

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la
Corrupción

La autoría en comisión por omisión del superior jerárquico
en el delito de peculado

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

Autor:

Juan Ignacio Pariona Vega

Asesor:

David Ricardo Torres Pachas


Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, David Ricardo Torres Pachas, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “La autoría en comisión por omisión del superior jerárquico en el delito de peculado” del autor Juan Ignacio Pariona Vega, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 29%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 06/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 19 de febrero de 2023

<u>David Ricardo Torres Pachas</u>	
DNI: 70799506	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0002-2606-6847	

RESUMEN

El presente artículo de investigación estudia la posibilidad de imputar al superior jerárquico a título de autor por el delito de peculado cometido por sus subordinados, en la modalidad de comisión por omisión. Para ello, a partir de una revisión doctrinal y jurisprudencial, se analizan las bases teóricas que justifican la tipificación de los delitos contra la administración pública como delitos de infracción del deber, los elementos de la comisión por omisión y el principio de confianza. A partir de estos elementos, se determina el bien jurídico protegido y se interpreta la especial vinculación funcional del delito de peculado como un elemento típico de estricta base normativa. Se concluye así que la posibilidad de imputar al superior jerárquico como autor y la aplicación del principio de confianza dependerán de que en el caso concreto se logren establecer la vinculación funcional y la posición de garante de protección de la correcta administración del patrimonio público a partir de la normativa que regula las funciones del superior.

Palabras clave

Comisión por omisión, peculado, superior jerárquico, principio de confianza.

ABSTRACT

This research article studies the possibility of attributing to the hierarchical superior a title of author for the crime of embezzlement committed by his subordinates, in the modality of commission by omission. For this, based on a doctrinal and jurisprudential review, the theoretical bases that justify the classification of crimes against public administration as crimes of breach of duty, the elements of commission by omission and the principle of trust are analyzed. Based on these elements, the legally protected asset is determined and the special functional link of the crime of embezzlement is interpreted as a typical element with a strict normative basis. Thus, it is concluded that the possibility of imputing the hierarchical superior as the author and the application of the principle of trust will depend on whether, in the specific case, it is possible to establish the functional relationship and the position of guarantee of protection of the correct administration of public assets from the regulations governing the functions of the superior.

Keywords

Commission by omission, embezzlement, hierarchical superior, trust principle.

Índice

Introducción:	1
Sección 1: Fundamentos de la responsabilidad en comisión por omisión del superior jerárquico en la administración pública	2
1.1. Delitos funcionariales como delitos especiales	2
1.2. Comisión por omisión del superior jerárquico	11
1.3. Validez del principio de confianza en las estructuras jerárquicas de la administración pública	15
Sección 2: Imputación al superior jerárquico en el delito de peculado	19
2.1. El bien jurídico protegido en el delito de peculado	19
2.2. Interpretación de los elementos típicos del peculado	26
2.3. Posición personal	28
Conclusiones	33
Bibliografía	34



Introducción:

La complejidad de la estructura organizacional de las entidades de la administración pública representa un reto para las tradicionales teorías de la imputación y las diversas modalidades de autoría contempladas en nuestro Código Penal de 1991. A diferencia de los denominados delitos comunes, cuya estructura de comisión está pensada para casos en los que el autor es una única persona con un ámbito de competencias claramente definido, en las organizaciones complejas con división de trabajo y niveles jerárquicos dicho acercamiento no resulta ser siempre el más adecuado. En este escenario con multiplicidad de actores con posiciones sociales especiales que le dan un acceso especial a la vulnerabilidad de la administración pública, resulta necesario determinar criterios de imputación que permitan garantizar la capacidad disuasoria del derecho penal allí donde haya espacios de vulnerabilidad, pero sin restar operatividad y eficiencia a los diferentes cargos que conforman la función pública, repartidos en diversos niveles según competencias legalmente definidas.

En esa medida, este artículo busca fijar criterios para imputar a los superiores jerárquicos de las entidades públicas, específicamente por el delito de peculado que cometan en comisión por omisión por no impedir que sus subordinados cometan el delito. El interés en este tema en particular radica en la dificultad para construir una imputación que logre alcanzar a los superiores jerárquicos en estas estructuras organizadas donde ellos parecieran estar alejados del suceso criminal. De allí que resulte necesario determinar si estos funcionarios son competentes por los riesgos generados por sus subordinados y los límites de dicha competencia, de cara a garantizar que no se creen espacios de impunidad no buscados por el legislador, así como evitar la trasgresión de principios básicos del derecho penal como el de legalidad, lesividad y responsabilidad por el hecho propio.

Para dar respuesta a estas interrogantes, el artículo se basará en una investigación documental de fuentes doctrinarias y jurisprudenciales y se dividirá en dos secciones. En la primera sección se trabajarán temas generales

de los delitos especiales funcionariales y de teoría del delito referidos a la comisión por omisión y la imputación objetiva, los cuales servirán de base teórica sobre la cual concretizar la investigación en la segunda sección, donde se tratará el delito de peculado y los criterios para imputarlo en comisión por omisión al superior jerárquico.

Sección 1: Fundamentos de la responsabilidad en comisión por omisión del superior jerárquico en la administración pública

En esta primera sección plantearemos cuestiones dogmáticas generales que servirán de base para dar respuesta al problema de investigación. Primero se desarrollarán los fundamentos que justifican la configuración de los delitos funcionariales como delitos especiales que solo pueden ser cometidos por funcionarios o servidores públicos, en relación con los fines del derecho penal y las principales teorías de la autoría y participación en estos delitos. A partir de ello, las dos subsecciones siguientes vincularán las conclusiones de la subsección anterior con los criterios de imputación de la teoría general del delito referidos a la autoría en comisión por omisión y los criterios de imputación objetiva relacionados. Las conclusiones teóricas generales que se obtengan al final de esta sección permitirán planear criterios específicos cuando se apliquen al problema concreto del delito de peculado en la sección siguiente.

1.1. Delitos funcionariales como delitos especiales

Un primer paso para poder realizar una labor dogmática adecuada es tener claras las bases y principios que sostienen el sector del ordenamiento jurídico que se busca estudiar e interpretar. En el caso del derecho penal, algunos de estos principios se encuentran positivizados en el título preliminar del Código Penal. De ellos, importa a nuestro trabajo el artículo IV que consagra el principio de lesividad al señalar que sólo son punibles los hechos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos protegidos por ley. Este principio resulta de vital importancia porque condiciona la configuración misma de delito, si por este entendemos aquella conducta típica, antijurídica y culpable, a la existencia de un daño efectivo o puesta en peligro de un bien jurídico. Sin embargo, surge de inmediato el obstáculo de precisar qué debe entenderse por bien jurídico

protegido, frente al cuál la doctrina no ha alcanzado una posición unánime. Schünemann (2018, p. 101) destaca la pobreza de contenido y el alto nivel de abstracción del referido concepto, lo que ha llevado a que se formen diversas opiniones doctrinales.

Así, existe una corriente doctrinaria, representada por autores como Mir Puig (2004, pp. 129-120) y Meini (2014, p. 30), que definen el bien jurídico, desde una perspectiva ontológica, como una realidad, situación o condición que permite a la persona desarrollarse integralmente y participar libremente en sociedad a través del ejercicio pleno de sus derechos. Chanján (2014, p. 27) se adhiere a esta posición a la cual considera una síntesis del aspecto ontológico-subjetivo del bien jurídico, referido a la protección y garantía de los derechos humanos del individuo, y su aspecto normativo-objetivo, referido a las valoraciones sociales de la realidad por medio de normas jurídicas y los fines preventivos de la pena.

El profesor García Caveró (2019, pp. 131-133) discuerda con esta corriente y propone dividir el concepto de bien jurídico en tres niveles analíticos. Un primer nivel sería el del bien jurídico en sentido estricto y estaría referido a aquellas condiciones individuales o colectivas necesarias para que las personas se realicen en sociedad. Este nivel legitimaría el Derecho Penal, posibilitaría una posición crítica frente a la política criminal y correspondería al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. El segundo nivel de análisis estaría referido al bien jurídico penalmente protegido que sería la vigencia de la norma penal protectora del bien jurídico en sentido estricto, que sería defraudada por el delito y vería restaurada la confianza de la sociedad en ella con la imposición de la pena. En este nivel se aplicaría el principio de lesividad. Finalmente, el tercer nivel consistiría en el objeto que representa al bien jurídico y se correspondería en gran medida con la concepción ontológica, esto es, aquella realidad menoscabada por la conducta delictiva y cuya utilidad radica en orientar la interpretación del tipo penal en relación con la imputación objetiva, alcance del dolo, sistematización de los tipos penales y diferenciación entre delitos de lesión y delitos de peligro, ambos lesivos para la vigencia de la norma aunque distintos a nivel del resultado producido.

La corriente normativista que aboga por la vigencia de la norma ha recibido críticas de autores como Hurtado Pozo (2011, pp. 17-22) y Villavicencio (2006, pp. 102-106), quienes no consideran equiparable la existencia de realidades valoradas positivamente como la vida, la libertad, etc. con sentido teleológico, frente a la vigencia de la norma o el aseguramiento de expectativas socio-normativas con sentido deontológico. Dichas realidades son consideradas el fin último de la sociedad por el artículo 1 de la Constitución y se encuentra respaldadas por normas y principios constitucionales y por el ordenamiento internacional de protección de derechos humanos. Por lo tanto, las normas penales no podrían tener por finalidad última la protección de su propia vigencia y debería optarse por la corriente ontológica del bien jurídico para, sobre la base de las normas y principios constitucionales y de derechos humanos, controlar la labor legislativa y legitimar el poder penal. En caso contrario y como bien señala Abanto Vásquez (2014, pp. 77-81), dejar de lado la teoría de los bienes jurídicos implicaría perder una base real, aprehensible y controlable para limitar el Derecho Penal y la Política Criminal y para proteger la humanidad de los destinatarios de la norma, pues quedaría solo una función de protección de las expectativas sociales derivadas de las normas vigentes de naturaleza formal que podría dar paso a un derecho penal del autor, factible ante la pérdida de la capacidad crítica que brinda el concepto de bien jurídico apoyado por las corrientes ontológicas.

