

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



**EL ALCANCE DEL DEBER DEL FUNCIONARIO PÚBLICO DE ALTO
MANDO PARA LA CONFIGURACIÓN DE LA AUTORÍA EN EL DELITO DE
PECULADO**

¿Puede responder a título de autor de peculado el Funcionario Público de la más alta esfera de poder que toma la decisión o da la orden de apropiarse de bienes públicos?

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO
PENAL**

AUTORA

GISELLA MILAGROS RUIZ CASTRO CUBA

ASESOR

HÉCTOR FIDEL ROJAS RODRÍGUEZ

Noviembre, 2021

RESUMEN

En el estado actual de la doctrina y jurisprudencia nacional existe una aparente imposibilidad de imputar responsabilidad penal como autores de peculado a los funcionarios públicos de las más altas esferas de poder, pese a que pueda acreditarse el abuso de su cargo y su intervención en el hecho para incidir en el destino ilegal de los caudales del Estado, por una aparente lejanía con el deber de cargo que debería vincularlos al patrimonio estatal.

A partir de ello, el presente trabajo analiza, desde las categorías de la dogmática y los principios del derecho penal, si, por un lado, es posible realizar una adecuada interpretación de la teoría de la infracción del deber que armonice con el principio de legalidad, satisfaciendo la configuración del elemento típico “por razón de su cargo” y, a la vez, permita vincular a aquellos altos funcionarios aparentemente alejados del objeto material, como autores.

Para ello, se propone una visión más amplia de la teoría de la infracción del deber, de modo tal que, sin desnaturalizar sus alcances, permita analizar el delito de peculado –y porque no, los demás tipos penales contra la Administración Pública- bajo criterios mixtos, de infracción de deber y de dominio del hecho. En esta propuesta, la infracción de deber no se constituye como un fundamento del injusto, sino, como un punto de partida para limitar el círculo de autores a solo aquellos sujetos que sí tienen una vinculación competencial de protección sobre el bien jurídico; mientras que los criterios de dominio del hecho, constituyen herramientas para dilucidar la realización material del comportamiento típico, que permita alcanzar solo a aquellos sujetos que realmente tienen un nivel de intervención en el hecho.



A mi madre, quien es mi inspiración de lucha y trabajo; a Rafaella, quien desde la panza ha sido mi principal impulso y compañía en cada paso de este camino; a su padre, por ser aquella palabra de aliento certera cuando creía que no podría lograrlo; y, por sobre todas las cosas, a mi padre, quien no podrá ver este trabajo pero que, desde el cielo, ha sido mi fortaleza y mi motor para continuar.

INTRODUCCIÓN

La actual aplicación que se viene dando a los delitos contra la Administración Pública bajo la teoría de la infracción de deber, nos pone de cara ante una problemática para delimitar el círculo de intervinientes, toda vez que bajo la aplicación de la referida teoría, solo es autor aquel que infringe el deber extrapenal específico, independientemente de la configuración externa de su comportamiento, lo que reduce la necesidad de fundamentar el injusto penal y la motivación de la respuesta individual punitiva del Estado al solo quebrantamiento de un deber extrapenal, situación que en sí misma es lesiva de los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad, pues en virtud del fundamento de la intervención de la potestad punitiva como *ultima ratio*, ésta no puede encontrar sus bases en la mera infracción del derecho administrativo.

En el caso particular del delito de peculado el panorama se agrava, pues se afirma que solo es autor quien infringe el deber especialísimo de administración o custodia del patrimonio estatal objeto de apropiación, lo que viene originando que dicho deber sea de muy difícil verificación en los casos de Funcionarios de altas esferas de poder de la administración Pública, quienes por encontrarse alejados de las competencias ejecutivas sobre el patrimonio estatal, logran escabullirse o liberarse de la imputación penal bajo el argumento de la atipicidad, toda vez que se confunde la lejanía física con la desvinculación funcional, incluso cuando se acredite el aporte externo y determinante en los actos de apropiación y/o utilización de los caudales del Estado.

Ello genera márgenes de impunidad que, en un contexto de lucha contra la corrupción, no permiten sancionar a (todos) los reales intervinientes del hecho delictivo, recayendo la imputación penal en aquellos que se identifican como titulares de un deber especial, que parece estar dirigido exclusivamente a aquellos servidores de mandos medios o subordinados, que son quienes cumplen funciones ejecutivas que les brindan un contacto directo con el patrimonio, obviándose, al parecer, a aquellos otros funcionarios

que, desde una posición privilegiada, están en la capacidad de dirigir el curso causal del hecho delictivo y así lo hacen.

Así, el primer capítulo del presente trabajo está orientado a poner en evidencia la actual problemática en la resolución de casos que se suscita en torno a la imposibilidad de imputar la autoría por peculado a aquellos funcionarios de altos mandos, la misma que se ve reflejada en amplia jurisprudencia, incluso vinculante, que acoge categorías de autoría desfasadas, como es el caso del autor único; o, que, en otros casos, proponen un concepto de autoría paralela a fin de desconocer o negar la posibilidad de identificar niveles de intervención diferenciados.

En el segundo capítulo el trabajo estudia las formas y fundamentos de la autoría en nuestra legislación, con miras a verificar qué tan factible es construir una propuesta que, de la mano con los principios del derecho penal, permita reinterpretar (o interpretar en un sentido más riguroso) los alcances de la teoría de infracción del deber, en atención a su naturaleza y fines. El planteamiento defendido se aleja de un modelo de autoría basado en la simple infracción de deberes administrativos y propone tomar en consideración la lesión de bienes jurídicos y el despliegue del comportamiento típico como fundamento del injusto penal y de la imputación a título de autor.

En el tercer y último capítulo, se plasma la propuesta concreta de solución a la problemática hallada, proponiendo la integración de la teoría de la infracción del deber a la teoría del dominio del hecho. Así, la primera de ellas permite delimitar el círculo de autores a aquellos que ostenten la cualificación en virtud del cargo especial que desempeñan, esto conlleva, a su vez, a diseñar una fórmula para identificar los deberes del Superior Jerárquico que pone de relieve su vínculo funcional con el bien jurídico, como primer filtro para ser considerado un potencial autor. La segunda teoría (dominio) completa el análisis de la imputación atendiendo al grado de realización del comportamiento típico. Como se verá, solo de la mano de esta complementación entre

criterios de infracción de deber y de dominio del hecho, es posible esbozar criterios legales y racionales de imputación penal al funcionario de alto mando que interviene determinadamente en los actos de apropiación del patrimonio estatal.



¿Puede responder a título de autor de peculado el Funcionario Público de la más alta esfera de poder que toma la decisión o da la orden de apropiarse de bienes públicos?

ÍNDICE

RESUMEN	2
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1: LA PROBLEMÁTICA DEL ELEMENTO TÍPICO <i>RELACIÓN FUNCIONAL</i> EN EL DELITO DE PECULADO, QUE IMPIDE SANCIONAR A TÍTULO DE AUTOR A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE LAS ESFERAS MÁS ALTAS DE PODER.	10
1.1 Antecedentes históricos de la configuración del Peculado.....	10
1.2 Exigencias típicas del tipo penal de Peculado en el Perú.....	12
1.2.1 Sujeto activo calificado	13
1.2.2 Comportamiento típico	13
1.2.3 Objeto material.....	14
1.2.4 Finalidad típica:	15
1.2.5 Relación funcional	15
1.3 El alcance y contenido de la exigencia “relación funcional”, como elemento del tipo de peculado que fundamenta la autoría:	16
1.4 El tratamiento jurídico actual de la intervención delictiva en el delito de Peculado.....	20
1.4.1 Problemática que produce la exigencia del vínculo del funcionario público con el patrimonio estatal.....	20
1.4.2 Posición de la doctrina y jurisprudencia	23
1.4.2.1 Posturas restrictivas	23
1.4.2.1 Posturas flexibles.....	28
1.5 El peculado como delito exclusivo de infracción de deber que impide considerar autor a los funcionarios de altos mandos de poder.	32
1.5.1 Actual tratamiento de la autoría en delitos de Infracción de deber en nuestro país.....	33
CAPÍTULO 2: APROXIMACIÓN A LOS CRITERIOS DE LEGALIDAD QUE FUNDAMENTAN LA AUTORÍA EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS	37
2.1 Los principios que inspiran la Función Pública y el deber del Funcionario Público respecto del patrimonio estatal:	37

2.1.1	La corrupción del Funcionario Público como fenómeno que quebranta los principios y deberes inherentes a la Función Pública:	39
2.2	La flexibilización del principio de legalidad en los delitos contra la Administración Pública:	43
2.2.1	Tipos penales abiertos y lex certa:.....	44
2.2.2	El caso de los elementos normativos del tipo penal	47
2.2.4	El caso de los delitos contra la Administración Pública	49
2.3	Teorías que fundamentan el concepto de autor para Derecho Penal:	51
2.3.1	Sistema Unitario de Autor.....	51
2.3.2	Concepto extensivo de autor y teorías subjetiva de la participación:	53
2.3.3	Concepto restrictivo de autor:.....	55
	<i>Teoría objetivo formal</i>	56
	<i>Teoría objetivo material</i>	57
2.4	La autoría definida desde la óptica del Código Penal peruano:.....	58
2.4.1	Teoría del dominio del hecho.....	60
2.4.1.1	Formas de dominio	61
	<i>Autoría directa - Dominio de la acción</i>	61
	<i>Autoría mediata – Dominio de la voluntad y del conocimiento</i>	62
	<i>Coautoría - Dominio funcional:</i>	64
2.4.2	Teoría de la infracción de deber.....	66
2.4.3	Teoría de Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.....	73
2.5	El principio de culpabilidad en la figura del autor:	75
2.6	El principio de lesividad como fundamento del hecho punible y criterio de determinación de la autoría.....	78
2.6.1	La Función interpretativa del Bien Jurídico:.....	80
2.6.2	El bien jurídico protegido en el peculado.....	81
2.7	Una correcta interpretación acerca de la naturaleza de los delitos de Infracción de deber en función a los principios que motivan en ius puniendi estatal	83
CAPÍTULO 3: LA TEORIA MIXTA DE DOMINIO Y DEBER QUE PERMITE IMPUTAR A TITULO DE AUTOR AL FUNCIONARIO PÚBLICO DE ALTO MANDO EN PECULADO		86
3.1	El principio de legalidad como límite infranqueable en cualquiera de las interpretaciones que se haga sobre autoría:.....	86

3.2	La importancia del bien jurídico protegido en el delito Peculado como instrumento para definir los alcances de su tipicidad:.....	90
3.3	El deber del Funcionario de alto mando respecto del patrimonio estatal que al verificarse satisface el elemento típico “vinculación fucionarial”:.....	95
3.4	La necesidad de la verificación del dominio en realización del comportamiento típico <i>apropiación o utilización</i> :.....	104
3.5	Criterios de imputación de responsabilidad al Funcionario de alto mando, que bajo la teoría mixta del dominio y del deber, habilita su imputación a título de autor.....	112
CONCLUSIONES.....		123
BIBLIOGRAFÍA.....		125



CAPÍTULO 1: LA PROBLEMÁTICA DEL ELEMENTO TÍPICO *RELACIÓN FUNCIONAL* EN EL DELITO DE PECULADO, QUE IMPIDE SANCIONAR A TÍTULO DE AUTOR A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE LAS ESFERAS MÁS ALTAS DE PODER.

1.1 Antecedentes históricos de la configuración del Peculado.

El peculado es considerado uno de los delitos de función más antiguos, proviniendo el vocablo de la unión de dos palabras de origen latín: ***pecus*** (*hurto*) y ***lattus*** (*ganado*), que hacía referencia al hurto del ganado en tanto este era considerado el bien máspreciado en la Roma monárquica (e incluso republicana), por ser el único medio de intercambio de la época, siendo considerada por ello una forma agravada de hurto.¹

El peculado también fue considerado una forma agravada de Hurto de cosas pertenecientes a los Dioses, siendo la importancia de sancionar este delito el objeto material sobre el cual recaía, que no era otra cosa que el dinero sagrado, el cual requería el rito de la consagración pública. Es importante resaltar que la gravedad de este delito era tan grande que la sanción podía llegar hasta la pena capital y en algunas ocasiones, estas penas podían ser trasladadas a los herederos del peculador, toda vez que este delito ameritaba la infamia eterna y quienes lo cometían encontraban sus nombres esculpidos en planchas de mármol.²

Es recién con la aparición de la moneda que el peculado empezó a entenderse como la sustracción de estos metales en detrimento o daño del erario del pueblo romano, lo que implicaba no solamente el hurto como tal, sino también la apropiación indebida del

¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública. 2° edición actualizada y comentada. Lima. Nomo & Thesis. 2017. pp.247

² REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Lima. Jurista Editores. 2015. Pág.409.

dinero, por parte de los funcionarios contables quienes tenían a su cargo dicho peculio.³ Apreciándose que es a partir de este momento que comienza a tener protagonismo la calidad del sujeto activo.

Así entonces, en el antiguo derecho francés se definió al peculado como:

“el robo o la disipación de las rentas reales o públicas, por los receptores u otros oficiales que tenían su manejo, o a quienes se había confiado su depósito, o por los magistrados que habían sido los ordenadores; la sustracción de los dineros privados, por los mismos oficiales, no constituía el mismo crimen, aun cuando esos dineros les hubiesen sido confiados por razón de sus funciones”⁴.

Del mismo modo, en el antiguo derecho español se llamaba peculado a *“la sustracción de caudales del erario público, hecha por las mismas personas que los manejaban; siendo el primer elemento del delito, deducido de su definición, que sea cometido por un empleado público que, por razón de su cargo, administre rentas fiscales”⁵.*

Como es de verse, el peculado es un delito que, desde sus inicios era considerado de gravedad en razón del bien jurídico vulnerado, que consistía en la sustracción de bienes de preciado valor para la Estado y la sociedad romana. Como afirma Abanto Vásquez, la sustracción del erario público era considerada como un sacrilegio⁶; no obstante, con el paso del tiempo, su propia evolución y con su extensión a otras ciudades, se puede apreciar que se fue convirtiendo en un delito que sancionaba a los empleados públicos, por su relación con el objeto material, situación que subsiste hasta nuestros días,

³ En: [https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/915/2/98093%20\(Tesis\).pdf](https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/915/2/98093%20(Tesis).pdf)

⁴ Recogido del portal jurídico: <https://lpderecho.pe/origen-palabra-peculado/> ¿Cuál es el origen de la palabra Peculado?; Julio de 2019. LP- Pasión por el derecho

⁵ Ídem.

⁶ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano. Lima. Palestra Editores. 2003. pp.331

habiéndose en el derecho moderno, incorporado requisitos adicionales que inciden precisamente en la relación entre el objeto material y el agente que comete el delito.

En nuestro país, el tipo penal prevé una exigencia que va más allá de poseer la condición de servidor o funcionario público: el deber de protección o custodia sobre patrimonio objeto de apropiación, lo que parece estar generando problemas a efectos de imputar responsabilidad penal a determinados funcionarios públicos que intervienen en los actos de apropiación pero que no, serían poseedores del deber que exige el tipo penal.

1.2 Exigencias típicas del tipo penal de Peculado en el Perú

El delito de peculado en su modalidad dolosa⁷, se encuentra previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 387°, de la siguiente manera:

*“**Artículo 387.** 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 (...).”*

A la luz de la descripción fáctica del supuesto legal, el peculado en nuestro país, se considera como la apropiación indebida calificada de bienes públicos, cuya calificación deriva precisamente de la calidad especial que debe asistirle al agente, es decir, funcionario o servidor público, quien abusando de su función infringe sus deberes y afecta el patrimonio estatal y por ende, al Estado en su calidad de propietario o custodio de ciertos bienes de origen público.⁸

⁷ El más próximo antecedente del tipo penal de peculado en nuestra legislación peruana, es el artículo 346° del derogado Código Penal de 1924, el cual respecto a la actual regulación ha sufrido escasas modificaciones... En: SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 3° edición. Lima. Iustitia - Grijley. 2014. Pág. 309; y, ABANTO VASQUEZ. Los delitos contra la Administración pública...2003. pp.336

⁸ SOLER, Sebastián. Derecho Penal argentino. Tomo 5. Buenos Aires. TEA.1992. pp. 169.

1.2.1 Sujeto activo calificado

Se está ante un tipo penal especial que restringe el círculo de autores únicamente a aquellos sujetos que tengan una relación funcional con la Administración Pública, es decir, con el Estado peruano; exigiéndose que el sujeto activo “*sea titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia*”.⁹

Es decir, el sujeto activo debe ser poseedor de un status jurídico dentro de la Administración Pública que le determine un marco de competencias, deberes y potestades que, al ser infringidas o sobrepasadas, generen un daño o una lesión directamente vinculada con patrimonio estatal; no admitiéndose en este delito la comisión por parte de un particular, ni de un sujeto no cualificado.

De ese modo, el peculado se constituye como un tipo penal que sanciona incorrecta administración de los caudales o efectos públicos, por parte del funcionario o servidor que tiene las facultades de hacerlo, por ocupar un puesto clave dentro de la Administración Pública, que le permite realizar la acción de apropiación.¹⁰

1.2.2 Comportamiento típico

El comportamiento típico que exige el supuesto de hecho descrito para el delito de peculado doloso (primer párrafo del artículo 387° del Código Penal), está construido por dos verbos rectores: *apropiarse* o *utilizar* caudales o efectos de propiedad de la Administración Pública y darle a dichos caudales o efectos, un fin diferente del fin para el cual les fue confiado; es decir, lo cuestionable en este delito, es el hecho de que el funcionario o servidor público, que ocupa una determina posición en la estructura de la

⁹ *Op. Cit.* REÁTEGUI SÁNCHEZ. 2015. pp. 420

¹⁰ REÁTEGUI SÁNCHEZ, Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Lima. Jurista Editores. 2015.pp. 415-416.

Administración que le da la capacidad o facultad de acceso, manejo y/o disposición al patrimonio estatal, le da una aplicación diferente de la que le correspondía; toda vez que de ese modo se afecta el correcto desarrollado de la función encomendada.¹¹

La modalidad apropiación implica que el sujeto incorpore a su patrimonio personal o al de un tercero, los bienes que son de propiedad estatal y, a su vez, dicha incorporación ilegal a su patrimonio, se haya producido en virtud a que estos bienes se encontraban necesariamente bajo su administración tutela o custodia. Mientras que el *peculado por utilización*, consiste en la voluntad de aprovechamiento de las ventajas que le puede brindar el bien, sin tener la finalidad de apoderarse del mismo ni de ingresar el bien a su esfera definitiva de dominio; aquí el agente no está movido por el ánimo de hacerse propietario, sino, por una voluntad de apoderamiento temporal teniendo como finalidad última restituir el bien al dominio público luego de aprovechamiento de este o sus bondades.¹²

1.2.3 Objeto material

El objeto material de este tipo penal lo constituyen los *caudales* o *efectos* que son de dominio absoluto de la Administración Pública y por ende, del Estado peruano; es decir, la apropiación o utilización debe recaer sobre dichos caudales o efectos estatales, entendidos en términos generales como patrimonio público o patrimonio estatal, el cual se encuentra conformado por el conjunto de todos los bienes muebles o inmuebles que formen parte o sean de propiedad de la administración pública.¹³

¹¹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Lima. Jurista Editores. 2015.pp.410

¹² ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos. 2º Edición actualizada y aumentada. Lima. Nomos & Thesis. 2017. Página. 259

¹³ Ibidem, pp 264.

1.2.4 Finalidad típica:

Es importante determinar en este delito al beneficiario de la apropiación, pues la norma prevé la posibilidad de una *apropiación para sí*, entendida como que el destinatario final siempre será el agente público que tiene una relación especial con el bien apropiado y lo ingresa a su patrimonio o se aprovecha del mismo; y a su vez, el supuesto de hecho prevé la posibilidad de que el sujeto público realice los actos de apropiación con la finalidad de destinar el patrimonio público a un tercero, con quien puede o no, tener estrecha vinculación (*apropiación para otro*), en esta hipótesis, el tercero destinatario de los bienes, no es considerado autor, sino que interviene en la fase de agotamiento del delito que ha sido consumado por el agente que ostenta la relación funcional. Siendo importante precisar que el tercero al que se refiere el tipo penal puede ser un particular, otro servidor u otro funcionario que no posea el vínculo funcional con los caudales apropiados, pudiendo incluso ser una persona jurídica¹⁴.

1.2.5 Relación funcional

Tal y como se ha expuesto al desarrollar la condición del sujeto activo, el delito de peculado en su descripción típica requiere necesariamente que sea cometido por un servidor o funcionario público, pero, además, exige que dicho sujeto tenga bajo su dominio los efectos o caudales estatales, en virtud de que le hayan sido confiados de manera lícita por razón del cargo que desempeña.

En ese sentido, James Reátegui afirma que el apoderamiento o apropiación a la cual hace referencia el peculado implica dos maneras distintas de relaciones a nivel jurídico; la primera, es la relación del funcionario con la administración para la cual labora y la segunda, es la relación del funcionario pero con los bienes que posea bajo su tutela por

¹⁴ Ibidem pp. 266.

razón del cargo que ocupa.¹⁵ Como se aprecia, nos encontramos ante una figura penal que no sanciona al funcionario o servidor público por el simple hecho de serlo, sino que este tipo penal sanciona a aquel sujeto que teniendo una relación con la Administración Pública, además posee una relación especial con el bien objeto del delito, siendo precisamente esto último una de las exigencias objetivas del tipo penal del delito de peculado.¹⁶

Es decir, el funcionario público autor del Peculado solo será aquel que por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia en percepción, custodia o administración las cosas de las que se apropia o utiliza para sí o para otro¹⁷, por ende, para ser considerado autor del delito de peculado, el funcionario público debe ser competente funcionalmente para administrar o custodiar el objeto material del delito¹⁸.

1.3 El alcance y contenido de la exigencia “relación funcional”, como elemento del tipo de peculado que fundamenta la autoría:

Respecto del alcance que le da la jurisprudencia a este elemento, tenemos la Casación signada con el N°1527-2018-Tacna, la cual señala que necesariamente el agente debe tener contacto y/o capacidad jurídica de disposición del patrimonio público en virtud de las normas administrativas que guían el funcionamiento de la entidad pública y que guían el marco de su competencia, pues es la naturaleza de la vinculación funcional la que determina el cumplimiento del servicio público, el cual en todos los casos debe estar enmarcado por el principio de eficiencia en la asignación de recursos y el respeto y

¹⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ. 2015. pp. 429.

¹⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 3° Edición. Lima. Grijley. 2002. pp. 335

¹⁷ PARIONA ARANA, Raúl, en: El delito de Peculado como delito de Infracción del deber. Lima.2011. pp. 35

¹⁸ SALINA SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Cit. Pagina. 298.

cumplimiento de los fines para los que dichos recursos le son encomendando por la institución pública en la cual labora.¹⁹

Por su parte, la Casación N° 160-2014-El Santa, sostiene que el contenido de la relación funcional implica que el agente debe estar en posesión de los bienes por una disposición legal, pues solo a través de esta (disposición legal) los bienes ingresan a su esfera de competencia y por ende, el bien jurídico se verá afectado cuando el agente, sustrae, dispone, se apropia del patrimonio del estado quebrantando el deber específico que posee sobre los bienes cuya apropiación se realiza o se permite; esta sentencia señala además, que el agente debe ser el titular del deber que surge de una competencia funcional, no admitiéndose la infracción de deberes generales para ser imputado autor de este delito.²⁰

El Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116, del 30 de septiembre de 2005, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, define al elemento relación funcional como: *“el poder de vigilancia y control sobre la cosa, que se genera en la competencia del cargo; es decir, que la competencia específica de poder y vigilancia del patrimonio, se genera en virtud al cargo que desempeña”*²¹.

En similar sentido, el Acuerdo Plenario 1-2010-CJ/116, define el elemento en cuestión como el vínculo existente entre el funcionario o servidor público y el patrimonio estatal, que implica que ésta persona ejerza actos de administración custodia o percepción sobre dicho patrimonio y que la fuente de dicha atribución o competencia, sea una orden

¹⁹ Casación N°1527-2018-Tacna, Fundamento de derecho primero, en: <https://drive.google.com/file/d/1TKOx6kB5i9nCbrunEQY4HQVHgRAUCa-c/view>

²⁰ Casación N°160-2014-El Santa, fundamento sétimo del voto de Loli Bonilla y Neyra Flores: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2016/12/Casacio%CC%81n-160-2014-Del-Santa-Legis.pe_.pdf

²¹ https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N4_2005.pdf

administrativa que puede estar plasmada en alguna norma o incluso, a través de una disposición verbal²².

El Recurso de Nulidad N°615-2015-Lima, emitido en el marco del caso conocido popularmente como “Diarios Chicha”, expresó sobre el tema que la posesión de los caudales o efectos que goza el funcionario está construida desde el ámbito de competencia del cargo en concreto, el cual se determina en una ley o normas jurídicas de menor jerarquía como son los Reglamentos, directivas, etc. Asimismo, en concordancia con el Acuerdo Plenario 04-2005, la posesión sobre los caudales puede ser inmediata si se está en contacto directo con los caudales o, mediata, si se tiene facultad de disposición jurídica o disposición funcional.²³

En similar sentido, la Corte Suprema en precedente vinculante, ha establecido que para que se acredite la relación funcional no es necesario que sobre el patrimonio público el agente ejerza una tenencia material directa; sino que es suficiente que el sujeto activo tenga la posibilidad de libre disposición sobre los bienes en virtud de una ley, haciendo referencia precisamente a la llamada *disponibilidad jurídica*, la cual se encuentra ligada a las atribuciones que el agente ostenta como empleado de la Administración y que por tanto, recae siempre en una exigencia de competencia específica.²⁴

En ese sentido, como afirma James Reátegui, la intervención del sujeto activo funcionario público en el delito de peculado, deberá siempre significar, además, la violación del deber especial que tiene dicho funcionario con relación al objeto específico; es decir, no bastará que los hechos hayan sido realizados “con ocasión” del ejercicio de

²² FUNDAMENTO 15 DEL ACUERDO PLENARIO 1-2010/CJ-116
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/43131d004075b678b539f599ab657107/ACUERDO_PLENARIO_PENAL_01-2010.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=43131d004075b678b539f599ab657107

²³ Cit. Bernal Pinzón Jesús. Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir. En: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/05/R.N.-615-2015-Lima.pdf>. Fundamento 2.1.1.2, página 13.

²⁴ FUNDAMENTO 6° - Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116. En: https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N4_2005.pdf

las funciones, sino solamente por aquél que tiene el deber especial de administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos materiales del delito; por lo que, para que un funcionario pecule, no basta que sea funcionario público, sino que los bienes se encuentren en su posesión en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo.²⁵

En ese sentido, la vinculación funcional será directa cuando el funcionario o servidor público administra, custodia o percibe de manera lícita los caudales o efectos de carácter público; e, indirecta o jurídica, cuando la normatividad de cada entidad pública así lo establezca de manera expresa en sus reglamentos o normas administrativas como MOF o ROF.²⁶

Abanto Vásquez sostiene que la relación funcional específica no se trataría de una simple entrega de bienes al funcionario público por una cuestión de confianza, de costumbre o de cualquier circunstancia parecida, sino que este elemento exige que estos bienes que constituyen el objeto material, estén en su posesión o administración por un mandato legal, por lo cual, si la apropiación de los bienes se realiza por un funcionario incompetente, estaríamos ante un delito contra la propiedad, más no frente al Peculado.²⁷

En ese sentido, la relación funcional, como elemento objetivo del tipo que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo en todos los casos, a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan o por una orden legal o administrativa, quedando excluidos de

²⁵ REÁTEGUI SÁNCHEZ, pp. 432-433

²⁶ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. La vinculación funcional en el delito de peculado y el fallo judicial de absolución de Alberto Fujimori en el caso «Diarios Chicha». Lima. 28 de agosto de 2016. <https://lpderecho.pe/vinculacion-funcional-delito-peculado-fallo-judicial-absolucion-alberto-fujimori-diarios-chicha/>

²⁷ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano. Lima. Palestra Editores. 2003. pp.337

dicha hipótesis cualquier otro empleado público que no ostente la relación funcional con dichos caudales.²⁸

1.4 El tratamiento jurídico actual de la intervención delictiva en el delito de Peculado

1.4.1 Problemática que produce la exigencia del vínculo del funcionario público con el patrimonio estatal

Se puede sostener *prima facie*, que la exigencia del elemento del tipo “*relación funcional*”, restringe el ámbito de aplicación a determinados sujetos, quedando fuera del alcance de la norma, cualquier otro funcionario público que aun teniendo una vinculación con la Administración Pública por el cargo que ocupa, no la tenga de manera específica con los caudales o efectos públicos a través de un deber expreso.

