a su contenido, el glosador LABEÓN definió al peculatus como "el hurto del dinero público o sagrado, cometido por quien lo conservaba, no por cuenta suya", frase esta que de una vez delimita las estructuras del hurto común, del peculatus y del abuso de confianza propio de particular y sobre bienes no estatales.

El tiempo amplió este concepto: para la época del Digesto de ULPIANO, el peculatus era el hurto del dinero del pueblo romano, que era el que pertenecía al Estado romano, en su generalidad. Hurtar dinero del municipio –escribe PAPINIANO– no es peculatus sino común hurto. TRAJANO y ADRIANO extendieron el peculatus a todo hurto de dinero público, así fuera municipal. Así queda durante la Edad Media y así llega al Código toscano, sobre el cual CARMIGNANI escribió sus Elementos.

Nuestra legislación arranca del Código de 1837, y hasta el actual que inició su vida jurídica el 28 de enero de 1981, el peculado es el delito que comete el funcionario encargado de administrar bienes, ya de propiedad del Estado o de los particulares, pero puestos bajo administración estatal, apropiándose de ellos o usándolos indebidamente."

### **b. Sujeto Activo**

[ARIAS SOTO, Sara Patricia]<sup>2</sup>

"El artículo 352 del Código Penal utiliza la expresión "el funcionario público", para referirse al sujeto activo de la conducta allí descrita. En virtud de esta condición especial subjetiva que debe reunir el autor de este ilícito penal, se considera a este delito como un delito especial, ya que no cualquier persona podrá adecuar su conducta a la hipótesis fáctica de la norma penal.

En doctrina se clasifica a los tipos penales como generales y especiales -entre otras clasificaciones. Así Baumann<sup>15</sup> dice que los primeros pueden ser cometidos por cualquier persona; en nuestro medio la norma penal utiliza la expresión "el que" o "quien", que son fórmulas impersonales y bastante amplias. Por el contrario, los delitos especiales sólo podrán ser cometidos por aquellos que reúnan las condiciones subjetivas que el tipo penal exige, por ejemplo, el homicidio especialmente atenuado descrito en el inciso 3) del artículo 113 del Código Penal sólo podrá cometerlo la madre de buena fama, o bien, el delito de matrimonio ilegal previsto en el artículo 176 del Código Penal, lo cometerían solamente aquellos que tengan impedimentos para contraer matrimonio. Con lo cual, debe quedar claro que la especialidad -en

este caso- se refiere a condiciones subjetivas propias del sujeto activo de la conducta descrita en la norma penal.

En el caso del peculado, el concepto funcionario público es un elemento normativo del tipo objetivo (descriptivo) del tipo penal del peculado, cuyo alcance lo debemos encontrar en el ordenamiento jurídico por tratarse de un concepto jurídico. Bacigalupo<sup>16</sup> nos explica, que los elementos normativos "...son aquellos en los que predomina una valoración que, por lo tanto, no es perceptible sólo mediante los sentidos. Por ejemplo: puros conceptos jurídicos, como el "cheque" o el "concurso" en los delitos concursales. Se trata de elementos cuyo conocimiento no se exige de una manera técnico-jurídica: es suficiente con la "valoración paralela de la esfera del lego"...".

Para efectos de nuestro análisis, la definición que el ordenamiento jurídico tiene respecto de quién es funcionario público, la encontramos en los artículos 111 y 112 del Capítulo Primero (De los servidores públicos en general) del Título V (De los servidores públicos) de la Ley General de la Administración Pública, que establecen lo siguiente:

"...Artículo 111.-

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

2. A este efecto considérense equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.

3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.

Artículo 112.-

1. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servicios públicos.

2. Las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de conformidad con el párrafo 3, del artículo 111, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos.

3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las

disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativas, conforme lo determine por decreto el Poder Ejecutivo.

4. Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos...".

### **c. Elementos Objetivos del Tipo**

[ECHEVERRÍA MESÉN, Sandra]<sup>3</sup>

"El objeto de la infracción está constituido por los caudales y los efectos que el funcionario público administra. Y por el empleo de trabajos o servicios pagados por la administración.

Se dice que los caudales están representados por el dinero, por el numerario. El dinero es en general, la moneda y todo lo que a ella se equipara. El dinero entra en la categoría de las cosas muebles, y por los efectos que serían los papeles, documentos, bonos, etc.

Es necesario que los caudales o efectos que administra el funcionario tengan fijada una destinación específica y legítima.

#### A.- Caudal

Quiere decir bien de cualquier especie, dinero y efectos.