El Tribunal Constitucional también comparte este parecer, como se aprecia en la sentencia N°00012-2006-PI/TC del 15 de diciembre de 2006 donde el máximo intérprete de la Constitución establece que el derecho penal se aplica frente a conductas que comporten dañosidad social contra los bienes constitucionalmente relevantes que garanticen las posibilidades de libre desarrollo del individuo a través de su participación en sociedad. Estos bienes vendrían a ser los bienes jurídicos protegidos cuya relevancia para la persona humana explica que su vulneración se considere un daño social relevante que justifica consecuencias penales.

A partir de esta síntesis de posiciones doctrinarias, nuestra posición consiste en definir el bien jurídico como aquella situación o realidad que es expresión de la dignidad humana (el estar vivo, el gozar de libertad ambulatoria, sexual, de

trabajo, etc.) o que es un medio para garantizarla (un medio ambiente saludable, el correcto funcionamiento de la administración pública, el mantenimiento del orden económico-financiero, etc.) y que por ello es digna de ser protegida por el derecho. Dada su relevancia, estas situaciones o realidades son protegidas por diversas ramas del derecho, como la civil, laboral, constitucional, etc., por lo que el derecho penal es solo una de las diversas herramientas destinadas a su protección, y ciertamente la más lesiva para la persona.

Nuestro apoyo a la concepción ontológica se basa en dos cuestiones que consideramos que las teorías sociológicas normativistas no logran absolver convincentemente. En primer lugar y como bien señala Schünemann (2018, p. 100) estas teorías caen en un razonamiento circular porque las normas penales tendrían como fin proteger su propia vigencia o la vigencia del ordenamiento jurídico en general (normas protegiéndose a sí mismas), En segundo lugar, esta teoría no es compatible con los ya mencionados artículo IV del título preliminar del código penal y el artículo 1 de la Constitución, que reconocen el principio de lesividad penal y a la persona humana como fin supremo de la sociedad y el Estado respectivamente. Ambos dispositivos no admiten concebir al ordenamiento jurídico como un fin en sí mismo.

Adicionalmente, aunque los argumentos ya mencionados podrían considerarse suficientes para desestimar la teoría normativista, cabe mencionar que, más allá de la contradicción con nuestro ordenamiento vigente, esta teoría podría acarrear consecuencias peligrosas para la elaboración y aplicación razonable del derecho penal. Si lo que justifica el poder punitivo del Estado es mantener la vigencia de sus propias normas, se da carta blanca al legislador para elaborar una política criminal con los tipos penales que mejor le parezcan, sin la posibilidad de criticarlos a la luz del principio de lesividad. Asimismo, se dificulta la exigencia de la aplicación por parte de los operadores jurídicos del filtro de antijuricidad material. En una cultura jurídica formalista como la nuestra donde no es raro que algunos jueces apliquen el tipo penal de manera literal sin hacer una interpretación teleológica adecuada, el riesgo de que esta consecuencia negativa suceda se incrementa al no ser exigible que la conducta realmente haya puesto en peligro o lesionado un bien jurídico.

En un estado social y democrático de derecho el derecho penal solo puede estar justificado si protege realidades valiosas y no abstracciones como la vigencia de la norma o las expectativas de su cumplimiento y consideramos que la noción de bien jurídico aquí defendida y su conexión con el principio de lesividad son las mejores herramientas para verificar estas exigencias. Muestra de ello es que incluso autores normativistas como García Caveró (2019, p. 132), requieren de criterios como el objeto protegido por el bien jurídico para asegurar una interpretación razonable de los tipos penales. No obstante, nos parece innecesaria la propuesta de este autor de subdividir el concepto en tres niveles de análisis para incorporar la vigencia de la norma cuando ya existe una teoría ontológica que resulta más sencilla a la vez que asegura los principios exigidos por nuestro ordenamiento.

Luego de esta breve exposición en la que establecimos el concepto de bien jurídico que aplicaremos en el presente trabajo, corresponde ahora determinar el bien jurídico de los delitos funcionariales como base para optar luego por la teoría de autoría en estos delitos que mejor se adecue a nuestro sistema. La doctrina, en concordancia con la función sistemática del bien jurídico, diferencia entre el bien jurídico general que todos los delitos contra la administración pública tutelan y el bien jurídico específico de cada tipo penal. Sobre este último nos centraremos en la sección siguiente al tratar específicamente el tipo penal de peculado, por lo que corresponde ahora determinar el bien jurídico general de los delitos funcionariales.

De manera similar a la división entre la vigencia de la norma y el bien jurídico como realidad material distinta de la norma, el estudio del bien jurídico general de los delitos funcionariales a generado dos corrientes opuestas. Fidel Rojas (2021, pp. 50-54) y Montoya Vivanco (2015, pp. 35-37) identifican, ya sea como elementos de un único bien jurídico o como diferentes propuestas de definición, a las normas o las expectativas del cumplimiento de las normas que regulan la función pública; las características subjetivas que dichas normas imponen a los funcionarios, como la probidad, dignidad, integridad, rectitud, lealtad, etc. y, finalmente, el ejercicio legal de la función pública que también puede formularse como el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. Esta última postura se basa en una concepción de la administración

pública no como un fin en sí mismo, sino como un medio o herramienta para la consecución de fines prestacionales que garanticen el aseguramiento de los valores constitucionales.

Abanto Vásquez (2003, pp. 16-20) y Chanján (2014, pp. 40-48) apoyan esta postura y refieren que la protección de las expectativas de cumplimiento de los deberes del cargo, la fidelidad al Estado, o el prestigio y la dignidad de la administración pública no pueden ser bienes jurídicos en el marco de un estado social y democrático de derecho que va de la mano con un entendimiento de la administración pública no como un fin en sí mismo, sino como una administración en sentido prestacional cuyo fin es garantizar los derechos de los ciudadanos por medio del ofrecimiento de servicios públicos. Se debe poner énfasis en la relación ciudadano-Estado antes que en la relación funcionario-Estado.

En concordancia con nuestra concepción material de bien jurídico, nos adherimos a esta postura y entendemos que el bien jurídico general de estos delitos es el correcto funcionamiento de la administración pública. La necesidad de contar con un bien jurídico con sustantividad por las razones ya expresadas en párrafos anteriores impide optar por principios, deberes, o expectativas de cumplimiento de normas o las propias normas que regulan la función pública como bien jurídico general. Es correcto que cuando se perpetran estos delitos dichos deberes y normas, así como las expectativas de la sociedad en su cumplimiento, se ven quebrantados, pero ello obedece a la multiplicidad de normas y ramas del derecho que protegen las mismas situaciones o realidades consideradas valiosas, aunque de diferentes ataques y con consecuencias jurídicas diversas. Ello es normal si se considera la subsidiariedad del derecho penal, encargado de proteger los bienes jurídicos más importantes de las conductas más dañosas. Sin embargo, estos bienes también pueden ser protegidos mediante normas extrapenales como aquellas normas administrativas que regulan el ejercicio de la función pública, lo que no equivale a decir que estas últimas sean el bien jurídico protegido por los tipos penales respectivos. El quebrantamiento de deberes o principios derivados de normas administrativas será, en todo caso, una condición objetiva o un requisito lógico necesario para la realización del tipo penal, pero nunca suficiente. De allí que

posiciones eclécticas como las de Rojas (2021, pp. 54-50), mencionada líneas arriba, que buscan integrar ambas posturas, devengan en innecesarias e imprecisas. Basta con identificar el bien jurídico con el tercer elemento mencionado por dicho autor, vale decir, el ejercicio de funciones y servicios públicos de manera legal que equivale al correcto funcionamiento de la administración pública.

Con el concepto de bien jurídico establecido, nos encontramos en condiciones de evaluar críticamente las principales teorías que buscan explicar los delitos especiales en los que el círculo de posibles autores se encuentra reducido por una característica especial que se exige al autor para considerarlo como tal. En nuestro medio jurídico, las teorías más utilizadas son las de la infracción del deber, cuyos dos máximos representantes son Gunther Jakobs y Claus Roxin, y la teoría de los delitos especiales de garantes de Bernd Schünemann.

La tesis de Roxin (2016, pp. 34-36) divide los tipos penales según la estructura de la autoría en delitos de dominio del hecho y delitos de infracción del deber. En los primeros, que son la mayoría de los delitos, se considera autor a aquel que controla el sí y el cómo del suceso típico conforme con su resolución de voluntad final. En cambio, en los segundos el autor es aquel que infringe un deber extrapenal que existe previamente a la norma penal y que lo vincula de manera especial con el contenido del injusto típico al punto que el legislador lo considera como figura central del suceso. Roxin da como ejemplo de estos deberes a los deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo de ciertas profesiones o estados y los deberes civiles de alimentos y lealtad.

