



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

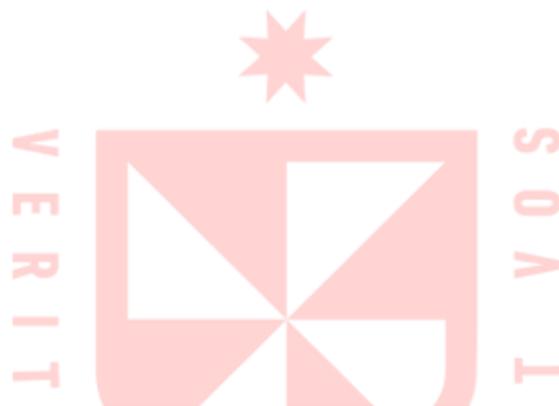
**LA VINCULACIÓN FUNCIONAL COMO CRITERIO DE
IMPUTACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO**

**PRESENTADO POR
CARLOS FRANCISCO ESPINOZA CORDERO**

**ASESOR
JUAN ELIAS CARRIÓN DÍAZ**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ
2023**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

NOMBRE DEL TRABAJO

LA VINCULACIÓN FUNCIONAL COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO

AUTOR

CARLOS FRANCISCO ESPINOZA CORDEIRO

RECUENTO DE PALABRAS

24550 Words

RECUENTO DE CARACTERES

132550 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

111 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

207.5KB

FECHA DE ENTREGA

Oct 8, 2023 5:10 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Oct 8, 2023 5:12 PM GMT-5**● 13% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 11% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 7% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Fuentes excluidas manualmente
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



USMP Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES **Postgrado**
Dra. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.

DEDICATORIA

La presente investigación jurídica es un esfuerzo que se lo dedico a mis padres Pedro y Carmen.

AGRADECIMIENTO

Muy especial a mi asesor Juan Carrión Díaz por su acertado consejo y comentarios para mejorar el presente trabajo; y a mis compañeros de trabajo por sus comentarios y sugerencias.

INTRODUCCIÓN

El proyecto que ponemos a consideración tiene como motivación nuestra preocupación, porque la Corte Suprema del Perú aún no ha unificado criterios dogmático jurídico-penales respecto de la “vinculación funcional” del funcionario público en el delito de “peculado doloso”, pues la Casación N.º 160-2014-Santa señala que no se requiere para responder como autor del delito de peculado la vinculación funcional específica sino genérica; mientras tanto el Recurso de Nulidad N.º 615-2015, desarrolla el autor único, y fundamenta que para responder como autor del delito de peculado, se requiere la competencia funcional específica.

En este contexto la investigación demostrará que la problemática actual sobre la vinculación funcional del funcionario público en el “delito de peculado”, debe de determinarse en la doctrina jurídico-penal, con la finalidad de que los jueces puedan resolver con criterios establecidos, y no como se ha visto en las resoluciones de la Corte Suprema, que difieren en sus fundamentos jurídicos. No obstante, lo que se ha podido visualizar a lo largo de la investigación, es que el problema jurídico – penal de la vinculación funcional no ha sido desarrollado en la doctrina nacional, lo cual ha resultado dificultoso en el investigador al momento de fundamentar una salida jurídica, que armonice con la “teoría de la infracción del deber”, adoptada en nuestra legislación de forma mayoritaria.

Para el efecto, el trabajo se organiza de la siguiente manera:

En el Capítulo I describimos el marco teórico de la investigación, tales como los antecedentes nacionales e internacionales que hayan desarrollado mínimamente

el problema jurídico-penal de la vinculación funcional en el delito de peculado, pues como se ha señalado líneas atrás no existe mayor desarrollo doctrinario del mismo.

En el Capítulo II, que contiene todo el diseño metodológico de la investigación, lo cual se ha cumplido a lo largo de la presente investigación.

En el Capítulo III, contiene la imputación en el delito de peculado, desde la conceptualización penal del tipo, el bien jurídico específico tutelado, las formas de autoría y participación, teniendo en cuenta la “teoría de infracción del deber” desarrollado por Claus Roxin, y por Gunther Jakobs, que desarrolla dicha teoría con otros matices y elementos. Asimismo, también se ha descrito que la coautoría no es posible en delitos de “infracción de deber”, en tanto el funcionario público que se encuentra vinculado con el objeto material del delito, infringe un deber especial.

En el Capítulo IV, contiene la vinculación funcional, los tipos de vinculación funcional según la doctrina, la relación de la vinculación funcional con el derecho penal, y la Corte Suprema; además se encuentra el concepto de funcionario público tanto en el derecho constitucional, administrativo, y penal.

En el Capítulo V, abarca la vinculación funcional como criterio de imputación, el grado de intervención de terceros, deber de garante en el delito de “peculado”, la vinculación mediata, fundamento de los deberes institucionales en el delito de “peculado”, la teoría de la infracción de deber y la complicidad.

