

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

Criterios para la determinación de responsabilidad penal para casos de intervención plural de funcionarios en los delitos de peculado y malversación

Trabajo Académico para optar el Título de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

AUTOR:

ANHELO SAMIR BARRENECHEA SANCHEZ

ASESOR:

RAFAEL HERNANDO CHANJAN DOCUMET

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20132846

2020

Resumen

Los delitos de peculado y de malversación, son delitos que requieren una calidad especial en el sujeto activo, así se hace referencia a que debe existir una relación funcional del servidor público con los bienes implicados. No obstante, en la práctica no nos vamos a encontrar siempre con un solo funcionario relacionado con los bienes públicos, sino que en ocasiones serán dos o más los funcionarios relacionados. Estos casos especiales, pueden ser considerados entonces como supuestos de correlación funcional y merecen un análisis particular a efectos de poder determinar las variaciones que pueden surgir al momento de atribuir responsabilidad penal.

Es por ello que el presente artículo tiene por finalidad identificar las dinámicas de correlación funcional que pueden operar en los delitos de peculado y malversación y evidenciar algunos aspectos que pueden surgir en el ámbito de la autoría y participación.

Para ello, el artículo parte por mencionar cuál es la regulación actual que tienen los delitos de peculado y malversación en nuestro ordenamiento jurídico, asimismo, expone las teorías más empleadas que buscan explicar la naturaleza de estos delitos.

Posteriormente, plantea aquellos supuestos de co-relación funcional que pueden surgir tanto desde un plano horizontal como vertical, para finalmente resolver problemas de determinación de responsabilidad penal, así como de autoría y participación. Cabe mencionar que las respuestas a estos distintos problemas varían también en caso se traten de modalidades comisivas u omisivas.

Finalmente, se llega a considerar que los problemas mayores problemas surgen en el ámbito de las omisiones, y la atribución de responsabilidad al funcionario omitente, debe aceptar ciertos matices. Es decir, no debe pensarse desde un plano dual, en sentido de que, si el funcionario es o no responsable, sino que puede existir una tercera vía en la que el resultado lesivo le sea imputado, aunque de manera atenuada.

Índice analítico

Introducción	4
1. Los delitos de peculado y malversación	5
1.1. El delito de peculado.....	5
1.1.1. Elementos	5
1.2. El delito de malversación	11
1.2.1. Elementos	11
2. Teorías que explican la naturaleza de los delitos de peculado y malversación	13
2.1 Las teorías que consideran a los delitos de peculado y malversación como <i>delitos de infracción de deber</i>	13
2.1.1 La teoría de la infracción de deber de Claus Roxin	13
2.1.2. La teoría de los delitos de infracción de deber de Jakobs y Sanchez-Vera	15
2.1.3 La teoría de los delitos de infracción de deber intermedia	16
2.2 Las teorías que consideran a los delitos de peculado y malversación como <i>delitos especiales</i>	16
2.2.1 La teoría simple o formal de los delitos especiales	16
2.2.2. Las teorías de la posición especial	16
3. Abordaje de los supuestos de correlación funcional	18
3.1. Supuestos de correlación funcional	18
3.1.1 <i>Correlación funcional</i> en el delito de peculado	18
3.1.2 <i>Correlación funcional</i> en el delito de malversación	19
3.2. Determinación de responsabilidad penal y autoría en función de las teorías expuestas	19
3.2.1 Análisis respecto de las modalidades comisivas	20
3.2.2 Análisis respecto de las modalidades omisivas	20
4. Conclusiones	27
5. Bibliografía	28

Introducción

Los delitos de peculado y malversación son delitos que no pueden ser cometidos por cualquier funcionario público, sino que se requiere además la existencia de una relación funcional entre estos y los recursos públicos. Estas relaciones pueden ser de tres tipos para el delito de peculado o de un solo tipo para el delito de malversación y si bien la descripción típica pareciera hacer alusión a que un solo funcionario tendrá estas relaciones, la práctica demuestra que no siempre nos encontraremos ante un único funcionario público.

Ello puesto que ambos delitos implican la gestión de recursos públicos, que, dada su gran importancia, puede exigir que en determinados casos estos no le sean confiados a un único funcionario público sino a varios. Ello revela que existirán supuestos en los cuáles intervengan múltiples funcionarios públicos respecto de determinados bienes y en consecuencia que puedan ser múltiples los funcionarios implicados en actos de corrupción.

En este sentido, resulta fundamental poder saber cuáles serían los criterios para la determinación de responsabilidad penal de todos estos funcionarios y bajo qué título de imputación. Cabe señalar que la respuesta que deban dar los operadores jurídicos ante estos casos, no será la misma, sino que dependerá en gran medida de la teoría de la que se parta.

El presente informe tiene por finalidad en tal sentido, responder a estas interrogantes a partir de las distintas teorías que se han esbozado para explicar la naturaleza de los delitos de peculado y malversación. Para ello, partiré por presentar la regulación vigente de ambos delitos, explicando sus principales elementos; luego de ello, desarrollaré brevemente las teorías más seguidas en la actualidad que buscan explicar la naturaleza de estos delitos. Finalmente, haré referencia a los tipos de casos en los que más de un funcionario público interviene en la gestión del patrimonio público, casos que denominaré como de *correlación funcional*, a partir de los cuales expondré algunos criterios para la determinación de responsabilidad penal y determinación del título de imputación para los intervinientes.

1. Los delitos de peculado y malversación

1.1. El delito de peculado

El artículo 387° de nuestro Código Penal regula el delito de peculado, estableciendo en el primer párrafo, la modalidad dolosa de este delito, así como las circunstancias agravantes en el segundo y tercer párrafo, en los términos siguientes:

“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, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.”

1.1.1 Elementos

a. Bien Jurídico protegido

Para poder aproximarnos de manera adecuada al estudio de dicho tipo penal debemos partir por definir aquel elemento que constituye el presupuesto de todo delito y que se denomina bien jurídico. Al respecto, debe entenderse como bien jurídico aquella condición imprescindible para el desarrollo libre de todos quienes convivimos en sociedad¹. Todo tipo penal debe poder remitirse a la protección de un bien jurídico, en virtud del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, dado que la finalidad de dicha norma penal incide de manera negativa en la libertad de las personas,

Ahora bien, en cuanto al bien jurídico protegido por el delito de peculado, debemos considerar que existen distintas posiciones en cuanto a su contenido. En primer lugar, se señala que el bien jurídico de este delito es el normal funcionamiento de la

¹ MENDEZ, Iván. Lecciones de Derecho Penal-Parte General. Teoría jurídica del delito. Fondo editorial PUCP. Lima, 2014. pp. 32-33.

administración pública², es decir, no se reconoce la existencia de un bien jurídico específico distinto al señalado, que es compartido por todos los demás delitos contra la administración pública.

Según otra posición denominada patrimonialista, se entiende que aquello que la norma busca proteger es el patrimonio del Estado, por lo que la única diferencia respecto de otros delitos patrimoniales radica únicamente en quien ostenta la titularidad de los bienes. Esta posición se afirma con mayor fuerza en aquellos ordenamientos que no cuentan con una regulación autónoma de este delito, sino que cuentan dicho supuesto como una circunstancia agravante de los delitos de apropiación y administración desleal de negocios ajenos³.

Por otro lado, una posición distinta sostiene que el bien jurídico protegido radica en garantizar el cumplimiento de los deberes especiales derivados del cargo que ocupan los funcionarios públicos. En consecuencia, el bien jurídico consistiría en la observancia del denominado "*deber de fidelidad o lealtad que tiene el funcionario para con la administración pública*"⁴.

También existe una posición, que en nuestro medio lo adopta la doctrina mayoritaria, que conjuga las dos posiciones mencionadas previamente, en tal sentido, se entiende que el delito de peculado es un delito pluriofensivo. Dicha pluriofensividad consiste, por un lado, en la lesión del patrimonio público, pero que ocurre como consecuencia de la infracción del deber derivado del cargo⁵, es decir, el bien jurídico "*se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal*". Esta posición ha sido adoptada en nuestra jurisprudencia y en términos similares se expresa en el Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116 que además le otorgó la calidad de doctrina legal⁶.

Por último, existe una teoría mucho más reciente que concibe al bien jurídico desde una perspectiva patrimonial-funcional, según la cual, el patrimonio público merece protección solo en cuanto ello le permite a la administración alcanzar sus fines prestacionales, dicho de otro modo, "*servir los intereses generales de la sociedad*"⁷. En tal sentido, el énfasis no se ubica a nivel de los deberes funcionariales ni el solo patrimonio público, sino en garantizar que el patrimonio público sea gestionado adecuadamente⁸.

Particularmente, considero que esta última posición es la más adecuada, en tanto reconoce que los delitos no deben ser considerados como meras infracciones

² SANCHEZ MORENO, José y Francisco UGAZ HEUDEBERT. Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada. Fondo Editorial PUCP. Lima: 2017. pp.135.

³ ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Bosch:Barcelona, 1999. p. 32. Citado por CHANJAN DOCUMET, Rafael. En *La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso*. Tesis para optar por el título de abogado. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp.35.

⁴ BRUNONI, Nivaldo. Malversación y peculado análisis comparativo entre las legislaciones española y brasileña. Tesis para optar por el grado de doctor en Derecho. Universidad Autónoma de Madrid. 2009, pp.48.

⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Editorial Grijley. Lima: 2009, pp. 340

⁶ Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116. Fundamento Jurídico 6.

⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, pp. 334.

⁸ ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Bosch: Barcelona, 1999. pp. 162.

normativas y cuyo propósito es proteger el cumplimiento de deberes, sino aquello que resulta de suma trascendencia para nuestra sociedad.

b. Sujeto activo

Es necesario considerar que el delito de peculado no puede ser cometido por cualquier persona, sino solo por aquel servidor público que tenga *por razón de su cargo*, las funciones de percepción, administración o custodia de los caudales o efectos.

