

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la  
Corrupción

El elemento por razón del cargo y la autoría en el delito de  
peculado: una reconstrucción dogmática desde la teoría de  
infracción de deber

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

Autora:

*Nicole Alexandra Pereyra Mujica*

Asesor:

*Daniel Simon Quispe Meza*

Lima, 2025

## Informe de Similitud


Yo, QUISPE MEZA, DANIEL SIMON, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “El elemento por razón del cargo y la autoría en el delito de peculado: una reconstrucción dogmática desde la teoría de infracción de deber”, del autor(a) PEREYRA MUJICA, NICOLE ALEXANDRA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 08/12/2025.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 18 de diciembre del 2025

<u>QUISPE MEZA, DANIEL SIMON</u>	
DNI: 70437387	
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0002-5979-4744">https://orcid.org/0000-0002-5979-4744</a>	
Firma:	

## **RESUMEN**

*El presente trabajo examina principalmente el elemento “por razón del cargo” como criterio central para delimitar la autoría y la participación en el delito de peculado doloso, teniendo en cuenta su naturaleza como un delito de infracción de deber. A partir de una revisión dogmática de la teoría de la teoría de infracción de deber y un análisis de los elementos típicos del peculado doloso, se explica que la responsabilidad del funcionario se origina por la infracción de un deber derivado de sus funciones de administración, percepción o custodia respecto del patrimonio público.*

*Sobre esta base, se analiza críticamente la jurisprudencia de la Corte Suprema, identificando tensiones entre posiciones formalistas, centradas en la acreditación de competencias mediante instrumentos como el ROF o el MOF, y enfoques teleológicos que reconocen la disponibilidad jurídica funcional del agente a partir de su rol para la acreditación del vínculo funcional.*

*A partir de este panorama, el trabajo propone una reconstrucción dogmática del elemento “por razón del cargo”, entendida como una vinculación funcional teleológica que deriva de deberes directos, jerárquicos o implícitos de administración, custodia o fiscalización. Finalmente, se incide en que el fundamento del injusto penal no es la mera infracción normativa, sino la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de la administración pública, conforme al principio de lesividad. Con ello, el estudio ofrece criterios coherentes para interpretar el elemento “por razón del cargo” y delimitar adecuadamente la responsabilidad penal en delitos de infracción de deber.*

### **Palabras clave**

*Delito de infracción de deber, peculado doloso, vínculo funcional, elemento por razón del cargo.*

## **ABSTRACT**

*The present work primarily examines the element "by reason of office" as the central criterion for delimiting authorship and participation in the crime of embezzlement, considering its nature as a breach of duty offense.*

*Based on a dogmatic review of the breach of duty theory and an analysis of the typical elements of this crime, it is explained that the official's criminal liability originates from the infringement of a duty derived from their functions of administration, perception, or custody concerning public assets.*

*Based on this framework, the Supreme Court's jurisprudence is critically analyzed, identifying tensions between formalistic positions and teleological approaches that acknowledge the agent's functional legal availability based on their role for the accreditation of the functional link.*

*Building upon this panorama, the work proposes a dogmatic reconstruction of the "by reason of office" element, understood as a teleological functional link that derives from direct, hierarchical, or implied duties of administration, custody, or fiscalization.*

*Finally, the study emphasizes that the basis of the criminal wrong is not the mere normative infringement, but the injury or endangerment of the legal good of the public administration, in accordance with the principle of harm. Thus, the study offers coherent criteria for interpreting the "by reason of office" element and adequately delimiting criminal liability in breach of duty offenses.*

## **Keywords**

*Breach of duty offense, embezzlement, functional link, element "by reason of office".*

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	5
LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO: CUESTIONES GENERALES .....	6
Infracción de un deber (Roxin) .....	6
Autoría .....	7
Coautoría .....	8
Participación .....	9
Responsabilidad en virtud de una relación de carácter institucional (Jakobs) .....	9
Autoría .....	10
Coautoría .....	11
Participación .....	12
EL PECULADO DOLOSO COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER: ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA.....	13
2.1. Elementos típicos del delito de peculado doloso .....	13
2.1.1. Bien jurídico protegido .....	13
2.1.2. Sujetos.....	15
2.1.3. Conducta típica: apropiación o utilización.....	18
2.1.4. Objeto del delito: caudales o efectos públicos .....	18
2.2. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema: problemas en su aplicación “por razón del cargo” .....	19
2.2.1. Recurso de Nulidad N° 615-2015 Lima .....	20
2.2.2. Casación N° 1500-2017 Huancavelica .....	21
2.2.3. Casación 1749-2018 Cañete .....	22
2.2.4. Recurso de Nulidad 1201-2017 Áncash .....	23
PROPUESTA INTERPRETATIVA SOBRE EL ELEMENTO “POR RAZÓN DEL CARGO” Y EN CUESTIONES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO .	25
Propuesta interpretativa: el vínculo funcional teleológico y el fundamento de la infracción de deber .....	26
¿Una vinculación formal estricta? .....	27
¿Una vinculación formal estricta? .....	27
3.2. Autoría y participación: toma de postura a favor de la tesis de Claus Roxin ...	29
3.2.1. Afectación o puesta en peligro del bien jurídico como fundamento de responsabilidad .....	29
3.2.2. Coautoría .....	30

CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES.....	32
BIBLIOGRAFÍA .....	33
FUENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES .....	35



## INTRODUCCIÓN

El análisis del delito de peculado doloso exige reconstruir su estructura desde una perspectiva que articule adecuadamente el fundamento dogmático del tipo penal y los criterios de imputación propios de los delitos de infracción de deber. En el contexto peruano, la Corte Suprema ha desarrollado un entendimiento progresivo del elemento “por razón del cargo”, oscilando entre criterios estrictamente formales de vinculación funcional y aproximaciones más amplias que reconocen la relevancia de los deberes de administración, custodia y control inherentes a la posición institucional del funcionario público. Esta evolución jurisprudencial revela no solo tensiones interpretativas, sino también la necesidad de precisar el contenido y alcance del deber extrapenal que delimita la autoría en este delito.

El presente informe tiene como eje central esclarecer cómo debe interpretarse el elemento “por razón del cargo”, así como establecer criterios dogmáticos sólidos que permitan distinguir correctamente la autoría de las formas de participación. Con ese propósito, el primer capítulo desarrolla la teoría de la infracción de deber desde las perspectivas de Roxin y Jakobs. El segundo capítulo examina los elementos típicos del delito de peculado y su fundamento como delito de infracción, además de realizar una revisión jurisprudencial, destacando la progresiva adopción de una concepción funcional de disponibilidad jurídica para el análisis del elemento “en razón del cargo”, el cual tiene gran relevancia para la determinación de la autoría. Finalmente, el tercer capítulo propone una interpretación teleológica del elemento “por razón del cargo” y una postura doctrinal clara sobre la autoría y participación en el peculado como delito de infracción de deber, a partir de la tesis roxiniana coherente con el principio de lesividad.

La reconstrucción planteada en este informe pretende contribuir no solo a resolver las contradicciones jurisprudenciales actuales, sino también a fortalecer una imputación penal respetuosa de los principios constitucionales que rigen el derecho penal de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

## **LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO: CUESTIONES GENERALES**

Ante la concurrencia de diversos intervinientes en la comisión de delitos, tradicionalmente la determinación de la autoría y participación se ha realizado a partir de criterios materiales esbozados principalmente por la teoría del dominio del hecho, según la cual es autor aquel que posee el dominio fáctico del hecho típico, mientras que el partícipe contribuye a su ejecución sin dirigirlo sucesivamente (Roxin, 2016, p. 328).

Sin embargo, si bien esta concepción es dominante en los delitos comunes o de dominio, se advirtió que presentaba limitaciones frente a ciertos tipos penales que, más bien, en su tipificación restringen el círculo de sujetos plausibles de ser considerados como autores a aquellos que ostentan algún tipo de posición o deber, lo que ocurre en los delitos de infracción de deber. O, incluso también, a aquellos casos de instrumento doloso no cualificado, donde no es el sujeto cualificado aquel que posee el dominio del hecho y, aun así, en razón de su posición, su comportamiento es merecedor de mayor reproche.