#### B.- Cosa

Afirma Riccio: "Es cualquier parte del mundo exterior excluida únicamente la persona física."

Se debe considerar en primer lugar su calidad y segundo su pertenencia.

Siendo un vocablo muy amplio depende del punto de vista desde donde se examine, ya sea por oí aspecto filosófico, económico o jurídico. Cuando la cosa se considera en sentido económico, o sea, que tenga valor, se tiene ya una especificación, en cuanto se hace referencia solamente a aquello que puede ser sometido al señorío del hombre, y que tiene aptitud para satisfacer una necesidad. La cosa potencialmente útil para el hombre se convierte en un bien. Toco tien es una cosa, pero no tada cosa ee un bien.

Para el derecho, los bienes cobran importancia desde el punto de vista jurídico, siendo estos regulados y clasificados. La clasificación primaria es en bienes muebles e inmuebles. Y es aquí donde se nos plantearía la interrogante de si los bienes inmuebles dan base para la comisión del hecho. Para Bernal Pinzón sí es posible, por lo menos en una hipótesis de "uso indebido". Si un funcionario que tiene la administración de una granja agrícola,

propia del Estado, la destina para pastoreo de su propio ganado no hay duda que está cometiendo uso indebido que tipifica el peculado.

Ahora bien, para Maggiore, los bienes inmuebles no son susceptibles de peculado. Porque la cosa o el bien está en posesión del agente, pero éste ejerce sobre ella actos de dominio incompatibles con el título por el cual las posee. Lo que quiere decir es que cuando el acto del poseedor no puede confundirse, ni objetivamente (en cuanto no implica consumación, enajenación, etc.), ni subjetivamente (por cuanto no existe el ánimo de tener la cosa como propia), con el acto del propietario, no se puede hablar de peculado. Así no hay delito en el uso que el agente pueda hacer precariamente, de las cosas que le confían, pues no hay peculado de uso.

Designan la doctrina con este nombre el uso que el funcionario hace momentáneamente de las cosas que se le confían sin ánimo de apropiárselas.

Por consiguiente, no comete peculado el funcionario que dispone, en provecho propio o ajeno, del caballo o del auto tomóvil de la administración pública, cuando se trata de un uso precario, que excluye el ánimo de sustracción.

Y de acuerdo con nuestra Legislación vigente, nosotros seguiríamos o nos adaptamos más a la tesis de Maggiore, ya que si bien es cierto nuestro código penal en su artículo trescientos cincuenta y dos al hablar de peculado señala como verbos de la acción el "emplear", este emplear se refiere a cosas muebles y no inmuebles, que es el caso al que se está refiriendo Bernal Pinzón.

La situación de los bienes en cuanto a su guarda, custodia, administración, debe ser presupuesto antecedente de la conducta y no efecto de ella.

Basta con que los bienes hayan llegado a manos del funcionario público por razón de su cargo, y que él se halla apropiado indebidamente de ellos con miras de lucro.

La cosa debe pertenecer a la administración pública. El concepto de pertenencia es una noción muy amplia, que comprende en sí misma la propiedad u otro derecho real, pero incluye también otras formas de disponibilidad que sobre la cosa tiene la administración pública, como consecuencia del destino de esa cosa para el servicio o la consecución de los fines de dicha administración (por lo cual en muchos casos la pertenencia puede corresponder a esta, mientras la cosa misma es propiedad de otro sujeto).

Desde el punto de vista penal, la posesión implicaría la

posibilidad que la administración pública tiene para disponer de una cosa, utilizándola para sus fines propios, por medio del funcionario que de aquella depende.

Asume este poder las formas más variadas, que van desde la simple retención hasta la facultad de administración en que puede prescindirse de cualquier retención material. Por lo tanto, tienen posesión del dinero, tanto el cajero que lo guarda o retiene, como el jefe de cuentas, que dispone de él por medio de órdenes de pago.

La posesión comprende, la retención material, la custodia, el uso, la administración, la posesión y otros casos en que falta la apariencia de un dominio externo sobre la cosa.

La posesión no debe estar viciada de violencia o de fraude."

#### **d. Consumación del Delito de Peculado**

[ARIAS SOTO, Sara Patricia]<sup>4</sup>

La consumación del delito depende de alguna medida de la naturaleza de los bienes que sustrae o distrae, de forma tal que cuando sustrae vehículos o un equipo de oficina, el delito se consuma desde ese preciso momento. Sin embargo, la situación no es tan clara cuando se refiere a bienes o dinero sometidos a su administración o custodia.

