

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ
Facultad de Derecho**



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la
Corrupción

**El difícil camino de la infracción de deber respecto a los
superiores jerárquicos en el delito peculado: Mirada hacia
un nuevo planteamiento.**

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

Autor:

Karla Patricia Cardenas Veintemilla

Asesor(es):

Armando Sánchez Málaga Carrillo

Lima, 2021

RESUMEN

El presente trabajo académico tiene como objetivo principal comprender el desarrollo de los presupuestos de la aplicación de la teoría de la infracción de deber respecto al delito de peculado doloso por parte de la Corte Suprema y así determinar cuáles son las consecuencias que su contenido plantea en la jurisprudencia nacional, principalmente frente a los inconvenientes que genera al imputar autoría a los superiores jerárquicos.

Y en base a ello, señalar que la teoría de la infracción del deber no resulta ser la más apropiada, y que la solución debe ser buscada frente a dos propuestas, ya sea mediante la autoría mediata por aparato organizado de poder o través de la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. Planteando que será esta última la más acorde a nuestro ordenamiento jurídico donde se protegen bienes jurídicos, y a la vez permitirá tomar en cuenta la dicotomía presente entre la decisión política y funcional de los superiores jerárquicos que ocurre en la realidad.

La metodología empleada para el presente artículo parte por analizar el delito de peculado y la teoría de la infracción de deber en nuestro ordenamiento jurídico, así como doctrina sobre la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico y la autoría mediata por dominio de organización. Tras el desarrollo se concluye que para la Corte Suprema siempre tendríamos que remitirnos a mera remisión normativa extrapenal que haría, en determinados casos, imposible sancionar a los funcionarios jerárquicos, por tal razón, la salida a ello sería se debe analizar el vínculo que existe entre decisión política frente a la decisión funcional a la hora de evaluar los casos que involucra a superiores jerárquicos.

Palabras clave: Peculado doloso, delito de infracción de deber, superiores jerárquicos, deber positivo institucionalizado, teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

ABSTRACT

The main objective of this academic work is to understand the development of the assumptions of the application of the theory of the infringement of duty with respect to the crime of willful embezzlement by the Supreme Court and thus will determine the consequences that its content raises in the national jurisprudence , mainly due to the inconveniences that it generates when imputing authorship to hierarchical superiors.

And based on this, to point out that the theory of the infringement of duty does not turn out to be the most appropriate, and that the solution must be sought in the face of two proposals, either through the mediated authorship by an organized apparatus of power or through the theory of the vulnerability of the legal asset. Proposing that the latter will be the most consistent with the legal system where legal assets are protected but at the same time it will allow to take into account the present dichotomy between the political and functional decision of the hierarchical superiors that occurs in reality.

The methodology used for this article starts by analyzing the crime of embezzlement and the theory of the breach of duty in our legal system, as well as doctrine on the theory on the vulnerability of the legal right and the mediated authorship by domain of organization. After the development, it is concluded that for the Supreme Court we would always have to refer to mere extra-criminal normative referral that would, in certain cases, make it impossible to sanction hierarchical officials, for this reason, the way out would be to analyze the link that exists between political decision versus functional decision when evaluating cases involving hierarchical officials.

Keywords: Delinquent embezzlement, crime of breach of duty, hierarchical superiors, institutionalized positive duty, theory on the vulnerability of the legal right.

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	5
HIPOTESIS	8
I. El delito de peculado doloso: elementos del tipo e infracción de deber en el ordenamiento jurídico peruano.	10
I.1 Conociendo el delito de peculado en el ordenamiento jurídico peruano.....	10
I.2 Principales planteamientos dogmáticos de la teoría de la infracción de deber.	14
I.2.1 La infracción de deber para el profesor Claus Roxin.	15
I.2.2 La infracción de deber para el profesor Günther Jakobs.....	16
I.3 Conociendo los alcances y el desarrollo de la Corte Suprema respecto al delito de peculado doloso como delito de infracción de deber.....	19
II. ¿Qué presupone la aplicación de la teoría de la infracción de deber respecto al delito de peculado doloso en nuestro ordenamiento?	24
II.1 Posición de la Corte Suprema respecto al delito de peculado doloso como infracción de deber.	25
II.2 Aspectos discutibles presentes en el desarrollo de la Corte Suprema relacionados a la infracción de deber.....	30
II.2.1 El vínculo funcional y la disponibilidad jurídica para la Corte Suprema.	30
II.2.2 La remisión a una norma extrapenal en el delito de peculado doloso.....	32
II.2.3 El problemático caso de los superiores jerárquicos en el delito de peculado.....	34
III. La problemática que genera la aplicación de la teoría de la infracción de deber al sancionar a los superiores jerárquicos.....	35
III.1 Una primera alternativa: La autoría mediata por dominio de organización.....	35
III.2 Una segunda alternativa: la teoría sobre la vulnerabilidad al bien jurídico para dar respuesta a los casos de peculado doloso cometido por superiores jerárquicos.	38
III.3 Un cambio de mirada: el difícil camino de la teoría de la infracción de deber y la necesaria búsqueda de un replanteamiento crítico.....	41
IV. CONCLUSIONES.....	47
V. RECOMENDACIONES.....	48
BIBLIOGRAFÍA.....	50

INTRODUCCIÓN

En el Perú, el delito de peculado es el más recurrente. Todo ello quedó expuesto en el Mapa de la Corrupción de la Defensoría del Pueblo de los años 2016 y 2018. Los resultados revelaron que de un total de 40 759 casos reportados para el año 2018, el delito de peculado abarca el 34% del mismo (Defensor a del Pueblo, 2019, p.4).

Dentro de los hechos más alarmantes y mediáticos de corrupción en nuestro país, basta con hacer una búsqueda de los antecedentes de los casos de corrupción para observar que el delito de peculado es uno de los imputados. Prueba de ello se encuentra el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA, sobre el cual versó el proceso penal seguido contra Alberto Fujimori Fujimori por la compra de los llamados “Diarios Chicha” y la Casación 160-2014-ANCASH, proceso seguido contra César Álvarez Aguilar, el ex gobernador de Áncash.

En ese sentido, nuestra Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones; sin embargo, un factor común que he podido observar de sus fundamentos, es el señalar al delito de peculado como delito de infracción de deber. Esto genera que en base a dicho planteamientos no pueda imputarse autoría a un superior jerárquico dado que no poseerun deber establecido específicamente, lo que genera que exista una dicotomía entre la decisión política del funcionario frente a la decisión funcional establecida en una norma.

Para ejemplificar ello, podemos observar dicha problemática en los fundamentos expuestos por la Corte Suprema en los dos casos mencionados; el primero, respecto al Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA, dado que se absolvió al ex presidente Fujimori al no poseer un deber específico respecto de los caudales públicos del Servicio de Inteligencia Nacional; el segundo, el caso César Álvarez, donde se analizó si el ex gobernador presentaba un deber general o específico que lo vinculaba con los caudales de la entidad.

Para analizar este escenario, los **problemas jurídicos centrales** del presente trabajo académico giran en torno a dar respuesta a cuál es la implicancia de la aplicación de la teoría de la infracción de deber respecto al delito de peculado doloso por parte de la Corte Suprema y qué

consecuencias genera aplicar dicha teoría como viene siendo fundamentada para sancionar a superiores jerárquicos.

De esta forma, se planea que se pueda dar solución a la interrogante de si es la figura de la autoría mediata por dominio de organización la solución a la problemática de imputar autoría a los superiores jerárquicos o es la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico la salida más adecuada en nuestro ordenamiento.

Consecuentemente, este artículo académico tiene como **objetivo central** comprender el desarrollo de los presupuestos de la aplicación de la teoría de la infracción de deber respecto al delito de peculado doloso por parte de la Corte Suprema y así determinar cuáles son las consecuencias que su contenido plantea en la jurisprudencia nacional, principalmente frente a la imputación de autoría de superiores jerárquicos.

Para ello, se busca determinar si es que existe una postura uniforme en los pronunciamientos de la Corte Suprema al aplicar la teoría de la infracción de deber al delito de peculado doloso. Y resultado final del artículo se busca fundamentar si es posible aplicar la figura de la autoría mediata por dominio de organización para dar respuesta a los problemas señalados o se requiere la aplicación de la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

Como elemento central del planteamiento a modo de propuesta se plantea establecer que la autoría mediata no puede ser aplicada en estos casos, por lo cual, la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico será la salida necesaria para resolver la imputación de los superiores jerárquicos.

Para lograr el objetivo planteado, en **el primer capítulo** se pretende comprender los alcances del tipo penal del delito de peculado como infracción de deber en el ordenamiento jurídico peruano. Para ello se parte por señalar determinados aspectos relevantes en relación al tipo penal regulado en el Código penal, posteriormente, se desarrolla los alcances dogmáticos de los planteamientos presentes en la teoría de la infracción de deber; para finalmente, desarrollar los pronunciamientos de la Corte Suprema respecto a su posición en vinculación al delito de peculado.

El segundo capítulo, tiene como objetivo, luego de haber desarrollado los aspectos dogmáticos del delito de peculado doloso, así como la teoría de la infracción de deber y su contenido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, comprender la posición del Tribunal Supremo y de esta forma evidenciar los elementos problemáticos presentes en sus pronunciamientos, teniendo como base el fundamentar que no existe un desarrollo uniforme ni claramente fundamentado respecto a la posición adoptada, lo que a la vez genera dificultades para imputar este delito a superiores jerárquicos.

En base a ello, el contenido de este capítulo, inicia con la posición de la Corte Suprema respecto al delito de peculado doloso como infracción de deber y finalmente analiza los aspectos problemáticos presentes en su desarrollo, como son el vínculo funcional y la disponibilidad jurídica, la remisión a una norma extrapenal en el delito de peculado doloso y su vinculación con el caso de los superiores jerárquicos como autores de peculado.

Como tercer capítulo, una vez comprendido los aspectos fundamentales del delito de peculado doloso como delito de infracción de deber y entendida la posición de la Corte Suprema con sus aspectos problemáticos, se pretende primero señalar que la teoría de la infracción de deber no es la más apropiada para dar respuesta a la problemática de la imputación a los superiores jerárquicos.

Para ello, se busca plantear que se necesita dos alternativas de mirada distinta, la primera mediante la autoría mediata por dominio de organización, la cual parto por afirmar que tampoco puede ser aplicada, por lo que la segunda alternativa, basada en la teoría sobre la vulnerabilidad de bien jurídico sería la más adecuada para dar respuesta a estos casos problemáticos.

Finalmente, se expondrán las conclusiones arribadas tras el desarrollo y análisis del presente artículo de investigación. Incidiendo que desde una planteamiento propio la teoría de la infracción de deber haría posible involucrar la dicotomía que existe entre la decisión política y funcional que debe tomarse en cuenta en estos casos.

La metodología empleada para el presente artículo parte por analizar el delito de peculado y la teoría de la infracción de deber en nuestro ordenamiento jurídico, así como doctrina sobre la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico y la autoría mediata por dominio de organización, para ello se realizó las siguientes actividades cognoscitivas: i) la revisión de

doctrina extranjera y nacional sobre la evolución, contenido y aplicación de la teoría de la infracción del deber, ii) revisión y análisis de jurisprudencia nacional sobre el delito de peculado doloso como delito de infracción de deber; iii) revisión de jurisprudencia nacional o extranjera sobre la autoría mediata por dominio de organización, iv) revisión de jurisprudencia nacional o extranjera sobre la aplicación de la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

Correspondientemente, tomando como base los métodos de interpretación jurídica desarrollados por el profesor Marcial Rubio (2015) en su *Manual de Razonamiento Jurídico* para el desarrollo del presente artículo académico aplicaré de primero el método literal que busca interpretar las norma jurídicas a través de las palabras y haré una interpretación sistemática de las sentencias de la Corte Suprema que son analizadas en el caso, como complemento constante haré uso y estudio de doctrina nacional y extranjera, con el objetivo de desarrollar mis planteamientos y permitir comprobar mi hipótesis.