La tesis de Jakobs (1997, pp. 266-267) también clasifica los delitos según la existencia de ciertos deberes especiales, pero se diferencia de la de Roxin en cuanto a su terminología y fundamentos. En primer lugar, Jakobs emplea el criterio de la competencia del autor para clasificar los delitos. Cada persona tiene competencias o incumbencias distintas según la posición jurídica que ocupa en sociedad. De partida, todos tiene el deber de actuar (organizarse, en términos de Jakobs) sin dañar a los demás. Este deber general es de carácter negativo porque obliga a un no hacer (no dañar) y fundamenta los delitos de

competencia por organización, equivalentes a los delitos de domino del hecho de Roxin. No obstante, algunas personas, por encontrarse vinculadas a instituciones relevantes para la sociedad, poseen un estatus especial que les genera obligaciones positivas de velar activamente por la integridad de la institución respectiva. Estas instituciones son la relación paternofamiliar y sus substitutivas, el matrimonio, la confianza especial (en comunidades de peligro, por ejemplo) y los deberes genuinamente estatales, como los de los funcionarios públicos (Jakobs, 1997, pp. 993-1009). Los tipos penales que protegen estas instituciones son denominados delitos de competencia institucional, en los cuales el autor es aquel en quien recae el deber institucional sin importar la entidad de su aporte material.

Si bien tanto Roxin como Jakobs coinciden en descartar la relevancia del aporte material y el dominio del hecho para los delitos de infracción del deber, presentan discrepancias en otros puntos. Jakobs (1997, pp. 791-792) no considera que todos los delitos especiales sean delitos de infracción del deber institucional, sino solo aquellos en los que el deber surge de una institución. De no haber una institución involucrada, se tratará de un delito especial al que deberá aplicársele la teoría del domino del hecho. Caro John (2009, pp. 100-101), seguidor de Jakobs en nuestro país, señala como ejemplo de estos delitos especiales la apropiación indebida del artículo 190 del código penal, en el que el autor debe ser depositario, comisionista o administrador porque de tal posición nace la obligación de devolver el bien del que hace uso, pero donde no hay ninguna institución involucrada y no puede hablarse, por tanto, de un delito de infracción de deber institucional. En segundo lugar, mientras que para Roxin el deber es solamente un criterio delimitador de la autoría, Jakobs considera que el deber institucional fundamenta todo el injusto. Como advierte Schünemann (2018, p. 99) el sistema de Jakobs es formalista-hegeliano porque considera que el fin del derecho penal es la restauración de la vigencia de la norma penal negada por medio del delito. La pena vendría a ser la negación de la negación inicial y con su imposición restauraría la vigencia cognitiva de la norma sin necesidad de ninguna consecuencia o efecto posterior, a diferencia de los modelos funcionalistas que buscan fines preventivos ulteriores. Por lo tanto, no es la lesión del bien jurídico, sino la de la

vigencia del deber institucional la que fundamenta el injusto y la imputación jurídico-penal.

Finalmente, la tesis de Schünemann (2004, pp. 13-25) critica las dos anteriores porque definir la autoría como la infracción de un deber o sostener que el autor es aquel que es competente por el hecho son razonamientos circulares faltos de verdadero contenido. Este autor prefiere partir de la finalidad preventivo-general de la pena y cuestionarse a quién, desde un punto de vista político-criminal, conviene tipificar como figura central del delito. Se debe determinar quién es aquel al que la norma penal debe motivar para prevenir la lesión de los bienes jurídicos. Schünemann concluye que el autor debe ser aquel que tiene el dominio sobre el curso causal daños, denominado también dominio sobre el fundamento del resultado. Este dominio es más amplio que el dominio del hecho defendido por Roxin porque busca fundamentar la autoría de todos los tipos penales dolosos. Para ello, se divide en el dominio de vigilancia o supervisión de una fuente de peligro y el dominio de protección sobre un bien jurídico vulnerable y puesto en peligro. Para los delitos especiales de funcionarios, el fundamento de la autoría recae en el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, dada la posición especial de poder que posee el funcionario que deja al bien jurídico protegido a su merced y le otorga una posición de garante de protección. De ahí que Schünemann denomine a estos delitos funcionariales como delitos especiales de garante.

De las tres posturas desarrolladas, debemos rechazar las teorías de infracción del deber de Roxin y Jakobs porque, como ya mencionamos al descartar la teoría de la vigencia de la norma como fin del derecho penal y la de los deberes y principios como bienes jurídicos de los delitos contra la administración pública, el quebrantamiento de deberes jurídicos no puede fundamentar ni el injusto ni servir como criterio para delimitar al autor de estos delitos. Ya mencionamos que el fundamento del injusto radica en realidad en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, pero incluso si ello no fuese así, la teoría de la infracción del deber resulta poco útil para diferenciar autores de partícipes y justificar la existencia de los delitos especiales, porque no señala qué debe ocurrir para considerar quebrantado el deber. Si lo que

debe ocurrir es la realización de la conducta descrita en el tipo, se llega a la conclusión superflua de que es autor aquel que realiza el tipo. Asimismo, el rechazo del dominio del hecho para estos delitos pone en riesgo la vigencia del principio de legalidad, pues los tipos penales describen acciones específicas que exigen necesariamente que el autor las realice con dominio del hecho.

Dicho esto, consideramos adecuada la tesis de Schünemann, pues su perspectiva ontológica supera los obstáculos de las teorías anteriores al exigir en el autor una situación real de dominio en sus diferentes manifestaciones. Autores como Chanján (2014, pp. 67-68) y Montoya (2015, pp. 54-55) reconocen estas ventajas y se adhieren a esta postura por la capacidad que tiene para explicar cómo los funcionarios públicos son los únicos que, a través del ejercicio efectivo de las funciones derivadas de la especial posición social que asumieron libremente, tienen acceso exclusivo a la vulnerabilidad del bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública. Aunque en menor medida que la tesis de la infracción del deber, la jurisprudencia peruana también se ha adherido a esta postura. Ejemplos de ello son el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004 que señala en el acuerdo primero del tema cinco que la mayor punibilidad de los autores de los delitos especiales se fundamenta en el dominio social del bien jurídico tutelado; así como la sentencia casatoria N°503-2018-Madre de Dios de la Sala Penal Permanente del 5 de febrero de 2019 que versa sobre un delito de malversación de fondos en el cual, si bien se adopta la teoría de Jakobs, también se recogen ideas de Schünemann al reconocer que un gobernador regional que delega sus funciones todavía conserva su posición de garante institucional frente a riesgos contra el patrimonio estatal y se encuentra, en consecuencia, obligado a supervisar razonablemente al delegado.

1.2. Comisión por omisión del superior jerárquico

La teoría de Schünemann vista en el apartado anterior sirve de base para comprender la naturaleza de la posición de garante de los funcionarios públicos y el fundamento de los delitos funcionariales. A partir de ella, se podrá realizar una interpretación adecuada de los requisitos y elementos de la imputación en

comisión por omisión previstos en nuestro ordenamiento jurídico que pasaremos a detallar a continuación

Los legisladores que elaboraron nuestro código penal actual parecen haber considerado que la casi totalidad de tipos penales de la parte especial están redactados de manera que comprenden únicamente conductas de comisión activas. De ahí que hayan visto necesario incorporar en el artículo 13 del código una cláusula general que incorpora la denominada comisión por omisión aplicable a la generalidad de tipos penales. Algunos autores como Meini (2014, pp. 200-207) consideran la redacción del referido artículo como defectuosa e innecesaria, pues sostienen que es posible interpretar los tipos penales de la parte especial de manera tanto omisiva como comisiva, lo cual permitiría entender este artículo como declarativo y no constitutivo y superar el error cometido en el primer párrafo del referido artículo donde se señala que será sancionado aquel que omita impedir la realización del hecho punible. Si este párrafo se interpreta de manera literal, se entiende que exige necesariamente de un tercero que cometa el hecho punible de manera activa, mientras que el autor en comisión por omisión sería quien no impida que aquel cometa el delito. Sin embargo, se suelen incluir en este párrafo casos en los que sin la participación de un tercero se produce el resultado lesivo. El caso típico es el de la madre que no amamanta a su bebé y lo deja morir de inanición, o el padre que no impide que su hijo se ahogue pudiendo salvarlo. En nuestra opinión, solo la propuesta de este autor respecto del carácter declarativo del artículo 13 permite sortear este problema de redacción, pues no concebimos otra forma de interpretar, respetando los límites literales del precepto, el término “hecho punible” sino como aquel que necesariamente debe cometer un tercero a quien el autor por omisión no detendrá.

Dicho esto, el artículo 13 aún resulta útil por los criterios que brinda en los párrafos siguientes para determinar en qué casos el autor se encuentra obligado a impedir el resultado lesivo. Villavicencio (2006, pp. 651-676) señala que la nota característica de los delitos omisivos en general consiste en la obligación o deber del autor de realizar una acción determinada siempre que sea psicofísicamente posible realizarla. La diferencia con los delitos de omisión propia o pura, tipificados específicamente en la parte especial del código,

radicaría en el origen del deber de actuar. En los delitos de omisión pura este deber se deriva de la estructura del propio tipo penal. Así, el artículo 127 sanciona a quien no presta auxilio a un herido o a una persona en estado grave e inminente de peligro o no avisa a la autoridad, de lo que se infiere que la norma ordena al autor que socorra a la persona o de aviso a la autoridad. En cambio, en los delitos de omisión impropia este deber se configura a partir de las situaciones descritas en el numeral 1 del artículo 13, a saber, que el autor tenga el deber jurídico de impedir el resultado lesivo o que haya creado un peligro inminente que sea propio para producirlo. Este inciso establece la denominada posición de garante que fundamenta el mandato de actuación.