En estos casos Creus afirma, que "...cuando se trata de caudales o efectos que el funcionario tiene en administración o custodia, la consumación se produce cuando aquél los saca de su propia administración o custodia, de tal modo que tampoco los deje dentro de otros que ejerzan en la Administración, lo cual puede hacer por medio de distintos procedimientos, entre otros el de transformar la administración o custodia que ejerce por parte del Estado en una administración o custodia a título propio. Producida aquella separación, el delito queda consumado, aunque se opere una posterior restitución, sin requerimiento alguno y aunque el autor, al adoptar la conducta típica, lo haya hecho con el ánimo de restituir los bienes..."

Esto último nos lleva a un tema que planteamos inicialmente, a saber si es necesario que exista una lesión patrimonial para que se configure el delito de peculado. Antes de resolver la interrogante, debemos aclarar -porque aún no lo habíamos dicho- que el peculado es un delito de resultado, comparado a los delitos de simple actividad, debido a la forma o naturaleza de la acción típica.

Sobre esta interesante y necesaria distinción, Baumann opina que

"...según la forma de la acción, distinguimos entre delitos de simple actividad y delitos de resultado. El tipo de un delito de simple actividad se realiza, precisamente, mediante una simple acción activa. Así, sólo es necesario para el perjurio jurar en falso, y para el incesto el coito. Se trata de sucesos del mundo exterior, de manifestaciones de lesiones de bienes jurídicos, de resultados en sentido amplio. No es preciso que se produzca otro resultado, en los cuales es indispensable, además de la actuación del autor, la producción de un resultado especial. Sólo la producción de este resultado propiamente dicho convierte la conducta del autor en una conducta típica..."

En este sentido y de acuerdo con lo que hemos visto hasta el momento, el delito de peculado es un delito de resultado, ya que la acción típica del funcionario público es la de sustraer o distraer los bienes o dinero sometidos a su custodia o administración, de manera que es necesario para su consumación que el dinero o bienes salgan de la esfera de la custodia de la Administración. Sin embargo, compartimos nuevamente con Creus que ese resultado del que estamos hablando no equivale a una lesión patrimonial. Sobre este punto la doctrina sostiene criterios contradictorios, por un lado algunos afirman que el perjuicio patrimonial es un requisito indispensable para que exista el delito de peculado, aunque no se encuentre descrito o incluido en el tipo objetivo del tipo penal, como en nuestro caso. Otros afirman que nos encontramos ante un delito formal y que basta la sustracción o distracción para que surja a la vida el ilícito penal.

"...Quizás haya aquí una profunda desinteligencia terminológica: si por lesión patrimonial o perjuicio se entiende un efectivo menoscabo de la plenitud patrimonial de la Administración, es decir, la reducción de su patrimonio, un perjuicio como el que se exige en la defraudación, es lógico pensar que no estamos ante una exigencia típica: la separación del bien de la esfera patrimonial de la Administración puede no importar un perjuicio de tal entidad, sino a veces un verdadero beneficio; por ejemplo, si el mantenimiento de aquél es tan gravoso que supera en mucho su valor. Tampoco es posible sostener que se trata de un delito cuyo resultado deba ser el quebrantamiento del regular desenvolvimiento de la actividad patrimonial de la Administración, si se entiende como repercusión en un entorpecimiento o daño para dicho desenvolvimiento.

Lo que ocurre es que el delito del art. 261, parte Ia, (equivale a nuestro 352) es un delito de resultado, en tanto que la acción del autor trasciende de ella, requiere que haya producido la separación del bien de la esfera administrativa de custodia; es un

resultado que se independiza de la acción que lo produce, ya que sigue existiendo en la realidad después del cese del accionar: en este sentido es un delito de "lesión", aunque esa lesión no importe necesariamente un "perjuicio patrimonial". Ahora bien, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, es un delito de "peligro", ya que basta con la amenaza que aquella lesión importa para el regular desenvolvimiento administrativo de la actividad patrimonial estatal, aunque dicho peligro no se convierta en otra lesión autónoma respecto de la que constituye la separación del bien de la esfera de custodia pública...".

## 2. Normativa

### a. Código Penal<sup>5</sup>

#### **Artículo 77.- Penalidad del delito continuado.**

Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentada hasta en otro tanto.

#### **Artículo 354.- Peculado (\*)**

Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella.

Esta disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión.

(\*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8422 de 6 de octubre del 2004. LG# 212 de 29 de octubre del 2004

#### **Artículo 355.- Facilitación culposa de subtracciones.**

Será reprimido con treinta a ciento cincuenta días multa, el

funcionario público que por culpa hubiere hecho posible o facilitado que otra persona sustrajere el dinero o los bienes de que se trata en el artículo anterior.