HIPOTESIS

En nuestro país, la Corte Suprema en múltiples ocasiones ha señalado que el delito de Peculado es un delito de infracción de deber, un caso de connotación nacional fue el proceso penal seguido contra el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor del delito de peculado doloso por el alegado desvío de fondos del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) para comprar diversos titulares de diarios nacionales con el propósito de favorecerlo en su campaña de reelección presidencial.

En este caso la Corte Suprema señala que el delito de peculado doloso es un delito de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas, lo que implica que no solo restringe el círculo de autores a sujetos especiales sino que requiere la infracción de un deber positivo asegurado institucionalmente. Bajo dicha premisa es que siempre será necesario remitirnos a una norma del sector donde el funcionario o servidor público realiza sus funciones- una norma extrapenal- para verificar si existe el deber específico respecto a la administración o custodia de los fondos o caudales públicos.

Lo mismo ocurre en la Casación 160-2014-ANCASH del Santa, en el caso seguido contra César Álvarez Aguilar, ex presidente del Gobierno Regional de Áncash, del voto del Juez

Supremo Príncipe Trujillo, se observa que se ha arribado a una concepción de competencia organizativa que vincula al funcionario con deberes positivos por lo cual se deberá analizar los elementos particulares que forman parte de las especiales atribuciones institucionales que posee.

Esta referencia a las especiales atribuciones institucionales permite argumentar lo siguiente respecto a la postura de la Corte Suprema: i) termina siempre por remitirnos a la identificación del deber en una norma extrapenal, ii) tiene que estar previsto como un deber específico más que general, iii) no resuelve los problemas para la imputación de superiores jerárquicos como autores en el delito de peculado doloso.

Es por ello que, ante el desarrollo no uniforme y problemático presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema, una alternativa de solución es desviar nuestro análisis de la teoría de la infracción del deber y la identificación del deber como específico o general y estudiar otras figuras existente como la autoría mediata por dominio de organización o la aplicación de la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

En ese sentido, se busca dar respuesta a lo siguiente: ¿la figura de la autoría mediata por dominio de organización puede dar respuesta a la problemática presente al aplicar la teoría de la infracción de deber al imputar a los superiores jerárquicos o será la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico la solución más acorde a nuestro ordenamiento?

Correspondientemente, como hipótesis central, se busca determinar que la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico es la más coherente para dar respuesta a los problemas presentes, y no es posible aplicar la autoría mediata por dominio de organización, en tanto, su fundamentación en los casos concretos no resulta posible. Es por ello que, se propone plantear que el sustento más razonable para dar respuesta a la imputación de superiores jerárquicos parte por preguntarnos cuál es la posición del sujeto respecto al bien jurídico en el delito de peculado, solo así podremos dar respuesta a estos casos.

I. El delito de peculado doloso: elementos del tipo e infracción de deber en el ordenamiento jurídico peruano.

En este capítulo se busca comprender los alcances del tipo penal del delito de peculado como infracción de deber en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello se desarrollará determinados aspectos relevantes en relación a este delito regulado en el Código penal, posteriormente, se detalla los alcances dogmáticos de los planteamientos presentes en la teoría de la infracción de deber, dado que conocer su contenido nos permitirá entender los pronunciamientos de la Corte Suprema respecto a su posición como último punto se abarcado en el presente capítulo.

I.1 Conociendo el delito de peculado en el ordenamiento jurídico peruano.

Sin entrar a mayor detalle y con el propósito de conocer los alcances y regulación del delito de peculado en nuestro ordenamiento, dado que el finalidad de este trabajo se centra en el delito de peculado como delito de infracción de deber en la jurisprudencia peruana y no en analizar todos los aspectos problemáticos vinculados al tipo penal, y en ánimos de no caer en un desarrollo superfluo; me centraré en dos aspectos: primero, detallar cómo se encuentra establecido el tipo penal y sus principales aspectos del tipo objetivo; segundo, la particularidad respecto a la autoría y participación en el delito de peculado.

Ahora bien, como primer aspecto respecto al tipo penal, partamos por remitirnos a la regulación establecida en el artículo 387 del Código penal peruano, y conocer cuál es la tipificación prevista en la norma penal:

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del

artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

(...)

En relación al tipo penal, es preciso iniciar por comprender su naturaleza y qué bien jurídico protege, este elemento ha sido y aún es discutido en la doctrina, entre quienes sostienen que el bien jurídico de este delito es el patrimonio estatal, o los deberes de lealtad y probidad del funcionario, no obstante, también existe un sector que señala que se trata de un delito pluriofensivo, por lo cual el bien jurídico afectará tanto el patrimonio estatal como los deberes de lealtad del funcionario o servidor público.

Al respecto, es importante señalar que en el Perú se asume la posición de la pluriofensividad, esto ha quedado expuesto en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, el cual expresamente señala lo siguiente:

“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: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de funcionales de lealtad y probidad. (Fundamento jurídico 6)

Es importante, señalar que comprender la protección de los bienes jurídicos del delito de peculado cobra relevancia cuando analicemos los elementos del tipo y su configuración, dado que el derecho penal, como menciona el profesor Roxin (2012), solo intervendrá de manera subsidiaria frente a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. ¹

¹ El profesor Roxin (2012) señala que “Llamamos bienes jurídicos a aquellas realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas” (p. 5), y al ser el Derecho penal el medio más gravoso “(...)debe más bien únicamente intervenir allí donde los medios estatales más leves, como las sanciones jurídico-civiles, las prohibiciones del Derecho público, el uso de sanciones administrativas u otras medidas político-sociales no son suficientes para garantizar la paz y la libertad” (Roxin, 2012, p.5).

Como otro elemento del tipo, se encuentra la descripción de la tipicidad objetiva, y tal como está establecida en la propia norma, existen dos modalidades por las cuales se puede cometer el delito de peculado, la primera de ellas es mediante apropiación y la segunda es mediante utilización de los caudales o efectos de la administración pública. Veamos qué aspectos las diferencian.

En relación a la apropiación, el profesor Salinas (2016) menciona que “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 por razón de su cargo (...)” (p. 365). A su vez, como se señala en el tipo, el beneficio puede recaer en el mismo funcionario o en un tercero.²

Respecto al peculado por utilización, el mismo profesor Salinas (2016) señala que “(...) se configura cuando el agente usa, emplea aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien (...) sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de terceros(...)” (p. 366-367).

Continuando con el siguiente elemento del tipo penal, es decir, que la percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, en otras palabras, que exista una relación funcional. Sobre ello el profesor Rojas (2000) indica que “no cualquier funcionario o servidor público puede incurrir en delito de peculado” (p. 282), a su vez, lo que continúa señalando el profesor Rojas (2001) es que el punto de partida como presupuesto necesario es que existan deberes o atribuciones del cargo que vinculen al funcionario o servidor público frente a los bienes que se encuentran en posesión.

En ese sentido, si es que no existe la llamada vinculación jurídica (Rojas, 2001) no podrá ser imputado como autor del delito de peculado y lo que corresponde sería una imputación por hurto o apropiación ilícita común (p. 282). En esa misma línea, continúa Rojas (2001) “la posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el

²Para el profesor ROJAS (2000) “la apropiación (...), supone que el sujeto activo de delito posee ya consigo el bien o caudal del cual entra en disposición personal contraviniendo sus deberes de función. Apropiaarse es hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado apartándolo de la esfera de la administración pública(...)” (p. 285).

ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos)” (p.282).

Por último, como segundo punto importante, son las particularidades de la autoría y participación en el delito de peculado, lo cual tendrá especial relevancia al analizar la teoría de la infracción de deber en relación a este delito, pero antes, de manera breve, es necesario distinguir algunos conceptos, es decir, el de funcionario público en los delitos contra la administración pública y el de los delitos especiales para comprender sus alcances.

Como señala el profesor Montoya (2015) “la calidad de funcionario público no es accidental, sino que su conducta es un elemento fundamental de la sanción penal de los delitos de corrupción” (p.38). En ese sentido, la concepción de funcionario es de relevancia, no obstante, dado que no alcanza para los fines de este artículo un desarrollo extenso del mismo, sobre su contenido me remito a señalar lo siguiente: i) el artículo 425 del Código Penal establece una lista de quienes son considerados funcionarios o servidores públicos; ii) La lista establecida en el Código Penal no constituye una lista cerrada, dado que deja a la Constitución y la ley regular otros supuestos; iii) el término de funcionario público en el derecho penal guarda autonomía respecto de otras regulaciones, siendo más amplia.

A su vez, dado que el concepto de funcionario público requiere ser dotado de contenido, debemos remitirnos a la doctrina e incluso otras regulaciones como las previstas en el ámbito internacional. A modo de resumen, el profesor Montoya (2015) señala lo siguiente respecto de los elementos necesarios, siendo estos: “Incorporación heterónoma a la función pública, posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público.” (p.40).

Ahora bien, una vez desarrollado de manera breve el contenido y alcance de funcionario o servidor público como elemento esencial en los delitos de corrupción de funcionarios, como el peculado, es necesario remitirnos a la noción de los delitos especiales. Así señala el profesor Montoya (2015) “el legislador ha decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario público. Esta característica es la que convierte a los delitos contra la administración pública en delitos especiales.” (p. 50)

Sobre la distinción, el profesor Abanto (2014) señala “(...), existen determinados delitos que la doctrina (alemana) ha conocido tradicionalmente como delitos especiales(...) para distinguirlos

de los “delitos comunes (...)” (p. 378-379). Esto quiere decir, que existe elementos que diferencian ambos tipos de delitos, así señala “mientras que en estos últimos, cualquiera puede ser autor del delito, en los primeros el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen una cualidad exigida en el tipo penal (entranei).” (Abanto, 2014, p. 379)

Entonces, establecida esta distinción de los delitos especiales, la pregunta que surge es cómo se imputa autoría y participación en estos delitos cuando involucra a sujetos que poseen y a su vez no la cualidad especial exigida, tradicionalmente existen dos grandes líneas dogmáticas, la vinculada a la teoría del dominio del hecho y la teoría de la infracción de deber.

Sin ánimos de profundizar respecto a la teoría del dominio del hecho, dado que sobre ella existe múltiple literatura para revisar y sobrepasa los objetivos de este artículo, me remito señalar que esta teoría ha generado múltiples escenarios al imputar autoría y participación, el profesor Abanto (2014) señala que “ha generado polémica(...) llevando a soluciones de lo más dispares que van desde la impunidad del extraen (y en muchos casos también la del intraneus) hasta su punibilidad como partuc0e del hecho punible del intraneus (...)” (p.380).

Es en esta línea, que la teoría de la infracción de deber surgió en un escenario donde existía problemática para imputar autoría y participación en los delitos especiales, principalmente frente a caso que involucra a un sujeto no cualificado que obraba con dolo en la comisión de un delito. Sobre los principales alcances y desarrollo dogmático de esta teoría me remito a continuación.

I.2 Principales planteamientos dogmáticos de la teoría de la infracción de deber.

Partamos por tener en consideración que la Corte Suprema ha señalado que el delito de peculado es un delito de infracción de deber, sobre ello, entraremos a mayor detalle posteriormente. En ese sentido, es fundamental conocer los alcances de esta teoría y su desarrollo dogmático. Al respecto abarcaremos dos postulados presentes tradicionalmente en esta teoría: lo expuesto por el profesor Claus Roxin y el profesor Günther Jakobs.

I.2.1 La infracción de deber para el profesor Claus Roxin.

Como punto de partida, inicio señalando que bajo la postura funcionalista que defiende el profesor Roxin (2012), indica que “el injusto penal debe derivarse de la función del Derecho penal, por el contrario, la culpabilidad como categoría del sistema debe derivarse del concreto fin de la pena que se impone” (p. 4). En esa línea “la función del Derecho penal reside en asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre” (Roxin, 2012, p.4).