Es así que, en el sistema peruano, esta categorización de delitos posee gran relevancia para la determinación del título de intervención delictiva en delitos contra la administración pública como el peculado, en tanto que la condición de funcionario público constituye parte del injusto. Por ello, la teoría de infracción de deber posee una gran relevancia a efectos de comprender los grados de responsabilidad penal de los intervinientes en este tipo de delitos. De esta manera, cabe señalar que su fundamentación teórica ha sido objeto de largo desarrollo doctrinario, destacando dos enfoques principales: la teoría de la infracción de un deber extrapenal elaborada por Claus Roxin y la teoría de responsabilidad institucional de Gunther Jakobs, las cuales serán analizadas a continuación.

### Infracción de un deber (Roxin)

Claus Roxin es quien propone la teoría de los delitos de infracción de deber para explicar aquellos supuestos en los que la teoría del dominio del hecho no resultara suficiente para proporcionar criterios claros para la determinación de la figura central del injusto. Es así que, en estos casos corresponderá el título de

autor no a aquel que posea el control causal del hecho delictivo, sino a quien ostente e infrinja un deber jurídico especial, el cual lo vinculaba con la protección del bien jurídico del tipo penal (Roxin, 2016, p. 726).

Es así que, Roxin distingue entre los delitos de dominio -donde la autoría se determina por el control causal del suceso- y los delitos de infracción de deber -en los que el autor es aquel que incumple un deber derivado de su rol o función social, sin importar que este haya controlado la ejecución del delito. En tal sentido, a efectos de los delitos de infracción de deber, lo que resulta relevante es la relación que el legislador ha considerado para la atribución de la calidad de autor.

#### *Autoría*

Resulta trascendental incidir en que para esta postura la infracción de deber se limita a ser un criterio diferenciador entre la autoría y participación, de modo que no constituye el fundamento del injusto (Roxin, 2016, p. 726). De hecho, cabe señalar que el fundamento de la punibilidad lo constituye la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, lo cual resulta concordante con el principio de lesividad que se encuentra esbozado de manera expresa en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano.

De esta manera, se aprecia que, de acuerdo a esta posición doctrinaria, la infracción de deber cumple una función delimitadora en cuanto a la autoría y participación, pues permite identificar a quién es posible imputar la imputación a título de autor y a quien, pese a su contribución al hecho, solo le corresponde el título de partícipe.

En un inicio, Roxin describía estos deberes como deberes extrapenales, es decir, como obligaciones derivadas de normas contempladas en otras áreas del Derecho como, por ejemplo, los ROF o MOF. Sin embargo, cabe señalar que el autor ha actualizado su concepto de delitos de infracción de deber, de manera que son “aquellos en los cuales la autoría se caracteriza porque alguien abusa o descuida un deber derivado de su rol social, y por eso causa una lesión jurídica a un bien jurídico” (Roxin, 2021, p. 392).

Si bien, como señala el propio Roxin (2016), esta redefinición de los delitos de infracción de deber sigue siendo compatible con su concepción originaria en

cuanto a que en muchas ocasiones estas exigencias derivadas de un rol social son contempladas en deberes extrapenales por el legislador (p. 746), es importante resaltar que el deber relevante para la autoría no se basa exclusivamente en una fuente formal extrapenal, pues el deber especial de protección que vincula a un sujeto con el bien jurídico podrá emanar de roles sociales normativamente exigibles como las relaciones profesionales, familiares o institucionales.

En consecuencia, será autor de un delito de infracción de deber quien, desde su rol social, infringe un deber derivado de su posición y que el tipo penal presupone (intraneus), con prescindencia de que haya mantenido o no un dominio fáctico sobre el curso del hecho. Por ejemplo, un funcionario público que permite o facilita la apropiación de fondos estatales infringe el deber de custodia que le corresponde por su cargo, convirtiéndose en autor del delito de peculado, incluso si es un tercero quien ejecuta el acto de apropiación -como el giro de cheques-.

#### *Coautoría*

Roxin admite la posibilidad de coautoría en los delitos de infracción al reconocer que en la práctica pueden existir estructuras compartidas de responsabilidad. En tal sentido, la coautoría será posible cuando dos sujetos o más infrinjan un mismo deber mediante una acción coordinada (Roxin, 2016, pp. 347). De esta manera, de acuerdo a esta concepción, será posible atribuir coautoría en órganos colegiados o jerárquicos a partir del quebrantamiento conjunto del deber.

Ahora bien, cabe resaltar que Roxin rechaza expresamente la aplicación de criterios aplicables a delitos de dominio en los delitos de infracción de deber, por lo que no resulta relevante si varios sujetos actuaron coordinadamente en una división de trabajo o si alguno de ellos tuvo control material sobre la ejecución del hecho. Lo determinante es que dos o más personas infrinjan conjuntamente el deber que el tipo penal protege (Roxin, 2015, p. 347).

Así, por ejemplo, si dos funcionarios públicos son responsables por la administración de fondos públicos y ambos acuerdan su apropiación, la autoría no se basa en quién ejecutó materialmente el giro de cheques ni en quién dirigió el curso causal, sino en que ambos quebrantaron el mismo deber de probidad en la gestión de los recursos públicos.

## *Participación*

Ahora bien, como se señaló precedentemente, para esta postura la infracción de deber es únicamente un criterio delimitador de la autoría y, en esa línea, Roxin señala que el fundamento de la punibilidad es, más bien, la afectación del bien jurídico protegido y, por consiguiente, admite la posibilidad de atribuir el título de partícipe a los extraneus en cuanto contribuyen a la lesión de este (2016, pp. 343-350).

De esta manera, quien no ostenta el deber que fundamenta la autoría en un delito concreto no puede ser considerado autor, así haya mantenido el dominio del hecho, y solo responderá como inductor o cómplice. Es así que Roxin mantiene la coherencia del sistema penal al delimitar claramente la autoría mediante la infracción del deber, sin excluir la punibilidad de quienes colaboran desde fuera de esa relación especial.

A partir de lo esbozado, en el siguiente apartado procederá a abordarse la otra postura que se ha desarrollado dentro de la teoría de los delitos de infracción de deber: la línea esbozada inicialmente por Jakobs.

### Responsabilidad en virtud de una relación de carácter institucional (Jakobs)

Se ha señalado que la teoría de Günter Jakobs parte de una concepción hegeliana del Derecho Penal, según la cual el delito es definido “como un daño a la vigencia de la norma y mediante la pena se opone a la contradicción a la norma, radicada en la conducta del autor, una contradicción a su contradicción” (Schünemann, 2018, p. 99). De esta manera, para esta postura, el fundamento del injusto no radica en la afectación de un bien jurídico -como la roxiniana-, sino en el quebrantamiento de la expectativa social de no vulnerar la norma que estructura la convivencia.

A diferencia de Roxin, para Jakobs todos los delitos implican la vulneración de un deber y, en esa línea, clasifica a los delitos de acuerdo a la naturaleza del deber vulnerado. Así, se realiza una distinción entre deberes negativos y positivos.

Por un lado, se tiene a los deberes negativos. Estos se corresponden con el deber general de "neminem laedere" -el deber que posee toda persona de abstenerse a dañar la esfera de organización ajena-. Es así que los deberes

negativos son la base de los delitos de dominio o de organización, cuya fundamentación de responsabilidad penal reside en la defectuosa administración que realiza la persona de su propio ámbito de organización (Navas, 2018, p. 20).

Por otro lado, y relevante a efectos de este trabajo, se encuentran los deberes positivos o institucionales que imponen la obligación de intervenir activamente en la protección de bienes jurídicos o institucionales. Así, los delitos de infracción de deber o competencia organizacional se dan cuando el obligado especial quiebra el deber positivo de colaboración que le corresponde por su rol dentro de una estructura institucional (Navas, 2018, p. 43-46).

En otras palabras, para la teoría institucional esbozada por Jakobs, la responsabilidad del *intraeius* se da a partir de la infracción de un deber institucional, cuya existencia surge por la pertenencia del sujeto a una institución social previamente constituida, la cual le asigna un rol y, con ello, una obligación positiva de protección de determinados bienes jurídicos (Sánchez Vera, 2002, p. 40-41).

De esta manera, cabe destacar que, a diferencia de lo que ocurre con el deber general de *neminem laedere* -que impone la obligación negativa de no dañar bienes jurídicos ajenos-, el deber institucional exige, más bien, un comportamiento activo de cuidado y fomento para la edificación de un mundo en común (Caro, 2006, p. 101; Sánchez Vera, 2002, p. 40).

Por consiguiente, en los delitos de infracción de deber, únicamente podrá ser autor aquel sujeto que infrinja un deber positivo -derivado de encontrarse vinculado directa y previamente con una institución-, de modo que cabe hacer la precisión de que Navas (2018) refiere que Jakobs considera como instituciones a “la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial, las relaciones estatales como la relacionada con la seguridad del Estado (policías) y el vínculo con la administración de justicia como fundamento de todo el Estado de Derecho” (p. 56).