**Artículo 356.- Malversación (\*)**

Serán reprimidos con prisión de uno a ocho años, el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados. Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio.

(\*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982.

(\*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 8422 de 6 de octubre del 2004. LG# 212 de 29 de octubre del 2004

**Artículo 356 bis.- Peculado y malversación de fondos privados. (\*)**

Quedan sujetos a las disposiciones de los tres artículos anteriores, los que administren o custodien bienes embargados, secuestrados, depositados o confiados por autoridad competente, pertenecientes a particulares.

(\*) El presente artículo ha sido adicionado mediante Ley No. 6726 de 10 de marzo de 1982).

**Artículo 357.- Demora injustificada de pagos.**

Será reprimido con treinta a noventa días multa, el funcionario público que teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario decretado por la autoridad competente o no observare en los pagos las prioridades establecidas por la ley o sentencias judiciales o administrativas.

En la misma pena incurrirá el funcionario público que requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

### 3. Jurisprudencia

#### a. Naturaleza y fijación de la pena en el delito continuado

[SALA TERCERA]<sup>6</sup>

"El artículo 77 del Código Penal dispone que cuando se aplique la figura del delito continuado, la pena será la que corresponda al delito más grave, siendo posible aumentarla hasta en otro tanto igual. Es decir, debe establecerse en cada caso cuál de los hechos punibles en concurso (recuérdese que el instituto en estudio es una modalidad calificada del concurso material de delitos, del cual se diferencia porque la pluralidad de acciones que lo componen están enlazadas por una finalidad común, a través de la cual se lesionan bienes jurídicos patrimoniales de un mismo titular) es el más grave. Esa gravedad no se determina (como pareciera creerlo el órgano de mérito) solamente por el monto de lo defraudado. Véase que al tenor de lo dispuesto en el artículo 71 del Código Penal ése es sólo uno de los parámetros a considerar para fijar la sanción aplicable a quien cometió un delito, pero hay muchos elementos más que podrían implicar que un caso de bajo valor económico sea más grave que uno en el que el monto de lo apropiado ilegítimamente sea mayor. Esto último revela la importancia de que para fijar la pena que corresponde a un sujeto por la comisión de varios ilícitos en la modalidad de delito continuado, primero sea indispensable determinar cuál es el más grave hecho punible e imponer la correspondiente sanción, para luego tomarla como parámetro y determinar hasta qué monto se va a aumentar ésta de modo que abarque la totalidad del delito continuado. En el presente caso esto último no se cumple. Lo que hizo el a-quo fue obviar la determinación del asunto más grave y partió de que por la suma defraudada a Ángel Hidalgo Bolaños (ver folio 684), la cual sobrepasa el monto establecido en el inciso 2) del artículo 216 del Código Penal, carecía de interés analizar los demás ilícitos. Pero nunca se detuvo a analizar cada uno de los casos en particular, ni explica si toma como parámetro de gravedad la suma que el encartado Jiménez Jiménez obtuvo ilegítimamente de sus víctimas, ni por qué esto último sería lo correcto en la presente causa. En otras palabras, se incumplió con la regla de fundamentar debidamente la sentencia en cuanto a la pena, tal como se exigía en el artículo 106 del Código de Procedimientos Penales de 1973 (cuerpo normativo bajo el cual se tramitó el proceso principal) o como se establece hoy en el artículo 142 del Código Procesal Penal de 1996."

**b. Elementos a considerar para valorar la finalidad de los hechos realizados, en el delito de peculado**

[SALA TERCERA]<sup>7</sup>

"Al plantear su recurso, los representantes del Ministerio Público lo hace por razones de fondo. En sus argumentos señalan que el a quo equivocadamente juzgó las acciones perseguidas por estafa y uso de documento falso contra [los encartados], como constitutivos de un delito simple de peculado, cuando debió sancionarse a los encartados por ese delito en su modalidad continuada, solicitando se les imponga por esos hechos la pena de doce años de prisión, aumentada hasta otro tanto, es decir veinticuatro años, con excepción de [...], para quien se solicita diez años de prisión, aumentados a veinte. Estima esta Sala que llevan razón los recurrentes. Efectivamente, el cuadro fáctico que acredita la sentencia en lo atinente a los hechos mencionados, evidencia la concurrencia de todos los requisitos configurativos de un delito continuado. Se trata de hechos que, individualmente apreciados, constituyen por sí mismos delitos de peculado, reiterados, homogéneos y con una misma finalidad: la sustracción de los fondos asignados a la Comisión Nacional de Emergencia, lesionando de ese modo el patrimonio de la Administración Pública. Ya en 1991 esta Sala señaló que se está "...en presencia de un delito continuado, en tanto se trata de acciones de idéntica especie, violatorios del mismo bien jurídico, ejecutados homogéneamente y, como derivación de ello, presumiblemente con igual finalidad.