En esa línea, los bienes jurídicos representan “aquellas realidades imprescindibles para una vida en común, pacífica y libre de las personas” (Roxin, 2012, p. 5). En ese sentido, garantizar la protección de los bienes jurídicos es la función del derecho penal, no obstante, el derecho penal no debe intervenir en todas las situaciones, sino solo frente a las más graves.³

Corresponde ahora desarrollar cuáles son los fundamentos presentes; al respecto, el profesor Roxin (2000) señala que “(...) cabe ya establecer, a partir de los resultados obtenidos hasta ahora, donde el concepto del dominio del hecho ya no puede ser adecuado para delimitar las formas de intervención (...)” (p. 369), siendo uno de los casos cuando “es evidente que no puede atenderse al dominio allí donde el propio legislador destaca a la persona del autor mediante otros elementos de entre los intervinientes” (Roxin, 2000, p. 370).

Entonces, cabe preguntarse cuál sería el aspecto determinante para imputar autoría en un delito de infracción de deber, sobre ello el profesor Roxin (2000) señala lo siguiente:

“(...) el punto de vista determinante para la autoría en el ejemplo de partida se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la investigación lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) (p. 386).

³ En esa misma línea, complementa el profesor Roxin (2012) que “para cumplir la misión de proteger los bienes jurídicos penalmente protegidos debe prohibirse la creación de riesgos no permitidos para tales bienes e imputar al autor de la acción típica la realización de tales riesgos en un resultado lesivo para un bien jurídico” (p. 6).

En base a esta premisa, surge otra interrogante, la cual busca conocer a qué tipo de deberes se hace referencia. Para dar respuesta, el profesor Roxin indica que “No se alude a aquel deber surgido de la norma penal cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo”, entonces, cuál es el deber, sigue mencionando el jurista alemán “el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no extiende necesariamente a todos (...) pero es necesaria para la realización del tipo” (p.387).

En palabras de Roxin (2000) “serán deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas” (p. 387). Si bien bajo esta tesis se menciona que se trata de deberes extrapenales que se ubican fuera del derecho penal, la naturaleza del deber, tal como fue planteada, no fue desarrollada a mayor profundidad por el profesor Roxin.⁴

I.2.2 La infracción de deber para el profesor Günther Jakobs.

Habiendo abarcado lo expuesto por el profesor Roxin, estos no se quedaron estáticos sino que sus fundamentos fueron posteriormente analizados por el profesor Jakobs, quien también presentó un gran aporte personal a la continuación del desarrollo de la teoría de la infracción de deber, y parafraseando Sánchez-Vera (2002) lo que hace es llamar y profundizar las realidades previas que hablaba Roxin como instituciones, como veremos más adelante.

Entonces, como primer punto de este apartado corresponde desarrollar estos postulados planteados por el profesor Jakobs, y por ello, así como se detalló sobre los planteamientos del profesor Roxin y su pensamiento dogmático sobre el derecho penal, es necesario señalar también lo defendido por Jakobs respecto a la legitimación del derecho penal y su función.

Así como para el profesor Roxin, el derecho penal tiene como misión proteger de manera subsidiaria bienes jurídicos, el profesor Jakobs (1997a) señala que “(...) el Derecho penal obtiene su legitimación material de su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas

⁴ Para mayor detalle de esta teoría ver el trabajo académico de Cardenas, K. P. La infracción de deber vs la vulnerabilidad del bien jurídico en el delito de Peculado: Análisis del RN N° 615-2015-LIMA.

normativas esenciales” (p. 18). Por lo tanto el derecho penal cumplirá un rol de estabilización normativa dentro de la sociedad.

Ahora bien, lo señalado no corresponde a toda la complejidad de su ideas, dado que el desarrollo sobre los postulados dogmáticos del profesor Jakobs no pueden ser explicados en cortas líneas, pero nuevamente, por criterios formales del trabajo, debo remitirme a mi objetivo central, es decir, la figura de la infracción de deber en el caso del delito de peculado.

Al respecto, para el profesor Jakobs, todas las personas se encuentran vinculadas a dos tipos de competencias, una de organización y otras de carácter institucional, siendo estas últimas la que se vinculan a los delitos de infracción de deber. Veamos este aspecto con mayor precisión.

Sanchez-Vera (2002) señala que, tomando los postulados de Jakobs, “en la responsabilidad por organización se imputan consecuencias de la propia organización; en la responsabilidad en virtud de una institución, por su parte, existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre el bien jurídico y autor” (p.30).

Siguiendo estas premisas, surge la pregunta sobre qué tipo de responsabilidad se encuentra presente en ambos tipos de competencias señaladas, el profesor Caro John (2002) menciona respecto a la competencia por organización que “(...) el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación, los mismos que en la terminología jakobsiana se conocen como deberes en virtud de competencia de organización” (p. 4). Estos son deberes generales de actuaciones que le competen a todos los miembros de la sociedad.

En relación a la competencia institucional que forma parte de los delitos de infracción de deber, el profesor Caro John (2002) nuevamente señala que “Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial” (p.5). En ese sentido, es el estatus especial al que se inserta la persona el fundamento de la adquisición de determinados deberes.

Dentro de la categoría que desarrolla el profesor Jakobs respecto a las instituciones, la infracción de deber está vinculada a las instituciones positivas, pero qué vienen a ser estas instituciones, el profesor Caro John (2002) menciona que estas son “las mismas que se

configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad y posibilitan la creación de un mundo en común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera” (p.7), es así que:

Por esta razón la relación entre personas vinculadas institucionalmente tiene un contenido positivo, porque aquí el deber se dirige a un determinado obligado especial, no para que simplemente «no dañe» los bienes de los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión (Caro John, 2002, p. 8).

Entonces, si establecemos ciertas diferencias con el planteamiento de Roxin, el profesor Caro John (2002) señala “en la lesión del deber radica para Jakobs el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de Roxin, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho” (p. 6).⁵

Una vez expuesto ambos planteamientos, podemos observar que ambas tesis presentan elementos diferenciadores, mientras que para el profesor Roxin el fundamento de los delitos de infracción de deber se basan en la infracción de deberes extrapenales, que son una especie de realidades previas que deben buscarse fuera del derecho penal; para el profesor Jakobs, estas forman parte del status del sujeto frente a una institución preexistente.

Hasta este punto se han expuesto dos planteamientos tradicionales presentes en la teoría de la infracción de deber, a las cuales nuestra Corte Suprema se ha adherido. Ha incorporado elementos presentes en ambas tesis para resolver los casos de peculado doloso. En ese sentido, corresponde ahora centrarnos en comprender cuál es el desarrollo que ha tenido el Tribunal Supremo respecto al delito de peculado como delito de infracción de deber.

⁵ Para mayor detalle de esta teoría ver el trabajo académico de Cardenas, K. P. La infracción de deber vs la vulnerabilidad del bien jurídico en el delito de Peculado: Análisis del RN N° 615-2015-LIMA.

I.3 Conociendo los alcances y el desarrollo de la Corte Suprema respecto al delito de peculado doloso como delito de infracción de deber.

Parte de los problemas jurídicos principales que han sido planteados en este artículo académico, requiere el desarrollo de los principales pronunciamientos de la Corte Suprema sobre el delito de peculado, fundamentalmente, respecto a la teoría de la infracción de deber. En ese sentido, en este apartado corresponde recoger las consideraciones arribadas por el Tribunal Supremo, cabe mencionar que el análisis de sus consecuencias, se harán en el siguiente capítulo. Para ello, parto por mencionar que considero que podemos distinguir 4 momentos claves que marcan el desarrollo de la Corte Suprema respecto al peculado como delito de infracción de deber.

El primer momento lo marca el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 que regula los elementos del tipo; el segundo, se da mediante el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA que viene a reforzar y complementar lo expuesto en el anterior Acuerdo Plenario; el tercero, la Casación 160-2014-ANCASH, en cuyos fundamentos de votos singulares se podrá apreciar el cambio que presenta al sustentar los deberes que están vinculados; y finalmente, el Recurso de Nulidad 1940-2017-ANCASH, que determina la posibilidad de sancionar a un alcalde por su relación mediata con los caudales.

Ahora bien, partamos por el conocido y estudiado Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 del 30 de septiembre de 2005, bajo el cual se llegó a precisar la definición y estructura típica del delito de peculado previsto en el artículo 387 del Código Penal. En la decisión adoptada, se acordó establecer como parte de la doctrina legal nacional, los fundamentos presentes en los párrafos 6, 7 y 8 del Acuerdo Plenario. Veamos lo que se precisó en los dos primeros párrafos, dado que el último versa sobre la modalidad culposa, supuesto que no abarca este trabajo.

En relación al fundamento jurídico del punto 6, se llegó a determinar expresamente lo siguiente:

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 constituya 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 lo tanto, competencia material específica. (Fundamento 6)

En relación al párrafo 7, se estableció el contenido de los comportamientos típicos previstos, con el propósito que el derecho penal solo intervenga sobre hechos relevantes, por lo cual, señala que los dos comportamientos establecidos en la norma penal deben vincularse con los siguientes elementos materiales:

- a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. (...)
- b) La percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversas, 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 (...)
- c) Apropiación y utilización
- d) El destinatario: para sí(...) para otros (...).
- e) Caudales o efectos. (...) (Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, fundamento 7)

Este Acuerdo Plenario, además de establecer la pluriofensividad del delito de peculado, nos remite dos ideas claves, primero, la llamada disponibilidad jurídica del sujeto respecto del bien, la cual debe estar establecida o surgir de la ley. Ello quiere decir que debe estar prevista en una norma que vincule al funcionario o servidor público sobre la posibilidad de disponer de los caudales o efectos.

Segundo, la percepción o utilización como conductas típicas deben encontrarse vinculadas a la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos. Esto implica que debe mediar una norma que señale dentro de las funciones del sujeto activo la percepción, custodia o administración del patrimonio del Estado.

Como siguiente caso de relevancia de análisis, corresponde el desarrollo del Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA de fecha 16 de agosto de 2016, también conocido como “Diarios Chicha”, sobre el cual versó el proceso penal seguido contra el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, dado que se le imputó ser autor del delito de peculado doloso, por haber presuntamente desviado fondos pertenecientes de las Fuerzas Armadas y el Ejército peruano

bajo la modalidad de “gastos reservados” al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN). El propósito fue usarlo para comprar diversos titulares de diarios nacionales para favorecerlo en su campaña de reelección presidencial durante los años de 1998 al 2000.

Este caso, de gran relevancia nacional, no solo estuvo vinculado a diversos hechos de corrupción, sino que determinó, desde mi opinión, una línea clara respecto a la interpretación del delito de peculado doloso como delito de infracción de deber, ya que la Corte Suprema expresamente señaló que estamos frente a un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas.

Dentro de los argumentos centrales que se expone en este Recurso de Nulidad, se encuentra el que explica la noción del carácter especial y de infracción de deber del peculado, como sigue:

En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autor a determinados sujetos cualificados – en este caso, de funcionario y servidores públicos-, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente. En este sentido, en esta clase de delito rige el principio de autor único, por el cual el quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcional concreta, se ha realizado mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudieran admitir la posibilidad de una graduación y diferenciación, pues el obligado especial responde siempre como autor único de un delito de infracción de deber, con independencia de la diferenciación fenomenológica de las clases de autor a o participación, que más bien pertenecen a la clasificación de los delitos de dominio o de una competencia por organización. (Página 10)

A su vez, otro aspecto de especial relevancia, que es concordante y recoge del Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116/CJ-116, es lo relacionado a la vinculación funcional. Expresamente señala que:

La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario

público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado (página 11).

En otras palabras, esta premisa significa que el círculo de autores se ve incluso más limitado, es decir, la Corte Suprema indica que en virtud de la relación funcional, solo podrá ser autor quien posea un vínculo funcional que lo relacione con el patrimonio del Estado respecto a quienes posean los caudales o efectos públicos como parte de su cargo ya establecido.