CAPITULO I

MARCO TEORICO

1.1. Antecedentes de la investigación

En la presente investigación previamente se procedió a desarrollar la búsqueda de los antecedentes nacionales en dos Universidades Peruanas y dos antecedentes internacionales, dado que es un problema jurídico-penal que no ha sido muy bien desarrollado por la doctrina tanto nacional como internacional, los cuales son presentados a continuación.

1.1.1. Antecedentes nacionales

Como primer antecedente tenemos la tesis que realizó Díaz (2017) titulada “*La imputación en el delito de peculado*”, donde planteó como objetivo principal delimitar las características que corresponden al delito de Peculado iniciando por observar una “teoría general del derecho penal”, donde efectúa una diferencia sustancial entre “competencia por organización” y la denominada “competencia institucional”. Otro de los objetivos es que también se buscó efectuar diversos fundamentos de naturaleza dogmática para canalizar los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia del Perú. El estudio incluye el análisis del Acuerdo Plenario N.º 04- 2005-CJ- 116, donde se han señalado ciertos criterios generales que han de configurar el reproche en el ilícito penal de peculado, tanto en su tipología dolosa como culposa. Estos criterios, sin embargo, todavía son carentes de contenido a efectos de dar una debida solución a la problemática del delito de peculado. Asimismo, entre sus conclusiones resaltan que, el injusto penal de peculado constituye un ilícito penal

“especial” debido a que el artículo 387 del estatuto penal sustantivo delimita la configuración de quien es autor, y ahí se observa al funcionario o servidor público que “administra”, “percibe” o “custodia” “caudales” o “efectos” por razón de su cargo, tratándose de un ilícito penal de infracción de un deber debido a que sustenta el reproche penal del autor, en el “dominio” en torno al “riesgo típico”, sino que su configuración se debe al quebrantamiento de un “deber institucionalmente protegido”. Del mismo modo, la Administración Pública como un ente de especial relevancia social se hace observable ante las personas con la finalidad de resguardo de las expectativas sociales traducidas en los servicios que prestan los funcionarios estatales. Pues, entre la “administración pública” y el “funcionario público” se da una relación institucional que implican una serie de deberes y expectativas de protección y aseguramiento. Finalmente, añadió con respecto de la configuración típica del tipo penal de peculado, que el Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116 afirmó que:

La norma (del delito de peculado) al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal.

Por otro lado, tenemos a Pilco (2019), quien llevó a cabo la tesis “*Elementos de la relación funcional de hecho en el delito de peculado*” en el que se planteó como objetivo principal determinar los componentes de la relación funcional de hecho en el delito de peculado. El estudio lo realizó a partir del desarrollo de fuentes doctrinarios y jurisprudenciales existentes. Para lo cual, se utilizó los métodos de análisis de expedientes. Posterior al citado análisis, concluye que: El delito de Peculado

preceptuado en el artículo 387 del estatuto penal sustantivo, para que pueda configurarse la denominada “relación funcional”, y de tal manera que es necesario el cumplimiento de tres requerimientos principales: la “designación al cargo” que está dado por un funcionario competente; debe implicarse como un “hecho público”; y que no deba observarse una normativa de carácter interna que prohíba dicha designación. De esa forma, se podrá indicar contundentemente que se comete el delito de peculado, ya que el funcionario público en cualquiera de sus modalidades debe poseer una debida relación funcional de hecho a efectos atribuírsele responsabilidad penal.

1.1.2. Antecedentes internacionales

En los antecedentes internacionales encontramos en la Escuela de Postgrado de la Universidad Espíritu Santo de Ecuador, donde Guzmán (2018) desarrolló la investigación titulada “*Breve análisis sobre la teoría de participación de las personas en el delito de peculado. Autores y cómplices*” en la cual propuso como objetivo exponer los criterios necesarios para diferenciar a los autores y cómplices en la participación del delito de peculado acorde a la norma transcrita en el Código Orgánico Integral Penal y los alcances que en esta materia originan los componentes especiales del injusto penal antes descrito, como son la calidad de servidor público y la relación funcional entre el autor y el bien objeto de protección de este delito. Entre sus conclusiones indicó que: en el delito de peculado debe referirse que los criterios de la autoría y la participación se ven afectados por dos elementos especiales que trae la estructura de este tipo penal, como son: la “calidad de servidor público” y la “relación funcional” que debe existir entre el autor y el bien protegido. Necesariamente, por estas características del delito de

peculado es que formas como el actuar por otro y el interviniente deben ser utilizadas para abordar ciertos casos especiales, donde actúa o acciona en el delito un sujeto que no tiene formalmente la cualificación de servidor público, o que no tiene la calidad de servidor público, pero es representante legal de una empresa que ejerce una función pública, en la relación funcional entre el autor y el bien protegido por el delito de peculado, es innegable que sería autor aquel funcionario público que tuviese asignada la función, pero como se explicó, esa asignación puede ser de forma directa a través de la ley o un acto administrativo, o a través de un acto de delegación legítimo.