Sobre este punto, la doctrina es conteste en aseverar que, ante la dificultad que implica la averiguación de la finalidad del sujeto activo, pues ésta muchas veces permanece en reserva, la forma homogénea de realización de las acciones es revelatoria de una misma finalidad. Ahondando aún más en la aplicación de este principio y haciendo una interpretación extensiva de la noción de delito continuado, recurso viable en el Derecho Penal, según la doctrina, en tanto favorable al reo procesalmente y reductora del grado de la pena que en caso contrario le correspondería en virtud de la configuración de un concurso real (visto que la pena impuesta por un delito continuado no puede ser mayor que la que correspondería por concurso real, lo que iría contra la voluntad del legislador), la doctrina alemana ha planteado que también se configura el delito continuado cuando se utiliza o aprovecha idéntica oportunidad, puesto que, como se apunta arriba, ello constituye un indicador no despreciable de una posible "misma finalidad" en la comisión de los actos del sujeto" (resolución de la Sala Tercera N0 319-A de las 11:40 del 9 de agosto de 1991). Considerando que los razonamientos expuestos en la resolución transcrita resultan aplicables al presente asunto, puesto que se

tuvo por probado que los encartados efectuaron sustracciones reiteradas de los citados fondos, valiéndose de la misma mecánica y ocasión, se reiteran esos argumentos. Efectivamente, si se repara que las acciones tenidas por probadas son ilícitas aún individualmente apreciadas (cada una de las sustracciones constituía un peculado), que fueron independientes (tuvieron cierta separación temporal), se realizaron en detrimento de bienes jurídicos patrimoniales (los fondos de la Comisión) y se aprovechó una ocasión equivalente (el acceso a los recursos tenido por los encartados en razón de su trabajo), se concluye que se está frente a un delito continuado de peculado."

**c. Aplicación de las reglas de penalidad se limita cuando se afectan bienes jurídicos de carácter patrimonial**

[SALA TERCERA]<sup>8</sup>

"ÚNICO [...] De conformidad con el artículo 411 del Código Procesal Penal, cuando la demanda de revisión resulta manifiestamente infundada, procede declarar de oficio su inadmisibilidad. Ello sucede cuando, a pesar de cumplirse con los requisitos formales de interposición, en cuanto a la sustancia del planteamiento, resulta indubitable su improcedencia. Doctrinariamente se ha señalado que: " En términos generales, se puede afirmar que el recurso es manifiestamente improcedente, cuando la falta de fundamentos del mismo sea evidente, cierta, patente. En otras palabras, cuando la falta de fundamentos del recurso aparezca de un modo seguro, sin posibilidad de disenso y utilidad de discusión; cuando la simple enunciación del motivo que sustenta el recurso sea suficiente para demostrar que es infundado... " (Ayán, Manuel: Recursos en materia penal. Principios generales, Marcos Lerner Editora Córdoba S.R.L., 1985, p. 148). Lo anterior sucede con la solicitud del sentenciado, de que se apliquen a su favor las reglas que rigen la penalidad del delito continuado. El artículo 77 del Código Penal dispone que: " Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentándola hasta en otro tanto ". Se trata de una excepción sui generis a las reglas del concurso material que, conforme establece claramente la norma, sólo es aplicable cuando se afecten bienes jurídicos patrimoniales. En cambio, el promovente fue condenado por ilícitos cuyo bien jurídico tutelado es la libertad sexual. Por ello, aunque se trate de delitos de la misma especie (dos abusos deshonestos calificados), y aún de comprobarse que el agente perseguía la misma finalidad al cometerlos, falta un requisito esencial para su configuración.

Nuestro legislador dispuso limitar objetivamente la aplicación de las reglas de la penalidad del delito continuado, a los ilícitos de carácter patrimonial. Encontrándose el caso concreto fuera de dicho supuesto, se impone rechazar de plano el procedimiento de revisión intentado."