En primer lugar, en cuanto a la calidad de funcionario público, no es necesario que el sujeto cuente de manera estricta con las condiciones formales derivadas del concepto de funcionario público, pues lo trascendente es el ejercicio de funciones públicas⁹. Si bien es cierto que dicha amplitud en el concepto guarda correspondencia con el artículo 425° del Código Penal, y de los principales instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, debe entenderse la existencia de límites. Así, no puede considerarse como funcionario público sujeto activo del delito de peculado al “*detentor de hecho de caudales o efectos*” que tenga el control de facto no legitimado¹⁰.

Ahora bien, para poder determinar adecuadamente a quien puede ser considerado funcionario público, deben cumplirse dos elementos esenciales: i) incorporación heterónoma a la función pública que implica que el funcionario adquiere su vinculación con la función pública a través de un acto de selección, nombramiento o elección, y, ii) la posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público, que implica que no se requiere el ejercicio efectivo sino la sola posibilidad¹¹.

No obstante, lo señalado, no solo se requiere que el sujeto activo pueda ser considerado funcionario público, sino que además debe tener una relación funcional con los caudales o efectos, es decir, se requiere que además se le haya confiado la percepción, administración o custodia por razón de su cargo¹². Si este requisito no se cumple, el hecho será imputable “*a título de hurto o apropiación ilícita común, pero no de peculado*”¹³

En cuanto a la primera clase de relación funcional se encuentra la percepción, que hace referencia a que el sujeto capta o recibe “*caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, etc.*”¹⁴. Es decir, lo relevante es que el sujeto admite dentro de su esfera organizacional aquellos bienes que integran el patrimonio del Estado¹⁵.

⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007. pp. 483.

¹⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007. pp. 480

¹¹ MONTOYA VIVANCO, Yvan. Manual sobre delitos contra la administración pública. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). 2015, pp.40.

¹² CHANJAN DOCUMET, Rafael y otros. Claves para reconocer los principales delitos de corrupción. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). 2020, pp. 14.

¹³ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007. pp. 484.

¹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007. pp. 488.

¹⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Editorial Grijley. Lima: 2009, pp. 328.

En segundo lugar, se encuentra la función de administración según la cual el funcionario o servidor ostenta facultades activas de manejo, conducción o gobierno, lo cual no necesariamente implica la tenencia o el contacto físico directo con los bienes, sino que el funcionario pueda disponer de estos¹⁶. En tal sentido, esta facultad implica la capacidad que tiene el funcionario para poder aplicar los caudales o efectos a las finalidades determinadas por la ley, todo ello en razón del cargo que ostenta¹⁷.

Finalmente, la tercera relación funcional es la de custodia, la cual se encuentra referida a la posesión directa que tiene el funcionario a quien además se le ha encargado la “*protección, conservación y vigilancia*”¹⁸ sobre los caudales o efectos. En atención a ello, se puede afirmar que en este caso especial, los deberes de garante del funcionario se acentúan, asimismo, para efectos de la calificación del sujeto activo, debe existir entre este y los recursos públicos una relación de custodia funcional, no siendo suficiente la “*custodia ocasional o coyuntural*”¹⁹.

c. Sujeto Pasivo

Por otro lado, en cuanto al sujeto pasivo del delito de peculado, es unánime en la doctrina afirmar que dicha posición la ocupa la Administración pública, en cualquiera de sus manifestaciones²⁰.

d. Conductas típicas

Ahora bien, en cuanto a las conductas típicas de peculado, la norma refiere que el sujeto activo se debe *apropiar o utilizar los caudales o efectos, para sí o para otro*, por lo que es necesario hacer referencia a cada uno de estos términos.

En cuanto a la conducta de apropiación, esta se configura en contraste con la noción de sustracción, es decir, mientras que esta última conducta implica alejar el patrimonio de la esfera de su titular, la apropiación supone que el sujeto ya cuenta con la posesión del bien²¹. En este sentido, se entiende que el funcionario no sustrae los bienes, sino que “*ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña*”²² aplicando solamente una disposición de los mismos como si fueran suyos.

Para poder determinar el momento en que ocurre el acto de apropiación, deben tenerse en cuenta dos aspectos, en primer lugar, i) la atribución del poder de disposición del sujeto como si fuese propietario, y, ii) la expropiación definitiva del bien hacia su titular²³. En cuanto al segundo elemento, resalta su carácter de permanencia en el tiempo y que

¹⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007.pp. 489.

¹⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Editorial Grijley. Lima: 2009, pp. 329.

¹⁸ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007.pp. 489.

¹⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Editorial Grijley. Lima: 2009, pp. 330

²⁰ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007.pp. 483.

²¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007.pp. 490.

²² SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Editorial Grijley. Lima: 2009, pp. 311.

²³ CHANJAN DOCUMET, Rafael. La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso. Tesis para optar por el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004, pp. 94.

ocurrirá cuando los caudales o efectos pierdan las funciones que eran relevantes para alcanzar los fines prestacionales de la administración²⁴.

Por otro lado, en cuanto a la conducta de utilización, a efectos de diferenciarla de la apropiación, se considera que ocurre cuando el funcionario se aprovecha de los bienes aunque carece del ánimo de apropiarse de estos²⁵. Adicionalmente se le suele incorporar un criterio de temporalidad, así el beneficio o provecho obtenido por el funcionario no es permanente sino por un período de tiempo²⁶. Los supuestos más comunes ocurren cuando el funcionario “*usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos*”²⁷.

Cabe resaltar que esta segunda modalidad, desde una perspectiva patrimonialista, implica un menor detrimento de los bienes frente a la apropiación, por lo que no respeta el principio de proporcionalidad el hecho de que se encuentren previstas las mismas penas.²⁸

Por otro lado, las conductas típicas de apropiación o utilización pueden ser *para sí* o *para otro*, lo cual implica en el primer caso, que el funcionario actúa por cuenta propia y busca obtener un provecho propio²⁹. En el segundo caso, en cambio, el funcionario procura beneficiar a una persona ajena a él, lo cual consigue con el “*traslado del bien de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero*”³⁰

Finalmente, las conductas antes descritas deben ser realizadas sobre los *caudales o efectos*, los cuales configuran el objeto material del delito de peculado.

En cuanto a los caudales, estos se entienden como todos aquellos bienes que cuentan con contenido económico que incluye el dinero, valores negociables, letras de pago, entre otros³¹. Algunos autores consideran que la norma penal ha optado por emplear un concepto amplio de caudales, siendo lo relevante que los bienes tengan valor económico, incluyendo de esta manera, también a los inmuebles³².

Por su parte los efectos se refieren a los “*objetos, documentos y símbolos con representación económica (estampillas, sellos, material simple de oficina, etc.)*”³³, en este sentido se entienden que abarcan a todos los demás bienes que no siendo caudales, tienen capacidad de poder ser introducidos en el tráfico jurídico. En virtud de esta última consideración, quedan excluidos los documentos contables de empresas

²⁴ CHANJAN DOCUMET, Rafael. La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso. Tesis para optar por el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004, pp. 101-102.

²⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007. pp. 491-492.

²⁶ CHANJAN DOCUMET, Rafael y otros. Claves para reconocer los principales delitos de corrupción. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). 2020, pp. 15

²⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Editorial Grijley. Lima: 2009, pp. 312.

²⁸ Ídem, pp. 491-492.

²⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007. pp. 494-495.

³⁰ Ídem, pp. 494-495.

³¹ Ídem, pp. 497-498.

³² SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Editorial Grijley. Lima: 2009, pp. 362-327.

³³ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007. pp. 498-499.

estatales, pues estos solo tienen valor para la propia empresa y no podría ser introducido al tráfico jurídico³⁴.

e. Elemento Subjetivo

El artículo 387° regula tanto la modalidad dolosa y culposa del delito de peculado, y si bien desde la teoría del delito la diferencia entre el tipo doloso y el tipo culposo de un delito especial radica a nivel de la imputación subjetiva, en el caso de peculado ocurre una situación particular.

En cuanto a lo primero, se entiende la configuración del delito de peculado doloso, cuando el agente realiza las conductas de apropiación o utilización de los caudales o efectos *“con conocimiento de que los bienes que se apropia y utiliza voluntariamente son de pertenencia pública”*³⁵. Existe discusión respecto de si cabe la existencia de dolo eventual o si acaso se requiere dolo directo, lo cual se desprende de la consideración de la existencia de un elemento subjetivo adicional al dolo consistente en el ánimo de lucro del funcionario. Este elemento subjetivo respondería al ánimo del agente a quien *“le guía, la intención o el móvil de engrosar su patrimonio o el de otro con el cual tiene nexos sentimentales o de parentesco, con los caudales o efectos que el Estado le ha confiado en razón del cargo que desempeña”*³⁶. En caso se considere la existencia del mencionado elemento, solamente podrá afirmarse que el dolo debe ser directo, por el contrario, de negarse su existencia, cabría la posibilidad de imputación por dolo eventual. Particularmente considero que no debe admitirse la existencia de un elemento subjetivo adicional al dolo, pues ello no se deriva de la norma y además porque supondría que en aquellos casos en los que no esté presente, no pueda imputarse a título de dolo, aun cuando el agente pudo actuar con conocimiento y afectó el patrimonio público.