Así también se ha identificado, una tesis realizada por Brunoni (2009) que tiene como título “Malversación y peculado: análisis comparativo entre las legislaciones española y brasileña” presentado ante el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid para optar el grado de doctor, donde se refiere respecto a la posesión “por razón de su cargo”:

Es preciso subrayar que también en la legislación brasileña no basta la posesión para la caracterización del peculado. Es indispensable, además, cuestionarse sobre a qué título le fue confiado al agente el dinero u otro bien mueble. Debe existir una relación de dependencia, esto es, una relación de causa y efecto entre ella y el cargo ejercido por el funcionario, vale decir, que la posesión sea decurrente de la confianza depositada en el funcionario en razón del cargo por él ejercido. De manera que no es suficiente a la configuración del peculado que la cosa le haya sido confiada al agente en razón de su simple cualidad de funcionario público; es menester que la posesión sea resultado de las

atribuciones de su cargo. La entrega del bien debe resultar de la ley, reglamento o por lo menos de la praxis, desde que no contraria a la ley. En definitiva, en razón de las facilidades que el cargo le propicia al funcionario público cuando actúa como tal.

Si la confianza de la víctima no fue en razón de ser él funcionario competente, pero, tan sólo debido a su condición genérica de funcionario, el crimen es de apropiación indebida y no de peculado.

Ahora bien, no es imprescindible que el agente tenga la posesión de la cosa, sino simplemente en razón de su cargo. Y si la cosa es entregada al funcionario en la suposición de estar él autorizado a recibir la cosa, el peculado se caracteriza, aunque el funcionario mismo esté en error a tal respecto; basta, en este supuesto, que haya habido formalidad en la entrega (p. 264).

1.2. Definición de términos básicos

a) **Administración Pública.** – Es aquella acción que efectivizan los funcionarios y servidores públicos para poner en marcha el debido ejercicio de las actividades naturales del Estado, para que se pueda efectuar los fines para los que fue creado y configurado, de forma razonable, en tanto merece la debida defensa del derecho punitivo. En consecuencia, la administración pública constituye un elemento básico de la configuración actual de la sociedad y, por lo tanto, merecedor de protección penal (Salinas, 2016, p. 6).

b) **Autoría.** - En los delitos contra la administración pública, el criterio que

configura la autoría es exclusivamente la infracción del deber especial que reviste el agente público o estatal, con total independencia de si posee o no la dominación del hecho punible (dominio del hecho) (Salinas, 2016). Por ejemplo: el administrador de hecho o de derecho, que aconseja a un tercero cómo sustraer ciertos bienes del activo del patrimonio que administra, es autor del delito de administración desleal, aunque no haya tenido dominio del hecho en la sustracción del tercero que perjudica el patrimonio. (Bacigalupo, 1999, p. 511)

Para Claus Roxin, citado por Salinas (2016) autor es “quien tiene un deber especial penal impuesto por la ley penal y lo infringe, y participe es quien interviene en el hecho sin poseer deber especial penal alguno” (p. 10).

Cuando se habla de autor, se hace referencia “al sujeto a quien se le puede imputar el hecho como suyo, aquel que lo realiza y del que puede decirse que ese ‘hecho le pertenece’ en su generalidad” (Donna, 2002, p. 9).

Asimismo, la autoría en los delitos de dominio de hecho se puede inferir tal del dominio que tiene aquel sujeto en el accionar delictivo, es decir, que posee un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encauzarlo hacia el objetivo determinado (Villavicencio, 2006).

- c) Caudales o Efectos.** – Se concibe por caudal a “toda clase de bienes, en general con la única exigencia que estén dotados de valor económico” (Rojas, 2016). Es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido claro está el dinero (Salinas,

2016, p. 381). En tal sentido, los caudales hacen referencia a patrimonios en general de contenido económico, incluyendo el dinero; y lo concerniente a efectos, se sitúan a los objetos, cosas tangibles que representan un valor patrimonial público, incluyendo los valores negociables (Salinas, 2016).

d) Competencia funcional. – Implica aquella característica o particularidad del funcionario público que implica la posesión de los caudales o efectos, que puede ser mediante la vinculación funcional genérica o específica, tiene que basarse en el ámbito de competencia del cargo que ostente el funcionario público. No obstante, si los encargos o delegaciones al funcionario o servidor público son permanentes y por disposición o anuencia de autoridad competente, hasta el punto de cualquier persona toma conocimiento que tal funcionario o servidor es el encargado de administrar, percibir o custodiar los bienes del Estado, es factible tenerlo como autor del delito de peculado, siempre y cuando las leyes o reglamentos internos no prohíban de manera expresa aquellas delegaciones o encargos (Abanto Vásquez, 2010 citado por Salinas, 2016, pp. 377-378).

e) Cómplice. - Regulada en el artículo 25 del C.P, asimismo “El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno y como el instigador, no toma parte en el dominio del hecho” (Bramont-Arias Torres, 2002).