A lo largo del desarrollo doctrinal de la comisión por omisión se han propuesto diversas teorías para justificar la equiparación entre un hacer activo y una omisión. Schünemann (2009, pp. 17-43) destaca que el artículo 13 del código penal peruano, en lugar de optar por una de ellas, realizó una mezcla de las principales teorías. Así, la teoría del deber jurídico formal fue incorporada a través de la frase “deber jurídico” del numeral 1, mientras que la teoría causalista de la injerencia fue incorporada en la frase “crea un peligro inminente”. El autor rechaza esta tipificación porque ambas teorías no se relacionan entre sí y están más bien contrapuestas. La teoría del deber jurídico desprendía el mandato de acción de una obligación jurídica extrapenal, por ejemplo, un contrato civil. En contraposición, la teoría de la injerencia era de corte positivista y buscaba el fundamento del mandato en el principio de causalidad a través de un hacer previo. Además, en concordancia con su teoría del dominio sobre el fundamento del resultado, considera que ambos supuestos del numeral 1 se presentan a lo mucho como sucesos que acompañan pero que no fundamentan la equiparación entre la acción y la omisión. Sería a través del numeral 2, que incorpora la cláusula de correspondencia, que se podría realizar una interpretación acorde con esta teoría mediante los criterios de dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico y dominio sobre una fuente de peligro.

En la sección anterior nos adherimos a la teoría de Schünemann. Sin embargo, si bien consideramos acertado que el deber jurídico o la injerencia previa no son precisamente los fundamentos de la imputación en comisión por omisión,

no estamos de acuerdo con la interpretación que hace este autor del artículo 13 de nuestro código. Consideramos que en el fondo se trata de un problema terminológico sin mayor incidencia en los resultados, pues el numeral 1 del artículo 13 puede interpretarse de manera que incorpore la posición de garante derivada del dominio sobre el fundamento del resultado. No existe la obligación de limitar la interpretación de un precepto al método histórico, más aún si lo que se busca es un desarrollo progresivo y constante de la dogmática penal. Por lo tanto, el deber jurídico y la creación de un peligro inminente del numeral 1 pueden interpretarse como expresiones de los dominios sobre la vulnerabilidad del bien jurídico y sobre la causa esencial del resultado. El hecho de referirse a estos dominios como deberes o describir la situación que crea el dominio, en el caso de la creación del peligro, son cuestiones de poca relevancia si es posible mantener los mismos resultados en la forma de la exigencia de una posición de garante.

Dicho esto, el numeral 2 que Schünemann interpretaba como aquel que incorporaba la equivalencia por dominio sobre el fundamento del resultado debe interpretarse en realidad según lo indicado por Villavicencio (2006, pp. 671-673), quien señala que este numeral que exige que la omisión corresponda a la realización del tipo mediante un hacer se refiere a la causalidad hipotética o al nexo de evitación. La causalidad hipotética se cumple si en una operación mental la conducta debida del autor hubiera evitado con una probabilidad rayana en la certeza que el resultado lesivo se produzca. Otra manera de plantear este requisito es mediante el concepto de “nexo de evitación”, que Mir Puig (2004, p. 328) define como la capacidad del autor de evitar el resultado mediante la acción indicada.

En lo que respecta a nuestro objeto de investigación, de las diversas posiciones de garante desarrolladas en la doctrina, nos corresponde centrarnos en la derivada de los deberes estatales o de la posición de funcionario público. Villavicencio (2006, p. 671) afirma que los deberes estatales expresados en las funciones de los servidores y funcionarios públicos relativas a los bienes sometidos a su competencia pueden originar la posición de garante. Montoya Vivanco (2015, pp. 57-61) profundiza en esta idea aseverando que aquellas personas que libremente asumen y ejercen el cargo de funcionarios públicos

obtienen el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública” y deben por tanto asumir su protección frente a conductas lesivas de terceros y sus subordinados. En el caso del superior jerárquico o el funcionario que encabeza una institución, la posición de garante es más intensa que la que se generaría del control sobre una fuente de peligro, pues se fundamenta por la posición de dominio sobre la vulnerabilidad o desamparo del bien jurídico y se ve aún más intensificada por la especial dependencia entre el servicio público que brinda la institución y los funcionarios que ocupan cargos superiores y por el poder de mando que estos tienen sobre los subordinados. Esta mayor intensidad se manifiesta en los casos de delegación de competencias o funciones, donde el superior delegante no perdería su posición de garante, sino que el contenido de esta se transformaría de deberes de protección a deberes de vigilancia y supervisión sobre el delegado. Esta transformación se basaría en el poder legal de mando del superior y en la mayor información que posee, lo cual justificaría que mantenga una posición de dominio sobre el resultado lesivo.

Vistas estas posiciones doctrinarias, consideramos acertado entender la posición de garante del funcionario público como una de protección derivada del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. Como vimos en la subsección anterior, es este dominio el que justifica que los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios sean delitos especiales, pues explica, a partir de la exclusiva posición de acceso al bien jurídico que poseen los funcionarios en virtud de sus competencias, que solo ellos pueden ser las figuras centrales o autores del delito. No obstante, consideramos que al momento de delimitar los límites de las obligaciones derivadas de la posición de garante de los funcionarios no pueden obviarse las normas jurídicas que definen sus funciones, pues por exigencia del principio de legalidad en el ejercicio de la función pública y en la aplicación del derecho penal, solo a partir de las normas se podrá determinar aquello que compete a cada funcionario y la forma en que este ejerce materialmente su dominio. Ahondaremos más al respecto al momento de determinar los criterios específicos aplicables al delito de peculado en la siguiente sección, así como en la subsección siguiente, donde estudiaremos los criterios de imputación objetiva que suelen usarse para

defender a los superiores jerárquicos imputados por no haber actuado ante las conductas lesivas de sus subordinados.

1.3. Validez del principio de confianza en las estructuras jerárquicas de la administración pública

La imputación objetiva de un resultado a una conducta es un filtro valorativo incorporado a la teoría del delito para trascender la causalidad de las ciencias naturales y establecer criterios normativos de imputación. El planteamiento moderno de imputación agrega a la relación de causalidad entre la conducta y el resultado la creación de un riesgo no permitido y su realización en el resultado (Greco, 2021, pp. 17-20). Sin embargo, existen criterios adicionales independientes que no se centran en el riesgo creado, sino que se derivan del principio de autorresponsabilidad y buscan responder a casos en los que terceros intervienen en el curso causal dañoso. Como bien afirma Maraver (2010, pp. 381-404), estos criterios son la prohibición de regreso y el principio de confianza. El primero de ellos niega la imputación para aquellas personas que no poseen una relación positiva con el bien jurídico y crean un riesgo que pasa al ámbito de responsabilidad de un tercero responsable, quien será el único responsable. Poseer una relación positiva con el bien jurídico significa tener una posición de garante de la que se derive la obligación de responder por todos los riesgos que amenacen al bien jurídico (incluidos los de terceras personas) y no solo por aquellos que provengan del propio ámbito de responsabilidad. De no poder aplicarse la prohibición de regreso por existir una posición de garante, el ámbito de actuación del garante puede delimitarse aplicando el denominado principio de confianza. Para anular la imputación por este principio y hacer responsable únicamente al tercero, el sujeto debe tener una relación negativa con el riesgo, es decir, que su ámbito de acción debe estar limitado a controlar el riesgo del que es garante y no al deber positivo de anular riesgos de terceros. Esta relación positiva o negativa con el riesgo no necesariamente coincide con la división de posiciones de garante en garante de una fuente de riesgo y garante de protección de un bien jurídico que vimos en la subsección anterior, sino que deben determinarse en el caso concreto. Finalmente, para poder aplicar el principio de confianza, el sujeto debe tener una relación negativa con el tercero, esto es, no debe estar obligado a controlar

los riesgos que provengan de él. Aunque la regla general es que el sujeto no debe ocuparse de los riesgos de terceros, el autor destaca los casos de división vertical del trabajo donde el superior jerárquico posee deberes como el de selección, instrucción, coordinación, control o supervisión de sus subordinados. Sin embargo, incluso en estos escenarios no se excluiría por completo la posibilidad de confiar y los subordinados mantendrían un ámbito sobre el que solo ellos serían responsables.

Para determinar el alcance de la responsabilidad de los funcionarios públicos que son superiores jerárquicos por no impedir los hechos cometidos por sus subordinados se pueden extrapolar las conclusiones alcanzadas en los estudios de la responsabilidad de los superiores jerárquicos en las empresas, pues las estructuras de división vertical del trabajo son similares. Meini (1999, pp. 913-914) señala que la posición de garante de los titulares de las empresas sería una de control sobre una fuente de peligro, pero su alcance se debe determinar en el caso concreto empleando la normativa que regula la respectiva actividad empresarial y criterios de razonabilidad y prudencia. En caso el titular delegue sus funciones, nace en el delegado una nueva posición de garante, mientras que para el delegante surge una posición de garante residual que genera una responsabilidad *in eligiendo* e *in vigilando*, que le obligan a seleccionar a personas idóneas a quienes delegar sus funciones y a supervisar su correcto desempeño, corrigiéndolos y reemplazándolos de ser necesario. De manera similar, Lascuraín (2018, pp. 104-108) considera que el alcance de la posición de garantía del administrador de una empresa nace del control de una fuente de peligro (la empresa) y se delimita por las actividades que son propias del negocio. Asimismo, si este delega sus funciones de garantía, estas se trasladan al delegado, pero aquel no se libra de sus deberes de garante, sino que estos se transforman en deberes de delegar adecuadamente en persona capaz a quien deberá brindar el dominio material y organizativo necesario sobre el ámbito delegado, adecuar el contenido delegado a las necesidades de seguridad de la empresa, vigilar y corregir al delegado. Mientras más compleja sea la estructura empresarial y más extensa la cadena de delegación, más pasivos se volverán los deberes de vigilancia, pasando de una búsqueda activa a una mera recepción de información.