**d. Presupuestos para que opere la penalidad del delito continuado**

[SALA TERCERA]<sup>9</sup>

"XVII. Como motivo vigésimo primero por la forma, el licenciado Morera Solano alega que se equivoca el a quo al no aplicar al caso el artículo 77 del Código Penal, pues estima que se está ante un delito continuado de robo agravado. Considera errado el criterio del Tribunal de instancia, el cual rechazó esa tesis, al estimar que no hay proximidad espacial entre los lugares en que fueron cometidos los delitos. Señala, que ese elemento no es parte de la regulación legislativa del delito continuado. Asimismo, se advierte que este alegato es idéntico al que plantea el recurrente como único motivo por el fondo, razón por la cual se resuelven ambos reclamos de manera conjunta. **El reproche no es atendible:** En relación con el tema de la penalidad del delito continuado, debe recordarse lo que reiteradamente ha expuesto esta Sala: " ... **B) Sobre la penalidad del delito continuado.** El artículo 77 del Código Penal dispone que: «Cuando los delitos en concurso fueren de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, siempre que el agente persiga una misma finalidad, se aplicará la pena prevista para el más grave, aumentándola hasta en otro tanto». Como se puede apreciar esta figura supone una pluralidad de acciones temporalmente discontinuas pero dependientes entre sí (en tanto persiguen una misma finalidad), pero que impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real o material (ya sea heterogéneo u homogéneo), sin perjuicio de que una pluralidad de delitos continuados concursen materialmente. ¿Cuál es el criterio que permite diferenciar entre un delito continuado y un concurso material de delitos? Considera esta Sala que debe consistir en que la finalidad que persigue el autor, en relación a los bienes jurídicos que está afectando con sus acciones, sea incompatible con la naturaleza del concurso material. De otra manera, se llegaría al absurdo de que el autor habitual de robos, por ejemplo, tendría la oportunidad de unir con su "finalidad" (la decidida habitualidad en el robo) hechos sin ninguna otra relación entre sí, a los que corresponde la pena del concurso real o material de delitos y no la de un solo

delito continuado: sería absurdo porque se favorecería injustamente a quien mayor desprecio manifiesta de hecho hacia los bienes jurídicos patrimoniales, dada su habitualidad o reincidencia, siendo que la figura del delito continuado es una excepción sui generis a las reglas del concurso material, tanto así que la ley dispone que solo es aplicable si se afectan bienes jurídicos patrimoniales. De ahí que la doctrina señale que la aplicación del delito continuado está sujeta a criterios subjetivos y objetivos. En este sentido señala Carlos Creus que: «Inicialmente se parte de un criterio subjetivo: la unidad de designios del autor (el cajero del banco que, decidido a reunir una determinada cantidad de dinero, lo procura sustrayendo sumas menores de la caja en distintas oportunidades). Pero, si nos conformásemos con ese criterio para determinar la dependencia, otorgaríamos al autor la injusta oportunidad de unir con su designio los hechos más dispares, merecedores de la pena del concurso, y no de la de un solo delito, por lo cual tenemos que completarlo con criterios objetivos; precisamente, en torno -como resultado- del requisito de homogeneidad desde el punto de vista de la acción, se habla de la vinculación de los distintos hechos a una misma "empresa delictiva", lo cual no depende exclusivamente del designio del autor, sino también de circunstancias objetivas que condicionan la adecuación de los distintos hechos dentro de aquel concepto, como es la unidad de bien jurídico atacado, para lo cual no bastará la analogía de los bienes afectados por los distintos hechos, sino la identidad del titular (no puede haber continuación entre el hurto perpetrado hoy contra Juan y el perpetrado mañana contra Pedro, por más que su autor los haya unido con su designio común) y, por lo menos, que los objetos materiales de los distintos hechos pueden considerarse componentes de una "universalidad natural" (el hurto por el empleado de la máquina de la oficina no se puede continuar con el hurto de la cartera que un compañero de trabajo ha dejado en su escritorio). Pero ambos criterios de dependencia tienen que presentarse reunidos para que se pueda hablar de continuación (la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de equipar un taller, no hace dependientes el hurto de llaves a Juan, de una fresadora a Pedro y de una morza a Esteban, aunque todos esos objetos vayan a parar a la "universalidad del taller"; la circunstancia de que el autor haya actuado con el designio de formar un plantel de cincuenta vacas de cría no hace dependientes los hurtos de diez cabezas a Simón, veinte a Timoteo y veinte a Facundo. Pero todos esos hurtos pueden ser dependientes entre sí, pasando a integrar un delito continuado, si el autor forma el taller apoderándose de varias herramientas, en distintas oportunidades, en la fábrica donde trabaja, o en el plantel de