Es preciso resaltar que, aun cuando el Acuerdo Plenario 04-2005 y demás jurisprudencia de la Corte Suprema, ha incorporado y desarrollado el concepto denominado “disponibilidad jurídica”, el mismo que sería una solución al problema de la exigencia de la posesión inmediata de los bienes; en la práctica sigue sin ofrecer solución alguna toda vez que, al ser conceptualizado por la Corte Suprema se remitió una vez más a las competencias específicas otorgadas a través de roles contenidos en la ley que regulan las funciones de los servidores y funcionarios públicos de acuerdo al cargo que desempeñan, es decir, se remite siempre y sin excepciones, a una exigencia normativa que regule de manera expresa el deber o competencia específica del funcionario público sobre el patrimonio del Estado.

²⁸ Casación N°282-2018-LAMBAYEQUE, fundamento 2.2; y, Casación N°160-2014-El Santa, fundamento quinto del voto de Neyra Flores y Loli Bonilla.

Así se aprecia en la Casación N°1004-2017-Moquegua, la que sostiene que la relación funcional implica que el agente respecto al objeto materia de apropiación, debe tenerlo bajo su cargo, ya sea en custodia material o con capacidad de disposición e inversión sobre ello, es decir, que no sea posible que dicho objeto material salga o sea sacado de la institución, sin su necesaria decisión.²⁹

Puede afirmarse entonces que la exigencia de una relación funcional restringe la persecución indiscriminada de cualquier servidor o funcionario que, en la compleja estructura organizacional de la Administración Pública, se encuentre alejado de la posibilidad de disponer lícita o ilícitamente de los bienes públicos, precisamente por no encontrarse dentro del marco de sus competencias y funciones la facultad de disposición inmediata ni jurídica de los bienes que otro, con competencias específicas, administra o custodia, circunscribiendo la posibilidad de cometer el delito solo a aquellos que posean los bienes públicos por razón de su cargo ya sea de manera directa o jurídica, exceptuando de ese modo a cualquiera que no posea tal relación funcional, pues caso contrario, se estaría atentando contra el principio de legalidad.³⁰

Este, por ejemplo, sería el caso de un servidor público de parques y jardines que es investigado por presunta apropiación de dinero de la Municipalidad para la que trabaja; en ese caso, dicho servidor, al estar alejado por razón de su cargo de la posibilidad de disponer del dinero del estado y por ende, al no haber quebrantado deber o competencia específica alguna, no podría ser imputado por peculado, aun así se haya beneficiado como destinatario en la apropiación (en cuyo caso se produciría un agotamiento del delito u otro tipo penal subsidiario), pues de imputársele peculado a título de autor, el tipo penal se estaría flexibilizándose a gran escala, toda vez que su decisión no bastaría ni sería determinante para que los bienes salgan de la institución (ni siquiera sería

²⁹ Fundamento Cuarto, pág. 6 y 7 de la Casación N° 1004-2017- Moquegua.

³⁰ Fundamento Quinto de la Casación N°160-2014-Ancash.

competente para disponer de ninguna forma de dichos bienes) al no poseer capacidad funcional para permitir o disponer sobre los actos de apropiación.

Sin embargo ¿qué sucede en el caso de los funcionarios públicos que forman parte de las altas esferas de poder y que con poder absoluto de decisión ordenan, disponen o intervienen directamente en los actos de apropiación de caudales estatales sin, aparentemente, tener una competencia específica sobre los mismos?

Se pone así de manifiesto que en un intento de restringir el círculo de autores de los delitos contra la Administración Pública a aquellos sujetos que en virtud a una norma, rol o atribución, tienen competencia funcional específica sobre el objeto del delito, se ha dejado abierta, a su vez, una gran brecha de impunidad, brecha en la que se encuentran todos aquellos funcionarios de las altas esferas de poder que, aprovechando la posición que ocupan, en el ejercicio abusivo e ilegal del cargo, con absoluta voluntad, dominan los actos de apropiación o utilización de caudales públicos, ya sea de manera directa o indirecta, dando una orden al inferior jerárquico que posee la competencia concreta o, intervienen de común acuerdo en la ejecución del delito.

De la revisión de la actual jurisprudencia, se aprecia que este grupo de funcionarios, no obstante el nivel de su aporte material, no pueden responder a título de autor, imputándoles en el mejor de los casos, la complicidad, lo que sin duda alguna niega la realidad material y; en los peores casos, excluyéndoseles de la imputación por cuestiones de atipicidad. Ello, a pesar que el reproche penal sería aún mayor por la investidura que les asiste y por el grado de dominio que ejercieron sobre los actos típicos de apropiación.

En efecto, en nuestro actual tratamiento penal, parece ser muy complicado imputar a título de autor a determinados funcionarios públicos el delito de peculado, pese a presentarse en su comportamiento todos los elementos del delito, salvo la relación

funcional específica desde la forma en cómo ha sido entendida por nuestra jurisprudencia. Estamos ante una realidad en la cual, la exigencia de la relación funcional está siendo entendida de tal manera que solo puede alcanzarle a empleados públicos ejecutores de más bajos estamentos, que son quienes en la práctica tienen una competencia funcional específica sobre los caudales o efectos del estado, pues dicha competencia, con la especificidad que se requiere y con las limitaciones que la teoría de la infracción de deber le impone, siempre va a recaer en el mismo grupo de empleados públicos: personal de tesorería, de administración, de contabilidad o presupuesto o logística y parece que nunca puede ser vinculada, a altos funcionarios.

1.4.2 Posición de la doctrina y jurisprudencia

La línea de desarrollo de la jurisprudencia y la doctrina nacional, ponen de manifiesto posturas restrictivas sobre la vinculación funcional que, a su vez, restringen la posibilidad de intervención de determinados funcionarios públicos como autores en el delito de peculado.

1.4.2.1 Posturas restrictivas

Salinas Siccha por ejemplo, sostiene que *“los caudales o efectos públicos deben estar confiados en posesión inmediata o mediata del sujeto activo por razón del cargo que cumple al interior del Estado”*³¹. Sosteniendo así que si ante un hecho concreto no se verifica la relación funcional que exige el tipo, no se configura el delito así se compruebe la apropiación de los bienes públicos y **aun cuando el Estado resulte perjudicado en su patrimonio**³².

³¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 3° edición. Lima. Iustitia - Grijley. 2014. Pág.

³² IDEM

En ese mismo sentido se orienta James Reátegui, cuando sostiene que el peculado no sanciona a cualquier funcionario público, sino a quien el Estado le ha confiado su patrimonio dándole en posesión de manera lícita a través de una ley o de una normatividad de la entidad pública donde presta servicios, por lo que es importante para que opere la conducta típica del peculado, que los bienes se encuentren en posesión del sujeto activo en virtud de los deberes o atribuciones de su cargo.³³

Por su parte, Abanto Vásquez señala que la relación funcional específica que exige el peculado, está estrechamente ligada a una violación de deberes especiales de cargo y únicamente existirá cuando la entrega de los bienes quede dentro de la esfera de competencia del funcionario público en virtud de lo dispuesto por una ley, no siendo suficiente que el funcionario disponga de estos bienes *con ocasión* de su cargo, sosteniendo además, que esta delimitación tan estricta se deriva de una correcta interpretación del bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración Pública, pues dicho bien jurídico solo se vería afectado cuando el funcionario público *“infringe el deber específico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados”*, no siendo suficiente que exista un deber general, pues de tratarse de una apropiación por un funcionario que carezca de deber específico, respondería por un delito contra la propiedad³⁴.

Raúl Pariona, coincide en que el empleado o servidor público que se apropia de los bienes del estado, sin poseer el vínculo funcional con éstos, no podrá ser autor de peculado, así como tampoco lo será el funcionario público en las mismas condiciones, ni el detentor de hecho de caudales o efectos, así tenga el control de facto o el dominio funcional no legitimado de algún sector público o de toda la administración pública.³⁵

³³ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Lima. Jurista Editores. 2015. Pág.429-433.

³⁴ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano. Lima. Palestra Editores. 2003. pp.336-337

³⁵ PARIONA ARANA, Raúl; en: El delito de peculado como delito de Infracción del deber. Lima, 2011. pp. 35

Arsenio Oré afirma que cuando el sujeto activo, aun funcionario público no cuenta con la relación funcional, responderá como cualquier particular por las figuras comunes de apropiación ilícita o hurto.³⁶

Posiciones aún más radicales encontramos en nuestra jurisprudencia de la Corte Suprema, la que incluso niega tajantemente la posibilidad de admitir otras formas distintas que no sea la autoría directa en el delito de peculado, señalando que, en virtud a la teoría de infracción de deber, que es el termómetro jurídico con el cual actualmente se mide o determina la autoría en los delitos especiales, no es posible atribuir otros niveles de intervención que permitan abarcar precisamente a otros funcionarios que, sin ostentar la competencia funcional concreta, sí ostentarían una competencia funcional general y de garante.

Así se tiene que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en Recurso de Nulidad N°615- 2015-LIMA, desarrolló criterios de observancia obligatoria respecto a la estructura típica del delito de Peculado y asimismo, respecto a las formas de intervención que pueden existir en dicho delito, asumiendo la teoría del autor único quien sería el obligado especial, descartando cualquier posibilidad de admitir otras formas de autoría diseñadas para los delitos de dominio.³⁷ Aquí la corte suprema, además de definir el marco de aplicación respecto de la autoría, entró a definir los alcances de la relación funcional, negando que dicho elemento pueda presentarse en el caso del Presidente de la República por tener una facultad genérica y representativa respecto a la administración o custodia de caudales públicos, razón por la cual, la competencia funcional solo puede ser definida sobre la base de las normas dictadas para el segmento parcial donde se desenvuelve el funcionario, estas normas serían el ROF y

³⁶ ORE SOSA, Eduardo Arsenio. La Ley 29703 y la reforma de algunos delitos contra la Administración Pública. Revista Gaceta Penal y Procesal Penal. 2011. Pp.13-15

³⁷ FUNDAMENTOS DE DERECHO: 2.1.1 del Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA. Pág. 10. En: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/05/R.N.-615-2015-Lima.pdf>

MOF, entre otras; debiendo por tanto entender al sujeto activo como un funcionario público y su deber, no en abstracto sino que debe encontrarse en posesión del patrimonio público en virtud a los deberes o atribuciones establecidos para su cargo.

En este caso, además de establecer expresamente que al Presidente de la Nación le asisten deberes genéricos, la Corte Suprema fue más allá y determinó quién sería el funcionario competente para la administración de los fondos de dicha entidad pública, que de acuerdo ROF, era la Oficina Técnica de Administración, por ser el órgano competente para la ejecución presupuestal y por ende el funcionario que ostentaba dicho cargo, era sobre quien realmente caía el deber específico determinando así el ámbito de competencia.³⁸

Hecho similar ocurrió al analizar el alcance del deber de custodia de un Gobernador Regional, suscitándose un interesante y amplio debate que dio origen a criterios divididos de la Sala Penal Permanente; es el caso de la Casación N°160-2014 en donde los Jueces Supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, siguiendo la corriente mayoritaria, manifestaron que el deber funcional del Gobernador era un deber genérico y de garante, y que, por tanto, al no presentarse en él el deber específico sobre los caudales por no tener la posesión de los mismos, no podía responder a título de autor. Se sostuvo, además, que aun cuando un funcionario o servidor público se apropie o use los bienes, sin poseer el vínculo funcional sobre estos no puede ser autor del delito en cuestión por lo que debía declararse fundada una excepción de improcedencia de acción por atipicidad del comportamiento.³⁹

Por su parte, la Casación N°1500-2017- Huancavelica, al analizar el caso de la intervención delictiva de un Gerente Municipal, al cual el Ministerio Público imputó la

³⁸ Fundamento 3.2 *De la no configuración de los presupuestos típicos del delito de peculado atribuido al encausado Alberto Fujimori Fujimori* – R.N 615-2015, pp. 19 -25

³⁹ Fundamentos sexto, sétimo, octavo y noveno de la Casación N°160-2014- El Santa, voto de los vocales Villa Stein, Pariona Pastrana y Rodríguez Tineo.

calidad de cómplice primario al no tener presuntamente un deber específico sobre los caudales, más sí un deber general; determinó que cuando en un hecho calificado como peculado, se verifica la intervención de varios sujetos calificados, se estaría ante autorías paralelas siempre que se compruebe que cada uno de los intervinientes no cumplió con su deber positivo y además, que materialmente realizó la conducta.⁴⁰ Lo que sin duda alguna niega la realidad y niega niveles de intervención.

Por otro lado, la jurisprudencia generada en el caso de la ex Congresista Elsa Canchaya Sánchez (Caso 07-2007), en donde se le imputó haber contratado como asesora a su empleada del hogar quien además de carecer del perfil para el puesto, no habría realizado las labores para las cuales fue contratada, estando ante un acto de apropiación de caudales públicos; no obstante la ex Congresista fue condenada por el inocuo delito de Nombramiento ilegal para ejercer cargo público, previsto y sancionado en el artículo 381° del Código Penal, el mismo que tiene penas por demás inofensivas, saltando a la vista la siguiente pregunta: ¿pudo haber sido condenada como autora de peculado?

Se entiende que, precisamente ante la dificultad de vincularla con la competencia de custodia o tenencia sobre el patrimonio del Congreso apropiado, debido la distancia con el mismo por razón del cargo que ocupa, no fue posible alcanzarle la imputación penal por peculado, aun cuando en dicho caso se trataba de apropiación por parte de dicha funcionaria de caudales a través de formas simuladas de contratación.

Es precisamente este tratamiento dado, el que consideramos materia de investigación en el presente ensayo, pues el mismo, a simple vista, genera márgenes muy amplios de impunidad a los funcionarios de más altos niveles de poder, toda vez que en la mayoría de casos, el ROF y el MOF fijan dichas competencias específicas para funcionarios

⁴⁰ Fundamento primero de la CASACIÓN N.° 1500-2017/HUANCAVELICA.

ejecutores de niveles menores y/o subordinados, más no para los funcionarios de alto rango, a quienes solo les asistirían competencias generales sobre los caudales y fondos públicos; dejándolos fuera del alcance de la norma penal.

1.4.2.1 Posturas flexibles

No obstante las marcadas posturas restrictivas sobre la relación funcional, existe cierto sector que, sin ahondar o plantear una solución concreta de fondo, ponen de manifiesto la actual problemática que representa la exigencia del deber específico y ensayan algunas tímidas definiciones que, por ser minoritarias, no han logrado calar en el actual tratamiento nacional.

Así tenemos al maestro Fidel Rojas Vargas, quien sostiene la existencia de dos interpretaciones respecto al elemento “relación funcional por razón del cargo”, ampliando de cierto modo, el contenido de la denominada disponibilidad jurídica al desarrollar que: *“El titular o funcionario de nivel NO ESTÁ EN RELACIÓN DIRECTA con los bienes ni los posee físicamente, o simplemente estos no están en un determinado territorio que él administra. Tiene lo que se llama la **disposición jurídica de los bienes** (el titular del pliego, el administrador, el jefe de logística que no necesariamente tiene a los bienes en un área específica, sino que desde su gerencia dispone que los bienes sean entregados a terceros o él mismo se los lleva). Esta modalidad de vinculación permite también imputarle a los funcionarios el delito de peculado, en caso estos hayan dispuesto que dichos montos o caudales se destinen para terceros, o ellos se los apropien, pese a no estar en contacto directo material con los bienes, utilizando su poder de decisión”*.⁴¹.

⁴¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos. 2° Edición actualizada y aumentada. Lima. Nomos & Thesis. 2017. Página. 269

Pareciera a simple vista que el jurista flexibiliza la interpretación del elemento del tipo en cuestión y permite la posibilidad de una relación indirecta que puede recaer sobre aquél que sin tener la competencia o deber específico, utiliza su “poder de decisión” para apropiarse o para decidir el destino ilícito de dichos bienes. Esta doble interpretación del elemento “relación funcional” fue recogida por el Recurso de Nulidad N°1780-2015-TACNA y la Casación N°506-2013-Puno, para definir los alcances normativos del delito de peculado, no obstante, al analizar el caso en concreto, concluyen que no se habría probado el elemento relación funcional en los investigados y deciden absolver y declarar la atipicidad, respectivamente.

Por su parte, Montoya Vivanco sostiene que la problemática sobre la posición del funcionario público respecto del objeto material, ya se encontraría superada con la introducción en la jurisprudencia del concepto *disponibilidad jurídica*, por el cual para que un funcionario público pueda ser autor, no es necesario que los recursos estatales se encuentren bajo su tenencia material directa, sino que basta que por un mandato legal tenga libre disposición sobre dichos recursos; no obstante al conceptualizar ello, se remite nuevamente a la llamada competencia funcional específica,⁴² lo que no nos aparta del problema y se continúa entendiendo a la disponibilidad jurídica como un rol o atribución específica emanado de alguna norma, y por ende, de manera restrictiva.

El recurso de Nulidad N°1940-2017-Ancash, desarrolla la vinculación funcional por disposición mediata (*disponibilidad jurídica*) que tiene un Alcalde de una Municipalidad, sosteniendo que, en virtud a su condición de máxima autoridad de la entidad pública, le corresponden las lógicas de la administración y la gestión, así como la supervisión de todas y cada una de las actividades económicas que se desarrollan al interior de la institución que representa, afirmando que dicho deber se traduce en el hecho de que la

⁴² MONTOYA VIVANCO, Iván. Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Lima. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). 2015. pp.108

disposición de los bienes públicos de la Municipalidad, para determinadas finalidades requieren de su concurso directivo o aprobación, situación que evidenciaría la relación funcional mediata sobre el patrimonio municipal⁴³.

Los jueces supremos Neyra Flores y Loli Bonilla, en su voto singular emitido en el marco de la Casación 160-2014-Ancash dan un corto paso, al reconocer y coincidir en la necesidad de la existencia de un deber específico para ser autor de peculado, concluyendo, que el Presidente del Gobierno Regional, sí ostentaría este deber específico, el cual se encontraría previsto en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales que implican funciones de manejo y conducción y, que por tanto, tendría una implícita relación funcional, la cual debería ser dilucidado en el proceso y no, ser excluido por una falsa atipicidad.⁴⁴

En la misma Casación, resulta de gran interés la fundamentación singular del vocal Príncipe Trujillo quien, uniéndose al sentido del voto anterior, pone en evidencia el problema de impunidad que se viene suscitando con la forma en como viene siendo entendido el elemento “por razón de su cargo”, sosteniendo de manera expresa lo siguiente:

“ Los más altos funcionarios o servidores de las instituciones estatales no deben ni pueden ser excluidos automáticamente de investigaciones en su contra por el simple hecho de encontrarse en la más alta esfera de decisión administrativa, pues conllevaría a implementar un marco de impunidad sobre el cual los funcionarios de primera escala jamás pudiesen ser pasibles de investigación; tanto más si la historia de nuestro país nos enseña que son precisamente estos altos funcionarios quienes bajo el velo de protección que les brinda la distancia de sus cargos, ordenan, dirigen o disponen actos en

⁴³ Fundamento Sexto, R.N N°1940-2017-Ancash.

⁴⁴ Fundamento Décimo Segundo Casación N°160-2014-El Santa. Voto de Neyra Flores y Loli Bonilla.

*contra de la administración pública que lesionan los bienes jurídicos del Estado (patrimonio estatal y probidad en la actuación de los funcionarios y servidores públicos).*⁴⁵

El Supremo autor del voto dirimente sostiene avalar una visión más amplia de la actual, respecto a la determinación de categorías típicas para identificar a autores o partícipes en los delitos considerados de infracción de deber; de ese modo, arriba a una conclusión de que en estos delitos debe considerarse la posibilidad de una competencia organizativa, lo que obliga a todos los jueces a analizar caso por caso a fin de determinar, sobre el análisis de los elementos particulares, si existe o no tal vinculación funcional en virtud a sus especiales atribuciones institucionales; por lo cual, no puede descartarse a priori dicha vinculación vía excepción de improcedencia de acción⁴⁶

No obstante estas posiciones algo más flexibles, no se da una solución clara al problema, apreciándose que en algunos casos se construye la vinculación sobre deberes generales y en otros casos, se les permite una imputación pero a título de complicidad, cuando la realidad demostraría que la materialidad de su aporte no fue la de un partícipe; siendo que la posición más radical, descarta la tipicidad del delito por ausencia de una competencia funcional contemplada en los documentos de gestión. Evidenciándose además que ninguno de estos casos “flexibles” ha tratado el problema de la vinculación funcional en Funcionarios de mayor jerarquía institucional a la de los Alcaldes o Gobernadores Regionales.

En ese sentido, la tendencia de nuestra doctrina y jurisprudencia, continúa siendo en su mayoría, la que determina la relación funcional o deber específico de los fondos públicos sobre la base de leyes, normativas especiales o documentos administrativos de gestión (ROF MOF, Clasificador de cargos, etc.), lo que viene generando que dicho elemento

⁴⁵ Casación N°160-2014-El Santa, voto dirimente Príncipe Trujillo Fundamento décimo sexto.

⁴⁶ Casación N°160-2014-El Santa. Voto dirimente Príncipe Trujillo, fundamento vigésimo octavo.

del tipo, implique un deber de protección, custodia y/o administración tan concreto y específico que solo pueda ser quebrantado por quien le fue asignada dicha atribución, que como ya se adelantó, en la mayoría de casos recaerá sobre el personal ejecutor de menor jerarquía y no en los funcionarios que ejercen poder político, evidentemente, por la compleja estructura como se encuentra organizada la administración pública y la cúspide en la que se encuentran los mismos.

1.5 El peculado como delito exclusivo de infracción de deber que impide considerar autor a los funcionarios de altos mandos de poder.

La problemática relatada en las líneas precedentes, encuentra su origen en la teoría de la infracción deber para determinar la autoría en los delitos especiales como el peculado, según la será autor quien esté obligado institucionalmente al cuidado del bien. En efecto, en un delito de infracción de deber *“el elemento determinante de la autoría sería únicamente el deber especial que le incumbe al agente con total interdependencia de si tuvo o no dominio del hecho”*⁴⁷. Lo que en la práctica ha llevado a que se consolide como una teoría independiente a la del dominio del hecho, e incluso, excluyente, cuya diferencia se encontraría, en palabras de Montoya Vivanco, impuesta por ley,⁴⁸ posición de la que discrepamos.

La teoría de infracción del deber, prima facie, no generaría problemas si la misma fuera considerada como un criterio para diferenciar al autor en determinados delitos; sin embargo, al hacer la diferenciación entre delitos de dominio e infracción del deber, se presenta el siguiente problema: aquí ya no es autor quien tenga dominio del hecho, sino aquel que infringe un deber especial extrapenal, aun cuando no haya tenido el curso causal del hecho típico y aun cuando ni siquiera haya realizado los demás elementos

⁴⁷ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal – Parte general. 2ª edición. Buenos Aires. Editorial Hamurabbi. 1999. pp. 511

⁴⁸ MONTOYA VIVANCO, Iván. Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Lima. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). 2015. pp.52

típicos del hecho punible, salvo, infringir el deber ya sea por acción u omisión, excluyendo al dominio, lo que impide entonces determinar la autoría directa sobre la base del dominio del acción, sino, sobre la violación de un deber, lo que, a criterio de la suscrita, se aparta de lo regulado por nuestro Código Penal y nos construye un nuevo concepto de autoría que, no estaría regulado por la Ley, salvo, que se piense y se asocie en todo momento, que el infractor del deber siempre será el ejecutor del hecho de propia mano, lo que sin duda niega una realidad fáctica existente en senda casuística penal.

1.5.1 Actual tratamiento de la autoría en delitos de Infracción de deber en nuestro país

En el actual tratamiento peruano, la teoría de infracción del deber que informa la determinación de la autoría en el delito de peculado, es absolutamente restrictiva al punto de no admitir la posibilidad de otras formas de autoría ni mucho menos, criterios de dominio del hecho, colocándose en una situación en la cual, una teoría sería excluyente de la otra.

Nuestra Corte Suprema se ha puesto en más de un caso, en la posición más rigurosa estableciendo una categoría de autoría única, afirmando que al ser el peculado un delito especial de infracción de deber cuyo fundamento reside en el quebrantamiento por parte del titular de un deber institucional recogido positivamente, el obligado especial siempre responderá a título de autor único; de ese modo, no sería posible admitir otras formas de autoría, pues éstas estarían diseñadas para delitos de dominio.^{49 50}

⁴⁹FUNDAMENTOS DE DERECHO: 2.1.1 del Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA. Pág. 10. En: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/05/R.N.-615-2015-Lima.pdf>

⁵⁰ Dicha postura se vio plasmada también en el Recurso de Nulidad N°1522-2015-Ica, en donde la Sala Penal Transitoria sostuvo: “*este tipo de delito pertenece a los llamados delitos de infracción de deber, por cuanto la imputación jurídico penal no se fundamenta en el dominio del hecho que tiene el sujeto, sino en la infracción de un bien jurídico que, además, debe existir el vínculo funcional del servidor público con el objeto de apropiación...*”

En efecto, en el Recurso de Nulidad N°615-2015 (caso Diarios Chicha), la Corte Suprema, citando a Sánchez Vera Gómez, sostuvo que los delitos de infracción de deber solo admiten la autoría directa debido a que dichos delitos obedecen a la vulneración de un deber personalísimo.⁵¹

En el mismo sentido tenemos al Acuerdo Plenario N 2-2011/CJ-116, según el cual, existen tipos penales que para su construcción excluyen el dominio de la situación fáctica, tornándola en intrascendente, para dar lugar a una construcción de la autoría sobre la cual, es requisito sine qua non la existencia de un deber especial que ostente el titular y que sea quebrantado, siendo en estos casos únicamente autor, aquel funcionario que ocupa el estatus especial, pues solo en razón del deber que ostenta estaría vinculado al injusto penal del delito especial; siendo que en el caso de peculado, se exige además de ese deber especial, un vínculo del autor con el objeto del delito.⁵²

La Casación N°1500-2017- Huancavelica, afirma que el Peculado es un delito de infracción de deber y que, por tanto, está construido sobre obligaciones específicas que tienen determinadas personas, las cuales fundamentan su vinculación institucional con el bien jurídico, debiendo presentarse la infracción de normas muy específicas para que se constituya el tipo penal. Este pronunciamiento de la Suprema, además establece, que en el caso que se encuentren ante la existencia de más de un persona que cometió el delito, se trataría de casos de autorías directas paralelas, negando también la posibilidad de incorporar otras formas de autoría diseñadas para el concurso de más de un interviniente⁵³

Salinas Siccha, inclinándose por esta teoría para determinar la autoría en caso de los delitos especialísimos como en el caso de Peculado, indica que es autor el que infringe

⁵¹ Fundamento 2.1.2, pág. 19. RN 615-2015-Lima.

⁵² Fundamentos 9° y 10° del Acuerdo Plenario N°02-2011/CJ-116, en https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N2_2011.pdf

⁵³Parte final del Fundamento Primero, pág 05, Recurso de Casación N°1500-2017- Huancavelica

el deber, es decir, el que teniendo la condición de sujeto público, tiene además una relación funcional con el objeto del delito, siendo la relación funcional prevista por la norma, un elemento típico del tipo objetivo que fundamenta el delito especial y cuyo quebrantamiento solo puede darse por el obligado específico, respondiendo siempre como autor único, aun cuando del comportamiento delictivo se adviertan diferentes niveles de intervención en el sujeto obligado que el de autor directo, negando la posibilidad de denominar o enmarcar su intervención bajo los conceptos construidos por el dominio del hecho.⁵⁴

Considerándose de ese modo, que lo que fundamenta la competencia del autor en los delitos de infracción de deber, es precisamente el incumplimiento de una función o competencia específica derivada en la mayoría de casos del rol que asume el sujeto público al interior de la administración, rol que en todos los casos debe ser expreso y, conforme a la práctica, se determina en los instrumentos institucionales ROF y MOF o algún otro instrumento de gestión administrativa que establezca y fije competencias de sus colaboradores, no siendo posible que se admitan criterios de dominio, ni de competencia por organización, lo que impide admitir graduaciones o diferenciaciones de la competencia para distinguir entre los distintos tipos de autoría⁵⁵.

Confirmándose de ese modo la fuente del actual problema que se viene planteando en el presente trabajo, está directamente ligada a la concepción limitada, excluyente y porque no, sesgada, que se ha venido manteniendo mayoritariamente en nuestro país sobre los delitos de infracción de deber como opuestos y excluyentes de los delitos de dominio; situación que ha generado que se llegue incluso a afirmaciones absolutistas y desfasadas sobre autor único y en algunos casos, incluso, se niegue la posibilidad de la

⁵⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. La teoría de los delitos de Infracción de deber, pp. 8; en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d>

⁵⁵ Fundamento Cuarto del Recurso de Casación N°1500-2017- Huancavelica

participación; razón por la cual, en las líneas siguientes, recogeremos herramientas jurídicas que permitirán sustentar la tesis de la suscrita y posteriormente, plasmar el planteamiento que propongo como solución al problema hallado.