Asimismo, la complicidad puede definirse como aquella contribución o auxilio al hecho, anterior o simultáneo, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor (Villavicencio, 2006). Se dice que el partícipe primario o

cómplice necesario, es aquél que realiza, obrando dolosamente, un aporte sin el cual el hecho doloso ajeno no habría podido cometerse, lo que plantea el interrogante del momento de la contribución. (Parma, 2016)

- f) **Corrupción.** - El concepto de corrupción no está exento de discusión teórica; sin embargo, para este estudio tomaremos uno bastante extendido, basado en el ya formulado por Transparencia Internacional: La corrupción es el abuso del poder público encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios particulares (económicos o no) violando la norma en perjuicio del interés general o el interés público (Huaita, Chanjan y Saravia, 2019).
- g) **Delito.** - Es toda conducta típica, antijurídica y culpable necesario para imputar (Villavicencio, 2006).
- h) **Disponibilidad jurídica.** – Corresponde la posibilidad de disponer libremente en virtud de la ley por parte del funcionario o servidor público sobre los bienes que le fueron confiados; por ende, posee una competencia funcional específica (Rojas, 2016). La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública (Luján, 2013, p. 395). Es decir, la disponibilidad jurídica, se encuentra correlacionado a las atribuciones que el funcionario ostenta en la administración pública (Salinas, 2016).
- i) **Funcionario Público.** - El inciso tercero del artículo 425 CP señala que en una cláusula general se considera funcionario público a todo aquel que,

independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado (Rojas, 2016, p. 437). “De modo que funcionario público es aquella persona natural o física con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última” (Salinas, 2016, p. 12)

- j) **Imputación objetiva.** - Es la teoría del tipo penal que se encarga de su análisis para mediante el aumento del riesgo prohibido ver la posibilidad de imputar al sujeto causante (Caro, 2014).

- k) **Peculado.** – Constituye aquel delito de infracción de deber, donde el autor responde sólo por la infracción del deber institucional, independientemente de cómo él organice su conducta (Salinas, 2016). Esto quiere decir que el deber es independiente de la organización (del dominio). (Caro, 2014). En términos específicos, este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos (Rojas, 2016, p. 256). En ese entendido, se trata de un “delito pluriofensivo” (Salinas, 2016), cuyo bien jurídico protegido se divide en dos objetos específicos que ameritan una protección penal: por un lado, garantizar el principio de nolesividad de los intereses

patrimoniales de la administración pública, y, por otro lado, evitar el abuso de poder de quien se halla facultado a administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionario o servidor público. (Exp. N.º 011-2001)

CAPITULO II

DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. Planteamiento del problema

2.1.1. Descripción de la situación problemática

En el siglo XXI, a nivel mundial existe un problema endémico que es la corrupción. La corrupción se ha institucionalizado en casi todas las estructuras del estado, y por ende es deber del Estado persuadirla, combatirla a fin de lograr que la Administración Pública sea en beneficio de todos los miembros de la sociedad. En virtud de ello se han llevado a cabo convenios y tratados internacionales, dentro de ellos tenemos a la “Convención de Derecho Penal Europea sobre la Corrupción”, la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” y la “Convención Africana sobre la Prevención y la Lucha Contra la Corrupción”.

En ese sentido, nuestro país no se encuentra aislado de este problema endémico que corroe todas las estructuras del Estado, el cual nos invita a replantear políticas públicas que coadyuven el desarrollo como Estado, todo ello dentro del marco de un Estado Constitucional y social de derecho.

Siendo así, en esta última década hemos sido testigos de la corrupción sistematizada desde las más altas estructuras del estado, hasta el último peldaño de nuestra república. Ello ha conllevado a que muchos funcionarios públicos sean procesados, y posteriormente condenados por delitos de corrupción de funcionarios, es el caso de presidentes de la república, gobernadores regionales, alcaldes provinciales, distritales, entre otros funcionarios públicos.

De tal manera que ha surgido un problema respecto de la vinculación funcional por parte del funcionario público en los delitos de peculado, es el caso que nuestra corte suprema ha emitido dos casaciones que son vinculantes para todos los jueces de nuestro país, pero dichas casaciones difieren en sus fundamentos respecto de si el funcionario público puede responder como autor mediante la vinculación funcional específica o también mediante la vinculación funcional genérica respecto de los caudales y efectos del estado.

Al respecto, la Casación N.º 160-2014 Santa, y el Recurso de Nulidad N.º 615-2015-Lima, más conocido como los “diarios chicha”, se pronuncian con diferentes fundamentos, lo cual ha conllevado que los jueces del sistema anticorrupción, puedan aplicar cualquiera de las dos, lo cual me invita a hacer una investigación cualitativa que contribuya a unificar criterios que sean de aplicación nacional por nuestros magistrados.

2.1.2. Formulación del problema

Problema general:

¿Qué vinculación funcional sobre los bienes exige el delito de peculado?

Problema específico:

¿Responde como autor del delito de peculado el funcionario público mediante la vinculación funcional mediata?

2.1.3. Objetivos de la investigación

Objetivo general:

Determinar qué vinculación funcional sobre los bienes exige el delito de peculado.