Por su parte en cuanto a la modalidad culposa, la situación particular consiste en que la diferencia con la modalidad dolosa no solo ocurre en el ámbito subjetivo de la imputación, sino también en la configuración del riesgo típico. Así, este riesgo culposo se encuentra reducido a un caso específico que consiste en que el funcionario actúa imprudentemente (por comisión u omisión) ocasionando que un tercero se apropie de los bienes. De esta forma, queda excluido, por ejemplo, el supuesto en que el funcionario por su propia imprudencia, termina apropiándose de los bienes y disponiendo de ellos.

f. Circunstancias Agravantes

El delito de peculado expresa para la modalidad dolosa, dos circunstancias de agravación de la pena, mientras que reconoce una sola circunstancia para la modalidad culposa.

Resulta aplicable una primera circunstancia agravante cuando el monto de los recursos públicos excede las 10 Unidades Impositivas Tributarias, y la segunda circunstancia agravante, en caso los recursos públicos hayan tenido fines sociales o asistenciales. A tales efectos, se consideran fines asistenciales, aquellos programas temporales o campañas promovidas por el gobierno o por organismos nacionales o extranjeros y

³⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Editorial Grijley. Lima: 2009, pp. 327.

³⁵ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007. pp. 500.

³⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la administración pública. Editorial Grijley. Lima: 2009, pp.349

buscan satisfacer necesidades de la población³⁷. Por otro lado, los fines sociales hacen referencia a programas permanentes que cuentan con asignación presupuestal, como son los programas de salud, educación o vivienda³⁸.

Finalmente, respecto de la modalidad culposa, se encuentra prevista la misma circunstancia agravante para aquellos casos en los que los recursos públicos hayan sido destinados a programas sociales o asistenciales.

1.2. El delito de malversación

Este delito se encuentra previsto en el artículo 389° del Código Penal que establece lo siguiente:

“El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.”

1.2.1 Elementos

a. Bien Jurídico protegido

Aquello que pretende ser protegido mediante la tipificación del delito de malversación es la correcta y adecuada aplicación de los fondos públicos, es decir, *“se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio”*³⁹. En este sentido, se pretende que el gasto y empleo de los bienes y dinero público pueda tener una aplicación funcional a los intereses de la administración y que se encuentran predeterminados⁴⁰.

b. Sujeto activo

De manera similar a lo que ocurre en el ámbito del delito de peculado, el autor de este delito debe ser en primer lugar un funcionario, por lo que resulta necesario hacer una

³⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la administración pública. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007. pp. 508-509.

³⁸ Ídem, pp. 508-509

³⁹ Ídem, pp. 549-550.

⁴⁰ CHANJAN DOCUMET, Rafael y otros. Claves para reconocer los principales delitos de corrupción. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). 2020, pp. 21-22.

remisión a los dos presupuestos expresados previamente para la determinación del funcionario público a efectos penales.

Adicionalmente se requiere que este funcionario público deba tener facultades de disposición del dinero o de los bienes, cabe precisar que la facultad de disposición no implica necesariamente la posesión directa y material de los bienes, siendo lo relevante la existencia de disponibilidad jurídica⁴¹.

c. Sujeto pasivo

Se considera que el sujeto pasivo del delito de malversación es el Estado, dado que la conducta del sujeto activo implica una afectación del principio de legalidad presupuestal de la Administración Pública⁴².

d. Conductas típicas

El delito de malversación implica que el funcionario que ostenta una relación funcional de administración, da una aplicación definitiva diferente al dinero o bienes que administra, ello afectando la función primigenia a la que esos fueron encomendados. De ello se desprenden 3 elementos fundamentales para identificar las conductas típicas.

En primer lugar, es necesario hacer referencia al objeto material del delito que abarca a los conceptos de dinero y bienes. Respecto del primero, no existe mayor problema de identificación y respecto del segundo cabe mencionar que deben quedar comprendidos todos aquellos bienes *“de inminente connotación económica, esto es, que puedan ser cuantificados respecto a un valor económico determinado”*⁴³.

Por otro lado, respecto del objeto material identificado, el sujeto debe realizar una conducta consistente en darle una aplicación definitiva y diferente a la asignación primigenia. El que sea una aplicación definitiva, implica *“el consumo o la disminución de la idoneidad de los bienes para el destino público inicial”*⁴⁴. A su vez la aplicación diferente presupone que estos bienes deben encontrarse asignados a determinada finalidad sea por ley, decreto, reglamento o resolución de autoridad competente⁴⁵.

Finalmente, se requiere que dicha aplicación definitiva y diferente, tenga un impacto negativo respecto del servicio al que fueran asignados originalmente los bienes. De esta forma, *“la norma exige para la configuración del delito que exista un resultado o consecuencia delictiva producto de la conducta del agente que genere la afectación del servicio o la función encomendada”*⁴⁶.

e. Elemento Subjetivo

El delito de malversación es un delito doloso que no admite una modalidad culposa, en tal sentido, para la configuración el mismo tendrá que acreditarse el conocimiento y

⁴¹ Ídem, pp. 23

⁴² PARIONA, Raúl *El delito de malversación de fondos públicos: Consideraciones dogmáticas y político-criminales*. En Revista Derecho & Sociedad, número 52, junio de 2019, pp. 199.

⁴³ Ídem, pp. 200.

⁴⁴ Ídem, pp. 200-201.

⁴⁵ MONTOYA VIVANCO, Yvan. Manual sobre delitos contra la administración pública. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). 2015, pp. 117.

⁴⁶ ⁴⁶ PARIONA, Raúl *El delito de malversación de fondos públicos: Consideraciones dogmáticas y político-criminales*. En Revista Derecho & Sociedad, número 52, junio de 2019, pp. 201-202.

voluntad sobre la creación del riesgo típico. En buena cuenta, se requiere que el sujeto tenga el “*conocimiento del deber de probidad de administrar el dinero o bienes del Estado que en razón de su cargo le está conferido (...) y la intención de desviarlos o usarlos para fines distintos a lo establecido por ley*”⁴⁷. Es necesario mencionar que desde la teoría cognitiva del dolo o de la representación, resulta suficiente el conocimiento que tiene el sujeto respecto de la creación del riesgo para que se le pueda imputar el dolo⁴⁸.

f. Circunstancia Agravante

Finalmente, el delito de malversación reconoce una circunstancia agravante que fundamenta el incremento de pena y que resulta aplicable si es que el dinero o bienes implicados, tenían una finalidad social o asistencial.

2. Teorías que explican la naturaleza de los delitos de peculado y malversación

Como se pudo advertir en el apartado anterior, los delitos de peculado y malversación no pueden ser cometidos por cualquier persona, sino que existe una restricción en función del círculo de posibles autores. En primer lugar, para el delito de peculado, solo podrá ser autor aquel *funcionario público* que por razón de su cargo tenga las funciones de *percepción, administración y custodia* de los caudales y efectos y luego realice las conductas típicas descritas en la norma. Por su parte, solo podrá cometer el delito de malversación a título de autor, aquel *funcionario público* que, teniendo la facultad de *administración* sobre un monto dinerario o determinados bienes, les da una aplicación distinta a estos.

De lo reseñado, se extrae que el autor deberá primero ser *funcionario público* y luego debe tener dentro de sus atribuciones como funcionario, ciertas facultades señaladas en cada tipo penal.

En función de esta situación, se han elaborado distintas teorías que buscan aproximarse y explicar el fundamento por el cual no cualquiera puede cometer estos delitos, cada cual con sus propios postulados e implicancias dogmáticas.

De manera preliminar, estas teorías pueden dividirse en dos grandes grupos, por un lado, las teorías que se sostienen en la calificación de estos delitos como *delitos de infracción de deber*. Por otro lado, se encuentra un conjunto de teorías que se sostienen sobre la consideración de estos delitos como *delitos especiales*. Resulta oportuno mencionar que en cada uno de estos grupos existen teorías que no necesariamente coinciden en todas sus consideraciones.

2.1 Las teorías que consideran a los delitos de peculado y malversación como delitos de infracción de deber

2.1.1 La teoría de la infracción de deber de Claus Roxin

El profesor Claus Roxin consideraba que no cualquiera podía cometer este tipo de delitos, considerados como delitos especiales (*sonderdelikte*), así solo podía ser autor quien presentara una determinada cualidad (*Täterqualifikation*). No obstante, dado que

⁴⁷ Ídem, pp. 202.

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. Bosch, Barcelona, 1992,

dicha cualidad consistía siempre en una posición de deber extrapenal, era mejor referirse a estos delitos como *delitos de deber*⁴⁹.

En virtud de ello, Claus Roxin formuló una clasificación atendiendo a la forma de determinación de la autoría, así por un lado según su perspectiva, se pueden considerar dos clases de delitos, por un lado, los delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) y por el otro, los delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*)⁵⁰. Para el primer grupo, el criterio para la determinación de la autoría depende de cuestiones naturalísticas, así será autor quien tenga el dominio del hecho; en cambio, para la segunda teoría, solo podrá ser autor aquel sujeto que tenga un deber jurídico extrapenal, independientemente de quien domine el hecho, de esto último se deriva que, para esta segunda clases de delitos, quien tenga el deber especial siempre responderá a título de autor sin importar el grado de intervención en el hecho⁵¹.

Esta teoría resultó de suma importancia para el derecho penal y sobre todo para poder brindar una solución justa a los supuestos en que concurra un *instrumento doloso no cualificado*⁵², para los cuales la aplicación de la teoría del dominio del hecho significaba dejar vacíos de punibilidad. Así, por ejemplo, para un caso en que un funcionario público ordenara a un subordinado *extraneus* a que solicite el pago de un soborno, según la teoría del dominio del hecho, el autor debía ser el *extraneus* por el dominio naturalístico del hecho, por su parte el funcionario tendría que responder a título de cómplice. No obstante, no podría ocurrir ninguno de estos, primero porque el *extraneus* al no tener la calidad de funcionario público no podría ser autor, y segundo, el funcionario tampoco podría ser cómplice si es que antes no se cuenta con un autor (en virtud del principio de accesoriedad). De esta forma, si sólo contásemos con la teoría del dominio del hecho para poder determinar la autoría y participación, el caso planteado quedaría en total impunidad para ambos intervinientes. No obstante, con la teoría de los delitos de infracción de deber, se considera que solo el funcionario puede ser autor del delito toda vez que en el recae un deber jurídico extrapenal, por tanto, la infracción del mismo determinaría que siempre va a responder como autor, independientemente de si tuvo lugar su participación material en el evento delictivo. Por su parte, el *extraneus* responderá a título de cómplice y no como autor, en tanto en él no recae el deber especial.