CAPÍTULO 2: APROXIMACIÓN A LOS CRITERIOS DE LEGALIDAD QUE FUNDAMENTAN LA AUTORÍA EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Para poder plantear una solución al problema descrito en el capítulo 1, resulta necesario desarrollar y justificar las premisas jurídicas y legales que sirven como fundamento y límite para la postura que se defiende en este trabajo (ver *infra*: capítulo 3). Así, el marco teórico que a continuación se expone, y que sirve de base a la solución que finalmente se plantea, se fundamenta en los principios que informan al derecho penal y sus instituciones, utilizando a la dogmática penal como método interpretativo.

A continuación, por ende, se analizan los principios que inspiran la Función Pública (para determinar el especial contexto en el que se desarrollan las actividades del funcionario público), el principio de legalidad (para identificar las características propias que adquieren los tipos penales que prevén delitos contra la Administración pública), las nociones generales de autoría (que permiten encontrar el sentido general de las nociones de infracción de deber y el dominio del hecho) y el principio de culpabilidad (como eje sobre el cual gira la necesidad de imputar responsabilidad penal a todos los intervinientes de un delito, sin escudarse en conceptos extrapenales).

2.1 Los principios que inspiran la Función Pública y el deber del Funcionario Público respecto del patrimonio estatal:

El artículo 39° de nuestra Carta Magna establece que todo funcionario o servidor público se encuentra al servicio de la Nación⁵⁶. Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción define al funcionario o servidor público, como aquel empleado del

⁵⁶ Artículo 39°.- Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

Estado que ya sea designado o elegido, realiza actividades en nombre y al servicio del Estado; mientras que se define a la función pública como aquella actividad realizada por una persona natural *a nombre del Estado o al servicio del mismo* en cualquiera de los niveles jerárquicos de este.⁵⁷

En tal sentido, es deber de todo funcionario público gestionar con integridad los intereses públicos, debiendo entenderse por “integridad” al correcto y adecuado uso de los fondos, los recursos y todos los activos del Estado de conformidad con los objetivos oficiales previamente determinados, los cuales solo tienen un destino: la satisfacción del interés público⁵⁸

Precisamente, la administración indebida de dichos intereses públicos o el comportamiento del funcionario público al servicio de sus propios intereses particulares o de terceros, no solo quiebra el principio de integridad de la función, sino, que es una vulneración directa a la ética en la función pública, pues conforme a dicha ética, los empleados públicos deben ceñir su actuación en armonía con los intereses de la administración y necesidades de la sociedad⁵⁹.

En ese sentido, el artículo 7° del Código de Ética de la Función Pública, regula un conjunto de deberes que son de observancia obligatoria en el ejercicio de la función, siendo estos: neutralidad, transparencia, discreción, ejercicio adecuado del cargo, uso adecuado de los bienes del Estado y responsabilidad; siendo que en el artículo 8° de la mencionada ley, se establecen además una serie de prohibiciones, resaltando entre

⁵⁷ Artículo I de la Convención Interamericana contra la Corrupción ratificada el 29 de noviembre de 1996.

⁵⁸ JIMENO FELIU, José María. Corrupción y Seguridad Jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y transparencia. En, Revista Internacional Transparencia e integridad. R.I.T.I N°9 enero – abril 2019. pp. 4-5.

⁵⁹ OLAIZOLA FUENTES, Inés, citada por Iván Montoya Vivanco en: Aproximación Multidisciplinaria para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú. Primera Edición. Agosto 2015. IDEHPUCP. pp. 16.

ellas la proscripción de conflictos de intereses y la obtención de ventajas indebidas a través del mal uso o el abuso del cargo.⁶⁰

De ese modo, puede afirmarse que la realización de alguna de las prohibiciones reguladas por el artículo 8° o el quebrantamiento de los deberes contemplados en el artículo 7° del Código de ética, de manera dolosa y en pro de la satisfacción de intereses personales, da pie, qué duda cabe, al despreciable y pernicioso fenómeno de larga data, llamado corrupción.

2.1.1 La corrupción del Funcionario Público como fenómeno que quebranta los principios y deberes inherentes a la Función Pública:

En efecto, el problema de la corrupción, como fenómeno complejo, es un mal que aqueja a las sociedades desde hace muchas décadas; en nuestro país, la masificación y generalización de la misma en todos los estamentos de la Administración Pública, genera graves problemas y deficiencias en la conducción y administración estatal, sobre todo en el uso adecuado y el correcto destino de los fondos públicos, habiéndose producido un fenómeno sin precedentes, de develación continuada y sistemática de comportamientos delictivos por parte de funcionarios públicos de todos los niveles, incluso, de los más altos mandatarios de la República, dejando a nuestra sociedad desamparada moralmente y contribuyendo al mantenimiento y aumento de la pobreza.

Tal y como se esboza en el documento elaborado por la Contraloría General de la República para conocer la incidencia de la corrupción e inconductas funcionales en el Perú, *la corrupción distorsiona la asignación y distribución de recursos públicos alejándolos del interés público*⁶¹, por lo cual se genera un daño a la ciudadanía en términos patrimoniales, pues el Estado deja de proveer servicios públicos básicos, limita

⁶⁰ Creado a través de la Ley N°27815, reglamentada a través del Decreto Supremo N°033-2005-PCM

⁶¹ SHACK, Nelson, PÉREZ, Jeniffer y PORTUGAL, Luis. En: Incidencia de corrupción e inconducta funcional en el Perú 2020. Lima. Contraloría General de la República. 2021. pp. 10

la mejora o acceso a infraestructura e incluso deja de brindar programas sociales que permitan acortar la brecha de pobreza, lo que necesariamente impacta en la calidad de vida de los ciudadanos y por ende, contribuye a su empobrecimiento.⁶²

De ese modo, es la corrupción aquella práctica consistente en la utilización de la función pública y los medios o recursos que dicha función proporciona, en beneficio de sus propios gestores; pudiendo ser una conducta calificada de corrupta, cuando se utiliza el poder por quien lo dispone, guiado por intereses propios, ajenos y distintos a los verdaderos intereses del titular del poder cedido, pervirtiendo los fines prestacionales que deben orientar la Administración Pública.⁶³

De ese modo, los elementos fundamentales que van a precisar el concepto de corrupción pública son: la anti normatividad, el interés privado y el abuso de la función, es decir, estamos ante un acto de corrupción cuando un servidor o funcionario ha trasgredido las normas, tiene la finalidad de buscar un beneficio privado que va en contra de los intereses públicos y realiza el comportamiento dentro del marco del abuso de una función asignada.⁶⁴

Son tan alarmantes los niveles de corrupción alcanzados en las últimas décadas, que es absolutamente oportuno afirmar que ésta convive y se retroalimenta de los estamentos más elevados de la política, el sistema de justicia y del sector empresarial. Por lo que, la Convención Interamericana contra la Corrupción (que vincula al Perú) establece, en su artículo XI, la necesidad de que las legislaciones tipifiquen como actos de corrupción:

⁶² SHACK, Nelson, PÉREZ, Jeniffer y PORTUGAL, Luis. En: Incidencia de corrupción e inconducta funcional en el Perú 2020. Lima. Contraloría General de la República. 2021. pp.44

⁶³ GUIMARAY MORÍ, Erick. En: Aproximación Multidisciplinaria para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú. Primera Edición. Agosto 2015. IDEHPUCP. pp. 55-56

⁶⁴ MONTOYA VIVANCO, Iván. Manual sobre Delitos contra la Administración Pública. Lima. IDEHPUCP. 2015. pp. 17.

- El aprovecharse de información privilegiada o reservada a la cual se tuvo acceso por o en ocasión del cargo que ocupa en la administración pública, a efectos de satisfacer intereses personales o de terceros.
- **Usar o aprovecharse de manera indebida de cualquier tipo de bien estatal o que forme parte de las empresas o instituciones de las cuales el estado tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función que desempeña, en beneficio propio o de un tercero.**
- Cualquier acción u omisión realizada por sí mismo, por interpósita persona o incluso actuando como intermediario, que tenga como fin la obtención de una decisión por parte de un funcionario público que ya sea para sí o para otro, le otorgue un provecho o beneficio ilegal en perjuicio del patrimonio estatal.
- **Cualquier acción realizada por un funcionario público, destinada a desviar el verdadero objeto de bienes, dinero o valores estatales** u organismos adscritos a este, **que habiendo recibido por razón su cargo ya sea en administración, depósito u otra causa, sean destinados al beneficio propio o de un tercero**⁶⁵

Desde el año 2001, el Gobierno peruano viene diseñando una serie de documentos para prevenir y combatir la Corrupción⁶⁶; siendo que, ante la ineficacia de los mismos, en el mes de setiembre de 2017, se aprobó la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción⁶⁷ por la cual se determinó la creación de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción y se estableció un plazo a efectos de que se elabore una propuesta de Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción.

⁶⁵ Artículo XI de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Como se aprecia se busca sancionar al funcionario público que incurre en cualquiera de las conductas allí descritas, independientemente de si recibió los bienes públicos por o con ocasión de la función o por cualquier otra razón; pues lo reprochable es el abuso del cargo y el acceso que se tiene a razón del mismo, para desviar los fines de la administración pública en primacía de intereses personales.

⁶⁶ Decreto Supremo N°120-2001-PCM; Decreto Supremo N°002-2006-JUS; Decreto Supremo N°085-2007-PCM; Decreto Supremo N°016-2010-PCM; Ley 27976; Resolución Suprema N°258-2016-PC.

⁶⁷ Decreto Supremo N°092-2017-PCM del 14 de setiembre de 2017.

En abril de 2018, se aprobó el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021⁶⁸, el cual tuvo como fin adoptar acciones inmediatas y en cierto modo, tratar de revertir las consecuencias graves que viene generando la corrupción en el país , estableciéndose como uno de los ejes principales el reforzamiento del sistema de justicia penal a través de la capacidad sancionadora del estado frente a los actos de corrupción, determinando como uno de los objetivos específicos de dicho eje: **la consolidación del marco normativo penal a efectos de evitar toda laguna de impunidad**.⁶⁹

No obstante, conforme a las estadísticas, solo en el año 2020 en el Perú, los diversos actos de corrupción ocasionaron un perjuicio económico de 22 mil millones de soles⁷⁰, lo que exige normas más efectivas para sancionar a todos los responsables de prácticas corruptas. Sin embargo, las decisiones jurisprudenciales muestran que nuestra normativa no está sintonizada con la política anticorrupción. En la aplicación práctica de las normas la impunidad toma protagonismo en aquellos casos de funcionarios públicos que no logran ser sancionados aun cuando el reproche penal sin duda alguna debería ser mayor en sus casos y aun cuando existan suficientes elementos de su intervención y de la apropiación realizada a su favor o a nombre de tercero.

Por esta razón, las normas penales que sancionan a los funcionarios públicos no solo deben tener vigencia formal en el Código Penal, sino que la aplicación de las mismas debe ser eficaz y su interpretación o valoración por parte de los aplicadores del derecho debe ir de la mano con la política criminal del Estado, sin que ello implique, evidentemente, dejar de lado los principios pilares que fundamentan las intervención punitiva; es decir, no se plantea aquí el estiramiento o flexibilización de los criterios de

⁶⁸ Aprobado mediante Decreto Supremo N°044-2018-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de abril de 2018.

⁶⁹ Página 25, Decreto Supremo N°044-2018-PCM.

⁷⁰ NELSON SHACK, JENIFFER PÉREZ y LUIS PORTUGAL, en: Incidencia de corrupción e inconducta funcional en el Perú 2020. Lima. Contraloría General de la República. 2021. pp.54

imputación penal para incluir a quienes no hayan participado en la comisión de un delito, sino, por el contrario, se propone una aplicación rigurosa del derecho penal, basada en el principio de responsabilidad por el hecho.

2.2 La flexibilización del principio de legalidad en los delitos contra la Administración Pública:

En materia penal, el principio de legalidad encuentra su regulación constitucional en el artículo 2°, numeral 24) literal d) de la Carta Magna de 1993, y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, instrumentos jurídicos en los cuales se sientan bases de cumplimiento obligatorio sobre la prohibición de procesar o condenar a una persona por un delito que al tiempo de cometerse no esté previsto como tal en la ley de la materia.⁷¹⁷² Por lo que estamos frente a un principio garantista que obliga al Estado a determinar de manera específica y concreta los comportamientos que puedan configurar la comisión de un delito, pues solo así los ciudadanos podrán conocerlas previamente y solo así se tendrá por justificadas las intervenciones que realice sobre los ciudadanos con el mayor rigor posible.⁷³

En ese sentido, el principio de legalidad admite cuatro formas de manifestación: 1) la reserva de ley (*lex scripta*), según la cual solo por medio de una ley se pueden crear delitos y penas⁷⁴; 2) la taxatividad de la ley (*lex certa*) que impone al legislador la obligación de determinar con cierto nivel de precisión en la ley penal todos los presupuestos que configuran la conducta calificada como delito así como su pena aplicable; 3) la ley previa (*lex praevia*) según la cual tanto la determinación de la conducta como la pena aplicable siempre debe ser previa a la comisión del delito; y, 4)

⁷¹ Constitución Política del Perú. Capítulo I: Derechos Fundamentales de la Persona. Artículo 2.24.d. Sistema Peruano de Información Jurídica – SPIJ, recuperado de la página web: http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

⁷² CÓDIGO PENAL. Lima. Jurista Editores. Noviembre de 2017. Pp. 39

⁷³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal, Parte General. Lima. Grijley.2013. pp. 135

⁷⁴ Stratenwerth citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel, en: Introducción a la Teoría del Delito y a las consecuencias jurídicas del delito. Lima. Instituto Pacífico. 2016.

la prohibición de analogía (*lex stricta*) la cual se funde como un límite a la interpretación de la ley penal, quedando prohibidos los jueces de recurrir a la analogía para calificar un hecho como delito.⁷⁵

Así se aprecia claramente que el principio de legalidad no solo se enquista como un límite al poder punitivo del Estado sino, al mismo tiempo como una garantía de los ciudadanos sometidos a un proceso penal, siendo importante para efectos del presente trabajo, hacer énfasis en la *lex certa*, es decir, en aquella obligación de que los tipos penales se encuentren previamente determinados con precisión, de modo tal que de su lectura se puedan advertir todos los elementos del mismo.

2.2.1 Tipos penales abiertos y lex certa:

Partimos de la idea que el principio de legalidad en materia penal se precisa, clarifica y fortalece a través del tipo penal, de modo tal que se constituye como una fórmula que expresa en sí misma el conjunto de límites que surgen de dicho principio a fin de delimitar y circunscribir la conducta prohibida o mandato respecto del cual esta enlazado el ejercicio del poder punitivo⁷⁶.

En efecto, se afirma que el principio de legalidad se cristaliza en el derecho penal a través de la descripción de comportamientos hipotéticos criminales que suelen ocurrir en una realidad social determinada, los cuales además se fundamentan en la afectación de bienes jurídicos dignos de tutela penal; sin embargo, dicha descripción hipotética de determinados comportamientos no es posible realizarla de manera absoluta e inequívoca, pues la búsqueda de una precisión absoluta decaería en lo insensato por ser imposible. Razón por la cual, el principio de legalidad, desde las bases como se encuentra construido, permite cierta apertura de los tipos legales, con la única finalidad

⁷⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal, Parte General. Lima. Jurista Editores. 2012. pp. 142-171

⁷⁶ BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires. Ad-Hoc. 2004. Pp. 133

de que sea posible aprehender en estos comportamientos, que obedecen al espíritu del texto legal, y dar solución más eficaz en aquellos hechos ocurridos en realidades complejas.⁷⁷

Nuestra Corte Suprema, invocando a Jescheck, sostiene que la *lex certa* impone al legislador la obligación de realizar con claridad y precisión la formulación de los comportamientos que ha decidido tipificar como delitos, exigencia que se traduce en que los tipos penales deben ser redactados con la mayor exactitud que sea posible, pues no deben dar cabida a ambigüedades al momento de ser valorados; caso contrario, se daría pie a la aplicación arbitraria de los mismos por parte del juzgador.⁷⁸

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional, en el caso “Potestad sancionadora de la CGR”, estableció que se vulnera el sub principio de tipicidad o taxatividad cuando aun estando previsto el hecho punible en la ley o norma con rango de ley, la redacción de la misma no cumple con los estándares mínimos de precisión, como ocurrió en el caso mencionado, en donde el máximo intérprete declaró la inconstitucionalidad del artículo 46° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, que otorgaba facultades para sancionar a funcionarios cuando “se contravenga el ordenamiento administrativo”, habiendo determinado que la generalidad de la norma era vulneratoria del principio de legalidad.⁷⁹

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que la elaboración de los tipos penales deben definir de manera clara la conducta incriminada a fin de poder

⁷⁷ LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa. Los Límites de las remisiones normativas del tipo penal: consideraciones sobre los elementos normativos del tipo objetivo en el Derecho Penal Contemporáneo. En: FORO-FICP – Tribuna y Boletín de la FICP. N°2017-1° de mayo. pp. 160

⁷⁸ FUNDAMENTO 2.3.1 de la Casación N°456-2012- El Santa.

⁷⁹ Fundamento 41 de la Sentencia de Inconstitucionalidad N°00020-2015-PI/TC del 25 de abril de 2018.

deslindarla de otros comportamientos no punibles, siendo dicha determinación un límite a la ambigüedad que solo daría paso a decisiones arbitrarias.⁸⁰

No obstante, nuestro Tribunal Constitucional sostiene que la *lex certa* no puede ser entendida como una exigencia de precisión absoluta toda vez que ello no es posible debido a la propia naturaleza del lenguaje “*con sus características de ambigüedad y vaguedad admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso.*”⁸¹

En efecto, la exigencia de un grado de precisión absoluta solo sería posible en un negado sistema casuista, concluyéndose así que lo que está proscrito para el principio de legalidad es un nivel de indeterminación que resulte incompatible con la seguridad que deben irradiar las normas penales, pues lo que prohíbe el principio de legalidad en suma, es generalizar la ley penal de una manera exagerada e inadmisibile.⁸²

De lo que podemos concluir que el principio de legalidad obliga a que la construcción de los tipos penales este dotada de cierto nivel de determinación y precisión que permita ser entendidos por el ciudadano de a pie e interpretados desde las normas y principios que regulan el ordenamiento jurídico; existiendo cierto margen de interpretación o valoración que está permitido para ciertos elementos del tipo penal, como por ejemplo, es el caso de los elementos normativos, los elementos descriptivos, los elementos de valoración global y la ley penal en blanco.

Para el caso que nos ocupa, haremos referencia expresa a los elementos normativos pues precisamente, en el delito de peculado, es el elemento normativo “por razón de su

⁸⁰ Sentencia caso Cantoral Benavides Vs Perú, citada por: VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal, parte general. Lima. Ara Editores. 2014. pp. 138.

⁸¹ *Ibidem*, pp. 139

⁸² REYNA ALFARO, Luis Miguel. Introducción a la Teoría del Delito y a las consecuencias jurídicas del delito. Lima. Instituto Pacífico. 2016. pp. 63

cargo” el que generaría problemas al momento de valorarlos o completar su entendimiento.

2.2.2 El caso de los elementos normativos del tipo penal

En el desarrollo de la historia jurídica se entendía al tipo penal como un texto meramente descriptivo, pues contenía solo elementos de realización en el mundo exterior y que por ende eran perceptibles por medio de los sentidos; sin embargo, con la aparición de los elementos normativos, los cuales ya no podían ser entendidos a través de la percepción sensorial sino que necesariamente requerían de una valoración, se empezó a entender al tipo penal como una estructura en la que lo descriptivo y lo valorativo se encontraba entrelazado y por lo que, el análisis o interpretación del tipo penal, empezaba a requerir de cierto grado de valoración a efectos de poder comprenderlo en todos sus elementos⁸³.

En efecto, existen ciertos delitos de determinada naturaleza, cuya construcción siempre se va a ver plasmada de uno o más elementos normativos, pues solo así podrá tipificarse un supuesto de hecho con la simplicidad posible del lenguaje que sea comprensible y que permita completarse en sus temas complejos, con normas de naturaleza extra penal.

Así las cosas, los elementos normativos son aquellos que solo pueden ser analizados o pensados bajo los alcances y presupuestos de una norma, es decir, aquellos que se remiten a una norma para completar o entender su texto, ya sea jurídica o extra jurídica.⁸⁴

⁸³ CLAUS ROXIN, traducido por BACIGALUPO Enrique. Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires. Ediciones De Palma.1979. pp. 60-63

⁸⁴ GONZALES GAETE, Martín Alonso; Repositorio: Tratamiento del error sobre los elementos de valoración global del hecho. Santiago de Chile. Universidad de Chile. 2018. pp. 41 <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/153101/Tratamiento-del-error-sobre-los-elementos-de-valoraci%c3%b3n-global-del-hecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Por tanto, la situación de los elementos normativos es particularmente conflictiva debido a la propia naturaleza de estos, pues a simple vista podría afirmarse que no se cumple en ellos el principio de taxatividad; además, no puede perderse de vista que los elementos normativos, encuentran su significado en normas pertenecientes a ámbitos distintos del derecho penal y que, por ende, persiguen fines distintos del mismo, situación aún de más cuidado, por lo cual, la exageración de elementos normativos o la inadecuada aplicación de los mismos, genera un alto riesgo de dotar de un sentido distinto al tipo penal objetivo convirtiéndose en un criterio de legitimación de la intervención penal.⁸⁵

Para Villavicencio Terreros, la existencia en el tipo penal de características normativas disminuye en cierto modo la barrera de la garantía del tipo al introducir cierto grado de indeterminación, por lo cual el uso abusivo de estos elementos, trasgrede la seguridad jurídica; siendo importante que la valoración que se haga sobre estos elementos sea objetiva y no conforme al entendimiento particular⁸⁶.

En ese sentido, los elementos normativos son constitucionales, solo cuando a través de los mismos se va a completar el mejor entendimiento de un comportamiento típico, siendo el límite a dicha complementación que los elementos normativos únicamente sirvan para completar la definición de ciertas expresiones que forman parte del ámbito de otras ramas del derecho a efectos de poder comprender mejor todos los alcances del tipo penal en toda su extensión, no siendo válido que se pretenda definir al tipo penal a través de los elementos normativos. Mucho menos es admisible que se pretenda justificar un injusto penal a través de un elemento normativo.

⁸⁵ LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa. Los Límites de las remisiones normativas del tipo penal: consideraciones sobre los elementos normativos del tipo objetivo en el Derecho Penal Contemporáneo. En: FORO-FICP – Tribuna y Boletín de la FICP. N°2017-1° de mayo. pp. 161-163

⁸⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal, parte general. Lima. GRIJLEY.2013. pp. 315.

2.2.4 El caso de los delitos contra la Administración Pública

Roxin citando a Welzel, sostiene que los tipos penales abiertos solo pueden ser útiles en la estructura del delito si están en condiciones de cumplir con los presupuestos fundamentales imprescindibles, es decir, que todas las acciones que entran en consideración para el derecho penal deben referirse a una base común y este concepto debe tener la posibilidad de captar solamente los sucesos esenciales para el derecho penal.⁸⁷

En la práctica y en el desarrollo de nuestra doctrina y jurisprudencia, el principio de legalidad admite cierto nivel de flexibilización que permita entender o completar el tipo desde otras normas también penales o incluso, extrapenales, como es el caso de los elementos normativos; sin embargo, dicha flexibilización no es discrecional sino que tiene límites, que deben ser respetados por el legislador al momento de tipificar una conducta punible y también por los justiciables al momento de interpretar, valorar o completar el tipo a través de normas de naturaleza no penal, pues puede correrse el riesgo de determinarse comportamiento típico sobre la base de infracciones administrativas, lo que sin duda alguna rebasa los límites de flexibilización permitidos por el principio de legalidad.

Las remisiones normativas o los elementos del tipo que requieren de una valoración fuera del propio texto, son quizá el instrumento más versátil para flexibilizar las normas penales debido a que la parte especial del Código Penal, en su contenido - sobre todo en los delitos contra la Administración Pública-, encontramos terminología indeterminada o en su defecto la utilización de cláusulas normativas genéricas que aluden a normas extrapenales para su complemento e inteligente interpretación, como en el presente caso lo constituye el elemento: "*por razón de su cargo*", el mismo que

⁸⁷ CLAUS ROXIN, traducido por BACIGALUPO Enrique. Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Buenos Aires. Ediciones De Palma.1979. pp. 60-63

hace alusión a un deber concreto que encuentra y completa su significado en normas del ámbito del Derecho Administrativo.

En efecto, el mandato de la *lex certa* en los delitos contra la Administración Pública cuya estructura típica está conformada por múltiples complementaciones fuera de la norma penal, posee cierto grado de flexibilización, lo que en principio no vulnera el principio de legalidad, debido a que la propia naturaleza de la función pública obliga a que ello sea de esa forma, pues la Administración Pública solo puede funcionar bajo la idea de la cooperación reglamentaria, lo que nos coloca en un escenario en donde cada conducta de cada estamento este compuesta o desarrollada en diferentes documentos reglamentarios, por lo cual, un elemento normativo, no nos remite a una sola ley, sino a un sinfín de normas de naturaleza administrativa sobre las cuales se permite un mejor entendimiento de las funciones, facultades y comportamientos prohibidos de la función pública; siendo dicha flexibilización la única manera de reforzar eficientemente el ámbito de regulación respecto a este tipo de delitos.

No obstante, la abundancia de elementos normativos o normas de remisión en esta categoría de delitos, no debe generar licencia para dotar de lesividad a la conducta o para facultar la intervención del derecho penal sobre la base de definiciones fuera del campo penal, sino únicamente, tal y como lo ha desarrollado nuestra doctrina, a fin de completar o entender el significado de un elemento del tipo; de modo tal que los delitos contra la Administración Pública, no pueden ni deben encontrar su legitimación en la infracción de deberes o normas extra penales, siendo precisamente este el límite a la flexibilización del principio de legalidad, pues la razón de ser de la sanción de un comportamiento previsto como delito, siempre ha de ser la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el cual siempre y en todos los casos se va a determinar del propio texto legal.

Sin embargo, en el caso del peculado, nos encontramos ante una situación en donde se está definiendo el tipo legal y la punibilidad del mismo sobre la base de deberes extrapenales explícitos, fundamentando de ese modo el injusto sobre deberes administrativos y no sobre la infracción al bien jurídico, confundiéndose en muchos casos, a estos deberes como si los mismos fueran en sí mismo el bien jurídico tutelado del delito, lo que sin duda alguna rebasa el contenido del principio de legalidad, debiendo por tanto, definirse los deberes que fundamentan la intervención en delito peculado de la mano con los principios que informan el derecho penal (lesividad y culpabilidad), pues solo de ese modo podrá identificarse y sancionar al verdadero autor de un hecho punible especial.

2.3 Teorías que fundamentan el concepto de autor para Derecho Penal:

El autor de un hecho delictivo puede ser definido como *“aquel que realiza un hecho y del que se puede afirmar que es suyo”*⁸⁸. Será autor del delito, aquel *“que el tipo penal señala como su realizador”*⁸⁹. Por lo general, el tipo penal determina al sujeto activo del delito de manera individual, al señalar “el que”, no obstante, ello no impide que en un determinado hecho delictivo pueda participar diversas personas⁹⁰.

2.3.1 Sistema Unitario de Autor

Antiguamente se definía al autor sobre la base de un sistema causalista, sosteniéndose que todos los intervinientes en un hecho respondían autónomamente, es decir, era autor todo aquel que interviniera en un hecho delictivo, igualándose la importancia de cada aporte y castigándose por igual a todos.⁹¹

⁸⁸ MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho.1994. Ariel. Barcelona. pp.357

⁸⁹ VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal Parte General. Lima. Ara Editores. 2014. pp. 367

⁹⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Lima. Jurista Editores. 2012. pp. 673

⁹¹ VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal Parte General. Lima. Ara Editores. 2014. pp. 368-369

El concepto unitario de autor no diferenciaba entre el autor y el partícipe, pues no existía relación de accesoriedad y ello, debido a que partía de un error de fundamentación que era la teoría de la equivalencia de las condiciones⁹² según la cual, toda persona que intervenía causalmente en un hecho, era considerado la condición o la causa de un resultado en igual medida, sin poder hacer distinciones.⁹³

Para los defensores de esta corriente, son autores todos los intervinientes que presten una contribución causal al hecho delictivo, con independencia del aporte ya sea mayor o menor que hayan podido realizar⁹⁴. Esta teoría se fundamentaba en la política criminal de que era necesario sancionar de la misma manera a todos los que intervinieran en un delito⁹⁵, pues al tener como base el curso causal que consideraba equivalentes todas las condiciones, el aspecto objetivo del hecho no ofrecía ninguna posibilidad de diferenciar entre los distintos intervinientes.⁹⁶

Una importante crítica y quizá unas de las más contundentes a este concepto de autoría es la de no ceñirse a presupuestos del derecho penal propios de un Estado de Derecho, toda vez que este concepto renunciaba al principio de lesividad o puesta en peligro de bienes jurídicos y declaraba que cualquier tipo de provocación que genere de manera causal un resultado típico, había de ser castigada como autoría, lo que infringía el mandato de determinación y por ende, el principio de legalidad⁹⁷

⁹² Ponencia del Profesor Díaz y García Miguel en la clase de Autoría y Participación de la Maestría de Derecho Penal de la PUCP - 2020

⁹³ DÍAZ Y GARCÍA COLLEDO, Miguel. La autoría en Derecho Penal. Primera edición. Barcelona. PPU. 1991.pp.68

⁹⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal, parte general. Lima. Grijley. 2013. pp.461

⁹⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal, parte general. Lima. Grijley. 2013. pp.461

⁹⁶ ROXÍN, Claus. AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. 2000. pp.24

⁹⁷ DÍAZ Y GARCÍA COLLEDO, Miguel. La autoría en Derecho Penal. Primera edición. Barcelona. PPU. 1991.pp.128-129

Por tal razón, este concepto fue superado con la aparición del funcionalismo, no obstante el ultra funcionalismo de Jakobs parece haber recaído en el concepto unitario de autor, conforme afirma Miguel Díaz y García⁹⁸ y Bernd Schünemann.