Objetivo específico:

Determinar si responde como autor del delito de peculado el funcionario público mediante la vinculación funcional mediata.

2.2. Justificación e importancia de la investigación

2.2.1. Importancia de la Investigación

La presente investigación tuvo como importancia el aporte –desde un ámbito jurídico– analizar la resolución judicial de controversias en materia penal por parte de los magistrados a nivel nacional, respecto a la “vinculación funcional” con el “objeto material” del delito en el tipo penal de peculado; en tanto existen posturas jurídico penales de la Corte Suprema que difieren en sus fundamentos, como son la Casación N.º 160-2014 Santa, y el Recurso de Nulidad N.º 615-2015-Lima.

En esa línea de ideas la presente busca determinar cuál debería ser la vinculación funcional aplicable a los delitos de peculado, ello ha de contribuir al realizar un análisis entre la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema y las posturas dogmático jurídicos penales.

2.2.2. Viabilidad de la Investigación

La presente investigación tuvo la viabilidad correspondiente, toda vez que se contó con los recursos necesarios para la realización de la misma, teniendo en cuenta que el ámbito de investigación, indicando que el investigador ha laborado en la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios como Asistente en Función Fiscal, el cual ha valido para elegir el tema planteado y ver de cerca lo concerniente a la vinculación funcional del autor en el delito de peculado, si esta es mediata o directa; toda vez que a nivel de jurisprudencia de la Corte Suprema setienen dos posturas al respecto.

Asimismo, los recursos económicos necesarios estuvieron a cargo del investigador.

2.3. Limitaciones del estudio

Las limitaciones que estuvieron presentes en el proceso de investigación estuvieron referidas únicamente a que a la realización del mismo en la ciudad de Huaraz, Departamento de Ancash, ya que el suscrito investigador labora de manera permanente en la ciudad de Lima y el traslado implico un inconveniente de tiempo y recursos económicos; asimismo que se tuvo como referente las investigaciones seguidas en la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios – Distrito Fiscal de Ancash, y el Poder Judicial de la misma ciudad, que fueron en algunos casos de manera restringida.

2.4. Diseño de Investigación

2.4.1. Metodología de investigación

La investigación jurídica que planteamos tiene un enfoque metodológico cualitativo. Como lo señala la doctrina, en el libro “Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa, guía didáctica” (Bonilla y Rodríguez, 1997; Monje, 2011), este enfoque se caracteriza por lo siguiente:

Dada la naturaleza del método cualitativo, el diseño no configura un marco fijo, sino un punto de referencia que indica qué se va a explorar (objetivos), cómo debe procederse (la estrategia) y qué técnicas se van a utilizar (la recolección). Aunque se espera que el diseño se vaya ajustando durante el proceso, ninguna etapa debe iniciarse sin tener claramente delimitados el qué, el cómo y una apariencia tentativa de los resultados eventuales. Aunque se aplica un esquema abierto de indagación que se va refinando, puntualizando o ampliando según lo que el investigador vaya comprendiendo de la situación, el proceso debe iniciarse con un plan de trabajo referencial.

Las etapas que hemos realizado para desarrollar la investigación jurídica son: a). La etapa preparatoria, en la cual se ha reflexionado y diseñado el proyecto de investigación; b). El trabajo de recolección de información; y finalmente, c). La fase analítica de la información recogida para llegar a un resultado final.

2.5. Diseño metodológico

El presente trabajo de investigación se inicia con la elección del tema, que es la vinculación funcional en el delito de peculado, el cual se delimitó refiriéndonos

específicamente en el tipo de vinculación funcional que recaería en el funcionario público para que pueda responder a título de autor; diseñando el proyecto de investigación jurídica.

Se realizó la recolección de la información que tiene como punto de partida las tesis desarrolladas a nivel nacional e internacional respecto a la vinculación funcional o en su defecto sobre la disponibilidad jurídica, legislación, doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, como fuentes del Derecho, referido a la vinculación funcional en el delito de peculado, así como, a los tipos de vinculación funcional desarrollados por la doctrina nacional e internacional.

Se analizó la información recolectada llegando a conclusiones de carácter objetivo.

CAPITULO III

IMPUTACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO

3.1. Delito de peculado

En nuestra legislación el tipo base del tipo penal peculado lo encontramos en el artículo 387 del estatuto penal sustantivo:

“Peculado doloso y culposo”

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

“La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.