Ahora, a partir de lo esbozado hasta aquí, se procederá a explicar las consecuencias dogmáticas que posee esta formulación en lo referido a temas de autoría y participación en delitos de infracción de deber.

*Autoría*

Como se ha enunciado precedentemente, en la teoría de Jakobs, será autor únicamente el sujeto que ostenta e infringe un deber institucional. Adicionalmente, cabe reiterar que esta infracción no solo constituye el criterio diferenciador entre autoría y participación en esta postura, sino que también es el fundamento del injusto penal.

En otras palabras, a diferencia de lo planteado por Roxin -quien señala que la infracción del deber solo determina a la figura central del injusto, es decir, el autor-, Jakobs considera que el delito es una lesión a la vigencia de la norma y, por tanto, este quebrantamiento es aquel que fundamenta la punibilidad de la conducta (Schünemann, 2018, p. 100)

De esta manera, no será autor quien controle el curso del hecho, sino aquel cuyo comportamiento es contrario al deber que ostenta en razón de su rol institucional. Cabe agregar, además, que el deber infringido no es de carácter extrapenal como esbozó originariamente Roxin, sino que deriva de una relación institucional previamente existente a la vulneración de la norma penal (Sánchez Vera, 2002, p. 41).

En tal sentido, de acuerdo con Jakobs, a quien forma parte de una institución -por ejemplo, el funcionario público o el juez- le será imputable el título de autor por no cooperar en la edificación del mundo en común que esta institución garantiza. (Sánchez Vera, 2002, pp. 40-41). En otras palabras, la responsabilidad penal se justifica en la ruptura del rol y no por la producción de algún resultado lesivo hacia un bien jurídico. De esta manera, por ejemplo, el funcionario público que custodia fondos públicos y acuerda con un tercero para que este último se apropie de ellos no es un partícipe de un delito de ajeno, sino autor de un delito de infracción de deber en tanto que destruyó la institución a la cual se veía vinculado en razón de su posición de garante.

Ahora bien, cabe precisar que esta postura señala que en estos delitos rige, más bien, el principio de autor único, según el cual todo quebrantamiento del deber institucional genera responsabilidad como autor, pues no se admite una diferenciación cualitativa ni cuantitativa entre las formas de intervención (Caro, 2006, pp. 108-109).

*Coautoría*

A diferencia de lo esbozado por Roxin, la teoría de Jakobs niega la posibilidad de imputar coautoría en los delitos objeto de estudio. En esa línea, Sánchez Vera explica que aquel sujeto que se encuentra en una posición de garante posee una relación individual con la institución, de modo que los deberes que lo vinculan son personalísimos e independientes (Sánchez Vera, 2002, pp. 201-202).

En esa línea, cabe señalarse que la infracción de deber es individual, es decir, no es posible que esta pueda dividirse en más de un sujeto, pues el incumplimiento es realizado por cada obligado especial, de modo que cada uno de ellos lesiona su propio deber en su totalidad (Caro, 2006, p. 109). A modo de ejemplo, se tiene que incluso en el caso de que dos o más funcionarios públicos sujetos a deberes institucionales concurren en la comisión de un mismo delito, estos no responderán como coautores, sino que se dará lugar a la figura de autoría paralela.

En suma, para Jakobs la coautoría es incompatible con la estructura de los delitos de infracción de deber, puesto que la responsabilidad institucional se asienta en una relación normativa individual e intransferible. En tal sentido, cada autor responde por la ruptura íntegra de su propio deber, y no por una infracción compartida o parcialmente atribuible a otros.

### *Participación*

Como se ha mencionado previamente, para la línea esbozada por Jakobs y sus seguidores, el deber institucional, cuya infracción fundamenta la punibilidad de estos delitos, es personalísimo e intransferible, por lo que se excluye la posibilidad de imputar participación en estos delitos. De hecho, Caro refiere que, a efectos de la comisión de estos delitos, no existe diferenciación entre las distintas formas de intervención, pues todas son a título de autor (2006, pp. 108-109).

Por tal motivo, los delitos cometidos por obligados especiales únicamente pueden dar lugar a autoría, mientras que, de acuerdo a esta postura, las formas de participación son propias del ámbito de los delitos por competencia organizacional o de dominio. En tal sentido, los delitos por competencia institucional no admiten accesoriedad en cuanto la infracción del deber es un

acto autónomo del sujeto que no depende de la conducta de otro infractor (Caro, 2006, p. 109).

Por tanto, el extraneus no puede ser sancionado ni como partícipe, en tanto que, para este sector, la infracción de deber no es solo criterio para determinar la autoría, sino que fundamenta la punibilidad de la conducta. De esta manera, en tanto que solo el titular de un deber institucional puede quebrantarlo, la punición se circunscribe al autor único, portador del deber y responsable del incumplimiento; en cambio, los demás intervinientes, al no formar parte de la relación institucional, no les sería imputable ningún título de imputación a efectos de determinar responsabilidad penal.

En el siguiente apartado, se procederá a abordar los elementos típicos del delito de peculado doloso y la forma en que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha interpretado el vínculo funcional exigible en este delito, evidenciando las tensiones entre el modelo dogmático de los delitos de infracción de deber y la aplicación que ha tenido en la casuística peruana.

## **EL PECULADO DOLOSO COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER: ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA**

El peculado doloso (art. 387 del Código Penal) es un delito de infracción de deber en cuanto sanciona a aquel funcionario que incumple con los deberes de lealtad y probidad en la gestión de los recursos públicos que asume conjuntamente con su obligación de administrar, percibir o custodiar los bienes que le son encomendados en razón de su cargo.

En esta segunda sección se examinará la estructura típica de este tipo penal y su interpretación por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema, con especial atención al criterio “por razón del cargo”, el cual determina quién puede ser considerado autor y cuál es el fundamento de su responsabilidad penal.

### **2.1. Elementos típicos del delito de peculado doloso**

#### ***2.1.1. Bien jurídico protegido***

De manera general, los delitos contra la Administración Pública tutelan el correcto y adecuado funcionamiento de la Administración Pública, entendiendo

con ello que no se pretende proteger a la Administración per se, sino en su dimensión prestacional: se protege que la gestión de los bienes y servicios públicos se realice objetiva y legalmente, cumpliendo los objetivos constitucionales que posee el rol prestacional de la Administración -la satisfacción de los derechos y necesidades de las personas- (Montoya et. al, 2015, pp. 35-37).

En tal sentido, este bien jurídico general de este tipo de delitos se ve afectado ante la ocurrencia de actos de corrupción pública. En este contexto, cabe señalar que cada uno de los delitos que componen el Título XVIII del Código Penal tutelan principios específicos que rigen los procedimientos administrativos y/o las competencias de los funcionarios.

Por tanto, la actividad prestacional del Estado se ve afectada por la realización del abuso del poder público encomendado a un funcionario o servidor mediante las conductas típicas que se encuentran descritas en cada delito. Por tal motivo, cabe señalar que resulta imperioso distinguir cuál es el bien jurídico específico comprometido en cada uno de estos tipos penales. Sin embargo, la doctrina no ha alcanzado un consenso respecto al bien jurídico específico del peculado doloso, identificándose tres posiciones principales.

En primer lugar, cabe hacer referencia a la concepción patrimonialista tradicional, según la cual el bien jurídico específico protegido por este delito estaría constituido únicamente por el patrimonio estatal. Según esta postura, el peculado sería una agravante de la apropiación indebida, en la que la infracción de deber del funcionario público sería únicamente un medio para lesionar el patrimonio; no obstante, a ello se cuestiona que el peculado sea una condición agravada de un delito común, defendiendo, más bien, su carácter autónomo, pues la infracción de deber forma parte de la estructura del tipo penal (Chanjan et. al, 2019, p. 278).

Por otra parte, cabe hacer mención a la concepción patrimonialista funcional, la cual postula que el bien jurídico vendría a ser el patrimonio público como un instrumento destinado al cumplimiento de fines públicos, por lo que protege la adecuada gestión del patrimonio público. De esta manera, se destaca la preeminencia del elemento patrimonial sobre la infracción de deber. En esa línea, Abanto sostiene que el bien jurídico debe entenderse como el patrimonio de la

administración pública dotado de un carácter funcional que los distingue del patrimonio de los particulares y, por ello, el patrimonio público merece una tutela reforzada frente al de los particulares (2003, p. 334).