2.3.2 Concepto extensivo de autor y teorías subjetiva de la participación:

Esta teoría surge como consecuencia de un sistema diferenciador que se erige como respuesta a las críticas del sistema unitario que no diferenciaba entre autor y partícipe, formulándose diferencias de los roles de quienes intervienen en la realización de un delito⁹⁹.

Sin embargo, el concepto extensivo de autor mantuvo como fundamento dogmático la equivalencia de las condiciones y afirmaba que todo aquel que de alguna manera haya creado una condición o haya contribuido en un resultado típico, era autor aun cuando no haya realizado la acción típica, por lo que el inductor y el cómplice eran también autores, solo que se diferenciaban de estos debido a su regulación expresa de manera autónoma¹⁰⁰; lo que significaba que el único criterio diferenciador entre autores y partícipes, era la existencia de preceptos legales que describían determinadas formas de intervención como la complicidad y la inducción, tratándolas como causas de restricción de la punibilidad.¹⁰¹

Partiendo de que esta teoría no permitía distinguir en una realidad determinada entre autores y partícipes, se recurrió al plano subjetivo a fin de complementarse, surgiendo así la teoría subjetiva de la participación, según la cual sería autor quien tenga animo de autor – *animus auctori*- y sería partícipe quien tenga o actúe con ánimo de partícipe

⁹⁸ Ponencia del Profesor Díaz y García Miguel en la clase de Autoría y Participación de la Maestría de Derecho Penal de la PUCP - 2020

⁹⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal, parte general. Lima. Grijley. 2013. pp.463

¹⁰⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Lima. Jurista Editores. 2012. pp.677

¹⁰¹ DÍAZ Y GARCÍA COLLEDO, Miguel. La autoría en Derecho Penal. Primera edición. Barcelona. PPU. 1991.pp.255

– *animus socci*.¹⁰². Es decir, para esta teoría la diferenciación entre un autor y un partícipe era exclusivamente de índole subjetivo, al estar determinada por el contenido de la voluntad con que actuó la persona al momento de cometer el hecho punible.¹⁰³

Sin embargo, debido a las dificultades para determinar en la práctica cuándo un sujeto tenía animo de autor y cuándo ánimo de cómplice, se recurrió al auxilio de otros criterios. Por ejemplo, para saber si un sujeto actuaba con voluntad de autor había de determinarse la intensidad de su interés en el resultado lesivo (teoría del interés); y, para saber quién tenía ánimo socci, se analizaría si se había sometido a la voluntad del autor y que no dependiera de este que se consume o no la infracción, pues era autor quien no somete su voluntad a ningún otro (teoría del dolo)¹⁰⁴.

Sin embargo, este concepto subjetivo de autor fue duramente criticado por gran parte de la doctrina debido los resultados en la solución de casos que se produjo en la jurisprudencia alemana. Siendo emblemático el “caso de la bañera”, el cual encabezó la corriente de críticas de esta construcción de autoría, en donde se condenó como cómplice a la persona que de propia mano había dado muerte a un recién nacido que era su sobrino, ahogándolo en la bañera por perdido de la madre del niño y condenándose a la madre como autora de infanticidio, bajo el criterio del interés, según el cual sería la madre la interesada en el resultado lesivo y la hermana, solo habría sometido su voluntad a la de la autora.¹⁰⁵ Evidenciándose de ese modo, que tomar en cuenta únicamente el animus o la voluntad, generaba el riesgo de llegar al extremo de no tomar en cuenta la realidad fáctica; siendo que tanto por razones de política criminal así como por cuestiones dogmáticas, esta doctrina fue abandonada por Alemania¹⁰⁶ y

¹⁰² MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10° Edición actualizada y revisada. Barcelona. Editorial Reppertor. 2016. pp. 380-381.

¹⁰³ HURTADO POZO, José. Derecho Penal, parte general. 3° Edición. Lima. Grijley. 2005. pp. 857.

¹⁰⁴ HURTADO POZO, José. Derecho Penal, parte general. 3° Edición. Lima. Grijley. 2005. pp. 859

¹⁰⁵ VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal, parte general. Lima. Ara Editores. 2014. pp. 370

¹⁰⁶ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10° Edición actualizada y revisada. Barcelona. Editorial Reppertor. 2016. pp.381.

otros países, como el Perú, en donde nuestro Código Penal peruano no ha acogido ni el concepto extensivo de autor ni la teoría subjetiva.¹⁰⁷

2.3.3 Concepto restrictivo de autor:

La concepción restrictiva de autor parte de un fundamento opuesto al concepto extensivo: *“no todo el que causa el delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo.”*¹⁰⁸

Para esta teoría la condición de autor está estrechamente relacionada a la tipicidad del hecho, por lo que no habrá hecho sin un autor y quien es autor no puede ser partícipe y tampoco puede existir un partícipe sin un autor¹⁰⁹; por lo cual, la separación entre autor y partícipe es de carácter objetivo y dependerá de la naturaleza de contribución al hecho que cada quien realiza¹¹⁰, considerándose a la participación en sus diversas modalidades, como causa de extensión de la pena, pues si no estuvieran previstas expresamente en la ley, no serían sancionables¹¹¹, es decir se trata de una extensión de la tipicidad con un componente especial, la sumisión al principio de accesoriedad como pieza clave del sistema de autoría restrictiva.¹¹²

Para Roxin este concepto de autor satisface en suma las exigencias del Derecho Penal en un Estado de Derecho, toda vez que se funda la punibilidad en la realización del tipo y se liga solo a ella.¹¹³Entonces, si la realización de la acción típica originaba la autoría y el favorecimiento a dicha acción mediante actos fuera la de la tipicidad, generaba la

¹⁰⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal, parte general. Lima. Grijley. 2013. pp.464.

¹⁰⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal, parte general. Lima. Grijley. 2013. pp.464.

¹⁰⁹ HURTADO POZO, José. Derecho Penal, parte general. 3° Edición. Lima. Grijley. 2005. pp. 856.

¹¹⁰ VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal, parte general. Lima. Ara Editores. 2014. pp. 370

¹¹¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10° Edición actualizada y revisada. Barcelona. Editorial Reppertor. 2016. pp.381.

¹¹² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en el Derecho Penal. Barcelona. Promociones y Publicaciones Universitarias - PPU. 1991. pp. 408

¹¹³ ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Traducción de la 1° edición Alemana, hecha por Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid. Thomson Reuters-Civitas 2014. pp. 65.

participación, surgió la necesidad de diferenciar ambos grados de intervención en el delito; y, toda vez que el presente concepto se alejó de los criterios causales, se buscó establecer dicha diferenciación a través de criterios objetivos.¹¹⁴

Teoría objetivo formal

Con esta teoría es autor aquel sujeto que realiza todos los elementos de los tipos descritos en la parte especial, por sí mismo, total o parcialmente.¹¹⁵ Se clasificó en teoría objetivo formal clásica y teoría objetivo formal moderna. Para la primera de ellas, será autor quien realice una acción ejecutiva prevista expresamente en el tipo penal y será participe solo quien colabora con la realización del tipo a través de una acción preparatoria o de auxilio; ello generó críticas por quienes entendían que acción ejecutiva era equiparable a cometer el delito de propia mano, lo que impedía comprender bajo esta construcción al autor mediato y al coautor, por prescindir de todos los elementos subjetivos,¹¹⁶ criticándose además resultar muy limitada para el caso de los delitos de resultado y en los delitos de medios determinados.¹¹⁷

Por lo cual, las críticas fueron corregidas a través de la concepción objetivo formal moderna, por la cual es autor aquél cuya conducta puede subsumirse en los tipos penales de la parte especial, es decir, es autor aquel al que el supuesto de hecho hace referencia como “el que”; lo que, como afirma Miguel Díaz, se correspondería perfectamente con el concepto restrictivo de autor, salvo que presenta el problema de la referencia “*el que*”, la que no siempre resulta clara en los tipos penales que usan verbos rectores resultativos, razón por la cual, se hizo necesario el apoyo de un criterio material que ayude a completar dicha teoría. Sin embargo, el rasgo fundamental de esta

¹¹⁴ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Lima. Jurista Editores. 2012. pp. 676.

¹¹⁵ ROXÍN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Barcelona. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. 2000. pp. 54.

¹¹⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal, parte general. Lima. Grijley. 2013. pp. 465.

¹¹⁷ VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal, parte general. Lima. Ara Editores. 2014. pp. 371

teoría es la accesoriedad en la participación, por lo que nuestro Código Penal partiría de este concepto.¹¹⁸

Teoría objetivo material

Como ya se apuntó, esta teoría nace en respuesta a las críticas de las teorías objetivo-formales, basándose en un criterio material como criterio determinante objetivo de la contribución¹¹⁹, recurriendo a la lógica de la mayor peligrosidad objetiva que debe tener la contribución del autor con respecto a la del cómplice¹²⁰.

A efectos de poder diferenciar este aporte y determinar cuándo estamos ante una mayor peligrosidad y cuando ante una condición de favorecimiento, se recurrieron a una serie de criterios/teorías, como: 1) la teoría de la necesidad, según la cual era autor el que con su actuación haya realizado un aporte indispensable, esencial e imprescindible sin el cual el resultado lesivo no se hubiera producido, sin embargo se rechazó esta teoría pues desde el plano de la causalidad era imposible distinguir entre un aporte y otro; 2) también se recurrió al criterio de simultaneidad, que tenía como fundamento la proximidad a la producción del resultado y para el cual autores todos los que actuaban en la fase de ejecución del delito, sin embargo este criterio una vez más, excluía a la autoría mediata y además no permitía diferenciar entre los aportes de cada interviniente; 3) la teoría según el carácter directo o indirecto de la causalidad, que se apartaban de la esencialidad del aporte y ahondaban en la dirección de la causalidad, es decir, serían autores quienes tengan una relación directa entre la conducta y el resultado y serían partícipes quienes tengan una relación indirecta; y, 4) la teoría de la supra ordinación,

¹¹⁸ Ponencia del Profesor Díaz y García Miguel en la clase de Autoría y Participación de la Maestría de Derecho Penal de la PUCP - 2020

¹¹⁹ RODRIGUEZ HURTADO, Mario; UGAZ ZEGARRA, Ángel; GAMERO CALERO, Lorena y SCHONB.OHM, Horst. Manual de Casos Penales – La Teoría General del Delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal. Segunda Edición. Lima. Ediciones Novaprint. 2012. pp.132.

¹²⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General. Segunda Edición. Lima. Jurista Editores. 2012. pp. 676.

según la cual será autor quien este en posición de superioridad frente a otro, será participe quien este en una situación de inferioridad y serán coautores, si se encuentran en una relación de igualdad, sin embargo esta fue también rechazada por su vaguedad y la falta de elementos de valoración para determinar la posición de cada interviniente.¹²¹

En suma, a la teoría objetivo material y todas sus acepciones, se le critica que deja de lado la importancia de lo subjetivo para determinar la autoría, con lo que se complica determinar la importancia del aporte, además, se afirma que no soluciona el problema del autor mediato y el coautor¹²², por lo que nuestro Código Penal, continuó admitiendo un concepto restrictivo de autor que luego, compatibilizó con la teoría del dominio del hecho.

2.4 La autoría definida desde la óptica del Código Penal peruano:

El Código Penal peruano describe la autoría en el artículo 23°, señalando de manera expresa:

“El que realiza para sí o por medio de otro el hecho punible, y los que cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción”¹²³

Apreciándose de la lectura del texto expreso, que cuando se alude “realizar el hecho para sí”, se está ante una autoría directa; mientras que “por medio de otro”, alude a la autoría mediata; y, cuando prevé “los que lo comentan conjuntamente”, se está haciendo referencia a la coautoría¹²⁴. Razón por la cual, de la sola lectura expresa, se puede afirmar que nuestro ordenamiento penal recoge las formas de autoría que emanan de

¹²¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en el Derecho Penal. Barcelona. Promociones y Publicaciones Universitarias - PPU. 1991. pp. 535-544.

¹²² VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal, parte general. Lima. Ara Editores. 2014. pp. 372.

¹²³ Código Penal peruano. Art. 23

¹²⁴ VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal Parte General. Lima. Ara Editores. 2014. pp. 368.

la tesis del dominio del hecho, la cual, conforme a lo sostenido por el profesor Miguel Díaz y García, parte de un concepto restrictivo de autor.

Con la publicación del Decreto Legislativo N°1351 del 07 de enero de 2017, se modificó el artículo 25° del Código Penal, respecto a la participación y se incorporó la siguiente redacción: “(...) *El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él*”.

Dicha incorporación, para un sector de la doctrina habría tenido como finalidad zanjar la crítica dogmática de la ausencia de regulación en nuestro Código de la tesis de infracción de deber, para lo cual se habría recurrido a la teoría de la unidad del título de imputación, al haberse incluido en dicho artículo la posibilidad de que un sujeto responda como cómplice aunque en su persona no se presenten los elementos especiales que fundamentan la punibilidad de la conducta¹²⁵, sin embargo, no se infiere en dicha redacción ni expresa ni tácitamente, un nuevo tipo de autoría que se diferencie o se fundamente en criterios distintos a los ya previstos por el artículo 23° del Código Penal, ni un nuevo concepto de autor amparado en la infracción de deberes extrapenales, ni se infiere que con la teoría de la unidad del título de la imputación se esté negando la posibilidad de distinguir los diferentes niveles de intervención delictiva en los delitos especiales.

Así las cosas, es necesario hacer un resumen detallado de lo que se entiende por dominio del hecho y por infracción de deber, a efectos de poder concluir si dichos artículos son la expresión de ambas teorías y si éstas son excluyentes entre sí o pueden (o deben) complementarse.

¹²⁵ SALINAS SICCHA, Ramiro. La teoría de los delitos de Infracción de deber, pp. 2-7; en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d>

2.4.1 Teoría del dominio del hecho

El dominio del hecho parte del concepto restrictivo de autor y le aumenta un componente material, convirtiéndose en una expresión de las teorías objetivo formales, que dada su minuciosa construcción ha logrado ser la teoría dominante en Alemania y demás países europeos, así como en el Perú y otros países latinoamericanos,¹²⁶ habiendo sido sin duda alguna su máximo exponente y sistematizador contemporáneo, Claus Roxin, quien expuso en su obra *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*, todas las manifestaciones posibles de la misma a efectos de diferenciar a la autoría de la participación y asimismo, diferenciar entre las diversas formas de autoría.¹²⁷

El dominio del hecho se alejó de las concepciones causalistas, afirmando que no toda contribución causal es capaz de fundamentar una autoría, sino, únicamente aquella que realiza el tipo penal, por lo que solo aquel quien tiene dominio sobre la configuración del hecho típicos, podrá ser autor¹²⁸, es decir, aquel que decide el sí, el cómo y el cuándo del acontecer delictivo.¹²⁹

En efecto, para que exista autor se requiere que la persona a la cual se le está imputando bajo ese título tenga el poder para adelantar, suspender o aplazar la conducta punible que ha iniciado, convirtiéndose el dominio del hecho en el criterio que permite diferenciar a un autor de un partícipe en los casos difíciles en los que concurren varias personas en la realización de la conducta punible.¹³⁰

¹²⁶ Ponencia del Profesor Díaz y García Miguel en la clase de Autoría y Participación de la Maestría de Derecho Penal de la PUCP - 2020

¹²⁷ VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal*, parte general. Lima. Ara Editores. 2014. pp. 374-375.

¹²⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal*, Parte General. Lima. Jurista Editores. 2012. pp. 374

¹²⁹ DÍAZ Y GARCÍA COLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho Penal*. Primera edición. Barcelona. PPU. 1991. pp.547.

¹³⁰ ABELLO GUAL, Jorge Arturo. *La autoría y participación en el delito de Peculado*. En: *Revista de Derecho Público* N°35 ISSN 19-09-7778. Julio – diciembre 2015 Facultad de Derecho – Universidad de los Andes. Santiago de Chile. pp.10.

De ese modo, el dominio del hecho se concreta en las tres formas de autoría previstas por nuestro Código Penal, esto es, la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría, las cuales en cualesquiera de sus formas, serán la figura central del hecho, mientras que los partícipes (inductor y cómplice) estarán al margen.¹³¹

2.4.1.1 Formas de dominio

No pretendemos extendernos en conceptos, posturas o críticas sobre las formas de autoría, sin embargo, a efectos de la presente investigación, se hará un resumen de los conceptos consensuadamente aceptados por la doctrina nacional e internacional, respecto a las formas de dominio a fin de evidenciar que estas, se presentan en cada figura del autor, independientemente de la naturaleza del delito que cometa.

Autoría directa - Dominio de la acción

Se trata aquí del prototipo de autoría, de la manifestación más evidente de la figura central¹³², pues será autor quien tenga el dominio cabal del curso causal del hecho típico, es decir, quien esté en la capacidad de decidir sobre el inicio, desarrollo, interrupción o finalización del comportamiento delictivo¹³³.

Este tipo de autoría está claramente referida a los casos en los cuales se comete del delito de propia mano, es decir, que el autor con su propio cuerpo desarrolla los

¹³¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en el Derecho Penal. pp. 585-581

¹³² ROXÍN, Claus. AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. 2000. pp.151.

¹³³ RODRIGUEZ HURTADO, Mario; UGAZ ZEGARRA, Ángel; GAMERO CALERO, Lorena y SCHONBOHM, Horst. Manual de Casos Penales – La Teoría General del Delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal. Segunda Edición. Lima. Ediciones Novaprint. 2012. pp.134.

¹³³ SCHÜNEMANN en: Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. Ludwig-Maximilians-Universität München. Traducido por Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, investigadora contratada predoctoral FPI, Universidad de Alcalá (España). En, Revista Derecho PUCP: DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003Pp.95-97>

elementos típicos del hecho punible, definiéndose al autor directo como aquel cuya conducta puede subsumirse, sin más, en la descripción delictiva de la parte especial.¹³⁴

Autoría mediata – Dominio de la voluntad y del conocimiento

En términos simples, es autor mediato aquel que realiza el tipo a través de otra persona que le sirve de intermediario material¹³⁵, es decir, quien para cometer el delito se vale de otro.¹³⁶

Lo trascendental para hablar de autoría mediata es que se tenga dominio sobre la voluntad del otro, toda vez que precisamente la voluntad del hombre de atrás la que rige el curso causal del hecho delictivo por ser su voluntad la que tiene dominio superior de decisión¹³⁷, por lo tanto, el autor mediato debe estar en la posibilidad de controlar y dirigir de facto el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el hecho punible¹³⁸, por lo que el intermediario o hombre de adelante, no puede dominar el curso del hecho delictivo porque se haya en cualquiera de los siguientes supuestos:

- Dominio de la voluntad por coacción: Cuando el sujeto de adelante actúa bajo coacción, toda vez que la acción del ejecutor directo está surtiendo efecto como factor impulsor y configurador la voluntad del sujeto de detrás, con lo cual se configura afirmativamente la figura del autor de detrás del autor.¹³⁹ La intensidad de

¹³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en el Derecho Penal. Buenos Aires. Euros Editores S.R.L.2006. pp.190-191.

¹³⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal, Parte General. Lima. Grijley.2013. pp. 467.

¹³⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en el Derecho Penal. Buenos Aires. Euros Editores S.R.L.2006. pp.195.

¹³⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal, Parte General. Lima. Jurista Editores. 2012. pp. 471.

¹³⁸ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, parte general I. 3° Edición. Lima. Grijley. 2005. Pp. 865.

¹³⁹ ROXÍN, Claus. AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. 2000. pp.167

la coacción tiene que tener entidad suficiente para reducir la libertad del autor material al extremo de perder su capacidad decisiva para dominar su acción.¹⁴⁰

- Dominio de la voluntad en virtud del error: cuando el hombre atrás se sirve del de adelante para cometer un hecho delictivo, en virtud a que este actúa bajo error, lo que fundamenta la autoría a partir de la afirmación de que el que yerra no actúa con dolo, ni domina la situación pues se trata de una actuación a ciegas, siendo el conocimiento superior del hombre de atrás el que encausa el acontecer hacia la producción del resultado y por tanto tiene el dominio de la voluntad.¹⁴¹

En virtud a las circunstancias del hecho, el ejecutor material podría responder a título de culpa.¹⁴²

- Dominio de la voluntad por utilización de inimputables o menores: se fundamenta en la falta de capacidad del ejecutor para comprender o querer o incluso poner oposición a la voluntad del hombre de atrás, por lo cual este es quien domina el hecho. En los casos que se trate de niños o adolescentes bajo el entendimiento de que estos carecen de voluntad propia para determinar su conducta o cuando la inmadurez del agente penal afecta su capacidad de comprensión, discutiéndose mucho el caso de los adolescentes mayores de 14 años, que, en algunos casos se les reconoce capacidad¹⁴³; asimismo, se puede dominar la voluntad del ejecutor cuando se coloca a este en un estado de inimputabilidad con el fin de instrumentalizarlo o cuando se aprovecha del error de prohibición¹⁴⁴.

¹⁴⁰ RODRIGUEZ HURTADO, Mario; UGAZ ZEGARRA, Ángel; GAMERO CALERO, Lorena y SCHONB.OHM, Horst. Manual de Casos Penales – La Teoría General del Delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal. Segunda Edición. Lima. Ediciones Novaprint. 2012. pp.138.

¹⁴¹ ROXÍN, Claus. AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. 2000. pp.196.197.

¹⁴² HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, parte general I. 3° Edición. Lima. Grijley. 2005. Pp. 866.

¹⁴³ ROXÍN, Claus. AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Universidad de Extremadura). Madrid. MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A. 2000. pp.259-269.

¹⁴⁴ VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal Parte General. Lima. Ara Editores. 2014. pp. 379.

- Dominio de la voluntad en aparato organizado de poder: el cual se encuentra referido en la mayoría de casos, pero no siempre, a estructuras organizadas jerárquicamente dentro del Estado, dentro de las cuales quien da las órdenes mantiene el dominio del hecho, mientras que los intermediarios ejecutan siguiendo las órdenes o directrices diseñadas por el hombre de atrás, siendo una característica fundamental que el ejecutor pueda ser reemplazado sin que ello afecte la estructura (naturaleza fungible); fundamentándose entonces este tipo de dominio de la voluntad, en la necesidad de dar respuesta a la responsabilidad penal de altos dirigentes de aparatos políticos.¹⁴⁵

Como se aprecia, se puede ser autor sin necesidad de cometer el hecho con el propio cuerpo, a través de las formas de dominio del curso causal del hecho por el dominio de la voluntad, concurriendo la posibilidad de que el ejecutor material actúe o no con dolo, lo que va a depender de las circunstancias en que se desarrolle cada hecho delictivo y de las particularidades del intermediario ejecutor.

Cabe mencionar que respecto a la autoría mediata, surge el problema que en determinados delitos, donde se exige una condición especial del sujeto activo para fundamentar la punibilidad, no podría darse este tipo de autoría si el hombre de atrás es un extraneus, aun cuando tenga el poder de configuración del hecho; sin embargo, no se presentaría problema alguno si este tiene la calidad de *intreneus* y se vale de un *extraneus* para ejecutar el hecho delictivo.¹⁴⁶

Coautoría - Dominio funcional:

Aquí nos encontramos ante supuestos donde más de una persona interviene de manera decisiva en el hecho delictivo, es decir se trata de un dominio del hecho conjunto,

¹⁴⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal, Parte General. Lima. Grijley. 2013. pp. 478-479.

¹⁴⁶ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, parte general I. 3° Edición. Lima. Grijley. 2005. Pp. 870.

exigiéndose determinados presupuestos sin cuales no se podría estar frente a la coautoría, sino ante una complicidad. Estos presupuestos son: 1) el carácter común de la decisión, es decir que la actuación de cada intervinientes partirá de un acuerdo común, conociendo todos que están actuando conjuntamente; 2) co dominio del hecho, el cual está referido a que cada interviniente debe realizar un aporte esencial sin el cual no sería posible consumir el hecho punible; y, 3) aporte objetivo, que obliga a que la contribución realizada por cada coautor sea necesariamente brindada en fase ejecutiva; pues caso contrario, si el aporte es realizado en actos preparatorios, estaríamos ante supuestos de participación¹⁴⁷.

Apreciándose de ese modo que para el dominio del hecho, la autoría no se fundamenta únicamente por cualquier causación del resultado típico, sino, únicamente a través de la realización de la acción típica, la cual no debe ser entendida como una actitud determinada o un suceso externo, sino *como la obra de una voluntad directora del acontecimiento*”, acompañada de la importancia del aporte material de la intervención en el hecho.¹⁴⁸

En síntesis, el dominio del hecho puede ser definido como aquel poder sobre la decisión o la configuración, es decir, tiene dominio aquél de quien depende la decisión de si el hecho se comete o no y tiene dominio aquél que está en la capacidad de determinar el cómo de la ejecución del hecho y sus particularidades¹⁴⁹.

De lo desarrollado hasta el momento, no cabe duda que el artículo 23° del Código Penal peruano hace referencia expresa a las 3 formas de autoría que el dominio del hecho nos

¹⁴⁷ VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal Parte General. Lima. Ara Editores. 2014. pp. 384 y, se puede encontrar dichos presupuestos en la Ponencia del Profesor Díaz y García Miguel en la clase de Autoría y Participación de la Maestría de Derecho Penal de la PUCP – 2020.

¹⁴⁸ HAINS – HENRICK, Jesheck. Tratado de Derecho Penal Parte General. 5° edición renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. 2002. pp. 702.

¹⁴⁹ URS KINDHAUSER, Bond. Infracción de deber y autoría – una crítica a la Teoría del Dominio del Hecho. Traducción de Juan Pablo Manalich, en: Revista de Estudios de la Justicia-N°14. 2011. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. pp. 43.

proporciona, aceptando que para determinados delitos se requerirá necesariamente de un autor en sentido estricto, mientras que en otros, podrá ser autor aquel no realice la conducta más sí tenga el dominio absoluto del curso delictivo al dominar la voluntad del ejecutor, habiendo casos en que pueden intervenir más de un sujeto y que todos tengan el dominio funcional de la acción; habiéndose convertido la teoría del dominio sumamente útil para resolver los casos dolosos pero no para casos de delitos culposos; sin embargo, ello no será materia de ahondamiento al no incidir en los aspectos fundamentales de la presente investigación.

Así las cosas y sentadas las bases fundamentales de la teoría del dominio, no se puede desconocer que existe una categoría de delitos que, por su propia naturaleza, requieren además, una condición especial del sujeto activo que es adicional al aporte o a su voluntad; estos son los llamados delitos de infracción de deber, en lo que no puede ser autor cualquier sujeto que cometa el hecho o que lesione el bien jurídico, sino, solo aquel que posee la cualificación exigida por el tipo penal en virtud a una vinculación con deberes competenciales que le demandan pre típicamente, la protección del bien jurídico.

2.4.2 Teoría de la infracción de deber

Claus Roxin en 1963, en su monografía denominada “Autoría y dominio del hecho”, fundamentó por primera vez¹⁵⁰ *la existencia de los delitos especiales en la infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en este delito, pero que es necesaria para la realización del tipo*¹⁵¹ .

¹⁵⁰ Hubo un antecedente antes de Roxin, que fue la obra de Reinhard Frank en 1926 en donde se habló por primera vez de los delitos especiales, los que sin embargo se extendían más allá de los servidores públicos, quedando como única conclusión en aquel entonces, que un *extraneus* no podría ser autor de esa clase de delitos, más sí participe.