3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

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

Para Peña Cabrera Freyre (2016) en referencia al delito de peculado, señala lo siguiente:

La administración estatal cuenta en su poder con un conjunto patrimonial de trascendencia, cuya expresión se da mediante una serie de bienes, de caudales, de objetos, donde se valoriza fundamentalmente en dinero; es decir, las esferas públicas demandan para la prestación de naturaleza correcta lo pertinente a los servicios públicos a la comunidad, de tal manera que se pueda entender como un “aparato logístico”, que tiene como finalidad adquirir un extensivo número de bienes, valores u otros, que con el hecho de ingresar a la esfera de la Administración Pública, es el Estado quien se vuelve en propietario del mismo, y por ende a los funcionarios que sirven a los entes estatales se les debe la custodia,

conservación y utilización de los mismos, y en consecuencia también asumen un deber funcional de cuidado de dichos bienes, cuya traducción es que sean adecuadamente depositados, disponibles y que no sean sustraídos por otros funcionarios o por terceros. (p. 356)

3.1.1. Modalidades del delito de peculado

Se desprende de la estructura típica del delito de peculado, que ésta se puede realizar bajo dos modalidades como son: el “peculado por apropiación” y el “peculado por utilización” (Rojas, 2016).

En ese sentido, Pérez y San Martín (2014) haciendo alusión al peculado por apropiación, señala que: “en el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos” (p. 165). En la utilización, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito último de apoderarse para sí o para tercero (Pérez y San Martín, 2014).

Así, el peculado por apropiación, de acuerdo a nuestra Corte Suprema, mediante el R.N. N.º 3237-2010- JUNÍN señala:

El delito de Peculado requiere para su configuración la apropiación, que, a diferencia de la sustracción, supone que el sujeto activo del delito posee ya consigo el bien del cual entra en disposición personal, con lo que contraviene sus deberes de función. Así, el agente hace suyos los caudales o efectos que pertenecen al Estado, la aparta de la esfera funcional de la Administración

Pública, y los coloca en función de disponer de los mismos.

En cuanto a lo referido, Salinas (2016) indica que se configura el delito de peculado por apropiación cuando:

El agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi*. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración (p. 365).

No obstante, **el peculado por utilización**, según afirman Hugo y Huarcaya, (2018) tienen que ver con el verbo rector “utilizar es hacer uso indebido de los bienes del estado para fines ajenos al servicio, en provecho propio o de un tercero” (p. 145). En tal sentido, es evidente que no existe en el agente el *animus* de apropiación, sino del uso temporal para fines ajenos al servicio o de aprovecharse temporalmente de los bienes del estado.

Rojas (2007) refiriéndose al tipo penal de peculado, señala que esta se debe de dar de dos formas:

- a) **El peculado propio.** – realizada por aquellos oficiales o empleados (servidores) públicos, en el que nace una “vinculación funcional” con el “caudal” o “efecto”, es decir el funcionario se encuentra poseyendo el

material que implica el bien objetivo del ilícito penal, donde se da la apropiación, el uso o la sustracción de la esfera pública.

- b) Peculado impropio o por extensión.** - se configura cuando el acto de apropiarse, el uso o la sustracción se comete por tercero, es decir por particulares, que pueden ser emparejados en materia penal y por bajo la condición de funcionarios o empleados (artículo 392 del estatuto penal sustantivo peruano). La impropiedad del peculado está referida estrictamente a la calidad del sujeto activo, que para efectos de una mayor tutela del bien jurídico es objeto de imputación por el delito en referencia.

El tipo de peculado bajo análisis en la presente investigación, es el peculado propiamente dicho, que a su vez se divide en peculado por apropiación y el peculado por utilización o distracción. En ambos supuestos se requiere la llamada vinculación funcional por parte del funcionario o servidor público, con los caudales o efectos del Estado (Salinas, 2016).

3.1.2. Relación funcional

La relación funcional viene a ser uno de los elementos materiales del tipo penal, la misma que se da entre el sujeto activo que es el funcionario público con los caudales y efectos del estado.

Para Creus (1998) la relación funcional debe subsistir en el momento del hecho, aunque el sujeto no esté actualmente ejerciendo la función. Según el Acuerdo plenario N.º 4-2005/CJ-116, indica que: “debe darse la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos” (f.j. 11). En tal sentido, se entiende por

relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa comomero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos (Caro, 2016).

Asimismo, Arismendiz (2018) señala que: “la relación funcional constituye para fines probatorios, el primer filtro para verificar la existencia o inexistencia del delito de peculado, doloso o culposo” (p. 233). De igual manera Salinas (2016) señala que:

Este elemento objetivo (relación funcional) del delito de peculado permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por el funcionario o servidor público en virtud del cargo que desempeña en la administración pública. (p. 445)

La relación funcional, mediante la vinculación funcional del funcionario o servidor público con los caudales o efectos públicos, constituye un elemento normativo de vital importancia (Rojas, 2016), toda vez que va a servir para delimitar el círculo de autores y partícipes en la comisión del delito.

3.1.3. Bien jurídico

El bien jurídico en su conceptualización propiamente dicha puede ir variando dependiendo de la visión que se adopte, como es desde la visión positivista, neokantiana, ontológica y funcionalista. En la presente investigación no nos adentraremos en ello. Siendo así el bien jurídico para Tavares (2004) constituye un elemento de la propia condición del sujeto y de su proyección social (p. 165); en ese sentido puede ser entendido como un valor que se incorpora a la norma como su

objeto de preferencia real y constituir, por lo tanto, un elemento primario de la estructura del tipo, al cual se deben referir la acción típica y todos los demás componentes.