Finalmente, la doctrina más consolidada y acogida por la Corte Suprema, a la cual este informe se acoge, es la posición pluriofensiva del bien jurídico, la que sostiene que el peculado protege simultáneamente un bien jurídico patrimonial y otro funcional. En tal sentido, el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 señala que este penal tutela la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y la observancia del deber de lealtad y probidad del funcionario, que pretende evitar el abuso del poder que le ha sido conferido con el cargo.

En esa línea, la consumación del delito exige no solo una lesión al patrimonio estatal -que per se no podría justificar una intervención penal diferenciada respecto al patrimonio de los particulares-, sino que es necesario que esta haya sido realizada tras el incumplimiento del deber que ostenta el funcionario o servidor público, en razón de su cargo (Chanjan et. al, 2019, p. 279). Es así que Reátegui considera que el delito se configura mediante una infracción a los deberes de propiedad y lealtad del funcionario en la gestión de los caudales o efectos públicos que posee en razón de su cargo, mientras que el daño patrimonial originado por esta, a través de un acto de apropiación o utilización, es un efecto secundario (2020, p. 77).

### *2.1.2. Sujetos*

#### *a. Sujeto activo*

El delito de peculado doloso es un delito especial, en tanto que la autoría se ve restringida a aquellos sujetos que poseen una relación funcional específica con el Estado: únicamente podrá ser autor aquel funcionario o servidor público que, en razón de su cargo, asume un deber jurídico respecto a la administración, percepción o custodia de los caudales o efectos públicos.

Como señalan Chanjan et. al (2019, p. 280), el peculado es un delito de infracción de deber, pues la sanción penal se fundamenta en la violación de un deber de fidelidad y lealtad hacia la Administración Pública, el cual surge del rol institucional que desempeña un funcionario público, y le es impuesto de manera

previa a la existencia del tipo penal en razón de este. En tal medida, como señala la teoría de los delitos de infracción de deber, el funcionario público se convierte en la figura central del injusto, no por dominar fácticamente el curso causal del hecho delictivo, sino por incumplir la obligación que le correspondía cumplir en razón de su cargo.

Conforme precisa Reategui, en delitos de infracción de deber como el peculado, los jueces y el Ministerio Público deben diferenciar los deberes generales del funcionario de aquellos deberes específicos derivados de su cargo, a fin de evaluar si existió un quebrantamiento del rol de garante que tenía frente a los caudales o efectos públicos (2020, p. 84).

En suma, el sujeto activo del delito de peculado doloso es aquel funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, ostenta competencia jurídica para administrar, percibir o custodiar de los caudales. No le corresponde el título de autor a quien se apropia o utiliza los bienes públicos sin poseer competencia funcional, así este sea funcionario. En dichos supuestos, solo le corresponderá responder como partícipe (instigador o cómplice).

- La vinculación funcional: por razón del cargo

El elemento “por razón del cargo” delimita el círculo de autores plausibles de ser considerados autores, pues únicamente podrán serlo aquellos funcionarios o servidores públicos que, en virtud de su cargo, ostenten una relación funcional con los caudales o efectos públicos.

Por una parte, Reategui (2020) señala que es importante hacer notar que el peculado no sanciona conductas cometidas “con ocasión del cargo” -es decir, aprovechando la oportunidad de ejercerlo, sino que debe precisarse que son por “razón del cargo” -esto es, en el marco de una competencia funcional legítima conferida por ley, reglamento u orden administrativa (pp. 92-93). De acuerdo a esta interpretación, el elemento “por razón del cargo” no puede entenderse en un sentido amplio o indeterminado -como “con ocasión” o “en consideración” al cargo-, pues ello conduciría a una sobrecriminalización.

Ahora bien, cabe señalar que la jurisprudencia nacional ha precisado que no es necesario que el funcionario o servidor público ejerza una tenencia material directa sobre los bienes públicos a efectos, pues lo determinante es que posea

disponibilidad jurídica sobre los mismos (Acuerdo Plenario N°04-2005/CJ-116, fundamento jurídico 06).

En esa misma línea, Montoya et. al (2015), han señalado que esta disponibilidad jurídica implica que el agente, en virtud del cargo que desempeña, tenga competencia funcional específica, entendida como la facultad de disponer o decidir sobre el destino de los bienes públicos (p. 108). Ello lo explican con el caso de la ex congresista Elsa Canchaya, donde se estableció que, pese a no haber tenido control material sobre el dinero destinado al pago de su asesora, la excongresista sí tenía competencia funcional directa sobre dichos recursos, lo que evidenciaba una disponibilidad jurídica suficiente para la configuración del delito de peculado a favor de tercero.

Es así que, mientras autores como Reátegui (2020, p. 92-93) enfatizan una interpretación restrictiva y normativa al sostener que solo existe relación funcional cuando la competencia de administración, percepción o custodia sobre los caudales o efectos proviene específicamente de una atribución legal o reglamentaria expresa, otros autores como Montoya et. al (2015) hacen énfasis en una perspectiva más operativa del concepto, conforme a la cual basta que el funcionario tenga poder de decisión sobre los bienes públicos, así no los custodie materialmente (p. 108). Esta última posición -recogida por el Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-116- amplía el análisis hacia la capacidad efectiva de administración o control de los recursos públicos, en cuanto derive de su función y no de circunstancias meramente ocasionales.

Aun así, cabe destacar que este presupuesto “por razón del cargo” cumple una doble función: por un lado, delimita el círculo de posibles autores en el tipo penal de peculado solo a aquellos que ostentan una posición de garante sobre los caudales o efectos públicos; y, por otro lado, su probanza es consecuencia precisamente de que este delito sea uno de infracción de deber como tal.

De hecho, como señala Pariona (2023, pp. 23-24), la acreditación de la titularidad e infracción de deber se convierte en el eje central del juicio penal, por lo que resulta obligatoria la demostración del vínculo funcional, debiendo identificar por ello las fuentes que otorgan tales competencias al funcionario (por ejemplo, los ROF, MOF o incluso resoluciones de designación especial).

## b. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito de peculado es el Estado y, en ese sentido, cabe señalar que el perjuicio directo se proyecta sobre el Estado como organización jurídica, mientras que el perjuicio inmediato se materializa en la entidad pública específica que se ve afectada por el acto de apropiación o utilización de los caudales o efectos públicos (Chanjan et. al, 2020, p. 14; Ugaz y Ugaz, 2017, p. 135).

### *2.1.3. Conducta típica: apropiación o utilización*

El tipo penal tipifica dos modalidades de acción típica: apropiación y utilización. Ambas implican una infracción del deber funcional asumido por el agente por razón de su cargo.

En la primera modalidad, el peculado doloso por apropiación, el agente hace propios o saca los efectos o caudales públicos de la esfera patrimonial del Estado, ya sea para sí mismo o para un tercero distinto al sujeto activo (Chanjan et. al, 2020, p. 15). Sin embargo, cabe precisar que, a efectos de referirse a la consumación del delito, esta no se define en el momento en que quien se favorece o beneficia por los bienes -ya sea el mismo funcionario o un tercero- los recibe, sino que se produce con un acto previo: con la apropiación de los caudales o efectos públicos realizada por el funcionario, es decir, con la salida del bien de la esfera patrimonial pública (Reátegui, 2020, p. 105).

En cambio, mediante la utilización, no existe una apropiación ni ánimo de dominio, sino un uso temporal o funcionalmente desviado de los caudales o efectos públicos. En tal sentido, el funcionario se sirve de ellos o permite que otros lo hagan sin sustraerlos de manera definitiva. Es así que, el agente saca provecho de las ventajas que posee un bien público, sin que ello implique un acto de apoderamiento como sucede en la apropiación, y, además, el acto de utilización concluye con la restitución del bien (Chanjan et. al, 2020, p. 15).

### *2.1.4. Objeto del delito: caudales o efectos públicos*

El objeto del delito está constituido por los caudales y efectos públicos a los que se refiere expresamente en el artículo 387 del Código Penal. De manera general, el objeto de este tipo penal puede entenderse como todo "recurso con valoración económica que se encuentra a disposición de la Administración Pública"

(Rodríguez, 2015, p. 12). Esta concepción permite destacar que lo relevante es la integración del bien en la esfera patrimonial estatal y su vinculación con los fines públicos.