Finalmente es oportuno mencionar que la primigenia teoría elaborada por el profesor Roxin fue objeto de varias críticas, entre ellas las más representativas son la siguientes: i) en primer lugar se objetó que la introducción de la teoría de los delitos de infracción de deber implicaba una bifurcación en los criterios para la determinación de la autoría y participación, puesto que ya para ciertos delitos debían aplicarse los criterios de la teoría del dominio del hecho y para otros, los criterios de la teoría de Roxin; ii) en segundo lugar, se objetó el hecho de que se considerase que los deberes especiales que

⁴⁹ Gomez Martin, Víctor "Los delitos especiales". Tesis para la obtención del grado de doctor en Derecho. Universidad de Barcelona. 2003, pp. 28.

⁵⁰ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, 7° ed., 2000, pp. 745.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 67. Esta comprensión del delito de peculado es compartida en nuestro medio por autores como ROJAS VARGAS, PARIONA ARANA, SALINAS SICCHA. Véase: ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. 4ta edición 2007. Grijley.; PARIONA ARANA, Raúl. *La teoría de los delitos de infracción de deber*. Gaceta Penal & Grijley. 2007. P. 190 y SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. 3ra edición. 2014. Grijley.

⁵² En estos casos, la única solución coherente desde la perspectiva de la teoría mayoritaria del dominio del hecho es la impunidad tanto del sujeto de delante como del de detrás. A falta del dominio del hecho, ni uno ni otro responderá, ni como autor ni como partícipe" (GOMEZ MARTÍN, lectura 67)

fundamentaban la atribución de la autoría, sean de naturaleza extrapenal, puesto que si en la doctrina se estimaba que el injusto de estos delitos tenía un carácter especial frente a los otros delitos comunes, no se concebía que la esencia pueda consistir en la infracción de un deber de naturaleza extrapenal y iii) por último, también se objetó que para la determinación de la autoría solo se considere la infracción del deber y se prescindiera de algún análisis respecto del grado de intervención en la realización del delito, así al parecer se confundió hecho de que solo el *intraanei* pueda ser autor, con que, todo *intraanei* deba ser siempre autor⁵³.

2.1.2. La teoría de los delitos de infracción de deber de Jakobs y Sanchez-Vera

La teoría de los delitos de infracción de deber, encontró una expansión más allá del ámbito de la sola determinación de la autoría, para llegar a fundamentar el propio contenido del injusto de estos delitos. Esta posición llegó de la mano de los profesores Jakobs y Sanchez-Vera, y a diferencia de lo señalado por Roxin, estos sí reconocían la coexistencia de los delitos especiales y los de infracción de deber, encontrándose la diferencia en que solo para los primeros, la restricción del círculo de autores posibles respondía a cuestiones distintas a la existencia de deberes especiales⁵⁴.

Por otro lado, para estos autores, la infracción del deber fundamentaba el injusto de estos delitos, así clasificaban la responsabilidad penal en dos ámbitos: i) en primer lugar la *responsabilidad penal por organización*, según la cual el fundamento de la punición radica en la puesta en riesgo de bienes jurídicos; y ii) la *responsabilidad penal por institución*, que partía del reconocimiento de instituciones prejurídicas o jurídico-positivas las cuales se veían lesionadas⁵⁵.

Esta posición también ha merecido serias críticas, en primer lugar, desde la teoría del bien jurídico y de la aplicación del principio de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos. Recordemos que a partir de estos principios se entiende como delito a todo comportamiento que implica una puesta en riesgo o lesión de bienes jurídicos, por lo que no cabe concebir a los delitos como meras infracciones de la norma penal. En este sentido, no puede considerarse que un hecho punible se ha cometido si es que no se ha realizado una conducta de riesgo prohibido para algún bien jurídico, independientemente de si dicha conducta implicó la infracción de determinados deberes, lo cual, en todo caso puede tener relevancia para otras áreas del Derecho.

Asimismo, se encuentra en discusión el hecho de que, según esta teoría, se considere que en los delitos de infracción de deber se estime como objeto de protección alguna institución sea esta prejurídica o jurídica. Ello puede quedar mucho más claro con el ejemplo del profesor Gómez Martín, quien nos expresa que cuando se sanciona a la madre que deja morir al hijo por inanición y no hace nada para evitar el resultado muerte, no se le sanciona porque no formó un lazo especial con su hijo, esto es, porque no respetó la institución prejurídica *madre*, sino porque la vida del hijo es la que se estima valiosa y por ello constituye el objeto de protección del tipo de homicidio⁵⁶.

⁵³ GOMEZ MARTÍN, Víctor. “Los delitos cometidos por autoridad o funcionario público como delitos especiales de posición institucional”. En Delitos contra la administración de justicia. Nelson Salazar Sánchez (coordinador). Lima: Idemsa. 2010, pp, 70-71.

⁵⁴ *Ibidem*. pp. 73.

⁵⁵ *Ídem*, pp. 73.

⁵⁶ “Si el legislador ha decidido proteger, por ejemplo, el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, ello no se debe, simplemente, a que pretenda obligar al sujeto a crear positivamente “un mundo en común” con los ciudadanos. Esto es, generar la expectativa de que,

2.1.3 La teoría de los delitos de infracción de deber intermedia.

Finalmente, es posible hablar de una posición que ha pretendido salvar las observaciones de ambas teorías y en nuestro medio es sostenida por el profesor Pariona Arana, para quien la teoría de la infracción del deber tiene una incidencia específica. En primer lugar, esta teoría solo puede servir como criterio para la determinación de la autoría más no del injusto penal, siendo que este último requerirá además la lesión o puesta en riesgo de algún bien jurídico penal⁵⁷. En segundo lugar, sostiene que el deber especial que fundamenta la autoría, no puede ser sino de naturaleza penal especial⁵⁸, dejando la idea primigenia que ubicaba a tales deberes en el ámbito extrapenal. Según dicho autor existe una autonomía del Derecho Penal para la configuración de sus conceptos jurídicos, así *“los conceptos provenientes de otros ámbitos jurídicos (donde se incluyen los deberes) no vinculan directamente al Derecho Penal, cuando no se han adecuados a su contenido y sentido.”*⁵⁹

2.2 Las teorías que consideran a los delitos de peculado y malversación como delitos especiales

Existe otro grupo de teorías que aborda esta clase de delitos y se centra en aquella característica de estos delitos que radica en que el círculo de posibles autores se encuentra reducido. Estas teorías si bien parten de la consideración de estos delitos como especiales, frente a los delitos comunes que pueden ser cometidos por cualquier persona, muestran ciertas diferencias en cuanto a aquello que debe ser considerado como central.

2.2.1 La teoría simple o formal de los delitos especiales

Una primera aproximación parte de consideraciones estrictamente formales lo que conlleva a la configuración de un modelo simple de definición⁶⁰. Así por ejemplo, según Jescheck y Weigend, es posible clasificar a los delitos dentro de 3 categorías, la primera de los delitos comunes, cuyo autor puede ser cualquiera, la segunda, de los delitos especiales que se subdividen en propios (solo pueden ser autores determinados sujetos) o impropios (entendiendo la circunstancia especial como criterio de agravación) y por último los delitos de propia mano (que requiere una realización personalísima por parte del autor)⁶¹. De ello se deriva que los delitos especiales derivan su naturaleza en función de la restricción que realiza la norma penal.

por ejemplo, las resoluciones judiciales serán dictadas correctamente. El correcto funcionamiento de la Administración de Justicia es importante para cualquier sistema social que pretenda desarrollarse con normalidad. Del mismo modo, si tiene sentido castigar con pena a la madre que deja morir de inanición a su hijo recién nacido, debe entenderse que ello no obedece, simplemente, a que la madre no haya fomentado positivamente la especial relación de solidaridad que le vincula a su hijo. La razón debe verse en la muerte de su hijo, y el hecho de que su vida constituye un bien merecedor de protección penal en cualquier sociedad imaginable.” GOMEZ MARTÍN, Víctor. “Los delitos cometidos por autoridad o funcionario público como delitos especiales de posición institucional”. En Delitos contra la administración de justicia. Nelson Salazar Sánchez (coordinador). Lima: Idemsa. 2010, pp. 75.

⁵⁷ PARIONA ARANA, Raul. La teoría de los delitos de infracción de deber. Lima: Gaceta Penal. pp. 74.

⁵⁸ Ídem, pp. 75

⁵⁹ Ídem, pp. 78.

⁶⁰ GOMEZ MARTÍN, Víctor. “Los delitos especiales”. Tesis para la obtención del grado de doctor en Derecho. Universidad de Barcelona. 2003, pp.49.

⁶¹ Ídem, pp. 18.

En similar sentido, Gimbernat sostiene que los delitos especiales son aquellos en los que “*no toda persona puede ser autor*”⁶².

Estas concepciones son consideradas formales o simples toda vez que presentan dos características: i) en primer lugar, consideran a los delitos especiales como aquellos en los cuales el círculo de posibles autores se encuentra restringido, y, ii) porque no explican cuál sería el fundamento en virtud del cual opera dicha restricción⁶³.