Igualmente, añade Tavares (2004) que la necesaria vinculación de un bien jurídico estatal a su origen y finalidad personal constituye una garantía del individuo respecto de que su libertad no será molestada por supuestas adopciones políticas públicas, en ámbitos administrativos, económicos o sociales, o para finalidades electorales.

Posición contraria es del profesor Kindhäuser (2017) quien afirma que el bien jurídico penal como tal es digno de protección, y ello independientemente de si el reconocimiento defectuoso de la norma conduce a que la finalidad protectora de la norma falle –es decir, si conduce a un daño en el bien jurídico–, es una afirmación que carece de fundamentación.

Ahora bien, el bien jurídico en el delito de peculado para Frisancho (2011) se protege:

(...) el normal desarrollo de la Administración Pública que se vería afectado si se permite que los funcionarios dispongan ilegalmente de los bienes propios de la Administración. El tipo penal de peculado, conforme a nuestro ordenamiento jurídico castiga la lesión sufrida por la administración pública, al ser despojado de la disponibilidad de sus bienes. (p. 214)

En definitiva, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, en su fundamento jurídico N.º 6 refiere que el peculado es un “delito pluriofensivo” y que el bien jurídico contiene dos asistas:

- a) Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública.

- b) Evitar el abuso del poder de los funcionarios o servidores públicos, que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. (f.j. 12)

Por su parte Rojas (2007) señala que, por tratarse el peculado de un “delito pluriofensivo”, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal:

(a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, y **b)** evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, garantizando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos a que están obligados los funcionarios y servidores.

Finalmente, en razón del bien jurídico protegido en el injusto penal de peculado, se va a poder determinar que funcionario o servidor público mediante su vinculación funcional, quebranta su deber especial.

a) Caudales o efectos

En el artículo 387 del estatuto penal sustantivo, el patrimonio público está representado por los caudales o efectos.

Se entiende, según Rojas (2002) citado por Salinas (2016) caudales en una acepción amplia a todos los bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura (p. 381). En una acepción estricta, lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancías, vehículos,

insumos, etc) y el dinero (Salinas, 2016).

Siguiendo a Salinas (2016) a efectos de la hermenéutica jurídica del tipo penal 387 del estatuto penal sustantivo, sirve el concepto restringido de caudal, lo demás constituye efectos (p. 381). En tal sentido se entiende por caudal a “toda clase de bienes, en general con la única exigencia que estén dotados de valor económico” (Rojas, 2016, p. 245). Es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido claro está el dinero (Salinas, 2016, p. 381).

En definitiva, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 respecto a la definición de caudales y efectos, manifiesta que:

Los caudales implican bienes en general de contenido económico, incluido el dinero (moneda nacional e internacional). Y por su parte, los efectos, constituyen aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. (f.j. 14)

b) *Percepción*

Según Ferreira (1995) refiere que:

En la percepción hace referencia aquel acto de ‘captar’ o ‘repcionar’ los caudales o efectos de diversa procedencia, pero de una naturaleza legal o lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, producto de operaciones contractuales, provenientes incluso de otras agencias estatales, etc.) y que se adhieren e integran a los bienes estatales o públicos de carácter genérico. (p. 165)

Asimismo, Creus (1998) señala que la percepción es:

La función de recibir bienes para ingresarlos o regresarlos a ella, siempre y cuando lo sea para integrarlos en la pertenencia de la Administración, ya que sólo entonces adquirirán carácter de públicos (no basta una simple tenencia por razones de seguridad; por ejemplo: depósitos en garantía de particulares que no entran a ser pertenencia de la Administración). (p. 321)

Así, Salinas (2016) percibir significa: “la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita (del tesoro, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, etc.) y que ingresando pasan a integrar el patrimonio del Estado” (p. 383).

En definitiva, la percepción, no es más el acto de captación o recepción de caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (Rojas, 2016, p. 247). Para Donna (2001) la percepción es la facultad de la administración pública para recibir bienes, en concepto de tributos o derechos por servicios a su cargo, desarrollada por los funcionarios competentes.

c) Administración

La administración en el delito de peculado, viene a ser la posesión confiada al funcionario público, en este caso, implica funciones activas de manejo y conducción; por ello, la administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público, tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público

disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego (Salinas, 2016, p. 384). Rigen aquí según Rojas (2016) “las reglas civiles extra penales para el cuidado y gobierno de los caudales y efectos ingresados a la esfera de la administración pública, sean públicos o de particulares” (p. 243).

En efecto, según refiere Salinas (2016) administrar no implica que:

El sujeto debe detentar siempre la posesión directa de los bienes que administra, pero sí resulta necesario que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego. (p. 384)

En definitiva, Frisancho (2011) refiere que:

La administración implica tanto la tenencia material o contacto directo con los bienes como la facultad de disposición sobre los bienes. En el primer caso, estarán comprendidos aquellos servidores públicos que recaudan, pagan o custodian los caudales o efectos públicos o privados. En el segundo, aquellos que cumplen la función de tesoreros, pagadores, vigilantes y almacenistas. Implica las funciones activas de manejo y conducción. (p. 255)

d) Custodia

Villavicencio (2018) refiere que la custodia implica “la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor público” (p. 356). En tal sentido, podemos afirmar que la custodia nace como un deber institucional

de carácter íntimo, que radica en la función que el estado le atribuye.