De acuerdo con Rojas, los caudales comprenden todos los bienes susceptibles de tráfico comercial, entre los que se encuentran el dinero, valores negociables y, en general, cualquier objeto con contenido económico incorporado al patrimonio público (2000, p. 240). Los efectos, en cambio, son aquellos bienes que poseen un valor representativo como títulos, sellos, timbres o estampillas, cuyo significado o función expresa un valor patrimonial del Estado. En la misma línea, Salinas señala que el concepto de caudal puede extenderse también a determinados bienes inmuebles, siempre que sean susceptibles de utilización por parte de la Administración Pública (2014, p. 327).

Una vez precisados los elementos típicos del peculado doloso y, en particular, la estructura del deber funcional cuyo quebrantamiento da lugar a su configuración, corresponde examinar cómo la Corte Suprema ha interpretado el elemento “por razón del cargo”, el cual opera como eje de vinculación entre el funcionario y el bien público encomendado.

## 2.2. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema: problemas en su aplicación “por razón del cargo”

El elemento “por razón del cargo” constituye uno de los núcleos más relevantes y problemáticos en la configuración típica del delito de peculado. En esa línea, de su correcta interpretación no solo depende la delimitación del sujeto activo del delito, sino también la autoría penal bajo la lógica del delito de infracción de deber, en la medida en que la infracción recae únicamente sobre quien ostenta una relación funcional específica con los bienes públicos.

En este contexto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha cumplido un rol decisivo al precisar el alcance de este elemento, así como los criterios para establecer la vinculación funcional entre el funcionario y los caudales o efectos públicos. No obstante, los pronunciamientos no siempre han mantenido una línea uniforme. Mientras algunos fallos adoptan una interpretación restrictiva, fundada en la exigencia de una relación normativa de competencia funcional (esto es, una verdadera disponibilidad jurídica), otros tienden a una visión más

amplia que, como se señaló previamente, autores como Reátegui (2020, pp. 92-93) aprecian críticamente en tanto que se aproximaría, más bien, a interpretar este elemento como “con ocasión del cargo”.

A continuación, se analizan algunos pronunciamientos de la Corte Suprema a fin de examinar cómo la aplicación práctica de la teoría de la infracción de deber ha generado criterios disímiles o ambiguos sobre la determinación de la autoría y el vínculo funcional en el delito de peculado.

### *2.2.1. Recurso de Nulidad N° 615-2015 Lima*

Respecto a los hechos, cabe hacer mención a que durante el segundo gobierno del ex presidente Alberto Fujimori se transfirieron aproximadamente ciento veintidós millones de soles de la Fuerza Aérea y el Ejército al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) bajo el concepto de “gastos reservados”. Estos fondos fueron luego utilizados por Vladimiro Montesinos para financiar la campaña de reelección presidencial mediante la compra de titulares en los denominados “diarios chicha”. Adicionalmente, es importante destacar que Fujimori, en su condición de Presidente de la República, suscribió quince resoluciones supremas que autorizaban dichos gastos.

Así, cabe precisar que la Corte Suprema absolvió a Fujimori del delito de peculado doloso al considerar que no se acreditó la existencia de una vinculación funcional específica entre su cargo y los fondos públicos. Adicionalmente, haciendo alusión al peculado como un delito de infracción de deber, la Corte precisó que solo puede ser autor quien ostente el deber jurídico-funcional de administrar, custodiar o percibir los caudales o efectos públicos.

De esta manera, se señaló que el elemento “por razón del cargo” debe interpretarse en sentido estricto conforme al ámbito de competencia funcional establecido en normas sectoriales como el MOF o ROF y, por lo tanto, la atribución genérica del presidente de “administrar la Hacienda Pública” - contemplada en la Constitución del Perú como tal- no bastaría para configurar la relación funcional exigida por el tipo penal. En esa línea, el análisis de las normas sectoriales realizado por la Corte concluyó que la administración y custodia de los caudales públicos correspondía al jefe del SIN.

Es así que, acogiendo a la línea doctrinaria desarrollada por Jakobs, se señaló que en el peculado doloso solo cabe la autoría única, pues el deber es personalísimo e intransferible, por lo que rechazó la posibilidad de autoría mediata o coautoría en este tipo de delitos, al no poder dividirse o delegarse el deber.

Este pronunciamiento, además de plantear una visión restrictiva de la vinculación funcional, mantiene la postura de autor único. Adicionalmente, no solo niega la posibilidad de una construcción dogmática a título de coautoría en este tipo de delitos, sino que, bajo tal postura, al sostener la inexistencia de un vínculo funcional entre Alberto Fujimori el objeto del delito, y su consecuente absolución se aprecia que, a juicio de la Corte, un sujeto que no reúne la condición especial exigida por el tipo penal no puede cometer el mismo. En tal sentido, este criterio se mantiene en la línea de Jakobs, la cual se centra en la exclusividad del deber personal y la imposibilidad de extensión de la responsabilidad penal a quienes carecen de dicho vínculo funcional.

#### *2.2.2. Casación N° 1500-2017 Huancavelica*

Respecto a los hechos sobre los cuales versa la Casación N° 1500-2017 Huancavelica, se atribuyó responsabilidad penal al imputado Alvar Capcha Ortiz, gerente municipal de la Municipalidad Provincial de Angares, quien había autorizado indebidamente la entrega de fondos a favor del gerente de servicios públicos y administración tributaria, Milton Monge Donaires, quien posteriormente se apropió del dinero asignado mediante un plan de mantenimiento inexistente.

Si bien en instancias previas se declaró el sobreseimiento por considerar que Capcha Ortiz no tenía una relación funcional específica con los bienes públicos, la Corte Suprema revocó dicha decisión y reconoció la existencia de una vinculación funcional relevante. En tal sentido, se destacó que en el marco de la Administración Pública, caracterizada por la jerarquía y la división del trabajo, pueden existir varios funcionarios con disponibilidad jurídica concurrente sobre los mismos caudales públicos. No obstante, se adhiere a la línea jakobsiana según la cual cuando cada uno incumple su deber, es posible hablar de autoría paralela, implícitamente rechazando la posibilidad de coautoría en este tipo de delitos.

En relación con la acreditación del vínculo funcional, la Corte precisó que el elemento “por razón del cargo” no se limita a la tenencia física de los caudales públicos, sino que abarca la disponibilidad jurídica que deriva del deber institucional de administración, control o fiscalización. En el caso concreto, dicha vinculación se acreditó mediante el ROF de la municipalidad, que asignaba al gerente municipal la responsabilidad de supervisar y autorizar el uso de los recursos públicos.

Es así que la Corte enfatizó que el gerente municipal no solo omitió su deber de control y fiscalización, sino que además ordenó la entrega del dinero público bajo su administración, generando con ello un riesgo penalmente desaprobado que permitió la apropiación. En otras palabras, el procesado Capcha Ortiz no solo aprobó la resolución y el memorando que habilitaron los fondos, sino que además firmó el cheque que permitió la disposición del dinero, evidenciando así una intervención directa en la cadena funcional de custodia del bien, siendo esta última la que constituye objeto central para la acreditación de la vinculación funcional en el presente caso a juicio de la Corte.

### *2.2.3. Casación 1749-2018 Cañete*

En este caso, el imputado Javier Jesús Alvarado Gonzales, en su calidad de alcalde de Cañete y presidente del Comité FINVER, designó como firmantes de la cuenta bancaria del fondo a su gerente municipal y al gerente de Administración y Finanzas.

Durante su gestión (2007-2010), se transfirieron irregularmente más de cinco millones de soles de fondos municipales a una cuenta del Banco Continental, desde la cual se giraron más de ciento sesenta cheques -la mayoría sin sustento-, ocasionando un perjuicio superior a cuatro millones de soles. A pesar de haber cesado uno de los funcionarios autorizados, el alcalde no comunicó al banco su remoción ni revocó sus facultades de firma, lo que permitió que este continuara disponiendo de los fondos públicos.

Frente a estos hechos, la Corte Suprema centró su análisis en determinar si el imputado, como alcalde, poseía la vinculación funcional exigida por el tipo penal y, por ende, si podía ser considerado autor o partícipe en el delito de peculado. En esa línea, la Corte reafirmó que no basta ostentar la condición de funcionario

público, sino que se requiere una relación funcional concreta con los bienes objeto de delito, la cual puede derivarse de las funciones de administración, percepción o custodia que la ley o los reglamentos atribuyan. En el caso concreto, dicha vinculación se acreditó en el Decreto Ley N.º 22831, que asigna al alcalde la función de presidente del Comité Directivo del FINVER, con responsabilidad directa en la administración de sus recursos.