Otra teoría que surgió, fue planteada por Bindin y Nagler que, si bien procuraron ahondar un poco más en el fundamento de los delitos especiales, terminaron adoptando también una posición formal. Según estos autores, en los delitos especiales, los autores infringen una *norma especial*, las cuales no vinculan a cualquier persona sino solo a un conjunto determinado de destinatarios o *intraner*⁶⁴.

En síntesis, podríamos delimitar a estas teorías como aquellas que explican la naturaleza de los delitos especiales haciendo únicamente una remisión a la norma penal, en consecuencia, serán delitos especiales aquellos para los que el legislador ha restringido el círculo de posibles autores.

2.2.2. Las teorías de la posición especial

Estas objeciones respecto de la simplicidad de la conceptualización de los delitos especiales, llevó a que se elaboraran teorías más complejas como la teoría de la posición especial. Esta teoría busca reposicionar al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos dentro del debate para la determinación de la naturaleza de aquellos delitos sobre los cuales el legislador ha realizado una restricción en el círculo de posibles autores. De esta forma, se concibe que desde la perspectiva de un Derecho Penal en un Estado Social de Derecho, el círculo de posibles autores no puede desatender la función principal de proteger bienes jurídicos. En consecuencia, “*toda limitación legal arbitraria del círculo de posibles autores de un delito operada a partir de criterios desvinculados de la función de protección de bienes jurídicos resulta sencillamente ilegítima*”⁶⁵.

En este sentido, la restricción del círculo de autores atiende al hecho de que existe un ámbito de posición favorable de estos sujetos frente a determinados bienes jurídicos, es decir, son ellos quienes pueden “*incidir especialmente sobre aquéllos, en atención a la posición social que ocupen y la función social que desempeñen*”⁶⁶. Cabe mencionar que esta relación o posición especial del sujeto frente al bien jurídico implica una relación material y no solo formal con el bien jurídico y que a su vez se muestra respetuoso del principio de igualdad⁶⁷. Esto último ocurre puesto que, si bien solo los sujetos determinados en la norma penal van a poder cometer el delito a título de autores, este trato diferenciado frente a los demás se fundamenta no en un criterio arbitrario, sino en la constatación de la situación de ventaja en que se ubican tales sujetos frente al bien jurídico⁶⁸.

⁶² Gimbernat Ordeig, Enrique. , 1966, pp. 228.

⁶³ GOMEZ MARTÍN, Víctor. “Los delitos especiales”. Tesis para la obtención del grado de doctor en Derecho. Universidad de Barcelona. 2003, pp.20.

⁶⁴ Gomez Martin, Víctor “Los delitos especiales”. Tesis para la obtención del grado de doctor en Derecho. Universidad de Barcelona. 2003, pp. 59.

⁶⁵ Ídem, pp. 78.

⁶⁶ Ídem, pp. 78.

⁶⁷ Ídem, pp. 79-80.

⁶⁸ Ídem, pp. 79-80.

Esta posición ha sido reinterpretada por el profesor SCHÜNEMANN para quien la mayoría de delitos especiales son en realidad delitos especiales de garante, en los cuales se fundamenta el injusto en atención a la protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o al control de una fuente de peligro⁶⁹.

De esta forma interpretando ambas posturas, podría decirse que, según las teorías de la posición especial, si bien se parte de la constatación de que el círculo de autores se encuentra restringido por la norma, se entiende que el fundamento radica en que tales sujetos se encuentran en una situación de ventaja respecto de los bienes jurídicos.

3. Abordaje de los supuestos de correlación funcional

Habiendo abordado la tipificación de los delitos de peculado y malversación en nuestro ordenamiento jurídico, así como las teorías que han pretendido explicar la naturaleza de estos delitos, es necesario abordar algunas cuestiones que deben ser tomadas en cuenta sobre determinados supuestos en que estos delitos se cometan.

Ello ocurre porque ambos delitos tienen como presupuesto que el sujeto activo tenga respecto de los caudales que se apropia, utiliza o malversa, una relación funcional, sea de percepción, administración o custodia (en el caso del peculado) o de administración (en el de la malversación). No obstante, dada la complejidad de la organización del Estado y de la propia actividad de administración de importantes cantidades de recursos públicos, estas funciones no son confiadas en todos los casos a un solo funcionario, sino a varios. Es decir, existirán supuestos en los cuales nos encontraremos ante varios funcionarios públicos cada uno de los cuales tendrá una relación funcional con los caudales o efectos públicos, supuesto que bien puede ser denominado como uno de *co-relación funcional*.

3.1 Supuestos de correlación funcional

Es importante mencionar que los supuestos pueden variar dependiendo de qué delito se trate, ello porque respecto del delito de peculado, existen muchas más posibilidades de este tipo de relaciones, dado que las mismas pueden ser de hasta de 3 tipos (percepción, administración o custodia). En cambio, respecto del delito de malversación, los supuestos se ven acotados, en tanto estos solo pueden estar referidos a la administración de recursos, todo ello será explicado a continuación.

3.1.1 Correlación funcional en el delito de peculado

Respecto al delito de peculado, la relación funcional entre el *intrañeus* y el objeto material del delito constituido por los caudales o efectos, puede ser de tres tipos: percepción, administración o custodia, de lo cual se pueden derivar hasta 4 tipos de relaciones.

Un primer tipo de relación de correlación funcional puede ocurrir cuando cada una de estas funciones se encuentran dissociadas en diferentes sujetos. Por ejemplo, el sujeto "A", tiene la función de abrir la cuenta bancaria a la cual el dinero será transferido (percepción), el sujeto "B" por su parte tiene la función de administrar dichos recursos (administración) y un sujeto "C", tiene la función de controlar la actividad de "A" y "B" (custodia). Si bien es un supuesto totalmente posible, en la práctica tendría poca

⁶⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. Revista Derecho Pucp. N°81. 2018, pp.103.

incidencia, puesto que generalmente el funcionario que percibe el dinero, además tiene la función de administrarlo.

En segundo lugar, dos de cualquiera de estas funciones puede estar atribuida a un sujeto y la restante a uno distinto. Dentro de este segundo grupo, como fue mencionado anteriormente, el caso más representativo sería el del funcionario que percibe y administra y uno diferente que custodia. No obstante, parece que también tendría una cierta frecuencia el caso del funcionario que percibe y custodia pero que carece de facultades de administrar los recursos en tanto estas le fueron encargadas a un sujeto distinto.

Para poder mencionar el tercer tipo de relación, tenemos que advertir que hasta el momento hemos asumido que cada función le haya sido dada a un sujeto individual, pero perfectamente puede ocurrir que una misma función pueda ser compartida por 2 o más sujetos. Por ejemplo, si en un caso concreto, la función de custodiar los recursos públicos recae en 2 sujetos ("A" y "B") que ocupan los cargos de fiscalizadores. Otro caso que parece ser también muy probable, es aquel en el que las 3 funciones (percepción, administración y custodia) recae en un grupo de 5 personas que pueden conformar una comisión o un consejo, de modo que puede afirmarse que cada uno de los miembros mantiene una relación funcional con los caudales o efectos.

Finalmente, el último tipo de relación funcional que puede surgir en el ámbito del delito de peculado, se diferencia de los hasta aquí mencionados, dado que no se funda en una relación de tipo horizontal, sino más bien vertical. Por ejemplo, el caso del funcionario que tiene la relación de percepción y administración de los bienes, pero que delega dicha función a un subordinado.

3.1.2 Correlación funcional en el delito de malversación

En lo concerniente al delito de malversación, los supuestos de correlación funcional se reducen dado que solo se encuentra implicada la función e administración.

En esta medida, el primer supuesto puede ocurrir porque dicha función de administración de los recursos públicos recaiga en 2 o más personas, por ejemplo, si los funcionarios "A", "B" y "C" fueron designados para administrar un monto dinerario para la construcción de una obra.

Por otra parte, la segunda posibilidad ocurre en un espacio de relación vertical, cuando, por ejemplo, el sujeto "A" quien fuera primigeniamente designado como administrador de los recursos, delega dicha función a un subordinado "B".

3.2 Determinación de responsabilidad penal y autoría en función de las teorías expuestas.

Estos espacios donde ocurre lo que denominamos como supuestos de *correlación funcional* para los delitos de peculado y malversación, traen consigo 2 problemas principales, uno referido a la determinación de responsabilidad y otro a la determinación de las formas de intervención delictiva (autoría y participación). Cabe mencionar que la respuesta a estos problemas dependerá en gran medida de la teoría que se adopte.

A efectos de poder dar solución a estos problemas, es necesario dividir aquellos supuestos en los que ambos intervinientes toman parte en la comisión del hecho delictivo, de aquellos otros en los cuales solo un sujeto es el que actúa en la producción del resultado lesivo.

3.2.1 Análisis respecto de las modalidades comisivas

En aquellos casos en los cuales todos los sujetos que tienen una relación funcional toman parte en la producción del resultado lesivo (sea por ejemplo apropiándose de los recursos o malversando) no existen problemas en cuanto a la determinación de responsabilidad. Ello puesto que todos ellos cuentan con la calidad especial requerida por los tipos penales y participan en la realización de los verbos típicos.

Sin embargo, la diferencia ocurre en cuanto a la determinación del título de imputación vinculado a la intervención delictiva, lo cuál va a depender de la teoría que se acoja. Así, por ejemplo, según la teoría de infracción de deber de Jakobs y Sanchez-Vera, dado que los deberes que fundamentan el injusto son considerados como personalísimos (responsabilidad por institución)⁷⁰, solo podrá ser considerado como autor quien tenga dicho deber y no otro. De este modo, en un caso en que más de un funcionario con una relación funcional intervenga en la realización del delito de peculado o malversación, cada uno deberá ser considerado como autor por su propia infracción del deber personal y de manera independiente. En consecuencia, no cabría la posibilidad de calificarlos como co-autores, sino que cada uno deberá responder a título de autor, en lo que sería una autoría simultánea⁷¹.