No obstante, la Corte Suprema esclarece que esta posesión puede ser mediata o inmediata, dado que el funcionario no requiere estar en posesión material directa del patrimonio, sino que es suficiente que exista la disponibilidad jurídica o funcional. Por ello, en concordancia con el fundamento 6, ya señalado, del Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 menciona que “es suficiente que 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 (...)” (página 13).

Bajo estos considerandos, es que la Corte Suprema decide absolver al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, en base a la premisa que no se logró demostrar la vinculación funcional “por razón de su cargo” respecto a la administración o custodia de los caudales del SIN. En este escenario señala el Tribunal Supremo que “Este componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector parcial social donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que se regulan en dicho segmento (...) ROF, MOF, etc(..)” (página 20).

En consecuencia, el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA, nos establece 3 puntos elementales sobre el delito de peculado como infracción de deber: primero, es un delito de infracción de deber institucionalizado positivamente; segundo, basta la disponibilidad jurídica sobre los caudales o efectos, pero esta debe estar prevista en una norma que vincule al funcionario; tercero, la norma a la que se debe acudir para verificar la vinculación funcional es un norma extrapenal del sector de competencia del funcionario o servidor público.

Ahora bien, conocida las premisas que marcan el caso de los llamados “Diarios Chicha”, existe otro momento clave en el desarrollo de la Corte Suprema, este es el caso que involucró al entonces Gobernador Regional de Áncash, César Álvarez Aguilar, como presunto coautor del delito de peculado por apropiación.

Dentro de los fundamentos expuestos por la Corte Suprema, principalmente me enfocaré en el voto del Juez Supremo Príncipe Trujillo, dado que menciona que para el análisis del delito de peculado se presenta la existencia de una competencia organizativa que vincula determinados deberes positivos al funcionario público. Por ello, al resolver su voto declaró fundado el recurso de Casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por errónea interpretación de la Ley.

Esta es la Casación 160-2014-ANCASH-, respecto al voto del magistrado Príncipe Trujillo, de fecha 2 de noviembre de 2016, expresamente señala lo siguiente:

Sobre lo antes referido, debemos recalcar que la actual posición doctrinaria avala una visión más amplia en lo que concierne a la determinación de categorías típicas para la identificación de autores y partícipes en delitos de infracción de deber. Así, desde la creación de las teorías explicativas de infracción del deber, a fines del siglo veinte por el profesor Claus Roxin, su evolución a cargo del maestro Günther Jakobs y su actual discusión por los jurisconsultos Silva Sánchez y Sánchez- Vera Gómez- Trelles, se ha podido arribar a una concepción de competencia organizativa, a la que se encuentra sujeto el funcionario o servidor público y que lo coloca en un esfera de deberes positivos (y ya no solo negativos) que debe cumplir, lo que conlleva al juzgador a la obligación de apreciar todas las atribuciones que estos sujetos cualificados tengan, ya no de modo automático sino que se deberá analizar cada caso en concreto y sobre los distintos elementos particulares que se encuentren vinculados con sus especiales atribuciones institucionales(...) (Fundamento vigésimo octavo).

Esta Casación nos permite observar que se presentan dos aspectos importantes; el primero, es el vinculado a la visión amplia respecto a la categoría de autores y partícipes del delito de peculado, bajo la competencia organizativa; segundo, el aspecto de verificar todas las atribuciones de los sujetos activos, es decir, las atribuciones de carácter institucional.

Como último caso, que también representa un importante pronunciamiento de la Corte Suprema, es el corresponde al Recurso de 1940-2017-ANCASH, de fecha 26 de septiembre de 2018, por el cual versó el proceso penal seguido contra Miguel Herrada Morales como autor del delito peculado doloso en su condición de alcalde de la Municipalidad distrital de Cholon.

Respecto a su conducta como autor, el Tribunal Supremo señaló lo siguiente en el fundamento sexto:

SEXTO. Que, ahora bien, el alcalde, en principio, como máxima autoridad de la Municipalidad, tiene mediatamente la disposición funcional sobre los caudales públicos –existencia de una relación funcional sobre ellos—. A él le corresponde, desde lógicas de administración o gestión, dirigir y supervisar las actividades económicas de la institución edil, al punto que la disposición de los bienes públicos para finalidades determinadas requiere de su concurso directivo.

Este Recurso de Nulidad permite indicar que bajo el razonamiento de la Corte Suprema, los funcionarios públicos, en este caso, superior jerárquico dentro de una Municipalidad, podrá ser autor del delito de peculado doloso, en tanto, recae en él la disposición funcional de manera mediata de los caudales o efectos públicos de la institución. Y además, desde lógicas de gestión, es decir, tiene la competencia de administrar, dirigir, entre otros, las actividades económicas de la Municipalidad.

De esta manera, como expuse inicialmente se han desarrollado 4 pronunciamientos de la Corte Suprema, que marcan momentos esenciales en el razonamiento de este Tribunal. He pretendido destacar al final de cada fundamento los aspectos elementales de su contenido con el propósito de facilitar el análisis crítico que corresponde en el siguiente capítulo.

II. ¿Qué presupone la aplicación de la teoría de la infracción de deber respecto al delito de peculado doloso en nuestro ordenamiento?

Este capítulo tiene como propósito, comprender la posición del Tribunal Supremo y de esta forma evidenciar los elementos problemáticos que surgen con sus pronunciamientos, teniendo como base el fundamentar que no existe un aspecto uniforme ni claramente fundamentado respecto a la posición adoptada y al contrario en estos 4 momentos claves en la jurisprudencia nacional, se evidencia que genera dificultades para imputar este delito a superiores jerárquicos.

II.1 Posición de la Corte Suprema respecto al delito de peculado doloso como infracción de deber.

Como objetivo de este apartado se busca desarrollar cuáles son los principales planteamientos dogmáticos que giran en torno a la teoría de la infracción de deber. Para ello, se tomará en cuenta los 4 momentos claves en nuestra jurisprudencia que fueron expuestos, es decir, el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116/CJ-116, el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA, la Casación 160-2014-ANCASH y el Recurso de Nulidad 1940-2017-ANCASH

Así, se abordarán los siguientes puntos: primero, qué planteamiento dogmático se adhiere la Corte Suprema en relación a la teoría de la infracción de deber y las consecuencias prácticas; y por último, esbozar los elementos comunes o la falta de uniformidad que se presenta en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema.

Partamos por el primer punto y preguntémosnos qué planteamiento dogmático sigue nuestra Corte Suprema en relación a la teoría de la infracción de deber. Para ello nos remitiremos al primer momento marcado por el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, el cual se limita a regular los elementos del tipo de peculado pero no precisa la figura de la infracción del deber y la naturaleza de este. Sobre los otros elementos importantes que desarrolla este Acuerdo nos remitiremos posteriormente.

Caso contrario, ocurre en el segundo momento, marcado por el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA, sobre el cuál versó la imputación penal seguida con el ex presidente Fujimori. El desarrollo jurisprudencial nos permite concluir que nuestra Corte Suprema ha recogido elementos de la tesis del profesor Günther Jakobs como de Claus Roxin respecto a la infracción de deber, ejempliquemos sus fundamentos expuestos:

- “El delito peculado es un delito de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas”, este fundamento nos remite a la tesis del profesor Jakobs, el cual señala “la cualificación especial del autor se basa en la existencia de una institución, en la que se encuentra inmerso el autor” (Sánchez-Vera, 2002, p. 41).

- “El componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector parcial social donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que regulan dicho segmento - ley de la materia, ROF, MOF, etc”. Esto nos remite a lo expuesto por la tesis del profesor Roxin, que señala que el fundamento de estos delitos está en la infracción de un deber, que debe ser corroborado fuera del derecho penal, es decir, en normas extrapenales.

Ahora bien, dado que podemos observar aspectos de ambas tesis, ya sea que opinemos que ambas se diferencian totalmente o se complementan, considero que no se contradicen del todo, que sí presentan aspectos que las distinguen pero que también generarán consecuencias parecidas al momento de imputar los títulos autoría y participación.

Al respecto, el profesor Sánchez- Vera señala que ya sea desde la concepción de Jakobs o Roxin, se pueden observar dos consecuencias fundamentales de sus planteamientos que terminarán afectando los ámbitos de intervención delictiva, recordemos que el profesor Sánchez- Vera (2002) precisa que a lo que Roxin llama realidades previas al catalogar los delitos de infracción de deber, Jakobs ha buscado precisarlas y las reconduce nombrándolas como instituciones.

Veamos las consecuencias prácticas que expone; el primero, tiene que ver que en los delitos de infracción de deber la autoría la constituye la lesión del deber, pero existe en este punto una diferencia, Sánchez- Vera menciona que “ Sin embargo, en Jakobs, el criterio de la lesión del deber ya no es sólo una regla para determinar la autoría, sino que es, además y sobre todo, fundamento esencial de la imputación jurídico-penal” (2002, p. 39).

Esto nos lleva a la consecuencia práctica que es expuesta en el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA, que establece que en estos tipos de delitos el sujeto siempre responderá como autor, en tanto, infringe este deber especial. Por lo tanto, otras formas de autoría, como la autoría mediata y coautoría no serían posibles, y así termina rigiendo el principio de autoría única.

El segundo elemento que precisa Sánchez- Vera es a la conclusión homogénea que llega tanto Roxin como Jakobs en relación a la omisión. Al respecto, señala que “en los delitos de infracción de deber existe una equiparación entre la lesión del deber por acción y aquella otra

por omisión” (2002, p. 39-40). En ese sentido, no importará si la conducta del autor es activa u omisiva, sino que incumpla o no el deber al que se encuentra vinculado.

En este segundo momento clave podemos observar que nuestra Corte Suprema presenta elementos de ambas tesis, y las consecuencias prácticas que genera su aplicación, complementando lo ya expuesto, puede resumirse en los siguientes apartados:

- La aplicación de la teoría de la infracción de deber como expone la Corte Suprema, reduce no solo el círculo de autores al catalogarlo como un deber especial, sino que al mencionar que son deberes que se encuentran asegurados positivamente, requiere que a la vez se encuentre vinculado un deber de carácter especial que deba ser infringido.
- Al precisar que siempre debemos remitirnos a la norma del sector específico donde se desarrolla el autor, ya sea el ROF o MOF, conlleva a que siempre sea necesario recurrir a una norma extrapenal que es infringida, y solo si se encuentra claramente establecida como un deber del funcionario o servidor público podría ser posible de imputarse el delito de peculado.
- Se restringe la posibilidad de imputar coautoría y autoría mediata, en tanto, al catalogarse como un deber personalísimo, solo vincula al funcionario que tiene el deber, y no puede ser conducido bajo los fundamentos de la coautoría o la presencia de un autor mediato.
- Imposibilitaría que el funcionario superior jerárquico, que no posea el deber específico respecto a la custodia o administración de los caudales públicos, pueda ser considerado autor de peculado, pese a tener incidencia en la decisión y control sobre la conducta típica del delito.