Montoya (2014, pp. 638-641) considera que, si bien las empresas y las entidades estatales comparten la característica de la división vertical del trabajo, las posiciones de garante de los superiores jerárquicos de ambas son de distinta naturaleza. Mientras la naturaleza de la posición de garante del empresario se deriva de su libertad de organización (en términos de Jakobs) o el dominio sobre una causa esencial del resultado (en términos de Schünemann), lo cual genera que sea competente solo por los riesgos que su actividad empresarial genera, la posición de garante del funcionario se deriva de la naturaleza prestacional de la función pública. No se trata únicamente de que el funcionario público libremente decidió entrar a la carrera pública, sino que en realidad todos los ciudadanos, por medio del contrato social, abandonaron la autotutela de ciertas necesidades básicas para otorgarla en exclusividad al Estado a través de sus diversas funciones prestacionales. Ello coloca al funcionario en una posición exclusiva desde la cual solo él puede garantizar la prestación de los servicios que le competen. De ahí que su posición de garante sea una de protección sobre el desamparo o vulnerabilidad del bien jurídico antes que una de control sobre una fuente de peligro. En caso el superior delegue esta función de protección a un subordinado, los efectos sobre el delegado serán los mismos que en el ámbito empresarial, pero para el delegante, además de la transformación de los deberes de protección en deberes de vigilancia, se mantendrá el deber de protección de la función pública, pero mediante la implementación y seguimiento de políticas organizacionales anticorrupción en la entidad pública.

A nuestro criterio, la posición especial de acceso exclusivo del funcionario a la vulnerabilidad del bien jurídico genera deberes de garante de protección tanto frente a las conductas del propio funcionario superior como de aquellos otros funcionarios de menor jerarquía que compartan ámbitos de competencia funcional con él. Si estos requisitos de competencia se cumplen, no será posible aplicar el principio de confianza y el superior podrá responder como autor en comisión por omisión. Sin embargo, consideramos que esta imputación no puede dejar de depender en última instancia de un análisis caso por caso en el que se evalúen las competencias del funcionario público que el tipo penal exija. Si el tipo exige una competencia funcional específica, tanto el

superior como el inferior deberán compartirla y no podrá imputarse comisión por omisión solo bajo el argumento de que el funcionario era superior jerárquico del subordinado con competencia funcional. Es altamente probable que en las instituciones el superior comparta estas funciones con los funcionarios de jerarquía inmediatamente inferior, dados sus poderes de dirección, pero no necesariamente con los subordinados de más abajo en la estructura jerárquica. Con todo, el principio de legalidad en sus vertientes penal y administrativa exige en todos los casos hacer este estudio y verificación de competencias. El funcionario no opera bajo la misma lógica de un particular, para quien todo lo que no está prohibido está permitido, sino que sigue una lógica inversa en la que solo puede actuar conforme a sus competencias regladas. Finalmente, el deber de protección de la función pública del superior jerárquico mediante el desarrollo y aplicación de políticas organizacionales anticorrupción debe encontrarse también dentro de sus competencias. En la práctica son los titulares de la entidad quienes tienen este deber, por ejemplo, mediante la aplicación de modelos de integridad desarrollados por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN). Así, si la CAN brindó la asistencia técnica necesaria y el titular contaba con los recursos necesarios para implementar la política, pero aun así no lo hace, no podrá acogerse al principio de confianza. Finalmente, en el caso de la delegación, los deberes de vigilancia y corrección del delegado también deberán tener base normativa, aunque el deber de delegar en persona capaz y brindarle los instrumentos necesarios para desempeñar la función lo considero inherente a la facultad de delegar, pues sería absurdo que el ordenamiento permita al funcionario delegar en funcionarios inidóneos y/o sin instrumentos necesarios, ambos requisitos fundamentales para considerar válido el traslado de la posición de garante de protección.

Sección 2: Imputación al superior jerárquico en el delito de peculado

A partir del desarrollo de la sección anterior, corresponde ahora aplicar las conclusiones obtenidas al ámbito concreto del delito de peculado. A tal fin, se requiere como base de la interpretación teleológica de los tipos penales determinar correctamente cuál es el bien jurídico protegido por este delito para, a partir de ello, realizar una interpretación adecuada de los elementos típicos

relevantes para el problema del presente artículo, esto es, la vinculación funcional específica y el verbo rector de apropiación. Luego, sobre la base de estos desarrollos y de las consideraciones sobre la imputación objetiva y el título de imputación vistas en la sección anterior, se contará con los elementos necesarios para poder establecer en qué casos concretos será posible imputar al superior jerárquico por peculado.

2.1. El bien jurídico protegido en el delito de peculado

Como se mencionó en el primer apartado de la sección 1, los delitos funcionariales o delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios fundamentan el desvalor del injusto en la afectación del bien jurídico general denominado correcto funcionamiento de la administración pública. Descartamos que el fundamento fuese el quebrantamiento de un deber penal o extrapenal o que la asunción de tal deber sirviese para justificar la reducción del posible círculo de autores y optamos por fundamentar tal reducción en la especial posición de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico que los funcionarios públicos asumen con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos.

Con todo, la posición mayoritaria de la jurisprudencia que reconoce a los delitos funcionariales como delitos de infracción de deber, ya sea en la vertiente de Roxin o Jakobs o en una mezcla de ambas, ha influido en la doctrina penal sobre peculado al punto que actualmente no hay una posición pacífica sobre cuál es el bien jurídico protegido por este delito. Así, se pueden identificar por lo menos cuatro posiciones diferentes al respecto.

En primer lugar, un sector de la doctrina considera que el bien jurídico es un deber especial propio del funcionario. Por ejemplo, Llamoya Hilaes (2021, pp. 320-321), en una posición acorde con Jakobs, considera que el bien jurídico es el deber especial positivo “correcta administración de los caudales o efectos que se encuentran dentro del ámbito de competencia funcional del funcionario o servidor público”. De este deber se derivarían obligaciones no solo de no apropiarse indebidamente de los caudales o efectos, sino además obligaciones positivas de impedir que otras personas lo hagan. Para la autora, esto se debe

a que tanto el peculado como el resto de injustos penales no pueden estar fundamentados en categorías ontológicas del “ser”, como el patrimonio público, sino que deben basarse en el quebrantamiento de instituciones normativas propias del “deber ser”. El patrimonio, en todo caso, vendría a ser el objeto material del delito.

Esta dicotomía entre objeto material del delito y bien jurídico protegido/objeto de protección también es compartida por Salinas (2019, pp. 437-438), quien refiere que en todos los delitos funcionariales el bien jurídico protegido se compone de deberes o principios de organización y funcionamiento del Estado, mientras que el objeto del delito es un concepto aparte. Por ende, en el delito de peculado el bien jurídico protegido sería el deber funcional de no lesionar el patrimonio del Estado, mientras que el objeto del delito sería el patrimonio afectado. Ello haría a este delito pluriofensivo, pues además de la afectación al bien jurídico general normal y recto funcionamiento de la Administración Pública, se protegería también el deber específico de no lesionar el patrimonio del Estado. Más allá de las críticas a la concepción de los deberes como posibles bienes jurídicos que haremos más adelante, no podemos estar de acuerdo con la definición de pluriofensividad que maneja este autor, pues el bien jurídico específico no puede considerarse como una unidad separada del bien jurídico general, sino que es más bien una concretización de este.

En segundo lugar, otro sector de la doctrina mantiene una postura más tradicional, que ve al Estado como un fin en sí mismo que merece protección penal y que considera que el bien jurídico protegido vendría a ser el patrimonio estatal. Un ejemplo de este sector es Hugo Álvarez (2021, pp. 301-305), quien considera que el bien jurídico es el patrimonio por razones históricas que sitúan al peculado como un delito patrimonial en el derecho romano, tendencia seguida por los códigos penales más modernos como el alemán. Asimismo, una interpretación sistemática con los artículos 80 de nuestro código penal y 41 de la Constitución, los cuales reconocen que existen delitos cometidos por funcionarios contra el patrimonio del Estado en los que el plazo de prescripción se duplica, conllevaría entender este delito bajo la línea patrimonialista. Finalmente, las recientes modificatorias al artículo 387 del código penal que agravan la pena si la cuantía de lo apropiado sobrepasa las 10 unidades

impositivas tributarias serían indicativas de la naturaleza eminentemente patrimonial del delito.

En tercer lugar, cierta corriente más reciente considera que el bien jurídico protegido se refiere a aquella situación o estado de correcta administración del patrimonio público. Así, Roca de Agapito (2013, pp. 413-414) señala que el delito de malversación (denominación que recibe el peculado en España) protege un bien que debe integrar tanto la patrimonialidad como la posición del funcionario que le otorga funciones específicas de gestión. Por ende, el bien jurídico protegido sería la correcta gestión del patrimonio público destinado a la prestación de servicios públicos. De manera similar, Peña (2021, pp. 432-433) sostiene que, en el marco de un estado social cuyo fin es el servicio a la comunidad, el peculado privatiza el cargo público e impide la realización de los fines estatales de los caudales apropiados, por lo que el bien jurídico protegido debe entenderse como la administración funcional del patrimonio apegada a la ley y la Constitución. Esta interpretación brindaría sustantividad al injusto y preservaría la labor hermenéutica, mientras que una concepción deontológica expresada en deberes como el de lealtad tendría un carácter etéreo que podría dificultar la delimitación de conductas que verdaderamente merezcan reproche penal.