Bajo este razonamiento, la Corte concluyó que el alcalde no actuó como cómplice, sino como autor del delito de peculado doloso por apropiación, en tanto su omisión dolosa permitió la apropiación de los caudales públicos. El funcionario, en su posición de garante, tenía la obligación de evitar el resultado lesivo y, al no hacerlo, realizó el tipo penal por omisión impropia, equivalente funcionalmente a una apropiación activa.

En consecuencia, esta sentencia amplía el entendimiento del elemento “por razón del cargo”, al reconocer que la vinculación funcional puede fundarse en deberes de control y supervisión que posee en calidad de presidente de los fondos, y consolida la aplicación de la teoría de la infracción de deber en el ámbito de la responsabilidad penal de superiores jerárquicos. Por otra parte, cabe señalar que, en cuanto a la teoría de los delitos de infracción de deber, se acoge a la línea jakobsiana en cuanto niega la posibilidad de imputar coautoría en este tipo de delitos, de manera similar al Recurso de Nulidad N° 615-2015.

#### *2.2.4. Recurso de Nulidad 1201-2017 Áncash*

En este pronunciamiento se analiza la responsabilidad penal del ex alcalde César Alcides Villavicencio Asencios, acusado de haber permitido la entrega irregular de fondos municipales mediante un proceso simulado de contratación y de la salida de caudales sin sustento.

De esta manera, una vez más, reiterando que no se requiere de contacto físico o material con los bienes públicos para acreditar el vínculo funcional a efectos del delito de peculado, la Corte señala que basta la disponibilidad jurídica derivada de las competencias funcionales específicas del cargo. En el caso de los alcaldes, esta disponibilidad se fundamenta en la Ley Orgánica de Municipalidades, cuyas disposiciones reconocen al alcalde como la máxima autoridad administrativa y titular del pliego presupuestario. En virtud de este rol,

el alcalde posee un deber especial de vigilancia y administración de los recursos municipales, cuya infracción puede generar responsabilidad penal por peculado.

La Corte concluye que el deber funcional del alcalde nace de su posición institucional como garante de la integridad del patrimonio municipal, y que su posibilidad de disponer de los caudales públicos lo convierte en un administrador especial del patrimonio estatal. Por lo tanto, bajo tal concepción, si un alcalde dispone de recursos o permite su desvío, incurre en una infracción de deber.

Por otra parte, el fallo enfatiza que la vinculación funcional no depende de instrumentos como el ROF o el MOF de la entidad, sino del marco legal que regula las competencias inherentes al cargo público. De esta manera, incluso en ausencia de estos instrumentos normativos que describan expresamente sus deberes, el alcalde sigue siendo penalmente responsable por la administración del presupuesto municipal, pues su deber de tutela deriva de su condición jerárquica y su posición de garante frente al bien jurídico protegido: el adecuado funcionamiento de la administración pública.

En conjunto, los pronunciamientos analizados permiten advertir una evolución significativa en la jurisprudencia penal peruana respecto al elemento “por razón del cargo” y la aplicación de la teoría de la infracción de deber en el delito de peculado.

La Corte Suprema ha reafirmado que la vinculación funcional depende únicamente de la disponibilidad jurídica derivada de la competencia institucional que asigna al funcionario deberes de administración, vigilancia o custodia. Bajo esta óptica, el fundamento de la autoría radica en la posición de garante que el agente ocupa dentro de la estructura administrativa.

Aun así, de lo expuesto hasta aquí, se tiene que los pronunciamientos analizados permiten advertir una evolución significativa, pero no siempre lineal, en la jurisprudencia penal peruana respecto vínculo funcional exigido por el tipo penal y la aplicación de la teoría de la infracción de deber en el delito de peculado. La Corte Suprema ha reafirmado que la vinculación funcional depende de la disponibilidad jurídica derivada del cargo, ya sea fundada en normas orgánicas (como en la Casación 1500-2017 Huancavelica o la Casación 1749-2018 Cañete) o en reglamentos específicos (como en la Casación 1500-2017 Áncash).

Esta línea marca una diferencia con pronunciamientos como el Recurso de Nulidad 615-2015 Lima, donde se adoptó una interpretación más estricta que señalaba que este elemento solo era susceptible de verificarse mediante instrumentos sectoriales como el ROF o MOF.

Sin embargo, la determinación del elemento “por razón del cargo” no puede reducirse a una revisión formal de competencias, sino que exige identificar el deber extrapenal que subyace a la función pública y que define la posición de garante del funcionario frente al patrimonio estatal. Para ello, es menester recordar que el peculado se configura a partir de la infracción de un deber previo, derivado del rol del funcionario o servidor público que posee una disponibilidad jurídica sobre los bienes públicos en razón de las funciones de supervisión o gestión que tenga asignadas extrapenalmente. Teniendo en cuenta ello, será posible proponer una interpretación coherente del elemento “por razón del cargo”, lo cual es el propósito del siguiente apartado.

### **PROPUESTA INTERPRETATIVA SOBRE EL ELEMENTO “POR RAZÓN DEL CARGO” Y EN CUESTIONES DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO**

El desarrollo previo ha permitido establecer dos ideas fundamentales: (i) el peculado es un delito de infracción de deber; y (ii) el elemento “por razón del cargo” es precisamente criterio normativo decisivo para delimitar la autoría y cómo se estructura la prohibición de disponer de caudales públicos.

Ahora bien, respecto a este vínculo funcional exigido, tal como se observó en los pronunciamientos evaluados, la Corte Suprema ha oscilado entre interpretaciones estrictas centradas en una competencia funcional directa (como el RN 615-2015 Lima) y criterios más amplios que reconocen deberes de control derivados de la posición jerárquica del funcionario (Casación 1500-2017 Huancavelica, Casación 1749-2018 Cañete y R.N. 1201-2017 Áncash).

Esta diversidad de criterios evidencia la necesidad de reconstruir el sentido dogmático del elemento “por razón del cargo”. Para ello, cabe reiterar una vez más que en los delitos de infracción de deber la autoría no depende del dominio del hecho entendido fácticamente, sino de la titularidad de un deber cuya

infracción convierte la omisión o acción del funcionario en una realización del tipo. En esa lógica, el rol del agente debe definirse funcionalmente, esto es, atendiendo a la finalidad institucional del cargo y a los deberes positivos que este genera.

La Corte Suprema ha reconocido explícitamente esta orientación teleológica en casos como la Casación 1500-2017 Huancavelica y la Casación 1749-2018 Cañete, en los cuales los involucrados poseían una responsabilidad de administración o supervisión (disponibilidad jurídica sobre los bienes públicos). De la misma manera, el R.N. 1201-2017 Áncash afirma que la imputación no depende de la presencia o ausencia de instrumentos como el ROF o MOF, sino del marco legal que confiere al alcalde una posición de garante del patrimonio municipal.

Bajo este panorama, si bien la Corte Suprema ha migrado correctamente de un criterio puramente formalista (circunscrito a instrumentos como el ROF/MOF) hacia la exigencia de una disponibilidad jurídica funcional, subsiste la ambigüedad sobre el fundamento de este vínculo. Para ofrecer una interpretación coherente y operativa, es indispensable retornar a la esencia dogmática del peculado: la autoría se da a partir de la infracción de un deber derivado de una posición de garante. El replanteamiento propuesto busca establecer cómo este deber define la vinculación funcional teleológica sin caer en una extensión indebida que lo confunda con la mera "ocasión del cargo".

Es así que, solo se podrá construir una interpretación coherente de este elemento típico del tipo penal para delimitar correctamente la autoría y distinguirla de las formas de participación si se tiene ambos ejes. Esta reconstrucción, además, permitirá resolver las tensiones interpretativas observadas en los pronunciamientos analizados y establecer criterios más claros para la imputación de responsabilidad penal.

#### Propuesta interpretativa: el vínculo funcional teleológico y el fundamento de la infracción de deber

La correcta configuración del delito de peculado exige la superación de las ambigüedades jurisprudenciales y la adopción de un criterio dogmático que enlace la realidad institucional del funcionario con el fundamento de la autoría.

En este sentido, se propone que el elemento “por razón del cargo” debe interpretarse de forma teleológica, centrándose en el deber extrapenal de tutela que define la posición de garante del funcionario.

#### *¿Una vinculación formal estricta?*

La jurisprudencia de la Corte Suprema en el tratamiento del peculado ha mostrado una evolución significativa, transitando de la exigencia de una vinculación funcional estricta (basada en instrumentos como el ROF o MOF, como se evidenció en el R.N. 615-2015 Lima) a una noción más amplia y acorde a la disponibilidad jurídica que ya ha sido establecida en el Acuerdo Plenario 04-2005. Es así que, como se apreció en el R.N. 615-2015 Lima, se exigía que la atribución de administrar, custodiar o percibir los caudales estuviera taxativamente definida en documentos internos (ROF, MOF), negando la autoría a funcionarios de alto rango cuya competencia era genérica o superior (como fue el caso de Alberto Fujimori y los Diarios Chicha).