Habiendo analizado la tesis desarrollada por la Corte Suprema en base al Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA y con ello las consecuencias prácticas que genera, corresponde desarrollar el tercer momento clave, es decir, la Casación 160-2014-ANCASH-ANCASH y qué elementos se exponen en sus fundamentos, para ello me remitiré particularmente al voto del Magistrado Príncipe Trujillo el cual es como sigue:

Vigésimo octavo. Sobre lo antes referido, debemos recalcar que la actual posición doctrinaria avala una visión más amplia en lo que concierne a la determinación de categorías típicas para la identificación de autores y partícipes en delitos de infracción

del deber, como lo es el tipo penal de peculado. Así, desde la creación de las teorías explicativas de infracción del deber, a finales del siglo veinte por el profesor Claus Roxin⁴, su evolución a cargo del maestro Günther Jakobs⁵ y su actual discusión por los jurisconsultos Silva Sánchez⁶ y Sánchez-Vera Gómez-Trelles⁷, se ha podido arribar a una concepción de competencia organizativa, a la que se encuentra sujeto el funcionario o servidor público y que lo coloca en una esfera de deberes positivos (y ya no solo negativos) que debe cumplir, lo que conlleva al juzgador a la obligación de apreciar todas las atribuciones que estos sujetos cualificados tengan, ya no de un modo automático sino que se deberá analizar cada caso en concreto y sobre los distintos elementos particulares que se encuentren vinculados con sus especiales atribuciones institucionales, lo que sin duda, para el presente caso, debe hacerse con una suficiente valoración fáctica y jurídica que garantice una correcta decisión jurisdiccional, que en definitiva escapa a las competencias jurisdiccionales que se debate en la vía de excepción de improcedencia de la acción; por lo que no debe ampararse la exclusión del procesado ÁLVAREZ AGUILAR, a través del medio de defensa planteado.

Pues bien, este caso seguido contra el ex gobernador del Áncash, se encontró con la dificultad de poder imputar autoría en el delito de peculado, dado que, el deber sobre el cual se construiría la imputación era general. Los correspondientes caudales del Proyecto Especial que vinculaba al ex gobernador César Álvarez, eran más una relación funcional genérica sobre dichos recursos del proyecto.

No obstante, esto no puede ser considerado como argumento para dejar de sancionar a un superior jerárquico e imposibilitar que pueda ser imputado como autor del delito de peculado. En base a ello, el magistrado Príncipe Trujillo, en su voto singular expone argumentos que deben ser analizados a mayores luces en base a las tesis dogmáticas que expone para comprender si es que representa un alejamiento de la anterior jurisprudencia.

Para el Juez supremo, existe en la actualidad una corriente de discusión que proviene de la evolución de las tesis originarias de los profesores Claus Roxin y Günther Jakobs, las cuales encuentran entre sus exponentes a los jurisconsultos Silva Sánchez y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, bajo el cual se construye el fundamento de la infracción de deber desde una concepción de competencia organizativa.

Esta competencia organizativa busca ser más amplia a la expuesta por la teoría, llámese original, de la infracción de deber, dado que expone que el funcionario o servidor público se encuentra en una esfera de deberes no solo negativos sino positivos de cumplimiento. No obstante, a primera vista, esta afirmación nos remite a la tesis del profesor Jakobs, quien habla de la competencia institucional como deberes positivos que incluye acciones garantía y fomento, y hasta ese momento parece que no se aparta de lo señalado por la Corte Suprema.

Sin embargo, posiblemente como viene siendo expuesto por el Juez Supremo, busca abarcar no la remisión de modo automático a los deberes específicos sino que implica que se deba apreciar todas las atribuciones del sujeto cualificado tomando en cuenta los elementos del caso concreto, y sobre todo, en base a sus especiales atribuciones institucionales en el cual se encuentra involucrado el funcionario o servidor público.

Si bien, lo que se pretende es que no se cierre la posibilidad de imputar autoría a un superior jerárquico restringiendo a simples corroboraciones de deberes, al final, considero que las consecuencias prácticas también bajo estos fundamentos siempre nos remitirán a buscar deberes fuera del derecho penal, sin precisar la naturaleza de estos. Prueba de ello es que el mencionar las especiales atribuciones institucionales, tiene el carácter de vincularlo a deberes concretos presentes en una norma.

Por último, en el cuarto momento, determinado por el Recurso de Nulidad 1940-2017-ANCASH. En el mismo, no se llega a desarrollar el contenido de la infracción de deber o la naturaleza del deber, pero constituye un momento importante, en tanto, permite que se pueda imputar al alcalde como máxima autoridad de la municipalidad. Se expone que tenía mediatamente la disposición funcional de los caudales públicos, pero como vemos no se extiende a un mayor desarrollo sobre los deberes involucrados.

Finalmente, habiendo expuesto los principales elementos presentes en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema en base a estos 4 momentos. Es posible concluir en este apartado que en nuestra jurisprudencia ha venido existiendo cierta coherencia por vincular al delito de peculado como delito de infracción de deber y remitirse a deberes extrapenales. No obstante, no sigue siendo tan uniforme cuando intenta responder a situaciones como la imputación a los superiores jerárquicos, al mencionar que se debe apreciar todas las atribuciones del sujeto, lo cual, a primera vista, termina por extender este margen de deberes.

A continuación conviene remitirse al desarrollo de otros aspectos discutibles que se presentan en el desarrollo del delito de peculado para la Corte Suprema que se encuentran vinculados a la teoría de la infracción de deber.

II.2 Aspectos discutibles presentes en el desarrollo de la Corte Suprema relacionados a la infracción de deber.

Continuando con el desarrollo, se presentan elementos jurídicos centrales que forman parte del contenido del delito de peculado que están vinculados a la teoría de la infracción de deber que merecen ser expuestos. Para ello, al igual que en el anterior apartado nos centraremos en estos 4 momentos descritos: el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA, la Casación 160-2014-ANCASH y el Recurso de Nulidad 1940-2017-ANCASH, para ello nos centraremos en determinar lo que se establece sobre el vínculo funcional y la disponibilidad jurídica presente en el delito de peculado.

II.2.1 El vínculo funcional y la disponibilidad jurídica para la Corte Suprema.

Partamos por mencionar lo que se expone en la doctrina sobre el vínculo funcional. Al respecto, el profesor Rojas (2000) señala que para que un funcionario o servidor público sea considerado autor de peculado “Es presupuesto necesario de partida, para que opere el comportamiento típico (...) que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes y atribuciones de su cargo” (p. 282).

Y en esta misma línea, como continúa el profesor Rojas (2000) “la posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos)” (p.282), pudiendo ser esta posesión directa o indirecta, “bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional” (Rojas, 2000, 282).

Lo expuesto por el profesor Rojas, se comparte en el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, el cual regula los elementos del tipo penal, y en relación a este vínculo funcional señala expresamente que:

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 por lo tanto tener competencia funcional específica (fundamento 6).

Este fundamento es recogido y enfatizado en el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA, dado que cita los elementos que son desarrollado en dicho Acuerdo Plenario. En vinculación a la relación funcional entre el sujeto activo con el patrimonio estatal, expone que es el elemento normativo nuclear y sirve para restringir y limitar el círculos de autores aquellos que posean este vínculo en relación a su cargo.

En tal sentido, respecto a la existencia de una relación funcional “por razón de su cargo”, expresamente se señala en el fundamento 2.1.1.2, lo siguiente:

(...)Prima facie debemos mencionar que no todo funcionario público - por su sola condición- podrá ser sujeto activo del delito de peculado. El tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario no in abstracto, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública “por razón de su cargo”; es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, los bienes (caudales o efectos) objeto del delito deben encontrarse en posesión (mediata o inmediata) del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribución del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. (Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116)

Continuando en esa misma línea, el Recurso de Nulidad 1940-2017-ANCASH menciona que la disposición funcional puede ser mediata, principalmente cuando estamos frente al caso de un alcalde como autoridad máxima de la entidad:

SEXTO. Que, ahora bien, el alcalde, en principio, como máxima autoridad de la Municipalidad, tiene mediatamente la disposición funcional sobre los caudales públicos –existencia de una relación funcional sobre ellos–. A él le corresponde, desde lógicas de administración o gestión, dirigir y supervisar las actividades económicas de la

institución edil, al punto que la disposición de los bienes públicos para finalidades determinadas requiere de su concurso directivo.

Mediante este Recurso de nulidad se posibilita la imputación a un alcalde, en tanto, tiene la posición de manera mediata de los bienes públicos de la entidad; sin embargo, como observamos del fundamento sexto, la Corte Suprema señala que tiene esta disposición funcional considerando las lógicas de administración o gestión que lo facultan en la dirección y supervisión de sus actividades económicas.

Desde mi consideración, no me termina de convencer a qué exactamente extiende este vínculo, si bien emplea la lógica de la administración, me parece que es un término un tanto indefinido, que será puesto a consideración del juzgador cada vez que analice un caso, por un lado, quiero intuir que busca basarse más en la realidad que en la norma extrapenal específica pero aún considero que falta mayor detalle.

II.2.2 La remisión a una norma extrapenal en el delito de peculado doloso.

Hemos expuesto hasta ahora que cuando estamos frente al delito de peculado, nos encontramos frente a un delito de infracción de deber cuyo fundamento siempre nos remitirá a una norma fuera del derecho penal, lo cuál servirá para corroborar el vínculo funcional que debe existir entre el sujeto activo y los bienes públicos, lo cuales pueden encontrarse en posesión mediata.

En líneas anteriores hemos señalado que el momento marcado por el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA es el que nos conduce siempre a buscar en la norma administrativa, ya sea en el MOF o ROF, el deber específico que es vulnerado por el funcionario o servidor público, lo cual termina por establecer como siempre este elemento necesario para imputar autoría.

A su vez, vimos que posteriormente, en el caso del ex gobernador de Áncash, César Álvarez, cuando se intentó dar respuesta al caso en particular existió un problemática para poder imputar el delito de peculado doloso, en tanto, se mencionaba que el deber que se le estaba imputando era un deber general que no puede ser fundamento para la autoría.

Veamos a profundidad un poco más el caso para entender su peculiaridad. La imputación en este caso versa en tomo a la apropiación de caudales del Estado, se le imputa que en su

condición de funcionario de máxima jerarquía del Gobierno Regional de Áncash y como presidente del Proyecto Especial Chincas, durante su participación en dicho proyecto realizó las conductas previstas en el tipo penal de peculado.

Al respecto, la defensa de César Álvarez, señala en el fundamento vigésimo quinto que “no cuenta con facultades especiales para ser responsable del patrimonio del Gobierno Regional de Ancash por la obra del Proyecto Especial Chincas; por lo que resultaría de automática aplicación su exclusión como sujeto activo de la acción típica”. Estas facultades especiales como se expone conlleva que se encuentre una norma extrapenal específica de vinculación.

Entonces, hasta ese momento, se presenta la disyuntiva si es que existe una norma extrapenal que lo vincule con los caudales del Proyecto Especial, tomando en cuenta que el vínculo funcional en este delito, requiere, como ha sido desarrollado por la Corte Suprema que exista una atribución especial respecto de caudales o efectos del Estado.

En ese sentido, dentro de los múltiples fundamentos expuestos por los magistrados, el fundamento de voto singular del Juez supremo Príncipe Trujillo, busca dar una solución a la problemática, señalando que actualmente existe una orientación hacia una concepción de competencia organizativa que vincula al funcionario público con deberes positivos.

Por tales razones, se debe apreciar todas las atribuciones que vinculan a los sujetos cualificados, y de esta forma, tomar cada caso en concreto y evaluar los determinados elementos propios que se encuentran vinculados. Hasta ese momento, nos presenta la idea que quizás la realidad sea más importante que la mera remisión a una norma extrapenal, pero continúa señalando que este vínculo debe responderse frente a sus especiales atribuciones institucionales.

Es por ello que, y al no exponerse de manera clara dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema, no ha existido un intento de profundizar un poco más sobre la naturaleza de esos deberes presentes en el delito de peculado, por lo que al señalarse siempre ver las atribuciones institucionales, considero que nuevamente tendríamos que seguir remitiéndonos a encontrar una norma extrapenal para poner sancionar este delito y siempre serían específicas.

Si bien en determinados casos se podrá hacer una subsunción sencilla y será claro que le compete al funcionario o servidor público dicha atribución sobre los bienes públicos. Como

vimos, cuando estemos frente a superiores jerárquicos, nos enfrentaremos a un escenario más complicado, en tanto, no siempre les corresponderá administrar los fondos públicos de una entidad, y la impunidad no puede ser salida, sino encontrar coherencia en el sistema o pensar en otros elementos críticos para dar respuesta.

II.2.3 El problemático caso de los superiores jerárquicos en el delito de peculado.