¹⁵¹ Roxin, Claus. Autoría y dominio del hecho (*Täterschaft und Tatherrschaft*). Hamburgo. 1963. Traducción de. pp 354

Es a partir de este momento en donde comienza la diferenciación entre delitos de infracción de deber y delitos del dominio, siendo que a diferencia de estos últimos, es un deber especial fuera del alcance penal el que fundamenta el injusto y determina al autor, siendo que aquí la figura central no se encontraba determinada exclusivamente por el dominio.¹⁵²

Cabe resaltar que la teoría de delitos de infracción de deber postulada por Roxin, no estaba referida únicamente a los delitos especiales como los cometidos contra la administración pública, sino que nació como una solución frente a los delitos imprudentes y los delitos omisivos; sin embargo, Roxin abandonó inmediatamente con la segunda edición de su obra y siguientes la postura de infracción de deber para los delitos imprudentes, reconociendo que lo que fundamentaba el hecho punible de estos delitos era la creación de un riesgo, ocurriendo lo propio en los delitos omisivos en donde concluyó que el fundamento de la autoría se hallaba en la asunción de una función de protección¹⁵³ y en ningún caso en la infracción de un deber; subsistiendo la tesis de la infracción de deber para los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

De ese modo, se construyó la teoría de infracción del deber teniendo como fundamento la conexión entre deberes constitutivos del tipo que se hayan en diversos campos del ordenamiento y, cuya infracción, por acción u omisión, debe castigarse al ser generadora de un resultado típico. Aquí lo decisivo no sería la configuración externa de la conducta sino, la contravención a las exigencias de un papel social que ha asumido,

¹⁵² BERND SCHÜNEMANN. Teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. Ludwig-Maximilians-Universität München. Traducido por Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, investigadora contratada predoctoral FPI, Universidad de Alcalá (España). En, Revista Derecho PUCP: DOI: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003Pp.95-97>

¹⁵³ Ibidem. pp. 96

siendo indiferente la magnitud de su aporte o el dominio del hecho, por tratarse de una forma especial de delitos¹⁵⁴

Para Roxin, esta teoría resolvió los problemas que el dominio del hecho no pudo resolver como fue el problema de instrumento doloso no cualificado, naciendo como una respuesta político criminal adecuada frente a los sujetos con deber especial que se valen de un tercero *extraneus* para realizar la ejecución de un acto lesivo y que por tanto tendrían el dominio del hecho, pues el *intraneus* pese a todo sería el autor mediato, toda vez que la infracción del deber típico específico es lo que fundamenta la autoría, incluso sino tuvo dominio del hecho; siendo que para el autor, las diferencias existentes entre una y otra teoría, no cambian en nada el protagonismo de la figura central del acontecer típico, pues en el caso del instrumento no cualificado, la conducta no hubiese podido realizarse sin la colaboración del sujeto de atrás, lo que le daría a su intervención una fuerza jurídico penal relevante, con lo que a su criterio, se tratarían de diferentes manifestaciones del mismo principio rector.¹⁵⁵

Así las cosas, desde la perspectiva de la dogmática nacional, para el caso de los delitos especiales, quien tiene el manejo del acontecimiento delictivo no siempre es el autor; por lo que la autoría en estos casos, siempre va a estar determinada por la teoría de infracción del deber y es autor quien actúa infringiendo un deber especial, que no necesariamente le alcanza a todos los sujetos que intervienen en el comportamiento delictivo y, es partícipe, todo aquel que participa de la realización de la conducta punible pero no infringe deber especial alguno; en el caso que se trate de delitos “especialísimos” como el peculado, será autor el sujeto que tenga una relación o una

¹⁵⁴ ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Traducción de la 1º edición alemana, hecha por Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid. Thomson Reuters-Civitas 2014.pp. 179 -180.

¹⁵⁵ ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Traducción de la 1º edición alemana, hecha por Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid. Thomson Reuters-Civitas 2014.pp. 181-183

competencia funcional específica respecto del objeto material, caso contrario, aun cuando sea funcionario público y aun cuando haya tenido el curso configurativo del hecho, responderá como cómplice, siendo lo trascendente que el autor tenga por competencia, la facultad de disposición del objeto del delito.¹⁵⁶

Debe resaltarse, esta teoría desde su nacimiento, no fue ajena a todo tipo de oposiciones y críticas, todas ellas recogidas por Roxin en su obra sobre autoría, destacando entre ellas las siguientes¹⁵⁷:

- Los delitos de infracción de deber que fundamentan la punibilidad únicamente sobre la infracción a un deber especial, desconocen el mandato de determinación de la norma, pues dejan de lado que el tipo penal describe una acción por parte de una autoridad y precisamente en relación a esta acción es que debería poder diferenciarse entre autores y partícipes; al admitirse puramente la tesis de infracción de deberes, cualquier contribución o incluso la falta de ella, del sujeto que tiene el deber especial, lo convierte en autor sin tomar en cuenta la realización del hecho típico.
- La solución del instrumento no cualificado que fundamenta esta teoría, no es razón suficiente para alejarse de la idea del dominio configurativo realizador del suceso, pues se debe exigir un momento de dominio demostrado. Pizarro Beleza sostiene respecto de ello, que la determinación de autores en esta categoría de delitos debe tomar en cuenta tanto el sometimiento al deber especial como el dominio del hecho.

¹⁵⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. La teoría de los delitos de Infracción de deber, pp. 2-7; en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d>

¹⁵⁷ ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Traducción de la 1° edición alemana, hecha por Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid. Thomson Reuters-Civitas 2014. pp. 186-187.

- La realización del tipo está condicionada a cualquier contribución en el hecho por parte de quien tiene el deber, sin tomarse en cuenta su configuración externa.

Cabe resaltar que para los críticos de la infracción del deber, la solución es mantener criterios de dominio del hecho, o al menos, complementarla con dichos criterios a efectos de que no nieguen la realidad fáctica; sin embargo, para Roxin no existiría conflicto entre el mandato de determinación y la delimitación tipos penales que requieran la infracción de un deber típicamente específico que requiera además la producción de un resultado vinculado a la acción, pues para el autor solo se tratarían de una diferente distribución de roles, debido a la diferente realidad en que se basan.

Estas críticas, se ven reflejadas en casos muy concretos en donde, al menos en el Perú, es siempre autor el servidor público de menor jerarquía, quien ya sea por error, coacción, negligencia, cumplimiento de una orden superior o por voluntad compartida, realizó un aporte al hecho delictivo de otro funcionario público de más alto nivel, quien aun teniendo el dominio configurativo del hecho, no poseería aparentemente la vinculación directa con el patrimonio apropiado. Aquí el funcionario de menor nivel, aun cuando haya realizado un aporte que no calce dentro de la conducta descrita en el tipo penal o no realice conducta alguna y sin embargo haya permitido la apropiación del patrimonio bajo su cargo, sería el autor de peculado y el funcionario de mayor nivel que no posee el vínculo, sería a lo sumo un cómplice o un inductor.

Así las cosas, es innegable que esta categoría de delitos contiene en sí misma una ampliación de la punibilidad de los titulares del deber aun con la insignificancia de su aporte o incluso la omisión de aporte alguno; y, por otro lado, una restricción de la punibilidad para aquellos que se encuentren fuera del alcance del deber, quienes solo

serán participes aun cuando su aporte haya sido más relevante y configurativo que el del propio “autor”.¹⁵⁸

Razón por la cual, a la fecha, existe mucho rechazo del extranjero respecto de esta teoría, sobre todo en Alemania, proponiendo no se admita su aplicación o, se integre al dominio del hecho. En Latinoamérica tomaremos de ejemplo Colombia, donde existe una fuerte corriente que rechaza la aplicación de la teoría de infracción del deber al sostener que la misma es incompatible con su Estatuto Penal al retornarlos a la aplicación del concepto de autoría unitaria y, porque fundamentar la responsabilidad del autor en deberes extrapenales, es pasar la frontera de la tipicidad olvidándose que esta se configura con la realización del tipo y no con la infracción de deberes fuera del ámbito penal, que en suma, podrían dar indicios de tipicidad, más no fundamentar la misma.¹⁵⁹

Por su parte, Schünemann afirma que la teoría de la infracción del deber ha sido abandonada en Alemania¹⁶⁰, pues la misma fue diseñada pensando en otras categorías de delito adicionales a los delitos de función, habiéndose abandonado por su propio autor respecto a los tipos imprudentes y de comisión por omisión, al advertir que la infracción de un deber no es lo que fundamenta la punición; lo que además se puede corroborar cuando Roxín sostiene que esta teoría no ha sido de aplicación por parte de la jurisprudencia de dicho país¹⁶¹.

No obstante, en el Perú, no solo ha calado para la determinación de la autoría en los delitos contra la Administración Pública, sino que además, ha incurrido – lo que se

¹⁵⁸ ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Traducido por Miguel Díaz y García Conlledo Madrid. Civitas. 2014.pp. 185.

¹⁵⁹ ABELLO GUAL, Jorge Arturo. La autoría y participación en el delito de Peculado. En: Revista de Derecho Público N°35 ISSN 19-09-7778. Julio – diciembre 2015 Facultad de Derecho – Universidad de los Andes. Santiago de Chile. pp.9-11.

¹⁶⁰ SCHUNEMAN en: Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción de deber en los delitos especiales. En: Derecho PUCP, N°81, 2018/ISSN 0251-3420.pp 99-100; y, Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal. Bogotá.Grupo editorial Ibáñez/Universidad Santo Tomás.2007.

¹⁶¹ ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Traducido por Miguel Díaz y García Conlledo Madrid. Civitas. 2014.pp. 183.

considera un exceso de la teoría primigenia- en un criticado y abandonado concepto unitario de autor, pues tal y como se ha desarrollado en el primer capítulo de este trabajo, la Corte Suprema ha establecido como doctrina vinculante la aplicación de la autoría unitaria¹⁶²o de autoría paralela¹⁶³ para el delito de peculado, por lo cual basta tener el deber específico para ser autor, sin importar la significancia, relevancia o poder configurador del aporte causal. Lo que en palabras de Schünemann y de Miguel Díaz y García, sería porque se está aplicando de forma distorsionada la infracción del deber postulada desde la perspectiva de Jakobs, la que, nos ha reconduciendo expresamente a un concepto unitario de autor. Pues como se afirma por seguidores nacionales del profesor Jakobs, la categoría de delitos de infracción de deber, es un criterio de imputación jurídico penal que contrasta con el criterio de las competencias por organización, por lo no admite graduaciones que permitan una distinción cuantitativa entre autores y partícipes en esta categoría de delitos.¹⁶⁴

Una concepción más amplia de los delitos de infracción de deber es que sostiene que los delitos especiales que fundamentan la autoría en la infracción de un deber, deberían estar contruidos sobre la base de la denominación “situaciones jurídicas” entendido en su sentido más laxo, es decir, como cualquier circunstancia funcional relacionada a la prestación de un servicio que permita al agente tener mayores posibilidades y facilidades para ejecutar el delito debido a su condición que ostenta con respecto al ejercicio de la función, lo que se traduce en la facilidad por razón del cargo que ostenta un sujeto público, que de alguna u otra manera le permite un fácil acceso a los bienes y objetos que componen la administración pública; debiendo sancionarse estos delitos de infracción de deber por el aprovechamiento del acceso a los bienes materiales que le

¹⁶² Véase la sentencia recaída en el caso Diarios Chicha. Exp. N°615-2015-Lima.

¹⁶³ Véase sentencia recaída en Recurso de Casación N°1500-2017- Huancavelica

¹⁶⁴ PERCY GARCÍA CAVERO, citando a Günther Jakobs y Caro John, en: Derecho Penal Parte General. Lima. Jurista Editores.2012.697.

otorga al sujeto su puesto de trabajo, con independencia de si tiene o no su custodia o manejo específico sobre los mismos.¹⁶⁵ Posición con la que armonizamos.

Pudiendo concluirse prima facie que, aunque se ha establecido que la teoría de infracción del deber es una forma diferente de determinar la autoría para determinada categoría de delitos, esta no resulta necesaria, o al menos no determinante; sosteniendo muchos autores que no se debería prescindir de los criterios de dominio incluso en los delitos especiales.¹⁶⁶

2.4.3 Teoría de Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico

Desarrollada por Schönemann como una de alternativa ante los defectos y trabas que genera la actual teoría de la infracción del deber. Para su autor, el fundamento del hecho punible y de la intervención del Derecho Penal, es el dominio decisivo que tiene el sujeto sobre el curso causal del hecho dañoso, el cual se divide en: 1) quienes tienen dominio o vigilancia de una fuente de peligro (cuya fuente de peligro puede consistir en una acción humana o una cosa peligrosa); y, 2) quienes tienen dominio de protección sobre un bien jurídico vulnerable, siendo esta última la que legitima la punibilidad de los delitos especiales, pues es autor todo aquel que tiene una posición especial de dominio sobre un bien jurídico de particular vulnerabilidad y, que ya sea por una acción humana propia o de tercero, lesiona o permite que otro lesione el bien jurídico tutelado por ley.¹⁶⁷

Esta teoría que ha sido construida sobre la base del principio de lesividad y cuestiona la legitimidad de la infracción del deber, concluyendo que la mayoría de los delitos

¹⁶⁵ FERNANDO VASQUEZ – PORTOMEÑE SEIJAS. Delitos contra la Administración Pública, teoría general. Santiago de Compostela. Instituto Nacional de Administración Pública/Universidad Santiago de Compostela.2003. pp

¹⁶⁶ ABELLO GUAL, Jorge Arturo. La autoría y participación en el delito de Peculado. En: Revista de Derecho Público N°35 ISSN 19-09-7778. Julio – diciembre 2015 Facultad de Derecho – Universidad de los Andes. Santiago de Chile. pp.

¹⁶⁷ BERND SCHÜNEMANN. Teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. Ludwig-Maximilians-Universität München. Traducido por Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, investigadora contratada predoctoral FPI, Universidad de Alcalá (España). En, Revista Derecho PUCP. pp. 100-102

especiales son delitos especiales de garante, en los que el autor ejerce un dominio de protección o un dominio de supervisión sobre el fundamento o causa del resultado, principalmente sobre la fragilidad o vulnerabilidad del bien jurídico, permitiendo así diferenciar entre las distintas formas de autoría. En ese sentido, es la especial función del autor frente a la especial situación de vulnerabilidad del bien jurídico la que fortalece el dominio del resultado lesivo, considerando aquí la posición de garante como decisiva para fundamentar la responsabilidad no solo por el status, sino por las funciones a través de las cuales el sujeto asume libremente la responsabilidad por el bien jurídico, sumando a ello, por ende, la necesidad del dominio efectivo sobre el fundamento del resultado.¹⁶⁸

Si bien esta teoría no ha sido acogida por nuestra práctica jurisprudencial, algunos autores nacionales, como Montoya Vivanco entre otros, acogen la misma, armonizando con los cuestionamientos que manifiesta a la infracción del deber, toda vez que si la autoría quedara limitada a la infracción de un deber personalísimo, no tendría razón de ser la diferenciación que hace nuestro Código Penal en el artículo 23° sobre autor directo, mediato y coautor¹⁶⁹; considerando su utilidad al establecer la razón de los delitos especiales precisamente en atención a la capacidad de lesionar el bien jurídico debido a una posición de garante voluntariamente asumida.

Sin embargo, se considera que la misma debe ser reforzada en atención a determinados delitos como el de peculado, en el cual no basta fundar la autoría en una posición de garante asumida por la posibilidad de dominio sobre bien jurídico vulnerable, sino que hace falta ir un paso más atrás y establecer un nuevo nivel de deberes, que otorguen al

¹⁶⁸ MONTOYA, VIVANCO. Yván. Manual sobre delitos contra la administración pública. Lima. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). 2015. pp.54-55.

¹⁶⁹ BERND SCHÜNEMANN. Teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. Ludwig-Maximilians-Universität München. Traducido por Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, investigadora contratada pre-doctoral FPI, Universidad de Alcalá (España). En, Revista Derecho PUCP. pp. 103-109.

funcionario público una función de garante especial respecto del bien jurídico, a efectos de respetar los límites del principio de legalidad.

2.5 El principio de culpabilidad en la figura del autor:

La manifestación del principio de culpabilidad se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal que sostiene por una parte: *la pena requiere de la responsabilidad penal del autor* y, por otra: *queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*¹⁷⁰. Es decir, por un lado surge la necesidad de determinar la responsabilidad penal del autor para habilitar o posibilitar la imposición de una pena y por otro, se prohíbe la atribución de la responsabilidad únicamente vinculada al resultado.¹⁷¹

Esta última manifestación, *proscripción de responsabilidad objetiva*, es la que cumple un rol limitador para la imputación de un hecho punible, pues impide se atribuya al autor un resultado si de por medio no ha intervenido el dolo o la culpa¹⁷²; es decir, la materialización de un comportamiento que ocasione un resultado no es suficiente en sí misma para ser atribuida a una persona y generarle responsabilidad, sino que, se exige además, que dicho comportamiento esté ligado a la persona a través del dolo o la culpa.¹⁷³

Así las cosas, el principio de culpabilidad o de responsabilidad, debe ser entendido en su sentido más amplio, no debiendo reducirse o equiparar la expresión “culpabilidad” a “inocencia” ni a la última categoría del delito, toda vez que este principio en su sentido

¹⁷⁰ La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

¹⁷¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. pp. 110

¹⁷² Ibidem. pp. 111

¹⁷³ TRUJILLO CHOQUEHUANCA, Joseph. Principio de Culpabilidad “nullum crimen sine culpa”. En LP Pasión por el Derecho. Agosto 2020. <https://lpderecho.pe/principio-de-culpabilidad-nullum-crimen-sine-culpa/>

lato, abarca una serie de límites al *ius puniendi*, los cuales se manifiestan a través de los siguientes sub principios:

- **Principio de personalidad**, ningún sujeto puede hacerse responsable ni puede ser castigado por hechos ajenos;
- **Principio de responsabilidad por el hecho**, no pueden castigarse conductas, personalidad o formas de ser, sino hechos concretos que se produjeron para la configuración de un resultado;
- **Principio de dolo o culpa**, que importa que el hecho entendido como la realización objetiva de una conducta, o la configuración de un resultado lesivo, además de ser causado materialmente por su autor haya sido querido por este o que al menos, haya sido producto de la imprudencia; y
- **Principio de imputación personal**, que ordena que para poder considerar culpable al autor de un hecho doloso y culposo, además, debe poder atribuírsele como consecuencia de una motivación racional normal, denominado también, culpabilidad en sentido estricto.¹⁷⁴

De ese modo es posible concluir que, para la determinación de responsabilidad y la imposición de una pena, no basta atender a la realización de una conducta (activa u omisiva) y a la producción de un resultado lesivo, pues es imprescindible que además, haya sido querido por el autor, es decir, que haya mediado una manifestación de su voluntad para la realización del hecho y la provocación de un resultado, o cuando menos, haya mediado la imprudencia en su actuar, por lo que, si en su actuar no está ligado el dolo o la culpa, es imposible atribuir un hecho, aún si aparentemente se habría originado un resultado, siendo los elementos subjetivos del tipo penal de suma importancia y observancia para la atribución de un hecho concreto, no siendo posible

¹⁷⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10° ed. Actualizada y revisada. Barcelona. Editorial Reppertor. 2016. pp. 134-135

renunciar a ellos, pues caso contrario, se estaría imputando responsabilidad por el resultado o por la conducta, ambas situaciones proscritas por su inconstitucionalidad.

En efecto, el injusto penal depende en muchos casos de la dirección de la voluntad del autor, por lo cual el elemento subjetivo es imprescindible a efectos de fundamentar el injusto. Y es que el reconocimiento de los elementos subjetivos como parte del tipo penal, es una reafirmación del principio de legalidad, en tanto que, de conformidad con nuestra estructura del tipo, tanto el dolo como la culpa y los elementos subjetivos ajenos al dolo, forman parte del análisis del tipo legal; y ello, es un aspecto que claramente puede ser apreciado en la teoría del dominio del hecho la que requiere siempre además de la realización del tipo un dominio de la voluntad a través de cualquiera de sus formas de autoría.

Por lo que, realizar una subsunción típica únicamente sobre la base de la causación de un resultado originado como consecuencia de la infracción a un deber, sin tomar en cuenta los aspectos subjetivos que guiaron la voluntad del autor o sin reconocer el dominio de dicha voluntad en otros sujetos adicionales al infractor del deber, sería adentrarnos en el campo de la responsabilidad objetiva. Por lo que cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿la atribución de la autoría en el delito de peculado por la infracción de un deber objetivo, cumple con el mandato de culpabilidad que exige el derecho penal? Sostenemos que no, por lo que, para determinar la autoría en estos delitos de infracción, aun cuando los mismos sean una categoría diferente de fundamentación de la autoría, deben siempre y en todos los comprender la voluntad del sujeto para la configuración del hecho.

2.6 El principio de lesividad como fundamento del hecho punible y criterio de determinación de la autoría.

El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal regula expresamente que toda pena requiere necesariamente de *la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la Ley*.¹⁷⁵, de cuya lectura es sencillo advertir que lo que fundamenta la punición, es la afectación o puesta en riesgo de un bien jurídico, que de la mano con el principio de culpabilidad, debe haber sido querida por el autor.

La finalidad del derecho penal ha sido discutida por décadas, encontrándose por un lado quienes sostienen que la misma radica en la protección de bienes jurídicos individuales, y por otro lado, quienes sostienen que la finalidad del derecho penal radica en la protección de la vigencia de la norma y que es la norma penal en sí misma la que constituye el objeto de la lesión (sabido es que el máximo exponente y defensor de esta posición ha sido Jakobs quien la recogió de Amelung); sin embargo, sin duda alguna, el fin del derecho penal está determinado por la protección de bienes jurídicos, siendo ello una *conditio sine qua non* para su intervención, convirtiéndose en un límite para la aplicación del poder punitivo.¹⁷⁶

Por tanto, no es aceptable la sustitución de la lesión del bien jurídico por la infracción de un deber como fundamento del injusto penal y esencia del hecho punible, menos aun cuando en el Perú la lesión del bien jurídico constituye fundamento legal¹⁷⁷, al haber sido recogida en el título preliminar del texto sustantivo.

¹⁷⁵ Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano de 1991.

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía del Derecho Penal. Traducción de Diana Restrepo Rodríguez. Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 8. N°79, julio – diciembre 2012. Universidad EAFIT – Medellín. ISSN 0120-8179. pp.101-104.

¹⁷⁷ BERN SCHUNEMAN. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción de deber en los delitos especiales. En: Derecho PUCP, N°81, 2018/ISSN 0251-3420.pp 98. (Traducido por Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, investigadora contratada predoctoral FPI, Universidad de Alcalá (España)).

Esta afirmación toma relevancia al desarrollar las manifestaciones del principio de lesividad; por un lado la lesividad en sentido abstracto, por el cual nadie puede ser sancionado por hechos que no ofendan bienes de relevancia constitucional y, lesividad en sentido específico, este último de vital importancia al rezar que no cabe una sanción contra un sujeto, que aun cuando haya realizado un comportamiento que se corresponda con un tipo legal, no produzca un daño o un peligro al bien protegido por este.¹⁷⁸

Es ese sentido, no sería posible admitir que el derecho penal peruano, compatibilice con una teoría que fundamente el hecho punible en la infracción de deberes y deje de lado la lesión de bienes jurídicos, pues ello implicaría desconocer el principio de lesividad; más aún, cuando es sabido que la lesión de un deber no puede ni debe fundamentar un injusto, sino, que solamente puede ser tomada como un indicio para determinar la autoría, pudiendo fundamentarse la infracción del deber solamente si es entendida como el daño a la Administración entendida a su vez, como bien jurídico.¹⁷⁹ Sin embargo, esta idea de deber de cargo como bien jurídico tiene fuertes críticas, debiendo ser entendida la infracción del deber como uno de los elemento del tipo, más no como un bien jurídico.¹⁸⁰

Por lo que en el caso específico del delito de peculado, es importante delimitar el bien jurídico protegido que debe ser vulnerado por el autor del hecho punible, del deber objetivo que en el desarrollo de su comportamiento típico infringió el autor y respecto a este último aspecto, delimitar qué deber es este y donde debe ser hallado.

¹⁷⁸ FERRAJOLI, Luis. El principio de lesividad como garantía del Derecho Penal. Traducción de Diana Restrepo Rodríguez. Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 8. N°79, julio – diciembre 2012. Universidad EAFIT – Medellín. ISSN 0120-8179. pp.111.

¹⁷⁹ BERN SCHÜNEMANN. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción de deber en los delitos especiales. En: Derecho PUCP, N°81, 2018/ISSN 0251-3420.pp 101-103

¹⁸⁰ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano. Lima. Palestra Editores. 2003. pp.333.

2.6.1 La Función interpretativa del Bien Jurídico:

El bien jurídico se define como el objeto de protección inmediata del derecho penal, de modo tal que éste debe ser capaz de transmitir sin ápice de duda alguno, lo principalmente protegido por la norma, es decir, debe indicar la razón principal por la cual un determinado comportamiento está siendo tipificado como prohibido y por qué está sancionado; en palabra simples, el bien jurídico debe justificar el por qué se ha puesto en marcha al sistema penal.¹⁸¹

En ese sentido, el bien jurídico no solo es un concepto que fundamenta la reacción penal, sino que, a su vez, este tiene una naturaleza instrumental destinada a entender los aspectos esenciales de la lesividad del delito, la razón genética de su tipificación y la finalidad de la reacción estatal que surge contra él; además, el bien jurídico permite medir la reacción punitiva adecuada para evaluar la legitimidad de la incorporación penal y su pena. Por lo tanto, el bien jurídico debe inspirar la norma y precisar los contornos de la misma.¹⁸²

Por tanto, el bien jurídico es considerado pieza fundamental de la teoría jurídica del delito, reconociéndosele de ese modo, funciones dogmáticas de interpretación y sistematización del tipo penal, así como una función político criminal; respecto a sus funciones dogmáticas, éstas son precisamente aquellas que permiten: 1) identificar en el Código Penal parte de los distintos bienes jurídicos protegidos en cada delito para su clasificación (función sistemática); 2) excluir de los tipos penales a través de la interpretación, una vez identificado el bien jurídico protegido, las conductas que no lesiones ni pongan en riesgo dicho bien jurídico (función interpretativa) y; 3) medir la

¹⁸¹ LASCURRAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien Jurídico y Objeto protegible. En: ADPCP. Volumen LX. Universidad Autónoma de Madrid. 2007. pp.123-125

¹⁸² FERNANDEZ CABRERA, MARTA. Corrupción en la Función Pública. El delito de Negociaciones Prohibidas. Valencia. Tirant lo Blanch. 2018, pp. 3-5.

pena en atención a la mayor o menos peligrosidad del ataque (criterio de medición de la pena).¹⁸³

Por lo cual, el bien jurídico no es otra cosa que un instrumento dogmático creado para transmitir el objeto inmediato de protección de la norma y a partir de ello, define la tipicidad de una conducta solo si le es objetivamente imputable la lesión de dicho bien, tornándose en un elemento central para definir las conductas delictivas y para determinar la tipicidad de estas; debiendo ser tomado en cuenta no solo como un elemento objetivo más del delito, sino, como un instrumento central que permitirá definir los contornos de la tipicidad y deslindar conductas típicas de conductas no lesivas.¹⁸⁴

2.6.2 El bien jurídico protegido en el peculado.

Pese a que existe consenso sobre la naturaleza pluriofensiva del delito de peculado, cierto sector de la doctrina aún continúa discutiendo si este tipo penal tiene o no, naturaleza patrimonial o si simplemente se agota en el correcto funcionamiento de la Administración pública, de afirmar esto último estaríamos ante que la sola lesión del deber del cargo sería susceptible de lesionar el bien jurídico y el quebrantamiento de la relación Administración – ciudadano¹⁸⁵.

Como fundamento de la concepción patrimonial de este delito, se tiene el antecedente histórico del mismo, pues en el Derecho Romano este tipo penal era reprimido en atención a la relevancia de los bienes hurtados, sin importar si se era o no funcionario público¹⁸⁶.

¹⁸³ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10° ed. Barcelona. Reppertor. 2016. pp 173-175.

¹⁸⁴ LASCURRAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien Jurídico y Objeto protegible. En: ADPCP. Volumen LX. Universidad Autónoma de Madrid. 2007. pp.140-141

¹⁸⁵ PARIONA ARANA, Raúl; en: El delito de peculado como delito de infracción de deber. 2011 pp.14-18: www.academia.edu/32597781/El_delito_de_peculado_como_delito_de_infraccion_de_deber

¹⁸⁶ PARIONA ARANA, Raúl; en: El delito de peculado como delito de infracción de deber. 2011 pp.14

El Perú no es ajeno a la tesis del patrimonio público como objeto de tutela, pero más concretamente, a *el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado*¹⁸⁷, más aún cuando se tiene en cuenta que el artículo 80° del Código Penal duplica el plazo de prescripción para los delitos que afecten el patrimonio estatal, por lo cual lo que parece predominar es el daño patrimonial causado por el autor.¹⁸⁸ Bajo esta tesis, lo que se protege es el patrimonio público, entendido en sentido de bien colectivo, toda vez que el titular del cargo público ejerce sobre su desvalimiento (vulnerabilidad) dominio de protección y, por tanto, es igualmente punible si él mismo perjudica el patrimonio o si permite que otro lo perjudique, notándose que el injusto no radica únicamente en la infracción de un deber institucional¹⁸⁹

Por su parte, quienes defienden la tesis del bien jurídico como el correcto funcionamiento de la administración pública, sostienen que lo que se sanciona es aquel comportamiento que lesiona las bases del sistema administrativo, por lo que en realidad se estaría protegiendo son realidades normativas. Otros autores, sin abandonar a la administración como bien jurídico, sostienen que el fundamento de la responsabilidad de los delitos cometidos por funcionarios públicos es la infracción del deber de lealtad que como funcionarios tienen frente al patrimonio público¹⁹⁰, lo que como ya se anotó, es objeto de duras críticas pues la infracción del deber debiera entenderse como uno de los elementos del tipo, más no como el centro objeto de tutela.