Sin embargo, la dependencia de los documentos internos genera una fragilidad dogmática. Esta interpretación es contraria a la propia naturaleza de la teoría de la infracción de deber como criterio diferenciador de intervención delictiva surgido para dar solución a problemas imprevistos por la teoría del dominio del hecho. En tal sentido, si el fundamento de la autoría en el peculado doloso es la infracción de un deber extrapenal de administración percepción o custodia, esta imputación no puede quedar condicionada al tipo de normativa que contenga este deber.

Una aproximación teleológica partiría por preguntarse si la persona que cometió el acto de apropiación o utilización es aquella sobre la cual se depositó una expectativa en razón de su rol, más allá de cuán específico sea el deber contemplado y en qué tipo de norma este se encuentre fijado. Ello permite trasladar el foco de la imputación a la esfera de competencia funcional del agente, entendida como el ámbito de facultades y deberes que generan la posición de garante frente al bien jurídico.

#### *¿Una vinculación formal estricta?*

El criterio teleológico busca identificar cuál es la finalidad del deber que se ha asignado al funcionario extrapenalmente. Para efectos del peculado, esta

finalidad es la administración, percepción o custodia de los bienes públicos y, por tanto, el vínculo se acredita si el funcionario o servidor público posee una posición que le otorga facultades jurídicas relevantes para decidir, controlar o evitar la disposición de los bienes públicos.

Esta interpretación se alinea con la línea jurisprudencial que reconoce la responsabilidad penal en funcionarios de alto nivel (como alcaldes -R.N. 1201-2017 Áncash- o por su rol de presidente de un comité y, por tanto, manteniendo deberes de supervisión - Casación N° 1749-2018 Cañete-). En estos casos, la autoría se fundamenta en el incumplimiento del deber de vigilancia y control derivado de una posición de superior jerárquico y titular del pliego.

Por ello, la disponibilidad jurídica debe entenderse en un sentido funcional y dinámico, de modo que abarque no solo las facultades expresas de manejo de dinero, sino también los deberes implícitos o derivados de la jerarquía que le otorgan al funcionario la capacidad de influir decisivamente en la disposición del bien. En tal sentido, cabría señalar que el elemento “por razón del cargo” puede derivarse de tres fuentes:

- Deberes directos; Funciones de manejo material o administración, percepción o custodia directa del bien.
- Deberes jerárquicos: Funciones que otorgan a los superiores jerárquicos la facultad de supervisar y controlar el uso de los bienes públicos, en especial siendo el titular del pliego o la máxima autoridad administrativa como en los casos R.N. 1201-2017 Áncash y Casación N° 1749-2018 Cañete. En estos casos, de no acreditarse conductas activas, es posible la imputación de comisión por omisión (Montoya, 2014, p. 638-639)
- Deberes implícitos; Derivados de normativa superior que confiere responsabilidad ineludible sobre el patrimonio público como en el Recurso de Nulidad 1201-2017 Áncash o incluso, de esta forma, podría afirmarse la posibilidad de imputación en el RN 615-2015 Lima.

En tal sentido, a partir de una interpretación teleológica del tipo penal y siguiendo la teoría de la infracción de deber actualizada de Claus Roxin, el elemento “por razón del cargo” no debe reducirse a un requisito formal, sino que entenderse como la manifestación normativa de una posición de garante. Es así que, el

fundamento de la responsabilidad no radica en la mera violación de una norma reglamentaria, sino en la infracción de un deber de custodia, control o protección derivado del rol que el funcionario desempeña dentro de la Administración Pública.

### 3.2. Autoría y participación: toma de postura a favor de la tesis de Claus Roxin

#### *3.2.1. Afectación o puesta en peligro del bien jurídico como fundamento de responsabilidad*

El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano establece que solo son punibles las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos protegidos por la ley, consagrando así el principio de lesividad como pilar del Derecho Penal. Este principio cumple una función doble: legitima el ejercicio del poder punitivo y orienta la interpretación de los tipos penales de la parte especial, impidiendo que la responsabilidad penal se funde en la mera desobediencia o en la infracción de deberes formales (como esboza la línea jakobsiana).

El Tribunal Constitucional, en la sentencia N.º 00012-2006-PI/TC, ha ratificado esta orientación al afirmar que el Derecho Penal solo puede intervenir frente a conductas que lesionen bienes constitucionalmente relevantes que garanticen las condiciones del libre desarrollo del individuo. De ello se deriva que el fundamento de la responsabilidad penal no puede reducirse a la violación de una norma institucional o a la pérdida de confianza funcional, sino a la afectación concreta de una realidad socialmente valiosa, vinculada a los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, la teoría de Roxin ofrece un marco de interpretación más acorde con el principio de lesividad, pues señala que la infracción de deber no constituye el fundamento del injusto penal -como sí lo hace la postura jakobsiana-, sino únicamente un criterio de delimitación de la autoría. De tal manera, el injusto se fundamenta en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

En cambio, la concepción institucional defendida por Jakobs y asumida por buena parte de la jurisprudencia nacional (como el R.N N.º 615-2015-Lima o la Casación N.º 1749-2018-Cañete) desplaza el foco hacia la mera infracción del deber, entendiendo el Derecho Penal como un sistema de aseguramiento de la

vigencia normativa (Schunemann, 2018, pp. 99-100). Esta posición convierte la infracción del deber en el centro del injusto, lo que resulta incompatible con el principio de lesividad que rige el Derecho Penal peruano.

### 3.2.2. Coautoría

En pronunciamientos como el Recurso de Nulidad N.º 615-2015-Lima, la Casación N.º 1749-2018-Cañete y la Casación N.º 1500-2017-Huancavelica, la Corte Suprema ha sostenido que los delitos de infracción de deber -como el peculado- solo admiten autoría paralela, pues cada funcionario respondería exclusivamente por la infracción del deber derivado de su propio cargo.

Esta postura -que remite a una concepción jakobsiana del Derecho Penal- concibe, como se advirtió en el sub apartado precedente, al injusto como infracción de expectativas normativas, no como lesión de bienes jurídicos. En consecuencia, el fundamento de la responsabilidad se traslada de la afectación del bien jurídico a la mera infracción del rol funcional.

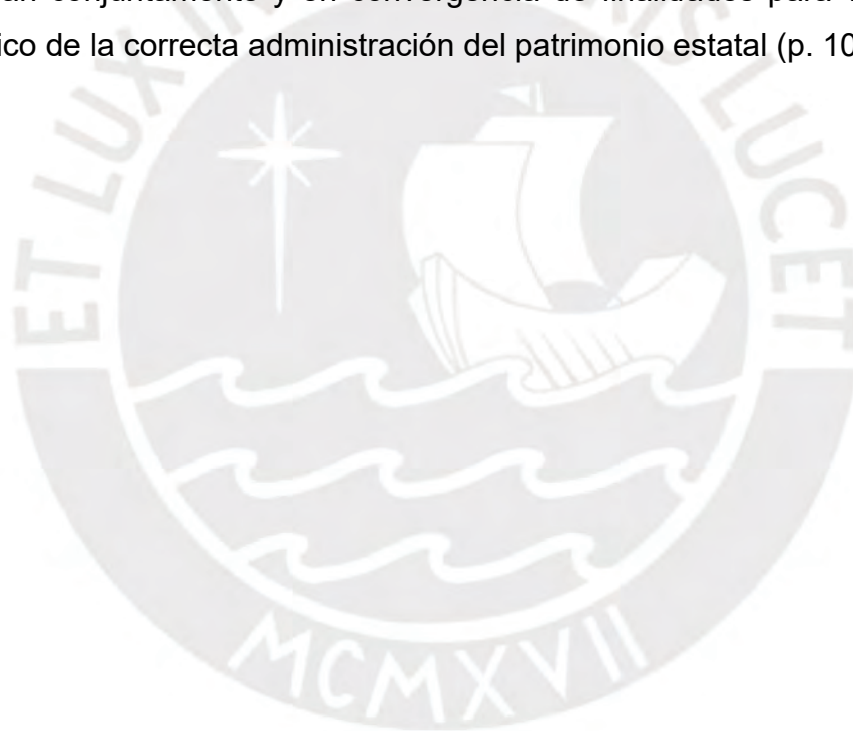
No obstante, si se parte —como aquí se sostiene— de una fundamentación roxiniana del Derecho Penal, centrada en la protección de bienes jurídicos y no en la vigencia de normas, la conclusión cambia radicalmente. En este modelo, la infracción de deber no es el fundamento del injusto, sino un criterio de imputación de la autoría en delitos de estructura institucional. Por tanto, cuando varios sujetos titulares de deberes específicos actúan concertadamente para lesionar el bien jurídico, su actuación puede configurar coautoría, siempre que infrinjan de manera conjunta un deber funcional común.