Como se ha desarrollado hasta ahora, el analizar el delito de peculado bajo la óptica de la teoría de la infracción de deber, que requiera remitirse a una norma extrapenal que vincule al funcionario, genera que se presenten consecuencias prácticas al momento de imputar autoría, siendo el caso de los superiores jerárquicos un escenario problemático, dado que no suelen tener dentro de sus atribuciones específicas la custodia de determinados caudales públicos.

Como suele ocurrir en las entidades de la administración pública, existe una división de funciones que se encuentran organizadas bajo las normas administrativas respectivas, ya sea el Reglamento o Manual de organización de funciones. En ese sentido, la custodia o administración de determinados fondos públicos serán de competencia de un funcionario público de menor jerarquía.

Como se expuso del caso César Álvarez, se alegaba que no tenía vinculación funcional respecto de los bienes del Proyecto Especial que se desarrollaba en la región, pese a que este era la autoridad máxima sobre el mismo, lo mismo ocurrió en el caso relacionado a Alberto Fujimori que hemos expuesto, dado que la Corte Suprema decidió absolverlo, ya que no tenía dentro sus funciones el deber de administrar los caudales del SIN, y viendo en el ROF le correspondía al jefe de administración del SIN.

Casos como los señalados se repiten cuando estamos frente a superiores jerárquicos, lo que nos permite cuestionar que en muchos escenarios el funcionario en la realidad pudo tener la decisión de ejercer acciones sobre los mismos (caudales o efectos) y por lo tanto afectar de la misma forma sobre el bien jurídico que protege dicho delito. Por ello, considero que esta no debe ser la salida al momento de imputar el delito de peculado.

III. La problemática que genera la aplicación de la teoría de la infracción de deber al sancionar a los superiores jerárquicos.

En los dos primeros capítulos se han expuesto los principales elementos del tipo y la dogmática presente respecto a la teoría de la infracción de deber para luego analizar los 4 momentos claves de la jurisprudencia desarrollada por nuestra Corte Suprema. Una vez comprendido los principales aspectos vinculados al delito, corresponde ahora analizar la problemática expuesta en torno a los superiores jerárquicos y proponer una alternativa de solución.

Recapitemos brevemente el escenario, dado que como vimos, la jurisprudencia se ha mantenido uniforme al catalogar al delito de peculado como un delito de infracción de deber, no obstante, no ha sido totalmente clara y uniforme al precisar el contenido y extensión de los deberes que se encuentran involucrados, sobre todo cuando nos remitimos al deber presente en una norma extrapenal.

Por un lado, el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA es enfático al mencionar que debemos recurrir a la norma del sector específico donde se desenvuelve el funcionario público y solo si se existe esa norma particular podrá imputarse el delito de peculado como autor. Por otro lado, la Casación 160-2014-ANCASH bajo los fundamentos del voto del magistrado Príncipe Trujillo señala que se vinculan deberes positivos y se debe analizar las especiales atribuciones institucionales. Y finalmente, el Recurso de Nulidad 1940-2017- ANCASH menciona que un alcalde tiene mediatamente la disposición de los caudales públicos.

Todo lo anterior, hace que nuevamente debamos remitimos a normas extrapenales y surge el problema cuando vemos a un superior jerárquicos que no tiene un deber específico que lo vincule, entonces, surge interrogante ¿qué pasa si este funcionario tiene la decisión política para ejercer actos como los de administración y custodia y decide utilizar o apropiarse de los caudales de la entidad?.

III.1 Una primera alternativa: La autoría mediata por dominio de organización.

Corresponde ahora, como primera propuesta de desarrollo, evaluar si es posible aplicar la teoría de la autoría mediata por dominio de organización para dar respuesta a los casos de peculado

que involucran a los superiores jerárquicos, para ello, en este apartado abarcaremos lo siguiente: primero, comprender la noción de esta teoría; segundo, señalar sus elementos; y finalmente, analizar si es posible aplicarse en el caso propuesto.

La teoría de la autoría mediata fue inicialmente desarrollada por el profesor Roxin, y como bien señala el profesor Pariona (2010) “(...)Sobre la base del criterio del dominio del hecho, elaboró una tesis que permitiría imputar responsabilidad penal a título de autores a aquéllos que sin ejecutar los hechos directamente se limitaban a dar órdenes para su comisión” (p.234). Mediante ello, se buscaba posibilitar imputar a aquel que ejercía órdenes sobre un sujeto con responsabilidad.

Bajo esa misma línea, para comprender la noción de esta teoría tenemos que remitirnos a lo que el profesor Claus Roxin (2000), inicia preguntándose, bajo el cual se plantea lo siguiente, “¿cómo es posible fundamentar entonces la autoría mediata del que da las órdenes si no concurren coacción y error?” (p. 271). En ese caso, se tiene que observar, en sus palabras “(...) el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa” (p.272).

Si bien esta teoría como señala el profesor Pariona fue posteriormente desarrollada por el profesor Alemán e incluso se amplió, se pueden observar la presencia de 4 elementos para que se configure:

(...) debe presentarse, en primer lugar, <<un poder de mando sobre la organización>>(…). En segundo lugar, la organización del cual se sirve el hombre de atrás debe encontrarse <<al margen del Derecho>> (...). En tercer lugar, en la organización en concreto debe existir la posibilidad de reemplazar al autor inmediato, es decir, debe concurrir la <<fungibilidad>> del ejecutor (...). Finalmente, como cuarto elemento, que ha sido desarrollado en sus últimos trabajos sobre el tema, Roxin considera que debe concurrir una <<alta disposición al hecho del ejecutor>> (Pariona, 2010, p. 234-235).

Bajo estos presupuestos, el profesor Roxin (2000) desarrolla cada uno de ellos y señala respecto al poder de mando que, “que quien es empleado en un maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que cometan acciones punibles” (p.275).

Por otro lado, respecto a la fungibilidad del ejecutor, señala que se produce cuando existe una voluntad cambiante, indica que “el ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje -sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder (...)” (p. 272-273).

Continuando, en relación al tercer elemento, alta disposición al hecho, esta se vincula a la disposición elevada que tiene el ejecutor del hecho; y finalmente, el actuar al margen del derecho, el profesor Roxin (2000) señala que “de la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico” (p. 276-277).

Ahora bien, en nuestro ordenamiento nacional, el caso emblemático donde se puso en aplicación esta teoría, es el proceso penal que condenó al ex Presidente Alberto Fujimori por los hechos ocurridos en Barrios Altos y la Cantuta. En esta Sentencia, la Corte Suprema señaló que la autoría mediata por organización requiere la presencia de presupuestos y requisitos funcionales, estos son “(...)i) el poder de mando, ii) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico, iii) la fungibilidad del ejecutor inmediato y iv) la elevada disposición del ejecutor hacia el hecho” (Pariona, 2010, p. 249).

Este caso resulta de especial relevancia en tanto marca el primer momento que reconoce esta teoría y como menciona el profesor Pariona (2010) “la asunción de la teoría de la autoría mediata por organización hecha por la Corte Suprema es un paso importante en el desarrollo de nuestra doctrina jurisprudencial y consolida esta forma de autoría en nuestro medio” (p. 241).

No obstante, esta teoría y la fundamentación realizada respecto de sus requisitos ha sido objeto de críticas. Principalmente frente al nivel subjetivo de fungibilidad catalogado por la Corte Suprema, el profesor Pariano (2010) menciona que “se menciona que la fungibilidad ha sido entendida, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso” (p. 244).

Sin embargo, este elemento no debe ser entendido de esta manera dado que realmente no representa un nivel subjetivo, es más bien un presupuesto objetivo (Pariona, 2010). Y en realidad “(...)no es un elemento interno, un estado de la mente humana o de la psiquis del hombre, como lo podrían ser el dolo o algunas formas de tendencias internas criminales

(animus). La fungibilidad es reemplazabilidad, posibilidad de cambio de ejecutores” (Pariona, 2010, p. 245).

A su vez, cuestiona el profesor Pariona, no puede admitirse que la fungibilidad sea un presupuesto central de la autoría mediata por organización, lo cual en sus palabras es realmente criticable, ya que en el campo de la criminalidad internacional se pueden observar casos donde no existe fungibilidad, dado que, en determinadas organizaciones criminales, los sujetos cumplen funciones especializadas que hace que no sean fácilmente reemplazables. Por ello, este no puede ser motivo para señalar que no exista el aparato organizado de poder.

Por otro lado, el siguiente aspecto criticable, es el cuarto requisito, la elevada disposición al hecho del ejecutor, y que bajo lo expuesto por el Tribunal Supremo en dicha Sentencia también tendría un nivel subjetivo y a su vez constituye un aspecto central para sostener la teoría. Nuevamente, ello no realmente es así, el profesor Pariona (2010) agrega que “Es posible, pues la existencia de casos donde esta «disposición al hecho criminal» del ejecutor no se presenta y pese a ello se puede observar un dominio real del hombre de atrás” (p.2469).

Entonces, una vez comprendida esta figura y sus principales críticas, como tercer punto intentemos llevar estos fundamentos a casos que involucran a funcionarios jerárquicos que actúan con poder de mando frente a otros funcionarios de menor jerarquía, y sobre esa base, debemos analizar si es posible que se puedan cumplir todos los elementos. Tomando en cuenta que además la teoría fue inicialmente planteada para resolver los casos de crímenes de lesa humanidad donde existía un aparato de poder organizado que funcionaba como una máquina de comisión de conductas punibles.

Para ejemplificar y llevar a la práctica el contenido expuesto, analizaremos en el último apartado determinados casos que han sido desarrollados para comprender si es posible su aplicación y qué problemáticas genera. No obstante, antes de ello, pasemos a detallar el contenido de la segunda alternativa que también se estudia en este trabajo académico.

III.2 Una segunda alternativa: la teoría sobre la vulnerabilidad al bien jurídico para dar respuesta a los casos de peculado doloso cometido por superiores jerárquicos.

En este apartado, corresponde analizar la segunda alternativa que busca ser de utilidad para el desarrollo de estos casos, hago referencia a la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, desarrollada por el profesor Bernd Schünemann.

Partamos por exponer en palabras de Gomez (2014), la crítica que el profesor Schünemann realiza al fundamento de los delitos de infracción de deber, señala que:

“la limitación de la autor a que te a lugar en delitos especiales como los delitos contra la función pública (...) no podría ser explicada con la simple referencia a la infracción de un especial deber jurídico extrapenal. En su opinión, se trataría, precisamente, de profundizar más en la materialización del criterio de imputación preguntándose por las necesidades político- criminales que habrían determinado al legislador a la elaboración de un delito de deber, y que subyacería al concepto, todavía formal, de deber (p.327).

Este es el primer aspecto importante que inicialmente presenta esta teoría, dado que preguntarnos por las necesidades político criminales, y remitirnos a la realidad más que a una remisión extrapenal y su infracción, considero son más acordes a la protección de bienes jurídicos que se regula en nuestro ordenamiento.

El profesor Schünemann (2018) es crítico de la fundamentación del hecho punible a través de la infracción de una norma, dado que en sus palabras esta resulta circular, señala que “ ya que no se puede indicar ningún criterio mediante el cual diferenciar las normas prohibitivas *penales* de las otras miles y miles de normas prohibitivas. Este criterio debe derivarse del fin del derecho penal, es decir, determinarse de manera funcional” (p. 100).

Para Schünemann (2018) “el derecho penal (...) debe, por lo tanto, dirigir sus normas prohibitivas prioritariamente a aquellas personas que ejercen el dominio decisivo sobre el proceso causal dañoso” (101) y podrá manifestarse mediante 2 vertientes “ (...)como dominio de vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, y como dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro (...)” (p.101).

En ese sentido “La lesión o infracción de deberes institucionales no puede, por lo tanto, fundamentar como regla general ningún injusto penal” (Schünemann, 2018, p. 103). A su vez el profesor alemán consecuente con su crítica menciona dos aspectos que la teoría de la infracción de deber no ha logrado solucionar:

- a) El primero es la necesaria diferenciación entre *deberes internos* y *externos* de una institución, como puede explicarse con el ejemplo de la corrupción.