Sin embargo, es mayor la aceptación de la doctrina nacional la concepción dual, que desdobra al bien jurídico en dos objetos: 1) garantizar el deber de no lesividad de los

¹⁸⁷ Fundamento Cuarto del Recurso de Casación N°1004-2017-Moquegua, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, actuando como ponente César San Martín.

¹⁸⁸ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano. Lima. Palestra Editores. 2003. pp.334-335.

¹⁸⁹ BERND SCHÜNEMANN. Teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. Ludwig-Maximilians-Universität München. Traducido por Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, investigadora contratada pre doctoral FPI, Universidad de Alcalá (España). En, Revista Derecho PUCP. pp. 103

¹⁹⁰ PARIONA ARANA, Raúl; en: El delito de peculado como delito de infracción de deber. 2011 pp.14

intereses patrimoniales de la Administración y 2) evitar el abuso de poder que puede ejercer el servidor o funcionario que quebranta los deberes de probidad y lealtad; con lo que en realidad se presente garantizar el deber de fidelidad a los intereses públicos, el cual se extiende a todos los funcionarios o servidores públicos, como parte de la Administración.¹⁹¹ Este concepto a su vez fue recogido por el Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116.

2.7 Una correcta interpretación acerca de la naturaleza de los delitos de infracción de deber en función a los principios que motivan en ius puniendi estatal

Recapitulando sobre el origen de la teoría de infracción de deber, esta surge como una respuesta a algunos problemas que se presentaron en la aplicación de la teoría del dominio del hecho, pues para la tesis roxiniana, existían ciertos tipos de delitos cuya naturaleza y complejidad permitían determinar la autoría en la infracción de determinados deberes extrapenales y no necesariamente en el dominio del hecho punible, habiéndose abandonado para delitos imprudentes y los de comisión por omisión subsistiendo en nuestros días para el caso de los delitos especiales en donde el sujeto activo goza de una condición especial que fundamenta la punición de su comportamiento y no necesariamente el dominio del hecho.¹⁹²

Esta teoría a pesar de no haber tenido acogida en la jurisprudencia alemana, caló en muchos países, principalmente en Latinoamérica y en el Perú, en donde en un intento de interpretación adecuado de la misma, se fue más allá de los límites establecidos por su creador y se forjó como una categoría adicional de autoría y además, excluyente de cualquier criterio de dominio, lo que al menos expresamente, no está recogido en la

¹⁹¹ ROJAS VARGAS, FIDEL. Delitos contra la Administración Pública. 3° Edición. Lima. Grijley. 2002. pp. 327

¹⁹² Ello ha sido extensamente desarrollado en el punto 4.2.2 del presente capítulo.

parte general de nuestro Código Penal Peruano, encontrando su legitimidad en la doctrina y la jurisprudencia que la recoge.¹⁹³

No obstante la distorsionada aplicación que se le viene dando sobre todo en nuestro país, se debe tener en cuenta que la misma, desde su creación, nunca fue excluyente de criterios de dominio o, más específicamente, no fue diseñada para desconocer o negar distintas formas o niveles de intervención, pues el propio Roxin sostiene, que en los delitos especiales no es posible atribuir el dominio del hecho solo por el hecho de tener la cualificación y del mismo modo, no es posible negar el dominio del hecho solo por no haber vulnerado un deber, pues el dominio del hecho esta referido a un acontecer real, no pudiendo soslayar esta realidad mediante consideraciones valorativas¹⁹⁴.

Así las cosas, se considera que el concepto de la infracción de deber fue creado como una forma de determinar la autoría en el caso de delitos especiales, que requerían además de la configuración del tipo, la violación de un deber relacionado a una materia jurídica específica fuera de la norma penal que vincule al sujeto activo de manera especial con el bien jurídico, siendo dicha vinculación el fundamento de un mayor reproche penal, más no un criterio para descartar del análisis la figura del acontecer delictivo.

Pues en efecto, las primeras formulaciones de esta teoría aceptaban otras formas de autoría diferentes a la autoría única - a diferencia de lo que plantea la jurisprudencia peruana-, siendo posible la coautoría allí donde son varios los obligados de un mismo deber y de común acuerdos realizan aportes que incumpliendo sus funciones lesionan el bien jurídico; y, es posible la autoría mediata siempre que se tenga la posición especial

¹⁹³ Tenemos como punto más saltante de referencia el Recurso de Nulidad elevado a doctrina jurisprudencial N°615-2015, en la cual se sostiene que el delito de peculado es un delito de infracción de deber que admite únicamente la autoría directa, no cabiendo ningún otro tipo de autoría que tome como referencias criterios de dominio del hecho.

¹⁹⁴ ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Traducido por Miguel Díaz y García Conlledo Madrid. Civitas. 2014. pp. 284

que exige el tipo penal y determine que la ejecución sea realizada por una persona que se encuentre al margen de dicho deber¹⁹⁵

De ese modo, partimos de la idea que la teoría de infracción del deber solo es una forma distinta de concebir a la figura del autor en aquellos delitos en donde no basta el aporte configurador externo del hecho y/o resultado típico, sino que además, se exige que el sujeto que manejó ya sea por sí mismo, conjuntamente con otros o a través de un tercero, el curso causal típico, tenga la cualificación exigida por el tipo penal especial y, que con su actuación haya vulnerado el deber que debe emanar del supuesto de hecho y que se complementa con las normas extrapenales que vinculan normativamente a ciertos funcionarios con el bien jurídico.

Es decir, una adecuada teoría de la infracción del deber que compatibilice no solo con el concepto restrictivo de autor del que parte nuestro Código Penal, sino que además se ciña a los márgenes y límites que nos plantean los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad, debe ser aquella que fundamente la intervención penal contra una persona teniendo en cuenta los siguientes presupuestos: 1) cualificación especial que lo vincule a un deber de protección especial sobre el bien jurídico y que lo coloque en una posición de privilegio para lesionarlo; 2) haber realizado el comportamiento típico previsto en la parte especial acompañado de la voluntad directora del hecho y la producción del resultado lesivo. Debiendo ser interpretada entonces de manera mixta, esto desde, desde los criterios de la voluntad configuradora de la acción (dominio del hecho) y la infracción del deber extrapenal que se requiere en cada caso en concreto para la realización del tipo legal.

¹⁹⁵ ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Traducido por Miguel Díaz y García Conlledo Madrid. Civitas. 2014.pp. 388-396

CAPÍTULO 3: LA TEORIA MIXTA DE DOMINIO Y DEBER QUE PERMITE IMPUTAR A TITULO DE AUTOR AL FUNCIONARIO PÚBLICO DE ALTO MANDO EN EL PECULADO

3.1 El principio de legalidad como límite infranqueable en cualquiera de las interpretaciones que se haga sobre autoría:

Como punto de partida debemos resaltar que nuestro Código Penal reconoce expresamente como principios fundadores y limitadores del *ius puniendi*: 1) la respuesta penal como consecuencia de la lesión real o puesta en peligro inminente de bienes jurídicos¹⁹⁶; 2) la garantía de que solo pueda ser sancionado aquel que comete todos los elementos de un delito¹⁹⁷ y 3) la prohibición de atribución de responsabilidad penal únicamente por el resultado¹⁹⁸; por lo cual, cualquier criterio que pretenda delimitar la autoría únicamente en atribución de deberes de cargo, desconociendo la lesión del bien jurídico, el mandato de determinación de la norma y fundamentando la autoría en un resultado ya sea producto de una acción u omisión en la cual no se tome en cuenta la voluntad configuradora del hecho y el dominio del curso causal, es un criterio que vulnera los tres pilares que justifican la intervención penal.

De ese modo, se ha suscitado un problema en la aplicación de la teoría de la infracción del deber por parte de nuestra jurisprudencia, pues es un intento exagerado de limitar el círculo de intervinientes, se ha ido más allá del desarrollo hecho por su creador y se ha diseñado categorías de autor que estarían desafiando a las previstas por el código penal, como es el caso de la *autoría única* que afirma que una sola persona es quien puede cometer el delito al ser solo uno quien puede ostentar el deber de cargo por ser éste personalísimo, situación que viene generando que muchos casos sean resueltos sin atender a las diferencias de los niveles de intervención, el grado del aporte y a la

¹⁹⁶ Principio de Lesividad.

¹⁹⁷ Principio de legalidad.

¹⁹⁸ Principio de culpabilidad.

voluntad configurada del hecho¹⁹⁹; o, en su extremo más absurdo, se ha planteado la categoría de *autores paralelos*, es decir, que al ponerse en el supuesto de que en un delito como el del peculado, puede sin duda intervenir más de una persona en calidad de autor, se tratará como autorías directas por separado e independientes una de la otra²⁰⁰, lo que representa una manifiesta negación de la realidad material y de las formas de autoría pre establecidas por nuestro Código Penal pese a que no existe una prohibición legal expresa que así lo disponga.

Ello viene generando una suerte de impunidad encubierta para aquellos funcionarios públicos que, dada su posición en la cúspide de la cadena de la Administración Pública, se encuentran, solo aparentemente, distanciados físicamente del deber especialísimo y personalísimo que se exige para administrar o custodiar el patrimonio estatal. ¿Por qué? Porque estos deberes de cargo sobre el manejo de los fondos de un determinado sector de la Administración Pública, parecen estar diseñados para servidores públicos de mandos medios o subordinados que desempeñan cargos de ejecución que facilitan el desarrollo y desenvolvimiento de la actividad pública. Por ejemplo, el personal encargado de los pagos, de girar los cheques, de pagar a los proveedores o al propio personal, siempre y en todo los casos es alguien que se encuentra en los más bajos mandos de la cadena jerárquica, lo que lleva sin excepción alguna, a que sean ellos los que se afirman titulares del deber sobre el patrimonio estatal, dejando en el olvido a las cabezas de la administración que por su propia posición, se encontrarían en la capacidad de dirigir, facilitar, ordenar o determinar el uso o apropiación indebida del patrimonio público y pueden esconderse con mucha más facilidad de la imputación penal, pues no debe perderse de vista que son precisamente estos funcionarios de alto poder político quienes pueden crear, suprimir, modificar o diseñar nuevas categorías de

¹⁹⁹ Véase Recurso de Nulidad N°615-2015 - Lima

²⁰⁰ Véase Casación N°1500-2017 - Huancavelica.

deberes atendiendo a su conveniencia, así como pueden poner y sacar funcionarios en puestos claves, para el cumplimiento de sus fines, ajenos a los de la administración.

Tal y como ha sostenido el profesor Erick Guimaray en su reciente obra sobre *Criterios de Imputación al Superior Jerárquico*, el organigrama administrativo del Estado puede ser aprovechado por los superiores jerárquicos portadores del más alto poder público para protegerse de la responsabilidad penal, pues la división de roles o competencias específicas de cada estamento de la pirámide burocrática estatal, en donde parece producirse la ejecución del delito, da como resultado que solo se exponga a los mandos medios o inferiores del aparato estatal, lo que no debe ni puede permitirse, pues la lejanía física de quien interviene en la comisión del delito, no puede exonerarlo de la imputación penal.²⁰¹

Dicha postura es compartida por la autora del presente trabajo, debiendo agregar que, aun cuando exista una necesidad de política criminal que requiera con urgencia redirigir los esfuerzos a la real y efectiva lucha contra la corrupción, esta debe de hacerse respetando los márgenes que nos da el principio de legalidad desde el derecho penal tanto especial como general, a efectos de poder interpretar el alcance de la norma y la necesidad de punición de determinados comportamientos, que al lesionar el correcto funcionamiento o gestión de los recursos estatales, aprovechándose de una condición especial y privilegiada que les permite hacerlo, deban ser sancionados con las normas y figuras que les corresponden en virtud de su condición de su vínculo con el bien jurídico, el daño originado al mismo y el comportamiento desplegado dentro de los alcances de la conducta típica prevista en la ley penal y no únicamente tomando en cuenta la existencia de un deber especial fuera de la rama penal.

²⁰¹ GUIMARAY, Erick. Delitos contra la Administración Pública y Corrupción: Criterios de Imputación al Superior Jerárquico. Madrid. REUS EDITORIAL. 2021. pp. 215-218.

Así, partiendo de la observancia de la legalidad que en nuestro ordenamiento jurídico expreso establece que es autor todo aquel que realiza el delito por sí mismo, por medio de otros o conjuntamente con otras personas²⁰², son precisamente dichos parámetros los cuales serán tomados en cuenta a efectos de zanjarse, si en un determinado hecho punible que califique como peculado, se presentan una o algunas de las figuras de autoría recogidas por la parte general de nuestra ley sustantiva.

En ese sentido, reconduciéndonos al texto expreso del artículo 387° primer párrafo, que sanciona a aquél funcionario público que se apropia para sí o para otro del patrimonio estatal que le fue previamente confiado a través de las modalidades de custodia, percepción o administración por razón de su cargo, es imprescindible, establecer si dicha categoría de deberes, como se ha venido sosteniendo, solamente le alcanzan a aquellos que el ROF o MOF establece como encargados o ejecutores de las actividades que comprometen los recursos estatales o, si bajo el marco de una adecuada interpretación y valoración de los elementos normativos y de los principios que fundamentan el derecho penal, estos deberes pueden también alcanzarle al Funcionario Público que se encuentre en la cúspide de la cadena de mando y una vez verificada su vinculación con el objeto material, pasar a verificarse su efectiva intervención en el hecho delictivo, su capacidad para determinar la conducta propia o de terceros o, su capacidad de disposición mediata o inmediata sobre dicho patrimonio estatal (dominio de la configuración externa del hecho), que al haber lesionado o puesto en riesgo el bien jurídico, le permita responder a título de autoría, aun cuando no realice funciones de ejecución patrimonial.

²⁰² Art. 23° Código Penal peruano.

3.2 La importancia del bien jurídico protegido en el delito Peculado como instrumento para definir los alcances de su tipicidad:

Desde las primeras acepciones del delito de Peculado en la Roma Antigua, se sancionaba al peculador por la gravedad que representaba la sustracción de lo que entonces era el objeto material del delito: el ganado. Con el avance de la historia y la creación de nuevas civilizaciones, el objeto de protección fue mutando y comenzó a sancionarse al peculador por haber sustraído bienes de contenido patrimonial destinados a la colectividad, comenzando entonces a dirigir el aparato penal hacia los sujetos que aprovechándose de un cargo que los colocaba en cercanía o en la oportunidad de disponer de dichos bienes, sustraían los mismos para la satisfacción de fines privados. El peculado entonces, desde el comienzo de su regulación en las civilizaciones de más vieja data, tuvo razón de ser en función al valor o la importancia del bien jurídico que protegía, pues dicho bien jurídico desde la antigua Roma era sumamente necesario para el desarrollo económico de la sociedad y era sobre el mismo que se comenzaron a definir los contornos de la conducta típica.²⁰³

La actual redacción del artículo 387° del Código Penal peruano, sanciona el comportamiento del Funcionario Público que se apropia o utiliza efectos o caudales públicos a los que tuvo acceso por razón de su cargo ya sea bajo cualquiera de las modalidades de: administración, custodia o percepción.

En ese sentido, el bien jurídico que gira alrededor de dicho delito, cobra una vez más vital importancia a efectos de entender los alcances típicos del mismo y la necesidad de punición de determinadas conductas que lesionen dicho bien jurídico por aquellos sujetos que aprovechando el cargo que ocupan y su posición dentro de la cúspide del esquema organizacional de la Administración Pública, lesionan dicho bien en

²⁰³ Los antecedentes históricos del delito de peculado han sido desarrollados en el punto 1.1 del primer capítulo del presente trabajo.

contravención a los principios que informan la función que ejercen y en contravención a los fines sociales y colectivos asignados al patrimonio estatal.

Por tal motivo, para plasmar la presente tesis, es fundamental atender a la interpretación teleológica del tipo penal de peculado, pues la sanción o la atribución de responsabilidad penal a un funcionario público sin duda alguna va a estar fundamentada por el ejercicio abusivo de su cargo y el quebrantamiento de los fines institucionales a los que se encuentra vinculado, pero además y principalmente, por la lesión o puesta en riesgo del objeto de protección de la norma penal como consecuencia de la realización de un comportamiento típico.

Teniendo en cuenta que el bien jurídico del delito es más que un simple elemento del tipo sino, que su importancia se extiende a ser el fundamento y límite del derecho penal, y a cumplir determinadas funciones, como la función dogmática o interpretativa, entonces, el bien jurídico debe estar en la capacidad de transmitir lo principalmente protegido por la norma y ser capaz de indicarnos la razón principal por la cual un determinado comportamiento está siendo tipificado como prohibido y por qué está sancionado,²⁰⁴ de lo que deriva que será el objeto de tutela del artículo 387° el fundamento para definir la conducta típica así como la necesidad y la gravedad de la sanción.

En general, en el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública, el reproche por la lesión del bien jurídico parte, qué duda cabe, de la posición particular que ocupa el sujeto activo en el engranaje estatal, posición que además ha asumido voluntariamente y que compromete una serie de atribuciones y compromisos enteramente prestacionales²⁰⁵ orientados a la satisfacción de

²⁰⁴ LASCURRAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien Jurídico y Objeto protegible. En: ADPCP. Volumen LX. Universidad Autónoma de Madrid. 2007. pp.123-125

²⁰⁵ *Op. Cit.* Montoya Vivanco, pp. 36.

necesidades y derechos de las personas; es decir, el fundamento de la sanción a un Funcionario Público por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones y con abuso de las mismas, es precisamente la posición de privilegio que lo vincula con el bien jurídico y por ende con deber de cuidado y protección.²⁰⁶

En el caso particular del delito de peculado, además de la infracción de un deber de cargo que lo vincule de alguna manera con el patrimonio del estado y por ende lo coloque en la capacidad de lesionarlo, lo que define la tipicidad de la conducta será precisamente la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico en torno al cual gira la conducta prohibida y no, la sola infracción del deber de cargo. En ese sentido, atendiendo a la naturaleza pluriofensiva del peculado que por un lado, protege o pretende evitar el abuso de poder del Funcionario Público que está obligado actuar con lealtad y probidad y, por otro lado, garantiza la protección de los intereses patrimoniales de la administración pública²⁰⁷, es el quebrantamiento de los deberes de probidad y lealtad como consecuencia del abuso de la función pública y, la afectación al patrimonio estatal, lo que va a determinar la ilicitud del comportamiento; debiendo entenderse al patrimonio estatal no como un bien jurídico en sentido individual, sino desde aquella perspectiva social que garantiza la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad²⁰⁸.

Por tanto, los contornos de la tipicidad en el peculado, son inspirados en la necesidad de evitar por un lado el abuso de la función y por otro lado, la protección de una correcta administración y/o utilización del patrimonio público por parte de aquel sujeto que se encuentra vinculado al mismo por su posición privilegiada; por lo que, el abuso del

²⁰⁶ MEINI, Iván. Función Pública y Funcionario Público en el Derecho Penal. En, Revista de Derecho Penal. N°26 - 2018. Publicación anual. ISSN 0797-3411. Montevideo. 2018. pp. 152.

²⁰⁷ Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116

²⁰⁸ Miguel Díaz y García citado por Manuel Abanto Vasquez en: Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. pp. 33

ejercicio del cargo que lesione o pretenda lesionar dicho patrimonio al que se ha tenido facilidad de acceso con ocasión o por razón de la posición privilegiada que ostenta, sin duda alguna pone en riesgo o lesiona el bien jurídico protegido y por ende, genera la necesidad de que se active el poder penal a efectos de perseguir y sancionar de manera eficaz a los autores de dicha lesión.

Esta necesidad de acción del derecho penal se ve incrementada, cuando quien pone en riesgo o lesiona el bien jurídico protegido, es un Funcionario Público que se encuentra en las más altas esferas de la cadena de mando de la Administración Estatal, pues la naturaleza de su propio cargo es la que le otorga una posición de doble privilegio de acceso o de capacidad de disposición de los caudales públicos ya sea por sí mismo o a través de terceras personas, y es dicha posición, la que al mismo tiempo lo aleja de la ejecución material del patrimonio, no debiendo confundirse dicha lejanía con la desvinculación con el bien jurídico, pues son las amplias atribuciones de su cargo las que refuerzan su capacidad de determinación del comportamiento típico en otros más cercanos con el bien y al mismo tiempo, refuerza su reproche penal y con ello, la necesidad de su sanción a título de autor.

Si el peculado fue creado para sancionar a aquellos sujetos que sustraían el bien máspreciado de las antiguas civilizaciones y luego, fue reformándose debido al gran reproche penal que generaba que un sujeto que asumió la función pública sea capaz de trasgredir sus funciones apoderándose de bienes o patrimonio exclusivo de disfrute social, no puede entonces definir la tipicidad la sola infracción del deber extrapenal, toda vez que dicha infracción solo es el punto de partida para realizar una actividad de subsunción de determinados comportamientos al tipo legal. Debiendo diferenciarse entre “infracción de deber” y “bien jurídico”, pues si hay una infracción de deber, esta no

constituye la lesión al bien jurídico per se, sino solamente, un elemento más del tipo objetivo²⁰⁹ que permite filtrar quien es susceptible de ser autor y quien no.

En el caso del peculado, la lesividad se ve verificada en aquellos sujetos que ocupando una posición de privilegio que les otorga la facilidad y la capacidad de disponer directa o indirectamente de bienes patrimoniales de la administración, disponen de los mismos como si de sus propios bienes se tratasen, lesividad que se magnifica si quien lesiona dicho bien jurídico es un sujeto con amplio poder político y con amplia capacidad de mando y poder de decisión dentro del aparato administrativo; pues las consecuencias no se limitan al acto de apoderamiento para sí o para otro, sino que se traducen en el defectuoso funcionamiento y gestión del Estado y en un gran perjuicio para los ciudadanos que dejarán de gozar de los fines prestacionales a los que dicho patrimonio estaba destinado.

Debiendo interpretarse el peculado entonces, desde el verdadero espíritu de la norma penal, lo que no puede hacerse sin atender a otras cláusulas o normativa que se encuentren directamente relacionadas con el mismo, como por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción de la cual el Perú forma parte, la misma que establece como acto de corrupción, la realización por parte de un funcionario público o de quien ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones que tenga como finalidad obtener beneficios ilícitos para sí o para un tercero²¹⁰ y obliga a todos los Estados parte a legislar la tipificación de dicha conducta a efectos de evitar o sancionar el aprovechamiento indebido en beneficio propio o de tercero, de un funcionario público de cualquier tipo de bienes del Estado a los que haya tenido acceso en razón o con ocasión de su cargo. No limitándose dicho precepto con carácter de tratado internacional, al solo acceso al bien jurídico por razón de un deber especial

²⁰⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. Lima. Palestra Editores. 2003, pp. 333

²¹⁰ Artículo VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

expreso derivado del cargo, sino admitiendo que un Funcionario que, con ocasión del cargo, tenga dicho acceso al bien jurídico deba ser sancionado. ¿Por qué? Porque lo que pretende protegerse es la correcta y adecuada gestión del patrimonio estatal de cara a fines sociales, siendo el reproche del incorrecto uso de dicho patrimonio al que se encuentra vinculado ya sea por razón o con ocasión del cargo, lo que nos lleva a aceptar le pueda alcanzar la imputación penal a aquel Superior Jerárquico que con su comportamiento y con la voluntad de ocasionar el resultado, lesiona los fines prestacionales de la administración pública gestionando de manera indebida el patrimonio al que tuvo acceso así sea de manera indirecta en virtud a su posición en la Administración Pública.

Debiendo precisarse que, esta capacidad de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico, se forja y se construye desde el deber extrapenal o más concretamente, desde la vinculación con el patrimonio que la posición de privilegio le da al sujeto y que a su vez, le da la capacidad de dirigir o gestionar inadecuadamente el patrimonio que en realidad tiene el deber de preservar; siendo por tanto el bien jurídico como tal, el que nos va a delimitar si estamos ante un comportamiento potencialmente típico y por otro, el abuso de la función que colocó a un sujeto ante la capacidad de lesión de dicho bien, lo que nos colocará ante un potencial autor.

3.3 El deber del Funcionario de alto mando respecto del patrimonio estatal que al verificarse satisface el elemento típico “vinculación fucionarial”:

Se tiene definido que la actuación de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos debe estar regida por dos principios pilares: integridad y ética, ambos por los cuales, debe hacerse un correcto y adecuado uso y manejo de los activos estatales y ceñir sus comportamientos a la satisfacción de los intereses públicos y no particulares.

Tanto el artículo 7° como el artículo 8° del Código de Ética de la Función Pública, regula un conjunto de deberes y prohibiciones que son de observancia obligatoria en el ejercicio de la función, siendo uno de los más importantes: el uso adecuado de los bienes del Estado y responsabilidad y la proscripción de conflictos de intereses y la obtención de ventajas indebidas a través del mal uso o el abuso del cargo.²¹¹

Estos deberes y prohibiciones, son inherentes al cargo que se ostenta con el solo hecho de asumirlo y los mismos se constituyen como deberes de observancia obligatoria por todos y cada uno de los agentes que ejerzan la función pública; sin embargo, dada la estructura compleja de organización pública, no siempre todos los servidores o funcionarios por el hecho de serlo, tienen los mismos deberes y/o atribuciones, por ello cobra sustento la delimitación o delegación de competencias que se encuentran en diferentes leyes, normas, reglamentos o incluso en resoluciones administrativas, las cuales deben ser consideradas por el juzgador al momento de, en el caso concreto, verificar la competencia de determinado funcionario involucrado en el hecho punible, respecto del objeto material y bien jurídico protegido.

En ese sentido, respecto a la obligación del Funcionario Público de velar por el adecuado uso y manejo de los fondos públicos, deberá determinarse si todos los servidores de la Nación tienen dicho deber o competencia, a efectos de poder concluir si están en una posición que les permita realizar un uso inadecuado o un manejo indebido sobre los recursos del sector de la administración de la cual forma parte, es decir, si se encuentran en la capacidad de lesionar el bien jurídico protegido por el peculado.

La respuesta lógica es que en principio todo empleado público tiene el deber general de velar por la preservación del patrimonio estatal; sin embargo, habrá un grupo de

²¹¹ Creado a través de la Ley N°27815, reglamentada a través del Decreto Supremo N°033-2005-PCM-

empleados públicos que por su delimitación de competencias y la naturaleza de la función que desempeñan, no estén en la capacidad de usar, manejar o disponer del destino o curso de dichos fondos al no tener facilidad de acceso sobre los mismos y por ello, cualquier exigencia de deber específico en su persona será descartada, pues este grupo de sujetos, no se encontraría en la capacidad de lesionar el bien jurídico, no al menos desde la perspectiva que sus funciones le otorgan.

No obstante, existe otro grupo de funcionarios que por la propia naturaleza de sus funciones, tengan asignadas competencias muy específicas relacionadas al manejo y/o administración directa de los recursos de la entidad para la cual presta servicios, existiendo paralelamente con ellos, un tercer grupo, que está conformado por aquellos Funcionarios Públicos que encontrándose en la cúspide del diseño organizacional, aun cuando no tengan atribuciones directas para de propia mano realizar pagos, aprobar órdenes de pago, girar cheques, recibir y/o registrar las recaudaciones o cualquiera de aquellas funciones de ejecución intrínsecas al servidor de menor jerarquía, sí tienen la capacidad, por su posición en la cadena de mando, de gestionar o dirigir indebidamente los recursos asignados a su entidad, ya sea a través de una orden, de un acto de coacción, de un acuerdo con otros funcionarios, de la utilización del error del servidor ejecutor o incluso, en determinadas ocasiones, por qué no, realizando los actos de apropiación de manera directa si la ocasión se los permite. Lo que sin duda los coloca frente al deber de custodia o preservación del patrimonio, que se forja a partir de aquella posibilidad jurídica y normativa, de dirigir, para bien o para mal, el destino de los recursos de su sector, posibilidad que les es otorgada normativamente por la condición y amplias atribuciones de las que gozan, más aún cuando en la mayoría de ocasiones, la salida ilegal de dicho dinero no puede ser posible sin contar con su anuencia y dirección o cuando mínimo, su conocimiento y, cuando en muchos casos, las competencias o la ausencia de ellas, son definidas, modificadas o creadas por estos mismos sujetos con la finalidad de retirarse del panorama de responsabilidad; siendo precisamente este el

fundamento de su vinculación con el objeto material y por ende, de su capacidad de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico.