cría lo forma con hacienda que va sacando poco a poco de un mismo sujeto pasivo)» [Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, págs. 241 a 242]. A lo anterior debe agregarse que, objetivamente, la penalidad del delito continuado solamente resulta aplicable cuando los delitos en concurso sean de la misma especie y afecten bienes jurídicos patrimoniales, razón por la cual se afirma que «no puede haber continuación... en los delitos que afecten bienes jurídicos distintos de los patrimoniales, aunque el agente persiga, en todos los delitos, una misma finalidad» (CASTILLO, Francisco: El concurso de Delitos en el Derecho Penal Costarricense, San José, Litografía Lil S.A., 1981, pág. 91), así como que la persecución "de una misma finalidad" debe distinguirse de la mera resolución de cometer una cadena de hechos homogéneos, pues «tal resolución no basta para fundamentar el elemento subjetivo del delito continuado, si falta en ellos un mismo "para qué" y un total programa, del cual los actos sean la ejecución» (Ibídem, pág. 104). Lo anterior resulta claro si se considera que el delito continuado debe ser necesariamente doloso, ya que el autor debe tener conocimiento y voluntad de realizar una pluralidad de delitos de la misma especie, que afecten bienes jurídicos patrimoniales y que persigan una misma finalidad, «de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente» (BACIGALUPO, Enrique: Principios de Derecho Penal, 2ª edición, Ediciones Akal, Madrid, 1990, págs. 282 a 283). " El criterio expuesto se extrae de la sentencia de esta Sala N° 2000-00094 de las 8:45 horas del 28 de enero de 2000, en la que se reitera lo expuesto en la resolución N° 769-F-96 de las 10:30 horas del 6 de diciembre de 1996. Como se ve, la figura del delito continuado no es admisible tratándose de ilícitos cometidos en perjuicio de diversos ofendidos, pues desaparece el elemento "misma finalidad" a la que hace referencia el artículo 77 del Código Penal. En ese sentido, es correcta la decisión del a quo de desechar la aplicación de dicho instituto en el presente caso. Cabe acotar, que lo expresado por el Tribunal de instancia es parcialmente erróneo, en el tanto hace depender la existencia del delito continuado de la cercanía espacial de los lugares donde se perpetren los hechos. Sin embargo, ese yerro carece de interés, en el tanto sí queda claro en el fallo recurrido que se está ante diversos ofendidos, de modo que son varios los patrimonios afectados y ello acarrea como consecuencia, que desaparezca la identidad en los fines que se requiere para aplicar el artículo 77 del Código Penal, de modo que aún obviando el vicio, subsisten elementos para desechar la

aplicación en este caso de un delito continuado."

**e. Análisis del peculado en relación con el delito continuado**

[SALA TERCERA]<sup>10</sup>

"II.- Ahora bien, observa la Sala que el a quo tipificó los hechos objeto de la condena como constitutivos de TRECE DELITOS DE PECULADO EN CONCURSO MATERIAL, por los que impuso CUATRO AÑOS DE PRISIÓN por cada uno, para un total de DOCE AÑOS de pena privativa de libertad, atendiendo a las reglas del referido concurso. Tal calificación y la consiguiente penalidad impuesta, son erróneas y a pesar de que en el recurso interpuesto no se impugnó ese extremo y ni siquiera se le menciona, considera la Sala que de oficio procede ordenar la modificación que corresponde, habida cuenta de que una incorrecta manera de tipificar las conductas, en perjuicio del imputado cual sucede en este caso, constituye un indudable quebranto del debido proceso por errónea aplicación de la ley sustantiva, capaz de ser corregido mediante el procedimiento de revisión y, por supuesto, en casación aun de oficio. En efecto, los juzgadores rechazaron estar en presencia de un delito continuado "... porque se evidenció que sus conductas obedecen a una habitualidad delictiva, a un modus vivendi, cuyo único denominador común era el afán del encartado por distraer dinero de las arcas de JAPDEVA de una manera ilegítima" (cfr. folio 659) . Sin embargo, este criterio obedece a una errónea interpretación de la doctrina citada por los juzgadores. Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones acerca de la naturaleza del delito continuado (cfr. votos 319-F-91, 769-F-96, 787-F-96, 444-F-96, 33-97, 551-98, 542-99, 94-2000, entre otros), destacando los presupuestos que han de concurrir para que opere esta forma excepcional de penalidad. En la sentencia 1565-F-94, de 16,15 hrs. de 12 de diciembre de 1994, y en un caso similar al que ahora se examina, la Sala indicó, en torno al delito continuado, que: "Se trata de hechos que, individualmente apreciados, constituyen por sí mismos delitos de peculado, reiterados, homogéneos y con una misma finalidad: la sustracción de los fondos asignados a la Comisión Nacional de Emergencia, lesionando de ese modo el patrimonio de la Administración Pública. Ya en 1991 esta Sala señaló que se está "...en presencia de un delito continuado, en tanto se trata de acciones de idéntica especie, violatorios del mismo bien jurídico, ejecutados homogéneamente y, como derivación de ello, presumiblemente con igual finalidad. Sobre este punto, la doctrina es conteste en aseverar que, ante la dificultad que implica la averiguación de la finalidad del sujeto activo, pues esta muchas veces permanece en reserva, la forma homogénea de realización de las acciones es revelatoria de una misma finalidad.