En cambio, según la teoría de la infracción del deber de ROXIN, no existiría impedimento, así la coautoría tendrá lugar en cuanto los sujetos titulares del mismo deber extrapenal, lo infrinjan. De esta forma, no importará en estos supuestos el modo concreto en que cada sujeto interviene en la comisión del hecho, sino que lo fundamental resulta de la infracción del deber. En consecuencia, se puede afirmar que para estos casos, el fundamento de la coautoría no requiere los presupuestos establecidos desde la teoría del dominio del hecho, sino que basta la infracción de estos sujetos del deber extrapenal.⁷²

Una solución similar es la que se obtiene desde la teoría de SCHÜNEMANN, pues la consideración de que estos delitos solo puedan ser cometidos por sujetos que se encuentran en una posición de ventaja sobre el bien jurídico, no excluye la posibilidad de que esta posición pueda ser compartida. En este sentido, solo bastaría acreditar que el bien jurídico protegido se encuentra en una situación de vulnerabilidad respecto del ámbito funcional de más de un sujeto, para que todos ellos de quienes se trate, puedan responder de manera conjunta como coautores.

3.2.2 Análisis respecto de las modalidades omisivas

Sin embargo, se tiene que tener en cuenta que el espacio que mayores preocupaciones genera, es aquel en el que se encuentran las modalidades omisivas de estos delitos, de manera específica, aquellos supuestos que conjugan una conducta activa y una omisiva. En estos casos se parte de que un funcionario que realiza las conductas requeridas por los tipos de peculado o malversación, ello de manera activa, pero además existen otros funcionarios que, no interviniendo activamente, también mantienen una relación funcional. Entonces surge la pregunta sobre si acaso estos últimos pueden responder

⁷⁰ GOMEZ MARTÍN, Víctor. "Los delitos cometidos por autoridad o funcionario público como delitos especiales de posición institucional". En *Delitos contra la administración de justicia*. Nelson Salazar Sánchez (coordinador). Lima: Idemsa. 2010, pp. 73.

⁷¹ JAKOBS, Gunter. *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1995, pp. 787. Traduciendo *Nebentäterschaf* como "autoría simultánea".

⁷² ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Barcelona, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y sociales, 1998.. 2016. Pp. 385.

penalmente (problema de determinación de responsabilidad penal), y el título de imputación que les merecería (problema de autoría y participación).

Entonces podemos apreciar que el terreno en el cual nos adentramos es uno en el que pareciera que se pretende atribuir responsabilidad penal a un sujeto por el comportamiento de otro, algo que como veremos no ocurre. Sin embargo, resulta necesario acudir a uno de los criterios de la imputación objetiva, el denominado principio de confianza.

Cabe mencionar que este principio tuvo un origen jurisprudencial y específicamente en el área del derecho relacionada con el tráfico viario pero que a través de los años ha ido siendo aplicada *“en todos los casos en los que intervienen varias personas en la producción de un resultado lesivo”*⁷³. En un principio tenía la función de limitar la responsabilidad de los conductores, de modo que estos no tuvieran que estar todo el tiempo pendientes de las actuaciones de los terceros, en tal sentido el principio dicta lo siguiente:

*“Cuando intervienen varios sujetos en la realización de una determinada conducta peligrosa, cada uno puede confiar en que los demás actuarán correctamente, salvo que haya circunstancias en el caso concreto que hagan pensar lo contrario; lo que significa que, por regla general, no hay un deber de cuidado sobre la conducta de los terceros.”*⁷⁴

Respecto de este principio se han esbozado distintas justificaciones: i) la primera refiere que la confianza busca garantizar la vigencia de las normas, puesto que, si tales normas buscan dirigir la conducta de las personas, si no se confiara en que ello ocurre, dichas normas carecerían de sentido.⁷⁵ Pero tal como precisa MARAVER, esta justificación decae, puesto que uno de los límites del principio de confianza que implica el conocimiento del comportamiento incorrecto del tercero, no trae consigo la pérdida de vigencia de las normas.⁷⁶ ii) Una segunda posición se fundamenta en una *ponderación de intereses*, es decir, que el desarrollo de ciertas actividades prima por sobre el interés de controlar la actuación de terceros.⁷⁷ Igualmente, la crítica radica en que este principio también se puede aplicar en ámbitos donde se desarrollan actividades desvaloradas, como el caso *“del médico que actúa junto con un ayudante para realizar una interrupción ilegal del embarazo”*.⁷⁸ iii) Una tercera posición deriva el principio de confianza del *principio de autorresponsabilidad*, así el hecho de que se reconozca la posibilidad de confiar se justifica en que existe un principio general, según el cual cada sujeto *“es responsable de su propia conducta y no de la conducta de los demás”*.⁷⁹ Si bien esta posición le otorga al principio una calidad de regla general, se muestra como insuficiente para poder establecer límites, pues en principio todos los sujetos estarían amparados por la confianza en el actuar de otro.

En tal sentido, se ha visto conveniente justificar también las excepciones o límites del principio de confianza en el propio *principio de autorresponsabilidad*. Esta posición parte

⁷³ MARAVER, Mario. *“El principio de confianza en derecho penal”*. En: Temas actuales de investigación en ciencias penales. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. Primera Edición. 2011. pp. 35.

⁷⁴ Ídem, pp. 37.

⁷⁵ Ídem, pp. 39-40.

⁷⁶ Ídem, pp. 39-40.

⁷⁷ Ídem, pp. 40-41.

⁷⁸ Ídem, pp. 40-41.

⁷⁹ Ídem, pp. 41-42.

por identificar que, en los delitos de resultado, lo que predomina en gran medida es un deber negativo de no lesionar y solo excepcionalmente se establecen deberes positivos de evitar el resultado.⁸⁰ A partir de esta constatación, es necesario diferenciar cuáles son los riesgos que se derivan de la actuación de cada sujeto y que puedan implicar una infracción del deber negativo de no lesionar. Como señala MALAVER, “*una buena manera de delimitar el propio ámbito de actuación es comprobar si el riesgo se encuentra en el ámbito de responsabilidad de un tercero*” y en caso ello ocurra, se dirá que el riesgo no forma parte del propio ámbito de actuación, sino que le corresponde evitar al tercero.⁸¹ Lo mencionado hasta aquí representaría un modelo de *delimitación negativa* de competencias o de los ámbitos de responsabilidad de los sujetos.

No obstante, de manera similar a lo que ocurre con los deberes positivos de evitación de resultados, en el caso del principio de autorresponsabilidad, existen situaciones excepcionales que permiten establecer una relación positiva con la actuación del tercero.⁸² En esta medida, la existencia de estas relaciones positivas justifican o fundamentan las excepciones o límites al principio de confianza.

De esta forma los presupuestos para la aplicación del principio de confianza son:

i) La existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, es decir un sujeto responsable con un deber de cuidado sobre la causa de un resultado lesivo, lo cual implica excluir a los sujetos no responsables (menores de edad, por ejemplo)⁸³.

ii) El sujeto debe guardar una *relación negativa* con el riesgo, es decir no debe tener deberes positivos de “*adoptar ciertas medidas de cuidado, precisamente a anular o compensar el riesgo que puede llegar a generar la conducta incorrecta de un tercero*”⁸⁴. Estas medidas son las denominadas como *medidas de doble aseguramiento*, es decir, en los que expresamente, se añade a un sujeto para que verifique una vez más un determinado espacio de riesgo.

iii) En tercer lugar, el sujeto debe guardar una *relación negativa* con el tercero, es decir, no debe contar “*excepcionalmente con un deber de cuidado frente a la conducta del tercero*”⁸⁵. En el caso de que el sujeto tenga una *relación positiva*, no podría alegar la aplicación del principio de confianza, ello en tanto por dicha relación se encuentra obligado junto con el otro sujeto a “*controlar conjuntamente un determinado aspecto del riesgo*”⁸⁶. No obstante ello, es necesario hacer la precisión de MALAVER, en el sentido de que no necesariamente la existencia de una *relación positiva*, excluye totalmente la posibilidad de confiar, esto porque en ocasiones existirá algún ámbito sobre el que es posible confiar, como ocurre para el caso del superior e inferior jerárquico.⁸⁷

iv) Por último, para que resulte aplicable el principio de confianza, no deben existir circunstancias concretas que “*evidencien el comportamiento incorrecto del tercero*”⁸⁸. Este último presupuesto se entiende como un criterio de valoración que permite “*concretar el deber de cuidado de quien ostenta una posición de garante*”.

⁸⁰ Ídem, pp. 43-44.

⁸¹ Ídem, pp. 43-44.

⁸² Ídem, pp. 43-44.

⁸³ Ídem, pp. 51-52.

⁸⁴ Ídem, pp. 51-52.

⁸⁵ Ídem, pp. 52.

⁸⁶ Ídem, pp. 52.

⁸⁷ Ídem, pp. 52.

⁸⁸ Ídem, pp. 53.

Ahora bien, podríamos decir que en los casos de *co-relación funcional* en los delitos de peculado y malversación, sea por una relación vertical u horizontal, *prima facie*, nunca sería posible aplicar el principio de confianza, puesto que todos los intervinientes tienen una posición de garante. Esta posición de garante, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito empresarial, no se encuentra vinculada con el control de una fuente de riesgo, sino con la “*protección, o mejor dicho, autoprotección de la función pública*”⁸⁹. Esto último conlleva afirmar que los funcionarios públicos, en virtud de la posición de garante de protección de bienes jurídicos, tienen “*deberes de prevención de riesgos para el bien y de evitarlos*”⁹⁰.