En esa misma línea, Pariona (2021, pp. 30-31) sostiene que la coautoría resulta plenamente compatible con los delitos de infracción de deber, en tanto se sustenta en la estructura normativa de la comisión conjunta prevista en el artículo 23 del Código Penal. En estos casos, la imputación no se basa en el dominio del hecho, sino en la infracción conjunta de un deber especial común, de modo que solo estos podrán ser coautores y quienes carezcan del deber y realicen aportes al hecho serán partícipes.

Pariona (2021) ejemplifica este razonamiento con los miembros de un tribunal que, en virtud de un plan común, dictan una sentencia prevaricadora: allí la coautoría surge porque todos infringen de manera conjunta el deber especial de

impartir justicia conforme a Derecho y, en esa línea, la autoría paralela no sería admisible, pues esta se encuentra pensada para aquellos casos en los que los comportamientos ilícitos coinciden casualmente, sin conocimiento ni acuerdo entre los intervinientes, situación que no se presenta en los delitos de infracción de deber cometidos de forma concertada (p. 31).

De modo semejante, Schünemann (2018) ha criticado que en el caso del Recurso de Nulidad N.º 615-2015-Lima, la Corte Suprema negara la coautoría de Alberto Fujimori con los funcionarios del SIN, pese a que existió una coordinación funcional orientada a la disposición ilícita de fondos públicos. Para este autor, nada impide afirmar la coautoría cuando varios titulares de deberes específicos -como el Presidente y Vladimiro Montesinos como jefe de facto del SIN- actúan conjuntamente y en convergencia de finalidades para vulnerar el bien jurídico de la correcta administración del patrimonio estatal (p. 106).



## CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

En conclusión, el análisis desarrollado permite afirmar que el peculado es un delito de infracción de deber cuyo fundamento de autoría radica en la titularidad del deber extrapenal un deber de administración, percepción o custodia, ya sea este directo, jerárquico o implícito.

De esta manera, cabe señalar que el elemento “por razón del cargo” debe interpretarse desde una perspectiva teleológica, atendiendo a la finalidad institucional del rol que desempeña el funcionario y no a criterios meramente formalistas y estrictos. En tal sentido, la autoría no se ve restringida a una facultad administrativa específica, pues debe valorarse en realidad al ordenamiento en su conjunto y a si este confiere una posición de garante al agente en la estructura del Estado. Ello permite superar las limitaciones jurisprudenciales que, como en el R.N. 615-2015 Lima, redujeron indebidamente la autoría, desconociendo los deberes de supervisión y control que también generan disponibilidad jurídica y, por tanto, vínculo funcional a efectos del peculado.

Asimismo, a la luz de la teoría de los delitos de infracción de deber, se toma postura a favor de la línea doctrinaria esbozada por Claus Roxin. Esta propuesta -centrada en la lesividad del bien jurídico y no en la mera infracción normativa como fundamento de punibilidad- ofrece un fundamento más sólido para delimitar la autoría, la participación y las formas de intervención en el peculado y otros delitos de infracción de deber. De esta manera, es posible comprender que la infracción de deber no constituye el fundamento del injusto, sino un criterio diferenciador entre la figura central del injusto -el autor- que se encuentra especialmente vinculado por la protección del bien jurídico y otros intervinientes.

## BIBLIOGRAFÍA

Abanto Vásquez, M. (2003). Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano (segunda edición). Lima: Palestra Editores

Abanto Vásquez, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción de deber”. *Revista Penal*, 3-23. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/727188784/Abanto-Manuel-Autoria-y-participacion-y-la-teoria-de-los-delitos-de-infraccion-del-deber>

Caro John, J. A. (2006). Sobre la autoría en el delito de infracción de deber. *derecho Penal Y Criminología*, 27(80), 91–110. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derabanpen/article/view/995>

Chanjan Documet, R., Quispe Meza, D., Puchuri Torres, F. C., Guevara Valera, M., Cano Tacza, K., & Borjas Torres, P. (2019). El delito de peculado y la apropiación de “gastos de representación” congresales. *IUS ET VERITAS*, (59), 276-287. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201902.018>

Chanjan Documet, R., Torres Pachas, D., & Gonzales Cieza, M. (2020). Claves para reconocer los principales delitos de corrupción. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wpcontent/uploads/2020/01/07145345/claves-corrupcion.pdf>

Montoya Vivanco, Y. (2014). Fundamento de la posición de garante del funcionario superior en los delitos contra la administración pública cometidos por sus subordinados. En Homenaje a Bernd Schunemann por su 70 aniversario. (pp. 605 - 642). LIMA. *Gaceta Penal*.

Montoya Vivanco, Y. (Coord.). (2015). Manual sobre Delitos contra la Administración Pública. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). Recuperado de: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobreDelitos-contra-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>

Navas, I. (2018). Deberes negativos y positivos en Derecho Penal. Sobre los deberes de solidaridad y cooperación en un Estado Liberal. Valencia: Tirant lo Blanch.

Pariona Arana, R. (2023). La asunción de la teoría de los delitos de infracción de deber y sus consecuencias en la jurisprudencia peruana. *Derecho & Sociedad*, (60), 1–34. <https://doi.org/10.18800/dys.202301.007>

Reátegui Sánchez, J. (2020). El peculado en la legislación penal peruana. *Ius Et Tribunalis*, 1(1). Recuperado de: <https://doi.org/10.18259/iet.2020006>

Rodriguez, Julio. (2015). Peculado por uso de mano de obra de funcionarios públicos: Su reconocimiento a través de la resolución de la sala permanente en la extradición activa 26-2015 (Caso Belaunde Lossio)

Rojas, F. (2000). Delitos contra la administración pública. Lima: Grijley.

Roxin, C. (2015). Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal (J. Cuello Contreras, Trad.). (2016). Editorial Marcial Pons.

Roxin, C. (2021). La teoría del delito en la discusión actual (M. Abanto Vásquez, Trad.). (2021). Editorial Instituto Pacífico S.A.C.

Salinas, R. (2014). Delitos contra la Administración Pública. Lima: Iustitia.

Salinas, R. (2021). Estado de la cuestión delitos funcionariales. Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios (35-163). Editorial Palestra Editores.

Sanchez Vera, J. (2002). Delito de infracción de deber y participación delictiva. Editorial Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A.

Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP*, (81), 93–112. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003>

Ugaz Sanchez-Moreno, J., & Ugaz Heudebert, F. (2017). Delitos económicos, contra la Administración Pública y Criminalidad Organizada. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial PUCP. Recuperado de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/items/44bb340e-0033-47c0-be9d-8fe805bdae2b>

## FUENTES LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Código Penal Peruano 1991

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2005). Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, Definición y Estructura Típica del Delito de Peculado. 30 de septiembre de 2005. Recuperado de:

[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fde365004075bb27b78ff799ab657107/https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fde365004075bb27b78ff799ab657107/acuerdo\\_plenario\\_04-2005\\_CJ\\_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fde365004075bb27b78ff799ab657107](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fde365004075bb27b78ff799ab657107/https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fde365004075bb27b78ff799ab657107/acuerdo_plenario_04-2005_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fde365004075bb27b78ff799ab657107)

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2016). Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad N° 615-2015 Lima. Recuperado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/05/R.N.-615-2015-Lima.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2017). Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad N° 1201-2017 Lima. Recuperado de: [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/05/R.N.-1201-2017-%C3%81ncash-Legis.pe\\_-1.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/05/R.N.-1201-2017-%C3%81ncash-Legis.pe_-1.pdf)

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2019). Sala Penal Permanente. Casación N° 1500-2017 Lima. Recuperado de: [https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/05/Cas.-1500-2017-Huancavelica-Legis.pe\\_.pdf](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/05/Cas.-1500-2017-Huancavelica-Legis.pe_.pdf)

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (2020). Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad N° 1749-2018 Lima. Recuperado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/10/Casaci%C3%B3n-1749-2018-Ca%C3%B1ete-LP.pdf>