En efecto, es el Funcionario de Alto Mando quien debido a la amplitud e importancia de las atribuciones normativas de las que goza debido a su especial ubicación las que le permite satisfacer los intereses ajenos a la administración ya sea para engrosar sus propias arcas o las de terceros²¹², encontrándose de ese modo en una mayor capacidad de lesión del bien jurídico y siendo su aporte material de mucha mayor peligrosidad por provenir de la esfera más alta de la cadena de mando.

En ese sentido, a efectos de en cada caso en concreto poder determinar la existencia de la competencia funcional de aquel que estando en la cúspide de la Administración Pública, ha realizado actos de apropiación indebida del patrimonio del estado (bajo cualquiera de las formas de autoría reconocidas por el CP), deberá recurrirse a la asistencia de los elementos normativos del tipo penal que adrede nos ha brindado el legislador en esta clase de delitos especiales.

Por lo cual, para zanjar si determinado funcionario *por razón de su cargo* posee algún deber que le permita ejercer funciones inmediatas o mediatas de administración, percepción o custodia de los caudales y efectos públicos y, que al mismo tiempo, lo coloque en la capacidad de lesionar el bien jurídico en virtud a sus funciones, el Ministerio Público o el Juzgador en su defecto, deberá realizar un estudio acucioso de normas de toda jerarquía del sector, a efectos de poder zanjar la existencia del vínculo con el manejo, administración y custodia de los caudales estatales, pues son los elementos normativos los que permiten a través de la remisión fuera del ámbito penal, recurrir a normas que establezcan deberes específicos que deben ser consideradas más

²¹² GUIMARAY, Erick. Delitos contra la Administración Pública y Corrupción: Criterios de Imputación al Superior Jerárquico. Madrid. REUS EDITORIAL. 2021. pp. 215.

allá de los instrumentos de gestión, pero sin que dicha permisión, abra las puertas a la creación de deberes que no se encuentran previamente atribuidos.

Así, los elementos normativos en caso de los delitos contra la Administración Pública, y en particular, en el delito de peculado, se tratan de elementos del tipo de una naturaleza singular por la amplitud con la que se encuentran redactados. Así las cosas, la frase “*por razón de su cargo*”, permite que la remisión no sea a una sola norma de derecho administrativo, sino a un conglomerado de normativa de variada jerarquía donde se puede encontrar la atribución de deberes de cargo o competencias funcionariales, lo que por tanto, no puede descartar a priori, que un funcionario del alto mando, tan solo por no tener funciones de manejo o funciones ejecutivas del dinero del sector, no esté en la capacidad de realizar funciones de custodia o administración de dicho patrimonio, desde una perspectiva más amplia.

Así lo ha afirmado Abanto Vásquez al sostener que la esfera de custodia a la que se refiere la actividad patrimonial del Estado, está determinada por una ley, por un reglamento o por cualquier orden legalmente formulada por autoridad competente²¹³. Siendo precisamente, esa amplitud normativa la que en cada caso nos va a permitir vincular al sujeto de arriba con el patrimonio estatal y el deber de protección del mismo; debiendo tenerse en cuenta que el uso del poder por quien lo dispone, guiado por intereses propios, ajenos y distintos a los verdaderos intereses del titular del poder cedido, pervirtiendo los fines prestacionales que deben orientar la Administración Pública, es un acto de corrupción y por ende, no puede ni debe dejar de ser sujeto de responsabilidad penal²¹⁴.

²¹³ ABANTO VASQUEZ....Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano... 2003. pp. 340.

²¹⁴GUIMARAY MORÍ, Erick. En: Aproximación Multidisciplinaria para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú. Primera Edición. Agosto 2015. IDEHPUCP. pp. 55-56

Entonces, queda claro que es posible que un Funcionario Público que ocupe un puesto de alto mando en el interior de la Administración Pública, tenga el deber de custodiar y administrar correctamente el patrimonio de determinado sector de la administración, deber que va más allá de tener competencias ejecutivas sobre la realización o recaudación de pagos y que por el contrario, es un deber de mayor amplitud, cuyo incumplimiento a través del ejercicio abusivo de la función y de actos configuradores de un comportamiento delictivo, generan un mayor reproche penal que el reproche del servidor con funciones ejecutivas y por tanto, no puede dejar de ser sancionado o sancionado bajo una figura que en la realidad no es la que le corresponde.

Ello, toda vez que zanjar vicios de impunidad bajo la aplicación de la figura del cómplice o del instigador, lesiona la realidad y el fin de protección de la norma, pues la propia dogmática penal nos señala que la naturaleza del aporte del partícipe es mucho menor a la de un autor, así como su voluntad de intervención en el hecho, pero sobre todo, el momento en donde sus aportes cobran parte, pues la intervención en fase ejecutiva, nos equipara a la figura del autor y no a la de un cómplice ni un instigador. En efecto, como afirma Miguel Díaz y García: *“la contemplación natural o el lenguaje ordinario o principios sociales, históricos y jurídicos de la imputación como autor contradicen la calificación de partícipe del sujeto que da la orden o instrucción”*²¹⁵

De ese modo, qué duda cabe que la cabeza de la administración sí se encuentra en la capacidad de, mediante el abuso de su función, dar un uso o destino inadecuado de los recursos que por razón de su cargo está en la capacidad de disponer de manera directa o indirecta, lo que nos lleva a poder afirmar su vinculación con el objeto material y capacidad de lesión del bien jurídico como punto de partida para definir la tipicidad del comportamiento, no pudiendo equiparse dicha capacidad de lesión a una suerte de

²¹⁵ Miguel Díaz y García. Un diálogo crítico con Claus Roxin y su Teoría de la Autoría. En: Cuadernos de Política Criminal, N°123 III. Época II. Diciembre – 2017. pp.29

posición de garante genérica, sino, a un deber específico, traducido en la obligación de no disponer el destino inadecuado de dichos bienes para fines ajenos a la administración y el deber de no hacer provecho de su cargo a efectos de obtener beneficios indebidos para sí o para un tercero, ambos deberes inherentes a la función pública y a los altos cargos.

Es decir, el primer nivel de análisis para determinar en un caso en particular si un Funcionario Público que aparentemente se encuentra alejado del patrimonio cuya apropiación se investiga podría ser pasible de ser imputado a título de autor, está relacionado a la verificación de su vinculación con dicho patrimonio estatal, vinculación que en su caso se verifica a partir de 3 elementos:

- 1) Posición privilegiada en la cadena de mando que, prima facie, le permite tener algún tipo de control, supervisión y manejo respecto al patrimonio estatal debido al amplio espectro de atribuciones de las que goza (posición de garante general).
- 2) La existencia de normativa de cualquier jerarquía que complemente sus deberes y atribuciones dentro de las que se desprenda el deber de cuidado sobre el patrimonio estatal. (posición de garante específica). Dicha búsqueda no debe agotarse en instrumentos de gestión y,
- 3) La capacidad de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico en virtud a dicha vinculación.

En este extremo, armonizamos con la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico respecto a que el Funcionario de Alto mando debe de gozar de un cargo que le permita lesionar un bien jurídico de especial vulnerabilidad pero ello debe hacerse desde el abuso de sus funciones y no tratarse de cualquier posibilidad circunstancial de lesión que podría perpetrar incluso, un particular. Por ello es de necesidad la verificación del

deber desde las atribuciones que el poder de la posición en la cúspide jerárquica le otorga y le permite acceso al patrimonio estatal y con ello, a la capacidad de lesionarlo.

De lo dicho hasta el momento podemos concluir que el funcionario público que encabeza una estructura jerárquica, tiene una posición de garante muy intensa y de mucho mayor especificidad que se basa en el dominio sobre la vulnerabilidad o lesión del bien jurídico. La razón de esto radica en que los servicios públicos (necesarios para permitir el acceso a los derechos fundamentales) dependen de cómo realizan su función los servidores públicos responsables, especialmente los superiores a cargo. En otras palabras, el correcto y normal funcionamiento de la administración pública se encuentra en una posición de dependencia y vulnerabilidad frente a la función del servidor público superior.²¹⁶

Debiendo además, hacerse una reinterpretación de la frase *por razón de su cargo* y cómo debe ser entendida esta en atención a las prohibiciones que emanan del Código de ética de la Función Pública y como no, de la Convención Interamericana contra la Corrupción del cual el Perú forma parte, que establece la obligación de tipificación penal en cada legislación interna del aprovechamiento indebido de bienes estatales a los cuales un funcionario público haya tenido acceso ya sea por razón o por ocasión de su cargo²¹⁷, término más amplio que permitiría incluir sin mayor problemas a este funcionario de alto rango, pues lo que se reprocha y se sanciona, es el aprovechamiento de un puesto o una posición privilegiada y el acceso directo o indirecto que dicho cargo te da sobre ciertos bienes así sea de manera ocasional, a efectos de destinarlos al beneficio privado y no de la población. En cualquier caso, ello debe ser valorado conjuntamente con la normativa interna del sector en el cual ha actuado el funcionario público de manera indebida, a efectos de determinar, si ha realizado el tipo penal.

²¹⁶ *Op. Cit.* Montoya Vivanco, pp. 59.

²¹⁷ Artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción

Haciéndose énfasis en que nuestra posición no niega ni desconoce la vinculación funcional que debe existir con el patrimonio estatal, por el contrario, reconoce la necesidad de la verificación de tal vinculación por ser un elemento exigido por la tipicidad, aportando nuestra posición que dicha vinculación debe construirse o interpretarse más allá de los documentos de gestión y debe hacerse atendiendo a los alcances del bien jurídico vulnerado, siendo una interpretación más respetuosa del principio de legalidad y de criterios de justicia, aquella que permite inferir dicho vínculo funcional de la posición de privilegio que la superioridad le otorga al funcionario público y la capacidad de lesión del bien jurídico de la mano con los deberes de cargo que emana de la rama administrativa, pues si existe algún tipo de vinculación que desde el ejercicio abusivo de sus funciones le permita poner en riesgo o se lesionar el objeto de tutela penal, sin duda alguna se tenía una posición o relación con el bien capaz de permitir tal lesión, lo que pone de manifiesto la existencia de dicha relación funcional exigida por la norma penal y permite afirmar entonces la capacidad para que sea considerado un potencial autor, no debiendo entenderse dicho vínculo como uno general o superficial, sino como una vinculación específica que obliga al Funcionario Público de alto nivel a no dar un uso, a no disponer y a no consentir el destino inadecuado de los bienes estatales a los cuales se tiene capacidad de lesionar, para fines distintos de los que le fueron encomendados al asumir la función pública y, el deber de no sacar provecho de su cargo a efectos de obtener beneficios indebidos para sí o para un tercero. Esa es la vinculación normativa que lo hace pasible, prima facie, de ser considerado autor de la imputación penal, sin embargo, tal vinculación solo es un indicio de tipicidad y de su potencialidad para ser autor, pero lo que determinará la imputación a título de autor, será el dominio de la realización del comportamiento típico.

3.4 La necesidad de la verificación del dominio en realización del comportamiento típico *apropiación o utilización*:

Habiéndose establecido que el Funcionario Público de alto mando, por el hecho de tener lejanía física de la competencia de ejecución patrimonial no le es ajeno la existencia de deberes específicos sobre dicho patrimonio, bajo la mirada a la naturaleza del cargo que ocupa que lo vincula con el deber de preservación del patrimonio estatal y lo coloca en una situación de privilegio para lesionar el bien jurídico; se tiene que pasar a un segundo nivel de análisis a efectos de poder establecer si dicho funcionario, luego de haberse verificado su vínculo funcional, es posible ser considerado autor del delito de peculado, atendiendo a la realización del comportamiento previsto por el tipo penal.

Este segundo nivel de análisis va de la mano del mandato de determinación (*lex certa*), pues para que una persona pueda ser considerada autor de un delito, debe realizar necesariamente el mandato previsto expresamente que, en el caso en concreto, es el recogido por el artículo 387° del Código Penal que sanciona a aquel Funcionario o servidor público que *se apropia o utiliza los caudales o efectos públicos*. Es decir, luego de verificada la relación funcional del Superior Jerárquico, se deberá verificar si, además, se ha desplegado algunos de los comportamientos previstos por el tipo penal, pues será esto último lo que permitirá su imputación a título de autor.

De acuerdo con lo desarrollado en el numeral 1.1.2 del presente trabajo, la modalidad de apropiación supone que el funcionario disponga personalmente del caudal o efecto público al que tiene acceso por razón de su cargo, es decir, que lo incorpore a su patrimonio propio o al de un tercero; mientras que la modalidad de utilización implica en el aprovechamiento de las ventajas del bien sin tener una finalidad de incorporarlo de manera definitiva a su esfera de dominio, pero sí, darle uso privado a las bondades, contraviniendo así los deberes funcionariales que le fueron encomendados.

En ese sentido, del texto expreso de la norma penal que señala a “*el que se apropia*”, se podría afirmar *prima facie* que se estaría haciendo referencia a un comportamiento comisivo que implica que los bienes que se encontraban en poder del funcionario público en virtud a su cargo, sean administrados de manera indebida disponiendo de los mismos como si de su patrimonio se tratase, toda vez que el verbo rector apropiarse, significa disponer de la cosa como si se fuera el dueño.²¹⁸

Sin embargo, atendiendo a que existen tipos penales que castigan solamente una acción o una omisión, otros que contienen una modalidad activa y omisiva y otros, que en virtud al ejercicio de una interpretación permiten alcanzar la modalidad de comisión por omisión²¹⁹, respecto a estos últimos, un sector de la doctrina sostiene que es posible admitir el peculado por comisión por omisión, para lo cual se invoca la posición de “garante” que requiere que el sujeto tenga la relación funcional específica con los bienes y la omisión implicaría que este no actúe para evitar la apropiación del bien por parte de tercero, teniendo la capacidad para evitarlo, por lo cual se le podría atribuir objetivamente el resultado, requiriéndose además del dolo.²²⁰

Al respecto, en el Perú la conducta omisiva de peculado doloso no se encuentra prevista en el tipo penal de la parte especial, a diferencia del supuesto culposo en el que la omisión sí se encuentra prevista en el segundo párrafo del artículo 387°, por lo que, aquellos supuestos de posibles omisiones dolosas, deberán ser dilucidadas bajo los alcances del artículo 13° de la parte general del Código Penal a efectos de determinar si es posible que se produzca el tipo penal de peculado por comisión por omisión.

Para hablar de la posibilidad de un peculado por comisión por omisión, necesariamente se hace referencia a la exigencia de una posición de garante, la misma que coloca al

²¹⁸ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. Lima. Palestra Editores. 2003, pp. 341-342.

²¹⁹ Op. Cit. GUIMARAY, E. Delitos contra la Administración... pp. 257.

sujeto activo en una función de protección del bien jurídico, bien jurídico que como afirma Rocca Agapito, debe encontrarse en una relación con el funcionario pues de él depende que el patrimonio público y su correcta administración se mantengan indemnes.²²¹ Es ese deber de garante el que implica per se, aquella obligación del Funcionario Público de impedir la apropiación o utilización de los caudales públicos con fines diferentes a los que les han sido previamente asignados; es decir, su deber de garante respecto del patrimonio, lo obliga a impedir su lesión o puesta en riesgo.

De conformidad con la teoría de los delitos de infracción al deber, un funcionario público sólo puede ser considerado como autor del delito de peculado, ya sea porque realizó una acción que infringe el deber de administración, tenencia o custodia (deber específico), o en su defecto, no realizó los actos tendientes a que no se produjera el resultado que tenía el deber de evitar, en este caso la apropiación.²²² En ese sentido, si la posición de garante es un elemento indispensable en el análisis y si el contenido de dicha posición tiene que ver con la obligación jurídica proveniente de deberes extrapenales, el comportamiento típico de comisión por omisión es un comportamiento de infracción de deber.²²³

Sin embargo, la existencia de un deber extrapenal, en sí mismo, no explica la relevancia penal, razón por la cual la solución jamás podrá venir de un ámbito jurídico ajeno a esta rama, por lo que solo un razonamiento material que permita explicar cómo y en qué medida un deber defraudado puede fundamentar la responsabilidad penal, requerirá del análisis del ejercicio de dicho deber en un concreto ámbito de riesgo típico, pues no pueden perderse de vista que el centro de la reflexión siempre será la defraudación de

²²¹ Roca Agapito, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. José María Bosch Editor. Barcelona. 1999, pág. 182.

²²² Roxin, Claus. Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal. 7 Edición. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2007. Pág. 500.

²²³ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal parte general. 7ª edición revisada y puesta al día. Valencia. Tirant lo Blanch. 2007. pp. 239.

un deber de garante, en el marco del despliegue de un comportamiento de auténtica tipicidad.²²⁴

En ese sentido, para que se produzca la comisión por omisión, no basta infringir un deber de protección del patrimonio, sino que haya estado en la posibilidad de dominar la evitación del resultado lesivo,²²⁵ es decir, que haya tenido la capacidad de acción para evitar la lesión, lo que nos conduce directamente a la necesaria aceptación de criterios de dominio y no a su exclusión como erróneamente se viene afirmando.

Ello se concatena con las propias exigencias del artículo 13° del Código Penal que prevé, por un lado, la necesidad de la pre existencia de un deber jurídico de impedir el resultado (posición de garante) y que el no hacer sea equivalente a la realización del tipo penal (necesidad de despliegue de tipicidad); poniéndose de manifiesto la capacidad de la que debe gozar el omitente para dominar la evitabilidad del resultado.

De ese modo, tal y como se ha desarrollado en el punto anterior, como punto de partida para realizar la imputación penal de un superior por el delito de peculado, deberá identificarse el deber o en este caso de omisión comisión por omisión, la fuente de garantía proveniente de la ley administrativa en la cual se podrán constatar las competencias tanto generales como específicas que permitan desprender el deber de gestionar o permitir la gestión del patrimonio contra los fines prestacionales de la Administración Pública²²⁶, para posteriormente, identificar si dicho deber lo colocó en la capacidad de lesionar el bien jurídico y si el mismo fue lesionado o puesto en riesgo inminente a través de una omisión determinante dolosa por parte del Superior Jerárquico que teniendo la obligación de actuar y evitar dicha lesión, omitió sus funciones a fin de

²²⁴ *Op cit.* GUIMARAY, Erick. Delitos contra... pp. 290-291.

²²⁵ ABELLO GUAL, Jorge Arturo, en el artículo Peculado por comisión por omisión en Colombia. Revista Pensamiento Jurídico N°45, ISSN 0122-1108. Bogotá. Enero – julio 2017. pp. 172

²²⁶ *Op cit.* GUIMARAY, Erick. Delitos contra... pp. 323.

que se produzca el comportamiento típico de apropiación o utilización del patrimonio estatal sobre el cual tenía el deber de garante.

Así las cosas, en el delito de peculado que al fin y al cabo se desarrolla dentro de un contexto de gran corrupción, no será muy común hallar casos de comisión por omisión en donde no medien acuerdos previos (aunque podrían existir); sin embargo, sí será común encontrar casos en donde un Superior Jerárquico concierne con los ejecutores (cualificados o no), determine la voluntad de ejecución de la acción de apropiación por parte de un tercero, o alguno casos, en los que podría dejar de actuar con la finalidad de que se produzca la lesión al bien jurídico, omisión que puede ser premeditada o, que puede surgir en el instante en donde tome conciencia de que se está a puertas de realizar actos que impliquen la lesión del patrimonio y aun así, decida dejar de actuar para permitir la consumación del delito.

Debiendo resaltarse que no en todos los casos en donde el funcionario omita la evitación de un resultado será autor, pues de aceptar ello, se recaería en los errores actuales de la teoría de infracción del deber; sino, que solo fundamentará su autoría aquella omisión dolosa determinante para la realización del tipo, es decir, aquella omisión que determinó que otro realice la conducta de apropiarse o utilizar de manera indebida los recursos estatales. Con lo cual, la figura de la comisión por omisión se puede presentar sin problema alguno en el caso del comportamiento típico previsto como “apropiación para otro”²²⁷, no así en el caso de “apropiación para sí”, pues este comportamiento típico presentaría mayores problemas que deberán analizarse en cada caso en concreto y siempre de la mano con los criterios de dominio, pues solo bajo la figura del dominio funcional o el dominio de la voluntad, sería posible atribuir supuestos de omisión

²²⁷ Esta posición es compartida por el profesor colombiano Jorge Abello, en su artículo Peculado por comisión por omisión en Colombia Revista Pensamiento Jurídico N°45, ISSN 0122-1108. Bogotá. Enero – julio 2017. pp. 185. En el mismo sentido Sánchez Vera Gómez Trelles en Delitos de Infracción de Deber y Participación delictiva. pp. 196

impropia en el comportamiento “apropiarse para sí”. De renunciarse a estos y mantener una postura exclusiva y excluyente de la infracción del deber, nos llevaría a tener que admitir que la apropiación para sí no permite supuestos omisivos por parte de un Superior Jerárquico ni de ningún otro servidor público, debido a las limitaciones para establecer niveles de autoría.

En este punto, se pone de relieve las contradicciones que se generan en torno al deber de garante que, por un lado, un gran sector de la doctrina admite para la configuración del peculado por comisión y por omisión, mientras que, por otro lado, se niega dicha posición de garante como fundamento para el peculado comisivo, siendo nuestra posición que, si bien el deber de garante es necesario para fundamentar la autoría en los casos de omisión impropia, en el caso particular del delito de peculado, este deber de garante deberá ser un deber de garante específico, el cual, se deriva tanto de la posición de responsabilidad que asume el Superior Jerárquico al voluntariamente someterse a la función pública y que lo obliga a la preservación del patrimonio estatal y, de alguna normativa administrativa que expresamente reconozca su atribución como responsable de custodiar o velar por el uso adecuado del patrimonio estatal y no aprovecharse de su cargo en beneficio propio ni de terceros.

En conclusión, si bien es cierto la conducta punible descrita en el tipo penal del artículo 387°, en una interpretación literal hace referencia a un comportamiento comisivo (apropiarse o utilizar), lo cierto es que no se puede renunciar a una interpretación sistemática de la norma penal que permita que ciertos supuestos en donde la conducta de un Funcionario Público, con su omisión dolosa, pueda lesionar un bien jurídico protegido cuando infringe un deber de garante y esté por ende, en la capacidad de evitar la producción del resultado y aún así, decide permitir dicha lesión, en la mayoría de casos con fines lucrativos y particulares; pues en la práctica en medio de la cual se desenvuelve la corrupción no es posible negar que la mayoría de funcionarios públicos

que infringen sus deberes de manera dolosa, ya sea haciendo o no haciendo, es para obtener un beneficio económico o de alguna índole patrimonial.

Bajo dicha afirmación se admite entonces la posibilidad de que los bienes estatales, puedan ser despojados del curso normal que deben seguir para satisfacer los fines prestacionales de la administración pública, por parte de sujetos que no ostentan cualificación alguna, lo que contaría con la anuencia y consentimiento expreso o tácito del Funcionario o servidor vinculado, a efectos de que dicho patrimonio sea incorporado a su esfera de dominio o a la de un tercero, por orden de éste que tiene que tener siempre y en todo momento el dominio de la realización del hecho punible ya sea por acción o por omisión, sobre todo en esta última posibilidad, pues caso contrario no sería posible que el patrimonio público salga de la esfera de la administración sin que éste lo permita o autorice.

En ese sentido, recurrirse a la aplicación del artículo 13° del Código Penal que regula la comisión por omisión y que exige la necesidad de contar con un deber jurídico de impedir la realización del tipo, se deberá determinar la existencia de un deber de garante específico, traducido en la obligación de velar, proteger y custodiar que el patrimonio estatal que en función o con ocasión de su cargo, le ha sido asignado para el cumplimiento de fines estrictamente colectivos y no particulares.

Bajo dicha hipótesis, se admite que un Funcionario Público de alto mando omita intencionalmente realizar sus funciones de vigilancia y control del bien y a drede, no evite la apropiación de recursos públicos por parte de otros funcionarios o de terceros, admitiéndose incluso la posibilidad que se cuente con el concierto previo entre el funcionario omitente y el ejecutor del hecho para que se produzca tal defraudación²²⁸, concluyéndose entonces que por comisión o por omisión, necesariamente en cada caso

²²⁸ ABELLO GUAL, Jorge Arturo, en el artículo Peculado por comisión por omisión en Colombia. Revista Pensamiento Jurídico N°45, ISSN 0122-1108. Bogotá. Enero – julio 2017. pp. 159

en concreto deberá verificarse la realización de los verbos típicos previstos en el tipo penal.

Si bien la redacción del tipo penal no permite inferir la infracción del deber a diferencia de otros Código Penales en donde la descripción típica nos pone de cara a un delito de infracción de deber, no es de recibo la interpretación literal, sino que estamos, ante un delito mixto de infracción y de dominio, en el cual, a efectos de determinar si un Superior Jerárquico deberá responder a título de autor al verificarse su vínculo respecto del patrimonio estatal y el dominio del curso causal del suceso delictivo.

En conclusión, luego de verificarse en cada caso el vínculo del funcionario público con el objeto material del delito, el cual debe verificarse en todos los casos, incluso para el Funcionario que se encuentre en la cúspide de la cadena de mando del sector de la Administración en donde se haya producido la apropiación del patrimonio estatal, atendiendo a la posición de privilegio que lo coloca en la capacidad de lesión del bien jurídico; deberá verificarse su capacidad para determinar, dirigir o realizar actos relacionados con los recursos que su sector administra que hayan permitido ya sea por acción u omisión la realización de la conducta típica por parte de éste o de terceros determinados por éste, es decir, si el Funcionario de Alto mando ha dominado el curso causal del hecho delictivo a través de cualquiera de las formas de autoría previstas por la ley penal y con ello ha permitido la realización de las conductas previstas por en el tipo objetivo (apropiación o utilización), ocasionando por acción u omisión, el resultado lesivo del bien jurídico tutelado. Estas formas de dominio del comportamiento delictivo, bajo la tesis propuesta, pueden realizarse bajo cualquiera de las figuras previstas en el artículo 23° del Código Penal, pues solo a la luz de los criterios de dominio, podrá completarse el fundamento de la intervención penal en delitos de infracción de deber.

3.5 Criterios de imputación de responsabilidad al Funcionario de alto mando, que bajo la teoría mixta del dominio y del deber, habilita su imputación a título de autor.

Algunos tipos penales incorporan la infracción del deber en su descripción típica, algunos otros, permiten inferirla vía interpretación de su redacción al no excluir la infracción de deber de la misma, mientras que otros, son incompatibles con tal interpretación por un defecto en la técnica legislativa; respecto a aquellos preceptos legales que no dejan lugar a dudas respecto de la necesidad de infracción del deber pre típico, encontramos por ejemplo, la redacción anterior del tipo penal español de malversación de caudales²²⁹, que es el delito equivalente al peculado peruano, que sancionaba a la autoridad pública que con ánimo de lucro sustraía o consentía que otro con igual ánimo sustraiga²³⁰; o, la redacción del actual Código Penal chileno cuyo artículo 233° sanciona a *el empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos...los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan*²³¹. En ambos tipos penales se aprecia con claridad que se está ante un delito mixto tanto de dominio como infracción de deber.

Sin embargo, la redacción del Código Penal peruano, a nuestra consideración, no incorpora la infracción del deber dolosa ni permitiría inferir la misma de manera inmediata, sino, por el contrario, la clasificación automática del peculado como un delito de infracción, ha sido dada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional vía

²²⁹ Art. 432.1 CP antes de la modificatoria realizada por Ley Orgánica 1/2015 del 30.03.2015: "La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones ..."

²³⁰ Miguel Díaz y García. Un diálogo crítico con Claus Roxin y su Teoría de la Autoría. En: Cuadernos de Política Criminal, N°123 III. Época II. Diciembre – 2017. pp. 36-37.

²³¹ Art. 233 AEI empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación, los sustrajere o consintiere que otros los sustraigan, será castigado:1) Con la pena de presidio menor en su grado medio, si la sustracción no excediere de cuatro sueldos vitales.2) Con la de presidio menor en su grado máximo si excediere cuatro sueldos vitales y no pasare de cuarenta sueldos vitales.3) Con la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, si excediere de cuarenta sueldos vitales. (...).

interpretación, por la necesidad del quebrantamiento de un deber extrapenal para configurar la autoría y porque no decirlo, por la aceptación de dicha teoría mayoritariamente para los delitos contra la Administración Pública, como lo es el peculado, lo que no ha sido ajeno para nuestro derecho penal, pero con excesos, y cuando se usa dicha expresión, se hace referencia directamente a que se le ha retirado de la clasificación de los delitos de dominio y ha pasado a ser clasificado como un delito exclusivo de infracción de deber, lo que a la fecha ha decantado en que solo podrá ser autor del aludido ilícito penal, aquel sujeto que teniendo condición de servidor o funcionario público, infrinja un deber extrapenal expresamente vinculado al manejo o cuidado del patrimonio estatal, resultando *“irrelevante la configuración externa de la acción”*²³².