Ahondando aún más en la aplicación de este principio y haciendo una interpretación extensiva de la noción de delito continuado, recurso viable en el Derecho Penal, según la doctrina, en tanto favorable al reo procesalmente y reductora del grado de la pena que en caso contrario le correspondería en virtud de la configuración de un concurso real (visto que la pena impuesta por un delito continuado no puede ser mayor que la que correspondería por concurso real, lo que iría contra la voluntad del legislador), la doctrina alemana ha planteado que también se configura el delito continuado cuando se utiliza o aprovecha idéntica oportunidad, puesto que, como se apunta arriba, ello constituye un indicador no despreciable de una posible "misma finalidad" en la comisión de los actos del sujeto" (resolución de la Sala Tercera N° 319-A de las 11:40 del 9 de agosto de 1991). Considerando que los razonamientos expuestos en la resolución transcrita resultan aplicables al presente asunto, puesto que se tuvo por probado que los encartados efectuaron sustracciones reiteradas de los citados fondos, valiéndose de la misma mecánica y ocasión, se reiteran esos argumentos. Efectivamente, si se repara que las acciones tenidas por probadas son ilícitas aún individualmente apreciadas (cada una de las sustracciones constituía un peculado), que fueron independientes (tuvieron cierta separación temporal), se realizaron en detrimento de bienes jurídicos patrimoniales (los fondos de la Comisión) y se aprovechó una ocasión equivalente (el acceso a los recursos tenido por los encartados en razón de su trabajo), se concluye que se está frente a un delito continuado de peculado". En la especie, concurren asimismo todos los rasgos definitorios propios del delito continuado, pues el justiciable se prevaleció de sus atribuciones como funcionario público y de su acceso a la confección de planillas para sustraer bienes de la entidad en que prestaba servicios. El hecho de que cada uno de los actos constitutivos de por sí del delito de peculado, se reiterase en el tiempo, es una característica común a todo delito continuado y las aseveraciones del a quo (en referencia a la habitualidad) solo serían atendibles si, por ejemplo, las acciones hubiesen sido ejecutadas en daño de distintos titulares de los bienes, o se desprendiese de algún dato objetivo o subjetivo la inexistencia de una sola finalidad, nada de lo cual ocurre en este caso. Conviene señalar, por último, que aunque la figura del delito continuado fue restringida por el legislador a los hechos que generen una lesión de carácter patrimonial, ello no es óbice para aplicarla en la especie, pues el delito de peculado posee una naturaleza pluriofensiva, en tanto se tutela no solo la probidad en el ejercicio de la función pública, sino también el patrimonio del Estado y sus instituciones. De hecho, a diferencia de otros delitos en los que puede o no producirse un daño patrimonial (v.

gr.; la falsedad de documentos y su uso), en el peculado esa lesión o su peligro de ocurrencia debe siempre existir."

**FUENTES CITADAS:**

- 1 FERREIRA DELGADO, Francisco José. Delitos contra la Administración Pública. 2º Edición. Editorial Temis. Bogotá, 1985. pp. 11-12.
- 2 ARIAS SOTO, Sara Patricia. Delito Financiero y Delito Bursátil: Análisis de los Principios Político Criminales para Orientar una Reforma al Código Penal. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1998. pp. 53-55.
- 3 ECHEVERRÍA MESÉN, Sandra. Malversación de de Fondos Públicos (Peculado). Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1983. pp. 65-69.
- 4 ARIAS SOTO, Sara Patricia. Delito Financiero y Delito Bursátil: Análisis de los Principios Político Criminales para Orientar una Reforma al Código Penal. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1998. pp. 65-69.
- 5 Ley Número 4573. Costa Rica, 4 de mayo de 1970.
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 1054-2001, de las ocho horas con cincuenta y cinco minutos del dos de noviembre de dos mil uno.
- 7 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 565-1994, de las dieciseis horas con quince minutos del doce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.
- 8 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 562-2004, de las once horas con siete minutos del veintiuno de mayo de dos mil cuatro.
- 9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 696-2003, de las nueve horas con cinco minutos del catorce de agosto de dos mil tres.
- 10 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 177-2000, de las nueve horas con diez minutos del trece de octubre de dos mil.