Considero que, si bien es cierto que, en estos supuestos, no puede negarse que todos los sujetos relacionados tienen una posición de garante de protección de bienes jurídicos, ello no resulta suficiente para que se les pueda atribuir responsabilidad penal. Esta idea ha sido desarrollada por distintos autores para quienes la idea de una posición de garante genérica debe verse concretizada antes de fundamentar una imputación penal.

Según JAKOBS por ejemplo, no basta la posición de garante genérica sino que debe existir además “*una asunción concreta de la función pública delegada a un determinado funcionario público en el contexto de la organización estatal*”⁹¹. En un sentido similar, FEIJOO sostiene que además de la posición de garante genérica, se debe “*fundamentar materialmente las razones normativas de la incumbencia por el riesgo que ha producido el resultado*”⁹². Asimismo, según SILVA SÁNCHEZ, además de la posición de garantía se requiere “*un compromiso concreto del garante frente a la relación peligro-bien jurídico*”⁹³ y en virtud de dicho compromiso se ofrece para actuar como “*barrera de contención*”⁹⁴. Igualmente, para SCHÜNEMANN, es necesario que el sujeto cuente con el *dominio sobre el fundamento del resultado*⁹⁵.

Estos criterios en realidad, lo que hacen es acercar la omisión del funcionario hacia la causa o el riesgo que se terminó concretizando en el resultado lesivo, lo cual no se deriva de una posición de garante genérica, sino del acceso y control de un medio de protección del bien jurídico.

Esto último ocurre puesto que debemos tener en cuenta que la responsabilidad penal por omisión implica que el ordenamiento jurídico le exigía al sujeto a que evite el resultado lesivo que se produjo. Pero en el ámbito de la administración pública, no puede simplemente señalarse esta exigencia, sino que además deben existir mecanismos de protección, herramientas que sean puestas a disposición del sujeto, por parte del ordenamiento jurídico. Un funcionario público no puede impedir de cualquier modo que sus subordinados se apropien de ciertos bienes, sino que debe ser el propio ordenamiento jurídico el que le proporcione medios de protección a los cuales el sujeto

⁸⁹ MONTOYA, Yván. *Fundamento de la posición de garante del funcionario superior en los delitos contra la Administración Pública cometidos por sus subordinados*. pp. 630.

⁹⁰ Ídem, pp. 630.

⁹¹ Ídem, pp. 624.

⁹² FEIJOO, Bernardo. *Homicidio y lesiones imprudentes: REQUISITOS Y LÍMITES MATERIALES*. Editorial Edijus, Zaragoza, 1999, pp. 63.

⁹³ MONTOYA, Yván. *Fundamento de la posición de garante del funcionario superior en los delitos contra la Administración Pública cometidos por sus subordinados*. pp. 625

⁹⁴ MEINI, Iván. *La comisión por omisión una interpretación alternativa del artículo 13 CP*, pp. 11-12.

⁹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar del otro*. En *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer Milenio* (pp. 277-313). Lima: Idemsa.

accede y se compromete a gestionar y poner en marcha. Por ejemplo, si el ordenamiento le reconoce al funcionario superior, facultades de control y supervisión previas a la toma de decisiones de los inferiores.

De ello se desprende entonces que el fundamento de la atribución de responsabilidad penal no depende tanto de la posición jerárquica superior que el sujeto ocupe, sino si es que acaso el sujeto se comprometió a gestionar los medios de protección existentes.

Si el sujeto no tiene herramientas jurídicas que le permitan incidir sobre el ámbito de actuación de otro funcionario a efectos de que evite determinados resultados lesivos, no puede afirmarse entonces la existencia de una posición de garante concreta o en términos de MALAVER, de una relación positiva. Debe entenderse, por el contrario, que, si el ordenamiento jurídico no le dota de herramientas de control a un funcionario sobre la actuación otro, es porque entonces el único competente de evitar el resultado lesivo es este último y nadie más, ello con independencia de si entre esos dos existía una posición de jerarquía. Parece que a esto último se refería MALAVER al afirmar que inclusive en relaciones verticales, es posible aplicar el principio de confianza.

A efectos de poder precisar las ideas hasta aquí mencionadas, entonces se tiene que pueden ocurrir dos cosas: i) casos en los que sobre el ámbito de actuación de un funcionario no se encuentren establecidos mecanismos de protección adicionales atribuidos a otros funcionarios; y ii) casos en los que sí existan estos mecanismos de protección y hayan sido atribuidos a otros funcionarios.

En el primer caso, no cabe atribuir responsabilidad penal a ningún otro funcionario distinto a aquel que creó el riesgo, inclusive si se advierte que existía un funcionario que se encontraba en una posición jerárquica sobre este.

En el segundo caso, cabe atribuir la responsabilidad penal a aquel sujeto que se negó a poner en marcha los mecanismos de protección y en razón de dicha omisión, se produjo el resultado lesivo.

Entonces un punto fundamental es poder determinar la existencia o no de estos mecanismos de protección, que no pueden ser de cualquier naturaleza, sino que deben estar encaminados a la evitación del resultado lesivo.

Para poder entender esta idea, planteo dos ejemplos:

En el primer caso, se tiene un funcionario A es superior jerárquico de B y según las normas administrativas, B debe encargarse de administrar ciertos fondos públicos. Al funcionario A por su parte se le encomienda la función de controlar la actividad de B, realizando una auditoría cada fin de mes, a efectos de poder ver el desempeño de B y advertir ciertas irregularidades en caso existan.

En el segundo caso, también nos encontramos ante un superior jerárquico A respecto de B y este último debe encargarse de administrar ciertos fondos públicos. Si bien al funcionario A se le encomienda una función de control, a diferencia del ejemplo anterior, este control debe ser previo a la toma de decisiones de B, es decir, que, respecto de los actos de disposición de B, el funcionario A debe autorizar el documento mediante su firma.

En ambos casos, es posible afirmar que el funcionario A tiene un deber de control y supervisión sobre las actividades de B, es decir se le han reconocido mecanismos de protección consistentes en esos controles. No obstante, existe una diferencia sustancial, puesto que el primer tipo de control (cada fin de mes) no tiene la finalidad de evitar

resultados lesivos que pueda cometer B. De hecho, siguiendo con el ejemplo, al quinto día, B puede fácilmente apropiarse de recursos públicos mediante la modalidad de sobrevaloración de precios y respecto de este acto, A no tenía algún mecanismo que le haya permitido evitarlo. Algo que no ocurre en el segundo ejemplo, donde sí se encuentra establecido un mecanismo de protección previo y por tanto idóneo para la evitación del resultado, de este modo, cuando B remita la documentación al funcionario A para que pueda autorizar el acto de disposición, este último podrá advertir la sobrevaloración, no autorizar el documento y entonces impedir el resultado lesivo.

Y si en ambos casos, el funcionario A omitiera realizar la actividad de control, solo en el segundo ejemplo, tiene sentido que se le impute la responsabilidad penal por peculado a título de omisión, por la no evitación del resultado.

En el primer ejemplo, en todo caso podría decirse que la omisión impidió que se conozca el acto de corrupción a efectos de que este pueda ser denunciado y en todo caso la responsabilidad penal podría encontrarse orientada hacia una omisión de denuncia o en por el no control, sostener algún tipo de responsabilidad administrativa.

Estos ejemplos, nos permiten comprender que, así como no bastaba afirmar la existencia de una posición de jerarquía, tampoco basta con afirmar que existen deberes de control, sino que estos últimos tienen que ser previos y no posteriores, puesto que solo así tienen idoneidad para la evitación de resultados.

Este punto resulta importante puesto que la Corte Suprema ha reconocido, por ejemplo, que un funcionario público al delegar funciones a otro, no pierde sus deberes de garante, sino que estos se transforman "*en un deber residual de control, supervisión y vigilancia*"⁹⁶. Desde esta postura mencionaríamos que no basta con afirmar que existen tales deberes de control, sino que además estos deban ser de naturaleza previa, porque solo así tienen la virtud de evitación de resultados lesivos de los funcionarios inferiores.

A modo de síntesis, el primer elemento para poder atribuir responsabilidad a un funcionario omitente, respecto del resultado lesivo producido por otro funcionario es: **evaluar si existe una relación positiva, esto es i) si existe un mecanismo de protección concreto de naturaleza previa, y que, ii) el funcionario se haya comprometido a gestionarlo.** Este primer elemento fundamentaría una posición de garante concreta.

En segundo lugar, es necesario que se pueda acreditar que el funcionario, a pesar de tener la gestión de este medio de protección concreto previo, **se negó a ejercerlo, es decir, acreditar que no puso en marcha o no hizo funcionar el mecanismo de protección.**

Este segundo elemento, es importante en la medida que la responsabilidad del funcionario no se sostiene únicamente en la producción del resultado lesivo, sino del que se produce como consecuencia de la omisión que se le imputa. Y esta omisión no es "*la omisión de no haber evitado el resultado*", sino la omisión consistente en no haber ejercido el medio de protección dispuesto para la evitación del resultado. De esta forma, si el funcionario ha ejercido los mecanismos de protección que se comprometió a gestionar, por ejemplo, realizando un control adecuado y razonable, pero aun así se llega a producir el resultado lesivo, no debe decirse que ha omitido algo. Una posición contraria, es decir, hacer responsable al funcionario en este último caso, implicaría la

⁹⁶ Corte Suprema de la República
jurídico Quincuagésimo Segundo.

Recurso de Nulidad N° 77-2012/CUSCO. Fundamento

atribución de responsabilidad objetiva, en clara contravención al principio de culpabilidad.