- b) El segundo punto de vista que no ha tenido lo bastante en cuenta la teoría general de los delitos de infracción de deber es que la lesión individual de un deber institucional no perjudica todavía a la institución en su conjunto (Schünemann, 2018, p. 104).

Como parte de estas críticas, para el profesor Schünemann (2006) “ las normas del Derecho penal con amenaza de pena deben dirigirse, en interés de esta finalidad, a aquellas personas que toman la decisión determinante sobre la cuestión de la lesión al bien jurídico” (p. 291). Y serán los delitos especiales, como el delito de peculado un escenario donde “debe reconocerse también en los delitos especiales que la responsabilidad penal tampoco puede vincularse aquí con la infracción de un deber especial extrapenal como tal” (Schünemann, 2006, p. 292).

En consecuencia, para Schünemann (2006) “el tipo penal que utiliza el concepto de status reduce el il cito material orientado a la protección del bien jurídico” (p. 293). Y es por ello que “ (...) al menos gran parte de los delitos especiales se trata de lo que he denominado delitos especiales de garantía” (Schünemann, 2006, p. 293).

Para fundamentar los deberes especiales de garantía, el profesor alemán señala que “la posición de autor consiste en una posición de garante penal. Ya conforme a las reglas generales, todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio se coloca en posición de garante” (Schünemann, 2006, p. 293).

Ahora bien, remitiéndonos a la situación de los funcionarios jerárquicos en el delito de peculado, se ha señalado que en muchos casos estos no presentan el deber específico que los vincula con la administración o custodia del patrimonio de la entidad, y que usualmente se encuentra en ámbito de un funcionario de menor jerarquía, pese a que muchas veces el superior tienen incidencia en la decisión sobre los mismos.

Esto nos obliga a observar que existe una especie de dicotomía presente entre la decisión política que tiene el funcionario frente a la decisión funcional, y que debe tomarse en cuenta al resolver estos casos para poder imputar autoría en el delito de peculado. Lo expuesto definitivamente requiere que nos centremos en el análisis de las consecuencias presentes en el desarrollo jurisprudencial.

Como se pudo desarrollar en el caso del ex presidente Alberto Fujimori, la Corte Suprema decidió absolver al encausado al no existir un deber específico que lo vinculara con los fondos del SIN, pero surge la pregunta, ¿acaso no es posible que el Presidente de la República, el

máximo jefe del Estado, pueda tener incidencia y decisión política para poder poder apropiarse o utilizar los caudales de una institución como el SIN?.

Si bien, dar respuesta al caso concreto requerirá un análisis también probatorio y de los hechos ocurridos en el caso, si se presentan elementos que determinen las acciones de una expuesta decisión política, definitivamente, podría existir y presentarse el caso donde se presente esta decisión proveniente de la máxima autoridad.

Cerrar el análisis a una mera remisión normativa, sin analizar la realidad concreta y sobre todo el poder político que ejerce un funcionario que presenta mayor rango jerárquico, sería obviar que este poder existe, y que se manifiesta de manera constante en las relaciones al interior del Estado. En ese sentido, una teoría como la de la infracción del deber no podrá ser apropiada para resolver estos casos.

Al contrario, la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, que plantea analizar la realidad concreta y los hechos, puede llevarnos también a comprender y buscar los elementos en el caso donde se manifieste esta decisión política que acompaña al sujeto cuando se encuentra en la posibilidad de vulnerar el bien jurídico. La posición de garante del sujeto que plantea esta teoría representa un aspecto más acorde a la protección de bien jurídico pero también a las realidades de las entidades públicas.

Con esto, no pretende argumentar incluir un concepto indeterminado ni mucho menos proponer que el funcionario jerárquico deba responder por absolutamente todo lo que realicen sus funcionarios, al contrario, lo que señalo es que no podemos obviar la existencia de esta dicotomía con las decisiones funcionales que están establecidas o no en la norma frente a lo que ocurre en los hechos concretos.

III.3 Un cambio de mirada: el difícil camino de la teoría de la infracción de deber y la necesaria búsqueda de un replanteamiento crítico.

Hasta ahora hemos expuesto los fundamentos presentes en la teoría de la infracción de deber y el contenido de dos tesis importantes, la autoría mediata por dominio de organización y la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. En este último apartado, se presentarán las razones por las cuáles esta última teoría sería la salida a la problemática planteada.

Para ello, se desarrollará lo siguiente: primero, recapitular la problemática vinculada a los superiores jerárquicos; segundo, analizar los aspectos de la teoría por autoría mediata por

dominio de organización frente a tres casos anteriormente señalados; tercero, desarrollar la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico y analizar su posibilidad de aplicación; y finalmente, detallar los argumentos a favor de esta teoría.

Partamos por recapitular la problemática que presenta la aplicación de la teoría de la infracción de deber para sancionar a superiores jerárquicos. Como señalamos, tendríamos que remitirnos a una norma del sector específico que vincule al funcionario o servidor público, es decir, recurrir a una norma extrapenal. Un ejemplo claro de ello es el caso ya comentado del ex Presidente Alberto Fujimori por la compra de titulares de diarios nacionales “Diarios Chicha”.

Como vimos se absolvió al ex Presidente dado que no poseía relación funcional sobre la administración o custodia de los caudales del SIN. Es importante mencionar que la Fiscalía basó su imputación en el artículo 118, inciso 17 de la Constitución Política, el cual señala que “Artículo 118.- Atribuciones del Presidente de la República Corresponde al Presidente de la República: 17. Administrar la hacienda pública.”

Esta argumentación fue contradecida por la Corte Suprema, quien señaló que dicha atribución es de carácter política y representativa, al respecto, expresamente expuso lo siguiente:

En el presente caso, si bien el inciso 17 del artículo 118 de la Constitución Política del Estado, establece como una atribución del Presidente de la República el “administrar la Hacienda Pública”; sin embargo, ésta se trata de un atribución genérica de naturaleza política y representativa”. (R.N N°615-2015, p. 21)

De este caso podemos observar que el incurrir siempre en la búsqueda de un deber específico que imputar generará que no siempre encontremos uno relacionado a un superior jerárquico. En este caso, la Fiscalía se basó en un deber considerado de carácter político y básicamente general, en tanto, sería imposible que al Presidente de la República se le asigne específicamente el deber de administrar, custodiar todos los fondos estatales.

No obstante, en el caso comentado, pudo ocurrir en la realidad que el Presidente de la República, como máxima autoridad del Estado, pueda apropiarse o utilizar los caudales de determinada entidad sobre la cual ejerce decisión política. Resulta altamente posible que dado el alto cargo de representación a nivel nacional, este ejerza un rol fuerte al momento de la toma de múltiples decisiones.

Es por ello que argumentar que un alto funcionario no presenta ningún tipo de poder o decisión política que se relacione con la disposición de determinados caudales públicos, resulta muy criticable, en tanto la cercanía y posibilidad de afectación sobre el bien jurídico, tomando en cuenta los elementos concretos del caso se pueden manifestar en la realidad.

Por tales razones, tal y como se encuentra desarrollado en nuestro ordenamiento, la teoría de la infracción de deber presenta un difícil camino de aplicación considerando los casos donde no se encontrará un deber específico que involucre al funcionario público, superior jerárquico. Esto nos lleva a que re pensar y evaluar nuevas alternativas, las cuales fueron expuestas en apartados anteriores.

Continuando con el segundo punto, respecto a la primera teoría evaluada, la autoría mediata por dominio de organización, luego de haber desarrollado sus elementos, compartimos la línea del profesor Pariona (2010), quien señala que:

El dominio sobre la organización le otorga al hombre de atrás un dominio sobre la producción del resultado que materialmente es realizado por un órgano de ejecución del aparato organizado: el ejecutor inmediato. Desde nuestro punto de vista, la autoría mediata en virtud de dominio por organización se fundamenta en el “dominio sobre la organización” (p.247).

Es así que, lo central bajo esta teoría será la existencia de dominio sobre la organización, lo cual implica, como continúa señalando el profesor Pariona (2010) que “la estructura organizacional y funcional del aparato debe estar conformada, de modo tal, que las órdenes de los “jefes supremos”, “1 deres” o “mandos”, sean ejecutadas “automáticamente” (p.247).

Con estas premisas en consideración, cabe analizar si esta figura podría ser aplicada sin problemas frente a superiores jerárquicos vinculados al delito de peculado doloso. Para ello, vamos a enfocarnos en los tres casos que se detallaron a lo largo del desarrollo de este artículo académico: El Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA, la Casación 160-2014-ANCASH y el Recurso de Nulidad 1940-2017-ANCASH-ANCASH.

En relación al Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA, la imputación contra el ex Presidente Alberto Fujimori fue que este ordenó el desvío de fondos pertenecientes a la Fuerzas Armadas y Ejército peruano para la compra de diversos titulares a nivel nacional para favorecerlo durante su campaña de reelección presidencial del año 2000.

Veamos ahora si podemos hablar de la existencia de un aparato de poder organizado, como menciona el profesor Pariona (2010) “elementos fundamentales de esta forma de dominio son el “poder de mando” que tiene el hombre de atrás sobre la organización y el “aparatamiento del Derecho” de la organización” p.247), en ese sentido “poder de mando y apartamiento del Derecho materilizan, pues, el dominio que se tiene sobre la organización” (Pariona, 2010, p.247).

En el caso concreto, poder determinar que existe un poder de mando de un sujeto para cometer delitos requiere una serie de corroboración de elementos concretos, dado que para hablar de autor a, en palabras del profesor Pariona (2010) “ (...)autor mediato por dominio de organización es quien, valiéndose de una organización (aparato de poder organizado) sobre la cual tiene dominio, ordena la omisión de delitos” (p. 247).

Tal es la situación que debe estar presente y si tomamos en cuenta el caso particular del ex presidente Fujimori sobre los “Diarios Chicha”, la Fiscalía no consideró la existencia de un aparato de poder organizado encargado de desviar fondos públicos a mando del ex presidente. En tanto, no se presentaron elementos de corroboración que permitieron sostener tal fundamento.

Por otro lado, tal complejidad de aplicación también se materializará en los casos seguidos contra el ex gobernador de Áncash César Álvarez en la Casación 160-2014-ANCASH y contra el ex alcalde del distrito Choló en el Recurso de Nulidad 1940-2017-ANCASH-ANCASH. Los casos mencionados evidencian que poder imputar el poder de mando vinculando a la existencia de un dominio de organización como menciona el profesor Pariona, es un impedimento para fundamentarse en la realidad.

Como posición personal, encuentro difícil que se puedan presentar los elementos de esta teoría, sobre todo pensando en la existencia de un funcionario público, alcalde de una municipalidad provincial, quien no presentando el mando de un aparato de poder para cometer delitos, sí tiene la decisión política y la cercanía con el bien jurídico para apropiarse o usar de los fondos públicos de la institución.

En ese sentido, parece que sería muy complicado que en todos los casos de corrupción que vincule al delito de peculado, especialmente si estamos frente a diferentes realidades en las entidades a nivel nacional, pueda cumplirse los elementos presentes bajo esta figura. No respondiendo de manera acorde a solucionar la problemática inicialmente planteada.

Es frente a este escenario, como tercer punto de análisis, es que la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico debe ser estudiada para solucionar los casos problemáticos de imputación a superiores jerárquicos y constituir una posible alternativa a tomar en cuenta por un mayor desarrollo jurisprudencial. Veamos ahora que en nuestro ordenamiento no hemos sido totalmente ajenos a esta teoría y cómo hemos recogido también su contenido.