Otro representante de esta corriente es Abanto Vásquez (2003, pp. 331-334), quien advierte que, en la legislación peruana, a diferencia de otros ordenamientos nacionales como el argentino, el peculado exige una apropiación o uso indebido, vale decir, un perjuicio patrimonial. Ello parecería indicar que el bien jurídico estaría vinculado al patrimonio y a deberes de lealtad como la probidad, honradez y fidelidad del funcionario. No obstante, el autor se adhiere a las críticas contra el deber del cargo como bien jurídico al considerar que la sola infracción de un deber como fundamento del injusto implicaría una visión autoritaria incompatible con el Estado Social y Democrático de Derecho, por lo que dicha infracción sería solo un elemento más del tipo penal. Por lo tanto, el interés inmediatamente protegido sería el patrimonio público en sentido funcional, esto es, la correcta gestión y administración del patrimonio público de cara a servir los intereses generales de la sociedad. Muestras sistemáticas de ello serían que a mayor relevancia de

la finalidad pública de los bienes (fines asistenciales o de apoyo social), mayor es la agravación de la pena, y que el artículo 80 del Código Penal reconoce a los delitos contra el patrimonio del Estado al duplicarles la pena.

Concuerda con esta posición Chanjan (2014, pp. 60-69), quien sostiene que en un Estado social y democrático de derecho los bienes públicos no deben ser vistos como objetos sobre los que recae un derecho de propiedad estático, sino que se trata de un patrimonio dinámico destinado a fines prestacionales constitucionales. Para cumplir con ellos, se establece una relación especial de dependencia entre el funcionario público y los caudales que le otorga una posición social de acceso exclusivo a la gestión de los bienes públicos que estén bajo su competencia. Es esta posición de dominio sobre la vulnerabilidad del patrimonio orientado a fines públicos la que justifica la exigencia de la condición de funcionario competente y conlleva a que el bien jurídico protegido deba ser entendido como el patrimonio público en sentido funcional. Es cierto que la posición de funcionario implica la asunción de una serie de deberes formales administrativos que se verán quebrantados si se comete el delito, pero ello los convierte en todo caso en datos delimitadores del ámbito penal o en presupuestos objetivos del delito, mas no bastará su solo incumplimiento para hablar de antijuridicidad material. En caso contrario, se caería en una concepción autoritaria del derecho penal, centrada en la relación funcionario-administración pública en lugar de la relación entre el administrado y el Estado, mas propia del estado social y democrático en el que vivimos. Además, las tesis deontológicas recurren a deberes que emplean términos vagos como “probidad”, “lealtad” o “fidelidad” que resultan de poca utilidad para determinar si se vieron afectados en el caso concreto, lo que puede generar un punitivismo inaceptable.

Finalmente, vistas las tres primeras corrientes de pensamiento, la cuarta opta por una posición ecléctica que combina las tres anteriores y se adhiere a la tesis de pluriofensividad. Así, para Cáceres (2012, p. 30) el bien jurídico se desdobra en dos elementos: el buen uso del patrimonio evitando su lesividad por intereses particulares y los roles de lealtad y probidad del funcionario. Por su parte, Rojas (2021, pp. 683-684) considera que el bien jurídico se divide en tres objetos: 1) la protección del patrimonio público asegurando su correcta

administración para la obtención de los fines de interés general salvaguardándolo de la avaricia lucrativa de los funcionarios y preservando así el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales; 2) evitar el abuso de poder del funcionario que quebranta los deberes de profesionalismo y probidad y 3) el principio de lealtad a los intereses públicos que vincula a todos los funcionarios y servidores públicos.

Asimismo, Camila y José Ugaz (2021, p. 97) consideran que el bien jurídico consiste, por un lado, en los intereses patrimoniales del Estado, y por otro, los deberes de lealtad y probidad del funcionario. Esta sería la posición más adecuada para proteger la relación de eficiencia entre el recurso y el servicio público. Finalmente, el acuerdo plenario N°04-2005 considera al peculado como un delito pluriofensivo cuyos objetos de protección son el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y evitar el abuso de poder del funcionario o servidor que quebranta sus deberes funcionales de lealtad y probidad.

Vistas estas cuatro posturas doctrinales, procederemos a realizar una crítica y a describir nuestra postura personal. En concordancia con la conclusión del primer apartado de la sección anterior, el Derecho Penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos y no la vigencia del ordenamiento jurídico. No compartimos posturas deontológicas o normativistas que van al ordenamiento jurídico como un fin en sí mismo cuyas normas sirven para protegerse entre sí y a sí mismas, sino que consideramos que el derecho regula la realidad y que, por ende, los mundos del ser y el deber ser se encuentran vinculados entre sí al punto que no encontramos motivo por el cual el bien jurídico no pueda estar compuesto por elementos de la realidad. Una tarea interpretativa racional requiere de una realidad material sobre la cual pueda valorarse si ha existido una verdadera afectación (antijuricidad material) de intereses relevantes para la comunidad y merecedores de tutela penal. El hecho de que al cometerse un peculado se vulneren ciertos deberes funcionariales no implica que estos sean objeto de protección, sino que es muestra de que las diferentes ramas del derecho pueden proteger intereses similares, aunque con consecuencias jurídicas (penales o administrativas, por ejemplo) distintas. Caso contrario, se abre paso a un debilitamiento de las funciones de garantía y contención del ius

puniendi estatal que el derecho penal brinda, más aún en una cultura jurídica formalista como la peruana, donde los jueces tendrán menos elementos dogmáticos para evitar penalizar conductas que podrían no implicar una afectación real de un interés merecedor de protección penal. En consecuencia, no consideramos adecuadas las teorías que abogan por deberes o principios como bienes jurídicos protegidos.

En cuanto a la corriente patrimonialista, si bien otorga sustantividad al delito, falla al explicar porque el legislador redujo el círculo de autores a los funcionarios y servidores públicos. Si el objeto protegido es el patrimonio, cualquier persona y no solo el funcionario podría apropiarse de él. Así, por ejemplo, una banda de ladrones que roben bienes de una escuela pública o cualquier otra entidad estatal. El bien jurídico protegido debe estar en condiciones de explicar y dotar de sentido la estructura del tipo penal. Además, como se mencionó anteriormente, el patrimonio estatal presenta características especiales dada su finalidad pública, por lo que el delito de peculado no es equiparable a los delitos contra el patrimonio como el robo, el hurto o la apropiación ilícita. Es necesario que el bien jurídico fundamente esta finalidad especial y el vínculo que el funcionario público tiene con ella.

Dicho esto, consideramos que el bien jurídico protegido por el delito es aquella situación que podemos denominar **correcta administración del patrimonio público**. Si bien esta denominación podría plantearse de diversas formas, tal y como se vio al analizar la corriente respectiva, no nos parece adecuada la denominación de “patrimonio público en sentido funcional”, porque, aunque intenta desmarcarse de las tesis patrimonialistas, no logra resaltar de manera adecuada la relación entre el funcionario y el patrimonio y termina siendo susceptible a las mismas críticas que la corriente patrimonialista, pues si bien destaca la finalidad de los caudales públicos, ello no implica que un ciudadano común no tenga la capacidad de apropiarse de este. En cambio, la formulación a la que nos adherimos justifica que sea el funcionario encargado de administrar los caudales el único capaz de cometer el delito, pues solo a él le ha sido conferida la potestad de administración, percepción o custodia. En otras palabras y siguiendo la tesis del dominio sobre el fundamento del resultado, el funcionario competente es el único que en ejercicio de sus

potestades asume el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico por ser el único que puede administrar correcta o incorrectamente los caudales o efectos públicos. Un ciudadano común carece de tal atribución y no representa una amenaza para el bien jurídico.

Finalmente, discordamos de la corriente ecléctica por ser pasible de las mismas críticas que la teoría del deber jurídico y porque, como bien señala Chanjan (2014, p. 65), la interpretación teleológica requiere de un único bien jurídico para operar con efectividad, pues si se trata de varios surge el obstáculo de determinar cuántos de ellos necesitan verse efectivamente vulnerados para considerar cumplida la antijuricidad material y el consiguiente desvalor del resultado.

2.2. Interpretación de los elementos típicos del peculado

Establecido el bien jurídico del delito de peculado, corresponde ahora realizar una interpretación teleológica de los elementos típicos pertinentes para el objetivo del presente artículo. No se trata aquí de hacer un desarrollo de cada uno de los elementos típicos del peculado, sino solo de aquellos necesarios para determinar en qué casos es imputable, además del funcionario de menor jerarquía, el superior jerárquico. Por ello, nos centraremos en el análisis doctrinario del elemento denominado “vinculación funcional específica” y su influencia en el verbo rector “apropiación o utilización”.

En cuanto a la vinculación funcional específica, Rojas (2021, pp. 697-701) considera que debe ser de estricta base jurídica, con base en el ámbito de competencia del cargo definido por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía. Así, el contenido de la relación funcional constaría de una competencia específica por razón del cargo para percibir, custodiar o administrar caudales o efectos que este definida en normas extrapenales, por lo general administrativas. No obstante, el autor reconoce que la posesión conferida al funcionario no debe ser necesariamente directa, sino que también puede ser por disposición jurídica, que es la que suele tener el superior jerárquico, la cual implica una facultad de control o disposición de caudales o efectos que no están bajo su posesión o tenencia directa. Sin embargo, incluso

en estos casos no serían aceptables facultades de administración genérica, pues el superior también requerirá de competencias específicas, tal y como se exigió en el Recurso de Nulidad N°615-2015 en el que se absolvió al expresidente Alberto Fujimori por considerarse que no contaba con dicha vinculación específica.