Ahora bien, no debemos olvidar que lo que en definitiva se busca imputar al omitente es el resultado lesivo que se produjo, y que para ello no resulta suficiente afirmar que el funcionario omitió ejecutar el medio de protección y que se haya producido un resultado lesivo, sino que entre estos dos elementos es necesario establecer un vínculo.

Ante esto, nos podemos encontrar hasta con 3 supuestos a partir de un análisis *ex post*⁹⁷: i) que *ex post* se determine que, de haberse actuado el mecanismo de protección, indudablemente el resultado lesivo no se habría producido, ii) que *ex post* se determine que inclusive de haberse actuado el mecanismo de protección, el resultado lesivo se habría producido, y, iii) que *ex post*, no se sepa con certeza si es que dicho mecanismo de protección pudo haber evitado el resultado lesivo⁹⁸.

Cada uno de estos supuestos merece un tratamiento distinto, en el primer caso, queda claro que, dada la certeza de evitación del resultado, al omitente debe imputársele el resultado. Por el contrario, en el segundo caso, no debe imputársele el resultado lesivo, puesto que se le estaría haciendo responsable por no haber evitado algo que era imposible de evitar (*el resultado aun así de haber actuado, se habría producido*). Esto último puede ocurrir por ejemplo si es que el funcionario A no realizó el control previo respecto del funcionario B, pero B se había valido de documentación falsa, por lo que inclusive de haber realizado un control, A no hubiera podido evitar el resultado. En este caso, al funcionario A le correspondería responder administrativamente por la omisión en la que incurrió de no haber controlado, pero no le correspondería responsabilidad penal. En otras palabras, cuando el resultado lesivo no guarde relación con la omisión y por un criterio de evitabilidad, se puede llegar a determinar que era inevitable, el funcionario no debe responder penalmente, puesto que ello implicaría la atribución de responsabilidad objetiva (estaría respondiendo por la sola producción del resultado).

Finalmente, respecto del tercer supuesto, el profesor SILVA SÁNCHEZ⁹⁹, expresa que algo que para el derecho civil se encuentra muy claro, parece no estarlo tanto para el Derecho Penal. El profesor hace referencia a la institución de la pérdida de oportunidad del derecho civil y señala que, en términos indemnizatorios, vale menos el privar de una oportunidad que el que lesionar directamente. Y sostiene que algo parecido es lo que ocurre en este tercer supuesto, cuando no se sabe con certeza si el haber actuado pudo haber evitado el resultado lesivo, pero que en todo caso lo que sí se sabe es que, quien ha omitido, le ha privado al bien jurídico de una oportunidad para poder ser salvado.

Es decir, en estos casos, el funcionario debería responder por el resultado, pero no por la totalidad de este, sino que en realidad le correspondería una atenuación de la pena. Ello sería posible si es que respondiese no como autor, sino como cómplice secundario que según nuestro artículo 25 CP "*se le disminuirá prudencialmente la pena*". Lo cual tiene sentido para el mencionado autor, toda vez que el sujeto ha favorecido la producción del resultado con la privación de una oportunidad.

⁹⁷ Esta idea ha sido recogida de la conferencia del profesor Jesús María Silva Sánchez respecto del tema referido a la interrupción de cursos causales salvadores.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María 2019 Clase Magistral "Interrupción de cursos causales salvadores" con el prof. Jesús-María Silva. Navarra: Facultad de Derecho Universidad de Navarra. Consulta: 7 de diciembre de 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=mfGMjyYHwQ4>

⁹⁸ Ídem.

⁹⁹ Ídem.

Considero que estos deben ser algunos criterios que podrían analizarse al momento de evaluar la responsabilidad penal de un funcionario a título de omisión cuando sea otro funcionario el que haya producido activamente un resultado lesivo. Responsabilidad que como puede verse, no es por el hecho de un tercero, sino por el hecho propio, el consistente en no haber puesto en marcha los mecanismos de protección que se accedió a gestionar.

Por último, en cuanto al título de imputación de estos funcionarios omitentes, considero que, en este caso, las teorías de la infracción de deber quedarían agrupadas, por un lado, en tanto la infracción del deber del omitente es distinta a la infracción del funcionario que activamente produce el resultado. En el primer caso, el deber exigiría la realización de actividades de control y supervisión sobre el ámbito de actuación de otro funcionario y por ello, quien lo omita deberá responder como autor de la infracción de su deber y el otro funcionario como autor del delito de peculado o malversación (autoría paralela).

En cambio, creo que desde la teoría del profesor SCHÜNEMANN, se sostendría la coautoría, puesto que se mantendría la situación de la posición de ventaja del omitente y del accionante, respecto del bien jurídico y ambos responderían de manera conjunta.

Conclusión

En conclusión, los delitos de peculado y malversación admiten la posibilidad de que, en determinados supuestos, no solo un funcionario mantenga alguna de las relaciones funcionales requeridas por cada delito. De modo que es posible que en determinados supuestos nos encontremos ante dos o más funcionarios vinculados con los recursos públicos en una situación que puede denominarse de *correlación funcional*.

Estas relaciones pueden mantenerse en un plano vertical u horizontal, y la posibilidad de su configuración puede llegar a ser múltiple y trae consigo particularidades al momento de atribuir responsabilidad penal a cada uno de los intervinientes.

En aquellos casos en los cuales todos ellos intervengan comisivamente, podrán responder penalmente, no obstante, el título de imputación variará en estos casos dependiendo de la teoría que se acoja. Así, a partir de la teoría de los delitos de infracción de deber de Jakobs y Sánchez-Vera, los sujetos responderán cada uno por su respectiva infracción del deber personalísimo en lo que sería una autoría simultánea.

En cambio, a partir de las teorías del profesor Roxin o Schünemann resultaría posible que la imputación se efectúe bajo la coautoría.

Como fue expuesto, el principal problema se encuentra referido al ámbito de las omisiones, es decir, cuando una conducta activa de un sujeto se conjuga con la omisión de otro. Para poder fundamentar la responsabilidad de este último, debe realizarse el análisis de 3 elementos, con prescindencia del tipo de relación vertical-horizontal, de la que se trate, puesto que el fundamento para ambos casos es el mismo.

En primer lugar, debe poder determinarse si el funcionario omitente tenía una relación positiva sobre el ámbito de actuación del otro funcionario, ello en virtud a que tuvo acceso y se comprometió a gestionar un medio de protección del bien jurídico. Dicho medio de protección puede hacer referencia a facultades de control o supervisión, los

cuales deben ser previos a la toma de decisiones del otro funcionario, puesto que solo así se entiende la idoneidad de estos para la evitación de resultados lesivos.

El segundo elemento, hace referencia a la existencia de la omisión, es decir, debe poder determinarse que el funcionario omitió poner en marcha el mecanismo de protección el cual debe ser precisado.

Finalmente, debe realizarse un análisis *ex post* a efectos de poder determinar la imputación del resultado acaecido y dependiendo de este análisis podrá optarse por la imputación plena, la no imputación o la imputación atenuada, del resultado lesivo.

Cabe mencionar que el título de imputación también variará, siendo que en tal caso las teorías de infracción de deber nos remitirían a una autoría paralela, por la naturaleza distinta del deber que se infringió, y la teoría del profesor Schünemann serviría para sostener la coautoría.

Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003.
- BRUNONI, Nivaldo. *Malversación y peculado análisis comparativo entre las legislaciones española y brasileña*. Tesis para optar por el grado de doctor en Derecho. Universidad Autónoma de Madrid. 2009.
- CHANJAN DOCUMET, Rafael y otros. *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). 2020.
- CHANJAN DOCUMET, Rafael. *La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso*. Tesis para optar por el título de abogado. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004.
- DE LA MATA, Norberto. *El funcionario público ante el derecho penal*. Revista Jurídica de Castilla y León. N° 20. 2010.
- FEIJOO, Bernardo. *Homicidio y lesiones imprudentes: REQUISITOS Y LÍMITES MATERIALES*. Editorial Edijus, Zaragoza, 1999,
- GOMEZ MARTÍN, Víctor. *“Los delitos cometidos por autoridad o funcionario público como delitos especiales de posición institucional”*. En *Delitos contra la administración de justicia*. Nelson Salazar Sánchez (coordinador). Lima: Idemsa. 2010.
- JAKOBS, Gunter. *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1995, pp. 787. Traduciendo *Nebentäterschaft* como “autoría simultánea.
- MARAVER, Mario. “El principio de confianza en derecho penal”. En: *Temas actuales de investigación en ciencias penales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca. Primera Edición. 2011.
- MEINI, Iván. *La comisión por omisión una interpretación alternativa del artículo 13 CP*, pp. 11-12.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, Editorial Reppetor, 2005.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). 2015.

- MONTOYA, Yván. Fundamento de la posición de garante del funcionario superior en los delitos contra la Administración Pública cometidos por sus subordinados. pp. 630.
- PARIONA ARANA, Raúl. *La teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias*. Número 19. Gaceta Penal. Lima, 2011.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta Edición. Editorial Jurídica Grijley. Lima, 2007.
- ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal. Barcelona, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y sociales, 1998.. 2016. Pp. 385.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la administración pública*. Editorial Grijley. Lima: 2009.
- SANCHEZ MORENO, José y Francisco UGAZ HEUDEBERT. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. Fondo Editorial PUCP. Lima: 2017.
- SCHÜNEMANN, Bernd. El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar del otro. En Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer Milenio (pp. 277-313). Lima: Idemsa.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María 2019 Clase Magistral “Interrupción de cursos causales salvadores” con el prof. Jesús-María Silva. Navarra: Facultad de Derecho Universidad de Navarra. Consulta: 7 de diciembre de 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=mfGMjyYHwQ4>