En el año 2014, en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional de Noviembre, específicamente el quinto tema de trabajo, se discutió respecto a la autoría y participación en los delitos especiales. Sobre ello, el Pleno expresamente señaló lo siguiente:

a) Diferenciar la respuesta punitiva aplicable a los autores y partícipes, en función de su mayor o menor cercanía con el bien jurídico protegido y de la importancia del aporte de éstos en la realización del delito especial de que se trate

(...)

d) Considerar que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social que tienen respecto del bien jurídico tutelado, sin que ello signifique que los aportes a la realización de la conducta delictiva de los extraños, no sean desvalorados a efectos punitivos, en la medida que coadyuvaron a la lesión del bien jurídico protegido, por parte del sujeto cualificado.

En base a ello, podemos sostener que se evidencian elementos descritos que expresan elementos de la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, dado que el Pleno señala que la respuesta punitiva se verá en función a su mayor o menor cercanía con el bien jurídico, y por lo tanto, su posibilidad de afectarlo. A su vez, menciona que el fundamento de los delitos especiales es el dominio social respecto al bien jurídico.

Esta teoría, como fue expuesta del profesor Schuenemann, parte por preguntarse cuáles son las razones político criminales para sancionar una determinada conducta, a su vez en esa misma línea señala que “el derecho penal tiene la tarea de prevenir daños sociales o, con otra formulación de idéntico sentido, de proteger los bienes jurídicos indispensables para el individuo y la comunidad para una pacífica vida en común” (Schünemann, 2018, p.100).

Es por ello que para el profesor alemán no resulta aceptable que en el caso correspondiente al Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA se haya aplicado una teoría que vincule la infracción de un deber, señala que “(...) no se puede compatibilizar con los fundamentos legales del derecho penal peruano una teoría del hecho punible que se conforme con la infracción de cualquier

deber y que no tenga en consideración que un bien jurídico tutelado por la ley debe ser lesionado o puesto en peligro” (Schünemann, 2018, p. 101).

Dado que el profesor Schünemann (2018) señala que el derecho penal debe “dirigir sus normas prohibitivas prioritariamente a aquellas personas que ejercen el dominio decisivo sobre el proceso causal dañoso” (Schünemann, p.101). Este aspecto se verá materializado en la autoría mediante 2 formas: “como dominio de vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, y como dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro” (Schünemann, p.101).

En ese sentido Schünemann considera a estos delitos como delitos especiales de garante, y serán para él lo que conforman la mayoría de los delitos especiales. Esto implica que “(...)el fundamento penal reside en el dominio de protección sobre el bien jurídico o en el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro” (Schünemann, 2018, p. 105). En ese sentido, bajo esta teoría más que buscar un deber específico en la norma, se basará en la realidad que vincula al funcionario o servidor.

Habiendo señalado su contenido y la relevancia para aplicarse en estos casos, corresponde desarrollar cómo se materializaría en el título de imputación frente a los superiores jerárquicos. Para ello señalaremos que a diferencia de lo que se detalló bajo de la teoría de la infracción de deber, donde rige la autoría única, bajo la vulnerabilidad del bien jurídico cabrían otras formas de autoría, como la mediata y la coautoría.

Ahora bien, qué implica esto, es la posibilidad que un funcionario o servidor público pueda responder a título de autor, coautor o autore mediato (respecto de esta figura correspondería analizar los fundamentos de la autoría de manera general, pero escapan al propósito de este artículo académico.

En estos párrafos se ha pretendido desarrollar cómo la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico haría posible que se puedan sancionar a aquellos superiores jerárquicos en el delito de peculado. Debido a la capacidad de decisión política que ostentan los mismos, pueden apropiarse y usar los caudales o efectos públicos sin necesidad que el deber de custodia o administración se encuentre explícitamente establecido.

Finalmente, bajo ese escenario, mediante la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico se tomaría en cuenta la realidad, la posición concreta del superior jerárquico frente al bien jurídico y su posibilidad de vulnerarlo. Como hemos expuesto, usualmente estos funcionarios no presentan dentro de sus normas de función deberes específicos sobre la administración o custodia de los caudales de la entidad, pero pueden ejercer decisiones políticas igualmente vulneratorias.

Para concluir, lo que pretendo dejar planteado es que la figura de la infracción de deber como viene siendo desarrollada por nuestra Corte Suprema debe ser criticada para buscar mejoras al resolver los casos. Plantear la problemática y pensar la posibilidad que existen nuevos caminos que deben ser estudiados y analizados. Un camino que permita sancionar a aquellos superiores jerárquicos quienes ejercen decisión política y pueden afectar el bien jurídico tutelado.

IV. CONCLUSIONES

- La Corte Suprema ha presentado una postura homogénea al señalar que el delito de peculado es un delito de infracción de deber, lo cual nos conduce a que siempre tengamos que remitirnos a un deber específico del sector donde el funcionario o servidor público desarrolla su actividad, es decir, identificar el deber extra penal en concreto.
- Si bien existe una postura homogénea sobre la teoría de la infracción de deber, la Corte Suprema no ha realizado un desarrollo profundo sobre la naturaleza del deber y hasta donde se extiende, lo cual evidencia una falta de uniformidad. Ello se observa del voto singular del magistrado Príncipe Trujillo, quien argumenta que hay que apreciar todas las atribuciones de los sujetos cualificados.
- La aplicación de la teoría de la infracción de deber genera que siempre tengamos que recurrir a un deber específico, lo cual termina por dificultar la posibilidad de imputar autoría a aquellos superiores jerárquicos que no presentan un deber específico dentro de las normas extra penales que lo vinculan, pese a la posibilidad de afectar el bien jurídico.
- Los superiores jerárquicos muchas veces no presentan el deber específico de administrar o custodiar los caudales o efectos de su entidad; sin embargo, poseen la decisión política que posibilita que se apropien o utilicen los mismos. Lo cual genera que se pueda afectar el bien jurídico protegido de la misma forma.

- La problemática que genera aplicar la teoría de la infracción de deber conlleva a que se busquen nuevos caminos, como el aplicar la teoría sobre la autoría mediata por dominio de organización o la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.
- Tras analizar el contenido de ambas teorías, se logra exponer que la figura de la autoría mediata por dominio de organización no puede ser aplicada para resolver todos los casos que involucran a los superiores jerárquicos, dado que no resulta posible el cumplimiento de los elementos. Principalmente la existencia de un poder organizado, requiere que se corroboren una serie de elementos que no se manifiestan en todas las realidades a nivel nacional.
- Es por ello que, la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, permitirá sancionar a los superiores jerárquicos, quienes en base a la decisión política que ostentan pueden terminar por utilizar o apropiarse de los caudales públicos, afectando así el bien jurídico protegido.
- Mediante la teoría sobre la vulnerabilidad se toma en cuenta la posición del sujeto frente a la posibilidad de vulnerar el bien jurídico, es decir, se toma en cuenta la realidad más que la mera infracción extra penal, asimismo, el sujeto activo podrá responder no solo como autor, sino que admite otras formas de autoría como la coautoría.

V. RECOMENDACIONES.

- Resulta de gran importancia que se plantee en la discusión jurisprudencial y se plantee el espacio para atender la problemática presente de la aplicación de la teoría de la infracción de deber. De esta forma, se debe analizar la naturaleza de su contenido y las dificultades que genera para aplicarse a los casos de superiores jerárquicos.
- A lo largo de la jurisprudencia nacional se ha precisado que el delito de peculado es un delito de infracción de deber que se fundamenta en instituciones positivas; sin embargo, la jurisprudencia no ha precisado la naturaleza de los deberes que se encuentran involucrados y cómo esta resulta acorde al ordenamiento nacional donde se protege bienes jurídicos.
- Resulta relevante que se analicen y estudien otras figuras presentes, como la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico para que se puedan evaluar posibles caminos que permitan ser acordes al ordenamiento jurídico y logren solucionar los problemas que involucran la imputación de los superiores jerárquicos.

- Este trabajo busca servir como base para seguir estudiando y plantearnos críticas que sean materia de posteriores análisis sobre los temas involucrados y así contribuir al desarrollo de contenido que busque aportar con la discusión penal.



BIBLIOGRAFÍA

- Abanto, V. M. (2014). Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Lima: Grijley.
- Bacigalupo, E. (1999). Derecho Penal: Parte General. Buenos Aires: Hammurabi.
- Bacigalupo, S. (2007). Autoría y participación en los delitos de infracción del deber: Una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios. Madrid: Marcial Pons.
- Cáceres, J. R. E. (2012). *El delito [de] peculado: Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: IDEMSA.
- Cardenas Veintemilla, K. P. La infracción de deber vs la vulnerabilidad del bien jurídico en el delito de Peculado: Análisis del RN N° 615-2015-LIMA.
- Caro, J.A (2002). *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*.
- Chanjan Document, R., Torres Pachas, D., & Gonzales Cieza, M. (2020). Claves para reconocer los principales delitos de Corrupción, 72.
- Chanjan Documet, R. H. (2017). El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública. *Derecho Penal y Criminología*, 38(104), 121–150. <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04>.
(2014) La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso. Pontificia Universidad Católica del Perú [Tesis para optar por el título de Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio de tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/5647>.

- Garcia, C. P., Vilchez, C. R. (2020). Delitos contra la Administración Pública. Lima: Ideas Solución Editorial.
- Guimaray Mori, E. (2015). Colusión por Comisión por Omisión: El caso de los Alcaldes y los Presidentes regionales. *IUS ET VERITAS: Revista de La Asociación IUS ET VERITAS*, 24(51), 286–296.
- Gomez, M. V (2006). Los delitos especial. España: Edisofer S. L.

Gomez, M. V., y otros. (2014). *Dogm tica del derecho penal: Material y procesal y pol tica criminal contempor neas. Homanaje a Bernd Sch nemann por su 70° aniversario*. Lima: Gaceta Jur dica.

- Huertas Díaz, O., Amaya Sandoval, C., & Malte Ruano, G. D. (2013). Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito. *Opinión Jurídica*, 12(23), 81–98.
- Hurtado, P. J., & Tiedemann, K. (2009). Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal. Lima: Fondo editorial PUCP.
- IDEHPUCP (2014). Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la Corrupción y justicia penal. Lima.
- Jaboks, G. (1997a). Estudios de derecho penal. Madrid: UAM.

(1997b). Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons.

- Meini Mendez, I. F. (1998). Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. *Derecho PUCP*, 52, 883.

(2017). La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP.

- Montoya, V. Y. (2015). Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

- Muñoz, C. F. (1990). *Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Robles, P. R. (2013). Deberes negativos y positivos en Derecho penal. *InDret*, 4, 12–22.
- Rodríguez, V. J. (2016) breve comentario a la sentencia “diarios chicha” y a la teoría “del autor único” en los delitos de infracción de deberes “institucionalizados”. Lima: IDEHPUCP. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/COMENTARIO1.pdf>
- Rojas, V. F. (2001). *Delitos contra la Administración Pública* (Segunda edición). Lima: Grijley.
- Roxin, C., Cuello, C. J., Serrano, G. M. J. L., & Cobo, R. M. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- (1997). *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas.
- (2012). InDret REVISTA PARA EL WWW. INDRET.COM Análisis del Derecho. El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania. Retrieved from <http://www.indret.com/pdf/955.2.pdf>
- Roxin, C., In Ambos, K., & In Meini, M. I. F. (2010). *La autoría mediata: El caso Fujimori*. Lima: ARA.
- Salinas, S. R. (2016). *Delitos contra la Administración Pública* (Cuarta edición). Lima: Iustitia.
- (2013). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de Funcionarios. *Journal of Chemical Information and Modeling*, 53(9), 1689–1699. <https://bit.ly/3wLFB63>
- Sánchez Verá, G.T. J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- Schünemann, B. (2006). *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Lima: IDEMSA.

(2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. Lima: Revista de la facultad de Derecho PUCP N°81, pp.93-112.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003>

- Terreros, F. V. (2010). Autoría mediata por dominio de organización: el caso Fujimori. *Investigaciones: Secretaría de Investigación de Derecho Comparado*, 14(1), 33-57.