Por su parte, Abanto (2003, pp. 336-338) afirma que la relación funcional específica no se configura con la mera entrega del bien al funcionario por cuestiones de confianza, costumbre, consenso o cualquier otra circunstancia, sino que el funcionario debe tener los bienes por mandato de la ley y no solo con ocasión de sus funciones. Esta exigencia se derivaría del correcto entendimiento del bien jurídico protegido (correcto funcionamiento de la administración pública) que exigiría una violación de las funciones específicas del funcionario y no de deberes generales del cargo.

Montoya (2015, p. 108) analiza el vínculo funcional desde la perspectiva de la posición que debe tener el funcionario público y considera que no es necesario que haya una tenencia material directa, pues basta con la disponibilidad jurídica. Esta última ocurre cuando por efecto de la ley se le otorga al funcionario la competencia específica de libre disposición de bienes, caudales o efectos que pueden no estar materialmente bajo su custodia. De manera afín, Chanjan (2014, pp. 75-77) afirma que no es requisito indispensable para la existencia de vinculación funcional una tenencia fáctica o material, pues basta la disponibilidad jurídica sobre los caudales. No obstante, dado que el desvalor de acción requiere del quebrantamiento de deberes funcionales específicos, solo aquel funcionario que por ley, reglamento, acto administrativo u orden de la autoridad competente quede habilitado para ejercer la competencia específica podrá ser autor del delito. Por lo tanto, al exigirse que el funcionario administre los caudales por razón de su cargo específico, no se configurará el delito en casos de gestión ocasional, costumbre contraria a la ley o por la mera condición general de funcionario público.

Por último, el acuerdo plenario N°04-2005 describe la vinculación funcional específica como aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público, esto es, competencia funcional

específica que no implica obligatoriamente una tenencia material directa al bastar la llamada disponibilidad jurídica.

A partir de estas consideraciones dogmáticas y jurisprudenciales, resulta evidente que la competencia por razón del cargo o vinculación funcional específica requiere de una norma extrapenal que la contemple y habilite al funcionario. Este es un requisito típico indispensable para poder imputar al superior jerárquico a título de autor comisivo, mientras que la comisión por omisión la desarrollaremos en específico en el siguiente apartado. En todo caso, una vez verificado este requisito, se necesitará además de la realización de alguno de los verbos rectores “apropiarse” o “utilizar”. No nos parece necesario hacer un desarrollo amplio de estos elementos, pues el presente artículo no tiene tal fin. Sin embargo, es importante realizar una aclaración dada la aceptación que tiene la disponibilidad jurídica y como esta influye en los verbos rectores.

El verbo apropiar implica apartar los bienes de la esfera patrimonial del Estado y disponer de ellos como si fueran propios, mientras que utilizar implica aprovecharse o beneficiarse de la utilidad del bien sin el propósito de apropiarse de él. Dicho esto, la vaga precisión con la que dichos verbos describen la acción típica vuelve al tipo penal de peculado en uno de medios indeterminados en los que cualquier acción que logre el resultado deseado configurará el delito, máxime si la disponibilidad jurídica permite que el funcionario puede cometerlo sin estar en posesión material de los bienes. Por lo tanto, no será exigible una apropiación mediante sustracción material del bien o una utilización material directa por parte del superior jerárquico para considerarlo autor del delito y bastará, por ejemplo, que logre apropiarse o utilizar el bien para sí o para otro mediante órdenes o actos administrativos propios del cargo.

2.3. Posición personal

A partir de las conclusiones a las que arribamos en las secciones anteriores, nuestra posición personal es que sí es posible imputar al superior jerárquico como autor en comisión por omisión del delito de peculado por no impedir que

sus subordinados cometan el delito. Por tratarse de un delito especial funcional, el superior cuenta con una posición de garante de protección que se encuentra delimitada por la normativa que regula sus funciones. En la medida que el tipo penal exige una vinculación funcional específica con el objeto del delito, esta normativa deberá otorgarle al superior jerárquico la potestad de administrar, custodiar o percibir los caudales o efectos. No bastará, por tanto, la sola posición de superior jerárquico, sino que deberá evaluarse si en el caso concreto existía la vinculación funcional específica en las normas que regulan la función del superior, de las cuales deberá derivarse la posición de garante de protección del respectivo ámbito de la función pública que comparta con sus subordinados. A ello habrá que agregar el otro requisito exigido por el artículo 13 de nuestro código, referido a la posibilidad de haber evitado el resultado dañoso.

De cumplirse con estos requisitos, no será aplicable el principio de confianza, pues la posición de garante de protección del superior jerárquico genera una relación positiva con el bien jurídico correcta administración del patrimonio público, que sobrepasa el mero deber negativo de no dañar y comprende el deber positivo de evitar que otros funcionarios atenten contra el bien. No es una posición equiparable a la de control de una fuente de peligro que posee el administrador de una empresa privada, quien sí podría confiar en el correcto desempeño de sus subordinados al no ser competente por los riesgos que estos generen. Asimismo, en casos de delegación, la posición de garante de protección del superior se modificará a una expresada en los deberes de vigilancia y corrección del delegado sólo si se cumplen dos requisitos. En primer lugar, el superior deberá haber ejercido adecuadamente sus facultades de delegación seleccionando una persona idónea en quien delegar la facultad de administración, custodia o percepción de los caudales públicos y brindándole las herramientas y recursos necesarios para desempeñar a cabalidad sus funciones. En segundo lugar, se tendrá que evaluar si la normativa que regula las facultades del superior delegante lo obliga a cumplir con deberes de vigilancia y corrección del delegado. De cumplirse ambos requisitos, si el delegante no cumple con sus nuevos deberes de garante y el delegado comete peculado, aquel podrá ser responsabilizado a título de autor

en comisión por omisión. Finalmente, cualquier otro deber de garante que obliga al superior jerárquico, sobre todo si es el titular de la entidad, a implementar determinadas políticas de prevención de la corrupción deberá contar con base legal y el obligado deberá contar con los recursos y el apoyo indispensable para ello. En caso contrario, no podrá imputarse al superior en comisión por omisión, por no existir una posición de garante ni la posibilidad de haber evitado el resultado mediante el cumplimiento del deber, respectivamente.

Para brindar mayor claridad a estos criterios de imputación corresponde evaluar algunas sentencias relevantes de la Corte Suprema. En el recurso de nulidad N°2124-2018, conocido como el caso del “gasolinazo”, la Corte desarrolló los alcances de la posición de garante del superior jerárquico en el marco de un delito de peculado cometido en la organización jerarquizada del Ejército peruano, donde se imputó a funcionarios de distintos niveles jerárquicos que participaron en el procedimiento administrativo conducente a la apropiación de combustible en perjuicio de la institución. La Corte reconoce que las instituciones estatales se organizan internamente a través de reglas de jerarquía y división del trabajo, especialmente en el Ejército, donde la disciplina y jerarquía son valores esenciales. En este marco, lo que le incumbe a cada funcionario de la organización dependerá de su ubicación tanto en el plano vertical, donde las capas inferiores tendrán una competencia limitada y no serán responsables por los delitos que cometan los superiores aunque se encuentren causalmente vinculados a ellos, mientras que a medida que se asciende en la estructura jerárquica mayores serán las competencias y las obligaciones de controlar los riesgos y velar por la legalidad en la institución e inaplicable el principio de confianza; como en el plano horizontal, donde habrá amplios espacios de neutralidad por la división de trabajo y el criterio de especialización y donde sí será posible aplicar el principio de confianza.

Hasta este punto, pareciera que la Corte considera inherente a los superiores jerárquicos la posición de garante de protección de la administración pública frente a los subordinados. Podría interpretarse entonces que no es necesario verificar que dicho deber este positivizado en el ordenamiento que regula las funciones del superior. Sin embargo, la Corte también señala claramente que la

asignación de funciones y competencias tiene un carácter normativo estricto impuesto por el derecho objetivo, que en el caso concreto se traduce en una directiva institucional que regula la administración del combustible, entre otras normas aplicables. La Corte concluye que son dichas disposiciones jurídicas las que fijan el principio de competencia, las competencias en planos verticales y horizontales, y los marcos de delegación y especialización. Esta aclaración concuerda con la posición doctrinaria de la Corte en esta misma resolución en lo referido a la autoría y participación en el delito de peculado, al cual consideró como uno de infracción del deber; teoría que como ya estudiamos es de corte formalista. No obstante, si bien no es una teoría con la que comulguemos, las conclusiones referidas al principio de confianza y la posición de garante en estructuras jerárquicas también son compatibles con nuestra posición, además de que se derivan de las exigencias del tipo penal sobre la vinculación funcional específica. En el caso concreto, la aplicación de estos criterios condujo a la absolución de los funcionarios de menor rango, como tenientes y suboficiales, mientras que se condenó a funcionarios de mayor rango como coroneles y generales. Si bien se les condenó por realizar conductas activas, no habría habido impedimento para condenarlos en comisión por omisión si se demostraba que conocían de los actos indebidos de apropiación de sus subordinados y pudiendo evitarlos, no lo hubiesen hecho. Por lo tanto, concordamos con los criterios de esta resolución en lo referido al principio de confianza y la posición de garante en entidades estatales.