Sin embargo, realizar una subsunción típica únicamente sobre la base de la infracción a un deber pre típico, o afirmar la relevancia del injusto penal en dicha infracción sin tomar en cuenta la configuración externa del comportamiento y la configuración de la voluntad, sería entrar en aspectos de responsabilidad objetiva, proscritos por nuestra ley penal y desconocer el principio de lesividad. En sentido, no es posible admitir que el derecho penal peruano compatibilice con una teoría que fundamente el hecho punible en la infracción de deberes pre típicos fuera del ámbito penal, desconociendo comportamientos que, enmarcados dentro del curso causal previsto por el tipo legal, lesionen o generen riesgo de lesión del bien jurídico, por la única razón de que “se trataba de deberes generales”, “que no se encontró la norma donde se establezca el deber expreso con todas las letras”, o peor aún “que solo un sujeto puede ser autor”, pues en este último escenario, en una ponderación de deberes entre un superior y un subordinado, será el último quien por su propia posición de ejecución se afirme titular del deber específico, dejando fuera de la imputación penal a dicho superior o, en el

²³² Miguel Díaz y García. Un diálogo crítico con Claus Roxin y su Teoría de la Autoría. En: Cuadernos de Política Criminal, N°123 III. Época II. Diciembre – 2017. pp.35.

mejor de los casos alcanzándole únicamente una figura de participación que no se condice con su comportamiento, con su voluntad ni con el reproche penal que genera su intervención en el hecho delictivo.

Como afirma el profesor Iván Meini, en un derecho penal en donde el presupuesto para fundar la responsabilidad se encuentra en la infracción de la norma penal directamente vinculada a la lesión de un bien jurídico, hacer una distinción entre delitos de infracción de deber y de dominio a fin de negar o aceptar ciertas formas de intervención delictiva, no puede ser de recibo para quienes legitimamos la existencia de la norma penal en situaciones de peligro intolerable para bienes jurídicos²³³; posición con la que concordamos. Precisamente son estas situaciones de peligro intolerable creadas por el sujeto activo las que activan la necesidad de intervención del sistema penal, siendo que en el caso de los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos, no solo puede ser la infracción del deber funcional lo que fundamente la responsabilidad penal, sino que dicha responsabilidad o fundamento de responsabilidad solo puede afirmarse cuando se presenten dos presupuestos copulativos: el quebrantamiento de una relación pre asumida con el bien jurídico (infracción de deber) y la realización del comportamiento típico (teoría del dominio), por lo que en determinadas ocasiones, podemos encontrarnos ante delitos mixtos de dominio e infracción, sin que ambas categorías deban excluirse una de la otra, sino por el contrario, deben ser integradas a efectos de zanjear aquellos vicios de impunidad que deja la infracción del deber concebida como una teoría excluyente.

De ese modo, la necesidad de afirmar o establecer un nuevo nivel de deberes del Superior Jerárquico, en relación a la posición de superioridad que ocupa dentro de la organización estatal y su capacidad para lesionar o poner en riesgo el bien jurídico

²³³ MEINI, Iván. Lecciones de Derecho Penal - Parte General Teoría Jurídica del delito. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014.95

relacionado a la correcta gestión y manejo del patrimonio estatal de cara a la satisfacción de las necesidades colectivas, se torna de suma relevancia en el presente trabajo, pues nuestra posición pasa porque en el delito de peculado deben verificarse: por un lado, la relación funcional del autor respecto del bien jurídico y por otro, el despliegue del comportamiento que configuró el curso causal del hecho delictivo que hace posible afirmar su intervención a título de autor; constituyendo así un binomio sin el cual, no sería posible afirmar la autoría en el peculado.

Partiendo del mandato expreso del título preliminar que sostiene que el derecho penal se fundamenta y justifica en la lesión de bienes jurídicos, la consecuencia inmediata es que no sea posible o aceptable justificar la intervención penal únicamente en la infracción del deber extrapenal, ello, como es evidente, porque el deber extrapenal constituye un elemento o indicio para la autoría, más no un fundamento exclusivo de atribución de responsabilidad. Si bien consideramos que la atribución del deber de cargo sirve para delimitar el círculo de posibles autores en este delito atendiendo a la naturaleza de la función que en algunos casos hace imposible o inviable la imputación de algunos sujetos que no cuentan de ninguna manera con la posibilidad de disponer, ordenar, realizar o conducir el desvío del patrimonio para fines privados, por no estar dentro su alcance, facultades o atribuciones; dicha función delimitativa no puede ser excusa para excluir de la imputación a aquellos otros funcionarios de alto nivel que sin tener un manejo directo o funciones específicas de ejecución sí están en la capacidad, por su propia posición, de lesionar el bien jurídico y determinar el curso causal del hecho típico, lo que hace que en ellos se presente el vínculo funcional y por ende, estén aptos para responder como autores, de verificarse en su comportamiento los demás elementos del tipo penal y del delito en general.

Nuestra propuesta consiste en considerar al peculado como un delito mixto, según el cual debe verificarse el elemento objetivo vinculación funcional, el mismo que

conforme nuestra teoría se ve satisfecho cuando del análisis de un caso en particular se establezca que un Funcionario Público, aun cuando se encuentre alejado físicamente del objeto material del delito, sí le es posible atribuirle tal vinculación en función al cargo de superioridad que ocupa que lo coloca en una posición de preservación del patrimonio y en la capacidad para poder lesionarlo en atención a su capacidad para realizar, determinar, disponer o guiar el curso delictivo (configuración externa del hecho y de la voluntad) en él o en otros funcionarios (cualificados o no).

De ese modo, se postula la tesis de que los delitos de infracción de deber, deben admitir criterios de dominio que permitan establecer diferenciaciones de la autoría en atención al nivel de intervención real acreditado en cada caso en concreto, pues mantener la teoría de la infracción del deber como una teoría excluyente de la de dominio, acarrea continuar negando niveles de intervención y que se sostenga una suerte de autoría unitaria bajo la cual cualquier funcionario que tenga un deber y lo infrinja, sin necesidad de configurar la acción penal, pueda ser considerado autor, independientemente de su aporte, intervención y voluntad; y, al mismo tiempo, origina que se consideren partícipes a sujetos que materialmente han realizado aportes de mayor relevancia y reproche y cuyo comportamiento haya decantado en la infracción del bien jurídico y en la configuración del curso causal de la conducta típica, pero que porque aparentemente no gozaban del deber específico, respondan por una figura de participación que no les corresponde y cuya sanción penal incluso, puede ser reducida respecto del autor. Lo que sin duda se traduce en un trato penal injusto y una suerte de impunidad para ciertos funcionarios que deberían responder de acuerdo al reproche generado por la peligrosidad de su comportamiento.

Por tal motivo, se debe integrar la infracción del deber a la doctrina dominante del dominio del hecho, por ser esta última la expresamente reconocida por la ley penal (art. 23°) y, por no existir razón alguna que impida combinar las mismas a efectos de

determinar la autoría en determinados delitos, que, como en el peculado, requiere a un sujeto activo con determinada cualificación y con una posición que lo vincule al cuidado del bien jurídico.

Autores extranjeros, ya han venido postulando la necesidad de que se integre la infracción del deber al dominio del hecho²³⁴, pues nada se opone a que existan delitos mixtos tanto de dominio como de infracción²³⁵, mucho menos en nuestra legislación, en la que además se acepta la infracción de deber sin que a la fecha tenga reconocimiento legal expreso. De ese modo, no basta que el sujeto obligado sea autor de la infracción de su deber, sino que además debe dominar la creación, el aumento, la no evitabilidad del riesgo tanto objetiva como subjetivamente imputable.²³⁶ Siendo posible admitir otras formas de intervención como la coautoría en tanto exista una infracción en común de deberes especiales por más de un interviniente y también siendo posible la admisión de la autoría mediata.²³⁷ Por su parte, Pizarro Belezza sostiene respecto de ello, que la determinación de autores en esta categoría de delitos debe tomar en cuenta tanto el sometimiento al deber especial como el dominio del hecho.²³⁸

Del mismo modo, la doctrina nacional e incluso la jurisprudencia, en algunos votos singulares, han venido ya dando pequeños asomos a la posibilidad de que se traten los casos de peculado bajo la teoría de dominio por organización, reconociendo de ese modo la necesidad de criterios de dominio. Así tenemos, al vocal Supremo Príncipe Trujillo quien sostiene que los más altos Funcionarios no pueden ser excluidos de las investigaciones por el simple hecho de encontrarse en la más alta esfera de decisión administrativa, admitiendo tener una posición más amplia de la teoría de infracción del

²³⁴ SUÁREZ SANCHEZ, Alberto. Autoría. 3° Ed. Bogotá. Universidad del Externado de Colombia. 2007. pp. 494.

²³⁵ *Op. Cit.* DÍAZ Y GARCÍA. Un diálogo crítico con Claus Roxin...pp.38.

²³⁶ *Op. Cit.* SUÁREZ SANCHEZ. pp. 494.

²³⁷ *Op. Cit.* BACIGALUPO, Enrique. pp. 511-512.

²³⁸ Citado por Roxin en, Derecho Penal Parte General ... pp. 187.

deber que implique una concepción de competencia organizativa que lo coloque en una esfera de deberes positivos²³⁹. En esa misma línea se encuentra César San Martín quien sostiene que el delito de peculado es un delito de especial de infracción de deber con elementos de dominio que se construye de la conjunción de actos concretos de organización, infracción de deberes institucionales y la producción de un perjuicio.²⁴⁰ Ambas posiciones si bien reflejan admisión de criterios de dominio por organización para el peculado, han sido plasmadas de modo conclusivo más no han sido desarrolladas in extenso hasta la fecha.

Siguiendo esa línea, el profesor Erick Guimaray ha postulado la tesis de la autoría mediata por aparato organizado de poder a efectos de poder imputar en los delitos contra la Administración Pública responsabilidad penal a quien porta el mayor poder público, teniendo como punto de partida que los sucesos de gran corrupción obligan a que la persecución penal no pueda acometerse desde las fórmulas de una autoría individual y/o directa, toda vez que si el injusto se asienta en la infracción de un deber específico, tampoco debe pasar desapercibido el poder jurídico que porta el superior jerárquico al interior de la organización que le sirve tanto para dominar el aparato de poder como para ser autor del delito; sin embargo el autor acota que dicha fórmula no podría prosperar para el delito de peculado debido a la necesidad de una atribución específica al superior.²⁴¹ Al respecto, concordamos con la posibilidad de resolver los casos de atribución al superior jerárquico a través de la teoría de autoría mediata por aparatos organizados de poder, sin embargo, sostenemos que no es la única forma de autoría mediata que se podría presentar a efectos de establecer la intervención penal en el delito de peculado.

²³⁹ *Op cit.* Casación 160-2014. F° 28.

²⁴⁰ *Op. Cit.* Casación 1004-2017..F°5.

²⁴¹ *Op Cit.* Guimaray, Erick. Delitos contra la Administración Pública y Corrupción.. pp.217-254

A nuestro entender y conforme hemos desarrollado, si el deber específico o la relación funcional exigida por el tipo penal se ve satisfecha bajo el análisis y la valoración de la capacidad normativa de velar por el patrimonio estatal y la capacidad de lesión del bien jurídico concreto, estamos ante una acreditación del vínculo necesario exigido por el tipo y por ende, aptos para poder pasar al análisis del nivel de intervención, el que sin duda, tiene que formar parte de los criterios de dominio previstos por el Código Penal, y de ese modo, permitir la intervención del Superior Jerárquico, dependiendo de su aporte, voluntad y configuración del acontecer delictivo, ya sea como autor mediato en sentido estricto, como autor mediato a través de aparatos organizados de poder, o incluso, a través de la figura de la coautoría, para la cual necesariamente deberá verificarse la vinculación funcional tanto del superior como de los demás servidores o funcionarios intervinientes y el dominio funcional del hecho, es decir, aquí debe existir un acuerdo común entre las partes que equipare sus niveles de intervención; mientras que, si estamos ante un caso concreto en donde el Funcionario de la cúspide se vale de su posición para ordenar, disponer, dirigir o determinar el curso causal sin realizar materialmente el comportamiento típico, estaríamos ante la autoría mediata.

En esa línea de ideas, respecto a la autoría mediata, al sujeto que da la orden y que está lejos, se le debe verificar el poder o la capacidad para determinar la voluntad del sujeto ejecutor, es decir, el dominio de la voluntad que ha permitido la realización de los actos de apropiación para sí o para otros, del patrimonio al cual se encontraba vinculado funcionalmente en virtud a la capacidad de lesión que tenía sobre el mismo debido a su posición privilegiada.

En efecto, no debe perderse de vista que puede ser autor quien no ejecutando el hecho por sí mismo pone en marcha dolosa un suceso lesivo cuya materialización queda en

manos de otro sujeto²⁴²; fundamentándose aquí la autoría en el poder de la voluntad rectora es decir, en virtud del poder volitivo configurador del curso del hecho (coacción), si el sujeto de atrás se encuentra en una relación de superioridad intelectual respecto de quien ejecuta de propia mano (error), o cuando el sujeto valiéndose del poder superior que ejercer dentro de un aparato organizativo que tiene a su disposición, domina el curso del suceso (competencia por organización)²⁴³. Todos aquellos casos, sin duda alguna, son pasibles de configurar una autoría mediata en delitos de infracción de deber incluyendo el delito de peculado, cuando una vez verificada la relación funcional en virtud a la capacidad del Funcionario de lesionar o poner en riesgo el patrimonio estatal, se verifica que éste ejecutó el hecho a través de otros, pudiendo abarcarse aquí aquellos casos en donde se vale de instrumento no cualificado para la realización de los actos de apropiación o, en aquellos en donde se aprovecha del error o de una posición de superioridad que anula la libertad y la voluntad del ejecutor, quien incluso, puede ser un ejecutor cualificado.

Es importante precisar que el dominio sobre la realización del comportamiento típico, además de poder darse sobre cualquiera de las formas admitidas por el dominio del hecho, esto es, dominio de la acción, de la voluntad o funcional, puede darse a su vez, bajo la figura de la comisión por omisión, lo que nos abre las puertas a efectos de establecer criterios de imputación lógicos y jurídicos que permitan la imputación del superior a título de autor. No debiendo perder de vista el contexto situacional en donde se suelen desplegar este tipo de conductas típicas, donde siempre, el Funcionario de alto nivel, se valdrá de su capacidad de mando para ordenar o disponer que otros, a quien tiene bajo su cargo, sean los que realicen las conductas típicas; o, utilizará su poder para ponerse de acuerdo y convencer a otros funcionarios de los actos de

²⁴² BOLEA BARDÓN, Carolina. Autoría mediata en el proceso penal. Valencia. Tirant lo Blanch. 2000. pp.168.

²⁴³ *Op. Cit.* Roxin. Autoría y Dominio... pp. 165-166.

apropiación, sobre todo respecto de aquellos que tienen un deber solo aparentemente más cercano con el patrimonio.

De ese modo, cuando se establezca que el Superior dio una orden para que se ejecute un acto de apropiación a su favor o de un tercero, estaremos ante la figura de la autoría mediata, respondiendo el ejecutor material, ya sea como autor directo o como cómplice, atendiendo a si gozaba o no de una vinculación con el objeto material. Mientras que, si se acredita un pacto o componenda entre el superior y sus subordinados para que uno de estos, ejecute el hecho con el conocimiento y anuencia del superior, se estará ante una coautoría, siempre y cuando se verifique la vinculación funcional en todos los intervinientes del hecho, no asumiendo una postura limitada respecto a dichos deberes pues no debe tratarse del mismo deber infringido, sino, de un deber que de acuerdo a cada cargo o función, los vincule al patrimonio y los habilite a lesionarlo.

Respecto a la autoría directa, esta solo podrá presentarse en aquellos casos en los que se acredite que el Superior Jerárquico, en el ejercicio abusivo de las funciones que por razón o con ocasión de su cargo le dieron acceso al patrimonio de la institución, realiza la apropiación de propia mano sin contar con la colaboración de otro funcionario vinculado, o, cuando realice la apropiación de propia mano contando con la ayuda de un extraneus o sujeto no cualificado. Sin embargo, el aporte de estos deberá ser un simple auxilio que permita al Superior realizar la apropiación o la utilización, pues la autoría directa siempre nos llevará a ejecutar el hecho con el propio cuerpo, aun cuando se traten de delitos especiales que requieren la acreditación previa de un deber.

Finalmente, podrá imputarse al superior jerárquico la autoría en el peculado por comisión por omisión, siempre y cuando: 1) se haya acreditado una posición de garante tanto general como específica, la cual parte del cargo de superioridad que ocupa que le da amplitudes normativas por un lado y, por otro, las disposiciones que en materia administrativa recojan su deber de protección del patrimonio estatal, siendo dicha

vinculación el elemento normativo del tipo objetivo que el exige el supuesto de hecho; 2) dicha posición lo coloque en la capacidad de lesión del bien jurídico desde el abuso de función; 3) haya omitido dolosamente evitar los actos de apropiación o utilización del patrimonio que debía custodiar con la finalidad de que se produzca el resultado lesivo.

En ese sentido, es posible imputarle autoría en peculado al Funcionario de alto mando que aparentemente no habría ejecutado el hecho y no habría lesionado ningún deber, bajo la utilización de criterios de dominio integrados a la infracción de deber, que permitirán por un lado, evitar seguir cayendo en el desfasado e ilógico argumento de la autoría unitaria y, por otro, permitirán imputar la responsabilidad que corresponda por el comportamiento desplegado y no únicamente por el resultado lesivo.



CONCLUSIONES

- ▶ El delito de peculado exige la relación funcional del funcionario con los caudales o efectos públicos objeto de la conducta típica, por lo que solo pueden ser autores de peculado, quienes ostenten un deber específico, lo que en muchos casos imposibilita la imputación como autor del Funcionario de alto mando, por encontrarse lejano físicamente del deber específico que se exige.
- ▶ El problema de la imputación al Funcionario de Alto mando, se agrava cuando nuestra jurisprudencia prohíbe que se pueda realizar la determinación de la autoría bajo criterios de domino, considerándola como una teoría excluyente a la de infracción de deber, lo que acarrea se les excluya de la imputación penal, o se le vincule solo a título de partícipe.
- ▶ Cualquier teoría que permita justificar la atribución de responsabilidad penal en la mera infracción de deberes extrapenales no puede ser de recibo, pues un derecho penal que armonice con el principio de lesividad solamente puede intervenir ante situaciones de peligro intolerable para los bienes jurídicos.
- ▶ Es posible concebir una teoría mixta que integre criterios de dominio a los delitos de infracción de deber, lo que armoniza con el principio de legalidad toda vez que las formas de autor recogidas por nuestro Código Penal son las relacionadas al dominio del hecho y no existe prohibición alguna que nos impida fusionarlas.
- ▶ La teoría mixta de dominio y de deber, permite construir un nivel de deberes típicos que se funde en la posición de superioridad que ocupa el alto funcionario y en su capacidad de lesión o puesta el riesgo del bien, lo que en primer lugar solo permitiría considerarlo un autor potencial; y, en la verificación de la realización del comportamiento típico a través de cualquiera de las formas de

autoría permitidas por el artículo 23° del CP. Siendo esta realización del comportamiento típico el fundamento de la atribución penal y no, la infracción pre – típica.



BIBLIOGRAFÍA

A. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. –

- Convención Interamericana contra la Corrupción.

B. INSTRUMENTOS INTERNOS. –

- Constitución Política del Perú de 1993.
- Código Penal – Decreto Legislativo N°635.
- Código de ética de la Función Pública - Ley N°27815.
- Decreto Supremo N°120-2001-PCM;
- Decreto Supremo N°002-2006-JUS;
- Decreto Supremo N°085-2007-PCM;
- Decreto Supremo N°016-2010-PCM;
- Decreto Supremo N°092-2017-PCM del 14 de setiembre de 2017 – Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción.
- Decreto Supremo N°044-2018-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 26 de abril de 2018 - Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021
- Resolución Suprema N°258-2016-PC.

C. JURISPRUDENCIA. –

C.1 Corte Suprema de Justicia de la República del Perú

- Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116: Definición y estructura típica del delito de peculado
- Acuerdo Plenario N°02-2011/CJ-116: Alcances de la Prescripción en delitos funcionariales.
- Recurso de Nulidad N° 287-2013-Puno.
- Recurso de Nulidad N° 615-2015, Lima.
- Recurso de Nulidad N° 1780-2015, Tacna.

- Recurso de Nulidad N°1522-2015-Ica.
- Recurso de Nulidad N°1940 – 2017- Ancash.
- Casación N°506 – 2013 – Puno.
- Casación 160-2014- El Santa.
- Casación N°1004-2017-Moquegua
- Casación N°1500-2017-Huancavelica
- Casación N°1527-2018 - Tacna.
- Casación N° 282-2018 - Lambayeque.
- Casación N°456-2012- El Santa.

C.2 Tribunal Constitucional

- Sentencia de Inconstitucionalidad N°00020-2015-PI/TC del 25 de abril de 2018

C.3 Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Sentencia del 18 de agosto de 2000. Caso “Cantoral Benavides Vs. Perú”.

D. DOCTRINA. –

- ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano. Lima. Palestra Editores. 2003.
- ABANTO VASQUEZ, Manuel. Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública. Lima. Grijley. 2014.
- ABELLO GUAL, Jorge Arturo. La autoría y participación en el delito de Peculado. En: Revista de Derecho Público N°35 ISSN 19-09-7778. Julio – diciembre Facultad de Derecho – Universidad de los Andes. Santiago de Chile. 2015.
- ABELLO GUAL, Jorge Arturo. Peculado por comisión por omisión en Colombia. Revista Pensamiento Jurídico N°45, ISSN 0122-1108. Bogotá. Enero – julio 2017
- BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal – Parte general. 2ª edición. Buenos Aires. Editorial Hamurabbi. 1999.
- BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Penal. Buenos Aires. Ad-Hoc. 2004.

- BOLEA BARDÓN, Carolina. Autoría mediata en el proceso penal. Valencia. Tirant lo Blanch. 2000.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en el Derecho Penal. Barcelona. Promociones y Publicaciones Universitarias - PPU. 1991.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Un diálogo crítico con Claus Roxin y su Teoría de la Autoría. En: Cuadernos de Política Criminal, N°123 III. Época II. Diciembre – 2017.
- FERNANDEZ CABRERA, MARTA. Corrupción en la Función Pública. El delito de Negociaciones Prohibidas. Valencia. Tirant lo Blanch. 2018
- FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía del Derecho Penal. Traducción de Diana Restrepo Rodríguez. Revista Nuevo Foro Penal. Vol. 8. N°79, julio – diciembre 2012. Universidad EAFIT – Medellín. ISSN 0120-8179.
- GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal, Parte General. Lima. Jurista Editores. 2012
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en el Derecho Penal. Buenos Aires. Euros Editores S.R.L.2006.
- GUIMARAY MORÍ, Erick. Aproximación Multidisciplinaria para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú. Primera Edición. Lima. IDEHPUCP. Agosto 2015.
- GUIMARAY, Erick. Delitos contra la Administración Pública y Corrupción: Criterios de Imputación al Superior Jerárquico. Madrid. REUS EDITORIAL. 2021.
- HAINS – HENRICK, Jesheck. Tratado de Derecho Penal Parte General. 5° edición renovada y ampliada. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. 2002.
- HURTADO POZO, José. Derecho Penal, parte general. 3° Edición. Lima. Grijley. 2005.
- JIMENO FELIU, José María. Corrupción y Seguridad Jurídica. La necesidad de un marco normativo de las decisiones públicas anclado en los principios de integridad y transparencia. En, Revista Internacional Transparencia e integridad. R.I.T.I N°9 enero – abril 2019.
- LIBERATORE BECHARA, Ana Elisa. Los Límites de las remisiones normativas del tipo penal: consideraciones sobre los elementos normativos del tipo objetivo en el Derecho Penal Contemporáneo. En: FORO-FICP – Tribuna y Boletín de la FICP. N°1° de mayo-2017.

- LASCURRAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien Jurídico y Objeto protegible. En: ADPCP. Volumen LX. Universidad Autónoma de Madrid. 2007
- MEINI, Iván. Lecciones de Derecho Penal - Parte General Teoría Jurídica del delito. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2014
- MEINI, Iván. Función Pública y Funcionario Público en el Derecho Penal. En, Revista de Derecho Penal. N°26 - 2018. Publicación anual. ISSN 0797-3411. Montevideo. 2018.
- MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona. Ariel. 1994.
- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. 10° Edición actualizada y revisada. Barcelona. Editorial Reppertor. 2016
- MONTOYA VIVANCO, Iván. Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Lima. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP). 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal parte general. 7° edición revisada y puesta al día. Valencia. Tirant lo Blanch. 2007
- NELSON SHACK, JENIFFER PÉREZ y LUIS PORTUGAL, en: Incidencia de corrupción e inconducta funcional en el Perú 2020. Lima. Contraloría General de la República. 2021
- ORÉ SOSA, Eduardo Arsenio. La Ley 29703 y la reforma de algunos delitos contra la Administración Pública. Revista Gaceta Penal y Procesal Penal. 2011
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Lima. Jurista Editores. 2015.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel. Introducción a la Teoría del Delito y a las consecuencias jurídicas del delito. Lima. Instituto Pacífico. 2016
- REYNA ALFARO, LUIS. Derecho Penal y la Ley Penal en Blanco, algunos apuntes sobre la problemática de la técnica del reenvío en las legislaciones penales europeas a propósito de la normativa comunitaria. Themis 41.2000.
- ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. José María Bosch Editor. Barcelona. 1999
- RODRIGUEZ HURTADO, Mario; UGAZ ZEGARRA, Ángel; GAMERO CALERO, Lorena y SCHONB.OHM, Horst. Manual de Casos Penales – La Teoría General del Delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal. Segunda Edición. Lima. Ediciones Novaprint. 2012.

- ROJAS VARGAS, Fidel. Manual Operativo de los delitos contra la Administración Pública. 2° edición actualizada y comentada. Lima. Nomo & Thesis. 2017.
- ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. 3° Edición. Lima. Grijley. 2002.
- ROXIN, Claus. Teoría del tipo penal, tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Traducido por BACIGALUPO Enrique. Buenos Aires. Ediciones De Palma.1979.
- ROXÍN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito. Traducción de la 1° edición Alemana, hecha por Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid. Thomson Reuters-Civitas 2014.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 3° edición. Lima. Iustitia - Grijley. 2014.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal argentino. Tomo 5. Buenos Aires. TEA.1992.
- SCHÜNEMANN, Bern. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción de deber en los delitos especiales. En: Derecho PUCP, N°81, 2018/ISSN 0251-3420. 2018.
- SCHÜNEMANN, Bern. Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal. Bogotá. Grupo editorial Ibáñez/Universidad Santo Tomás.2007
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría. 3° Ed. Bogotá. Universidad del Externado de Colombia. 2007
- VÁSQUEZ, FERNANDO – PORTOMEÑE SEIJAS. Delitos contra la Administración Pública, teoría general. Santiago de Compostela. Instituto Nacional de Administración Pública/Universidad Santiago de Compostela.2003.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal, Parte General. Lima. Grijley.2013
- VILLA STEIN, Javier. Derecho Penal Parte General. Lima. Ara Editores. 2014.
- URS KINDHAUSER, Bond. Infracción de deber y autoría – una crítica a la Teoría del Dominio del Hecho. Traducción de Juan Pablo Manalich, en: Revista de Estudios de la Justicia. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile N°14. 2011.

E. DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS. -

- PARIONA ARANA, Raúl, en: El delito de Peculado como delito de Infracción del deber. Lima.2011.
[14 El delito de peculado como delito de infraccion de deber RAUL PARIONA.pdf](#)
- BERNAL PINZÓN, Jesús. Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir. En: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/05/R.N.-615-2015-Lima.pdf>
- GONZALES GAETE, Martín Alonso; Repositorio: Tratamiento del error sobre los elementos de valoración global del hecho. Santiago de Chile. Universidad de Chile. 2018. pp. 41
<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/153101/Tratamiento-del-error-sobre-los-elementos-de-valoraci%c3%b3n-global-del-hecho.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- LP- Pasión por el derecho. ¿Cuál es el origen de la palabra Peculado. Portal jurídico: <https://lpderecho.pe/origen-palabra-peculado/>? Julio de 2019.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. La vinculación funcional en el delito de peculado y el fallo judicial de absolución de Alberto Fujimori en el caso «Diarios Chicha». Lima. 28 de agosto de 2016. <https://lpderecho.pe/vinculacion-funcional-delito-peculado-fallo-judicial-absolucion-alberto-fujimori-diaros-chicha/>
- SALINAS SICCHA, Ramiro. La teoría de los delitos de Infracción de deber, pp. 8; en:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d>
- TRUJILLO CHOQUEHUANCA, Joseph. Principio de Culpabilidad “nullum crimen sine culpa”. En LP Pasión por el Derecho. Agosto 2020.
<https://lpderecho.pe/principio-de-culpabilidad-nullum-crimen-sine-culpa/>