Otro recurso que trata el tema del principio de confianza es la Casación N°23-2016 conocida como el caso "Oscorima". Si bien no trata de un caso de delito de peculado, sino uno de negociación incompatible, sus criterios sobre la aplicación del principio de confianza siguen estando vinculados al tema del presente artículo. En esta resolución, la Corte Suprema señala que en general resulta aplicable el principio de confianza incluso en el plano vertical, pues está diseñado para garantizar la operatividad de las diversas funciones y divisiones dentro de la compleja organización de las entidades estatales. Caso contrario la división de trabajo se vería frustrada al no poder cada funcionario dedicarse de lleno a sus funciones por tener que estar controlando y supervisando a otros. Ello afectaría en mayor grado al titular de la institución. Por lo tanto,

cualquier posición de garante derivada de un deber de supervisión o control de los funcionarios de menor rango deberá estar normativamente establecida entre las competencias del superior jerárquico. Hasta aquí esta casación en realidad no se contrapone a la del caso anterior, pues ambas reconocen la necesidad de que las competencias estén delimitadas normativamente. El problema radica en la inadecuada generalización que esta casación hace sobre el modo en que las competencias deben estar regladas, pues exige que estas se encuentren ya sea en el reglamento de organización y funciones (ROF) o en el manual de organización y funciones (MOF) de la entidad, dejando de lado la posibilidad de que figuren en otros sectores y cuerpos normativos del ordenamiento jurídico. De ahí que no estemos de acuerdo con este último criterio de la casación Oскорima, pero si con el resto de los criterios, similares a los del caso “Gasolinazo”.

Finalmente, para ejemplificar el error del caso anterior y para ilustrar mejor la necesidad y posibilidad de poder imputar al superior jerárquico como autor de peculado en comisión por omisión, analizaremos brevemente el recurso de nulidad N°615-2015 conocido como el caso de los “diarios chicha”. En este caso se absolvió al ex presidente de la República Alberto Fujimori de la imputación como autor del delito de peculado por firmar resoluciones que posibilitaron la desviación de dinero del Ministerio del Interior y la Fuerzas Armadas al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) para posibilitar la compra de titulares de diarios populares con el fin de denostar a sus rivales políticos en el marco de la campaña electoral para su segunda reelección en el año 2000. El principal argumento para su absolución fue que ni en el MOF ni en el ROF del SIN figuraba como función del presidente de la República la administración de los fondos de dicha entidad, y que la función de administrar la hacienda pública prevista en el artículo 117 de la Constitución era de carácter político y general y no podía servir para sustentar una imputación por peculado. Sin embargo, la Corte Suprema no consideró la fuerza normativa de la Constitución, ni que el artículo 117, de por sí lo suficientemente claro en establecer la función de administración del presidente sobre la hacienda pública, podía interpretarse sistemáticamente con otras normas tales como la Ley del Poder Ejecutivo vigente en ese entonces que reconocía que las competencias constitucionales

del presidente no podían recortarse por normas de rango inferior, y la Ley Orgánica del SIN que reconoce que este depende directamente del presidente de la República. De estas y otras normas que regulan como gobierna y se relaciona estrechamente el presidente con otros altos funcionarios como los ministros (el SIN tenía rango ministerial), la Corte pudo haber fundamentado la competencia funcional del presidente sobre el dinero transferido ilegalmente al SIN, hecho del que el estaba al tanto. Por ello, recalcamos nuestro rechazo a la casación “Oscorima” en el extremo que exige irrazonablemente que las competencias figuren en el ROF o en el MOF, así como a la decisión de absolver a Fujimori en este caso, pues si contaba con vinculación funcional específica derivada de la Constitución y otras normas complementarias. Si bien en este caso Fujimori debía ser condenado como autor por realizar conductas activas a través de la firma de resoluciones supremas, si los hechos hubiesen sido diferentes y Fujimori se hubiese limitado a no impedir que sus Ministros y operadores políticos como Vladimiro Montesinos cometiesen peculado, habría sido posible establecer su posición de garante de protección de la correcta administración del patrimonio público manejado a nivel de las altas esferas del gobierno por medio de las normas ya mencionadas y se le habría podido condenar a título de autor en comisión por omisión.

Conclusiones

Nuestro sistema penal exige para la configuración de un delito la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Las teorías de la infracción del deber dificultan el cumplimiento de este requisito, por lo que la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado es más apropiada. Conforme a ella, los delitos contra la administración pública son delitos especiales porque solo los funcionarios tienen el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública.

La comisión por omisión del artículo 13 del código penal exige una posición de garante derivada de un deber jurídico de impedir el resultado y estar en la capacidad de hacerlo. En el caso de los funcionarios públicos, este deber nace de su especial posición social de acceso exclusivo a la vulnerabilidad del correcto funcionamiento de la administración pública. Esta posición de garante

de protección impide aplicar el principio de confianza, pero deberá sustentarse en las normas que regulan el ámbito de competencia del funcionario superior y de sus subordinados.

El bien jurídico del delito de peculado es la correcta administración del patrimonio público. Como tal, solo puede verse vulnerado por un funcionario con competencia específica para administrar, custodiar o percibir los bienes objeto del delito. Esta competencia debe provenir de una norma extrapenal y no requiere de tenencia material directa, pues también puede ocurrir si el funcionario (usualmente el superior jerárquico) posee la facultad de disponibilidad jurídica.

La facultad de disponibilidad jurídica condiciona la interpretación de los verbos rectores y permite entender su configuración mediante actos en ejercicio de dicha facultad, aunque el superior no entre nunca en contacto fáctico o material con los bienes.

Se podrá imputar al superior jerárquico como autor en comisión por omisión por el delito de peculado si tiene posición de garante de protección y pudo evitar el resultado. La posición de garante deberá derivarse necesariamente de una vinculación funcional específica establecida por competencias reguladas en normas extrapenales que no necesariamente deberán ser del MOF o el ROF de la institución. Cualquier otra posición de garante de protección, ya sea de vigilancia y corrección del delegado o de implementación de políticas anticorrupción, también requerirá de base legal.

Bibliografía

Abanto, M. A. (2003). Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Palestra Editores.

Abanto, M. A. (2014). Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Grijley.

Cáceres, R. E. (2012). El delito de peculado. Aspectos sustantivos y procesales. Idemsa.

Caro, J. A. (2009). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción del deber. En J. Hurtado (Ed), Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal (pp. 87-106). Fondo Editorial PUCP.

Chanjan, R. H. (2014). La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso [Tesis de licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional de la PUCP. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/5647>

De la Mata, N., Dopico, J., Lascuraín, J. & Nieto, A. (2018). Derecho Penal Económico y de la Empresa. Dykinson.

Hugo, J. B. (2021). Definición y estructura típica del delito de peculado (Art. 387 del CP). En A. C. Hanco & J. A. Paredes (Eds.), Delitos contra la Administración Pública (Tomo 2, pp. 293-315). Grijley.

García, P. (2019). Derecho Penal. Parte General (3ra ed.). Ideas.

Greco, L. (2021). La teoría de la imputación objetiva. Una introducción (S. Espejo, Trad.). Zela.

Hurtado, J. & Prado, V. (2011). Manual de Derecho Penal. Parte General (4ta ed. Vol. 1). Idemsa.

Jakobs, G. (1997). Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación (J. Cuello & J. L. Serrano, Trad., 2da ed.). Marcial Ponds. (Obra original publicada en 1991).

Llamoja, G. F. (2021). Peculado doloso. Configuración del tipo subjetivo del delito de peculado doloso a partir de una concepción normativo-objetiva del dolo. En A. C. Hanco & J. A. Paredes (Eds.), Delitos contra la Administración Pública (Tomo 2, pp. 317-351). Grijley.

Maraver, M. (2010) El principio de confianza en Derecho Penal. En: Derecho Penal y Estado Social y Democrático de Derecho (Libro homenaje a Santiago Mir Puig). La Ley, 381-404.

Meini, I. (1999). Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. Derecho PUCP, (52), 883-914. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.039>

Meini, I. (2014). Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito. Fondo Editorial PUCP.

Mir Puig, S. (2004). Derecho Penal. Parte General (7ma ed.). BdeF.

Montoya, Y. (2014). Fundamento de la posición de garante del funcionario superior en los delitos contra la Administración Pública cometidos por sus subordinados. En E. Gimbernat, L. Gracia Martín, E. Peñaranda, M. Rueda, C. Suárez & J. Urquizo. Dogmática del derecho penal: Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70° aniversario. Vol.1. Gaceta Jurídica, 605-641.

Montoya, Y. (2015). Manual sobre delitos contra la administración pública (E. Guimaray, Y. Novoa, J. Rodríguez & D. Torres, Inv.). Open Society Foundations; idehpucp. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/110641>

Peña Cabrera, A. (2021). Delitos contra la administración pública. Lex & Iuris.

Roca de Agapito, L. (2013). El delito de peculado en España y Perú. En F. R. Heydegger & J. C. Atahumán (Eds.), Delitos contra la administración pública (pp. 405-434). Idemsa.

Rojas, F. (2021). Delitos contra la Administración Pública (5ta ed., Vol. 1). Gaceta Jurídica.

Roxin, C. (2016). Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal (J. Cuello & J. L. Serrano, Trad., 9na ed.). Marcial Pons. (Obra original publicada en 2015).

Salinas, R. (2019). Delitos contra la administración pública (5ta ed.). Iustitia.

Schünemann, B. (2004). El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. Revista de derecho penal y criminología de la Universidad del Externado de Colombia, N°75, vol.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037/981>

Schünemann, B. (2009). El denominado delito de omisión impropia o la comisión por omisión. Arequipa, Pangea, 17-43.

Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. Derecho PUCP, N°81, 93-112.

<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003>

Ugaz, J. & Ugaz, C. (2021). Corrupción y delito en la función pública. Gaceta Jurídica.

Villavicencio, F. A. (2006). Derecho Penal Parte General. Grijley.