Al mismo tiempo, Abanto (2003) aludiendo a la custodia, refiere que:

Es la que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, pero cuya titularidad corresponde al funcionario público; es decir se trata de un deber que surge de una competencia funcional. Si el sujeto activo no es el titular de dicha esfera, sólo puede haber "hurto". La esfera de custodia es determinada por la ley, el reglamento o la orden legalmente formulada por la autoridad competente. Excepcionalmente, se admite la "práctica consuetudinaria no contraria a la ley" cuando exista un vacío en los reglamentos.

Por último, Peña Cabrera Freyre (2016) refiere que:

La custodia importa, por tanto, la detentación fáctica del bien (efectos o caudales), que ingresan a la esfera de custodia del funcionario, quien se convierte en garante, siempre y cuando haya ingresado el bien en razón del cargo, si es que el caudal fue detentado de forma momentánea, porque el funcionario encargado le pidió que lo cuidara en un momento y así se produce su apropiación, será un delito de hurto y no de peculado.

3.1.4. Tipicidad subjetiva

a) *Dolo*

En nuestro estatuto penal sustantivo no se define al dolo, sin embargo, se acepta que el dolo es "conocimiento y voluntad de la realización de todos los

elementos del tipo objetivo y es el núcleo de los hechos punibles dolosos” (Caro y Reyna, 2023, p. 381).

Jakobs (2004) señala que con dolo actúa quien conoce el riesgo por él creado. Por lo tanto, cualquiera puede sustraerse a la pena del delito doloso sencillamente no tomando conocimiento de los resultados peligrosos de su comportamiento, en tal caso podría haber conocido fácilmente, pero el hecho es que no ha conocido porque no se ha preocupado de procurarse el conocimiento.

Roxin (1997) señala que por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo.

Para Welzel (2004) el dolo requiere una conciencia (percepción o representación) real, actual, de los elementos del tipo en el momento del hecho. El autor tiene, sin embargo, raras veces, una conciencia de esta índole sobre la antijuridicidad y le falta completamente en los delitos pasionales graves y en los delitos instantáneos.

Según Parma (2016) comparte el criterio que “todo delito doloso es realización de la voluntad” y que toda tentativa exige dolo. comparte el criterio que “todo delito doloso es realización de la voluntad” y que toda tentativa exige dolo. Es que el dolo como realización de un tipo pertenece en sí mismo al tipo como parte subjetiva de éste. Roxin (1997) enseña que en los tres tipos de dolo (de primer grado, segundo y eventual) se emplea siempre la descripción del dolo como “querer y saber” de todas las circunstancias del tipo penal.

También Puppe (2010) señala que el dolo en sentido general no es otra cosa que la aplicación de una estrategia para realizar el tipo, es decir un método que el autor podría aplicar razonablemente si tuviera la intención de realizar el tipo.

Ahora bien, el dolo en el injusto penal de peculado debe referirse a que dicho ilícito penal al constituirse como un delito de infracción de deber, requiere que “el autor (funcionario o servidor público) responda por la infracción de un deber institucional” (Salinas, 2016, p. 387). Finalmente, Peña Cabrera Freyre (2016) señala que:

El dolo ha de comprender también la dirección volitiva de la apropiación o del uso del caudal o efecto, de forma, que no admitimos la concurrencia de un ánimo de naturaleza trascendente, como el ánimo de lucro, como si de forma expresa se contiene en el artículo 432 del estatuto penal sustantivo español, pues la redacción típica no contiene la preposición “para”; siendo así, la conducción volitiva es la que determina la variante de la modalidad típica en cuestión, es decir, el sujeto ya con su acción u omisión está inyectando una finalidad específica. (p. 655)

b) Culpa

La culpa como categoría de la tipicidad, para García (2019) tiene lugar con base en el insuficiente conocimiento imputado al autor sobre la lesividad de su hecho y el criterio de la evitabilidad, de los que se deriva la posibilidad que tuvo el autor de evitar dicha lesividad.

Para Caro (2014), la imputación culposa se basa en el desconocimiento sobre ciertas circunstancias del hecho típico, teniendo la posibilidad de conocer los riesgos que genera su conducta y el potencial lesivo que encierra, entonces la culpa no es sino un supuesto de error sobre el conocimiento de ese potencial lesivo de su conducta.

Según la doctrina existen dos tipos de culpa:

- i. **Culpa consciente o con representación** en donde “no se quiere causar la lesión, se advierte la posibilidad y, sin embargo, se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya el dolo eventual” (Mir Puig, 1990).
- ii. **Culpa inconsciente** en la que el autor no previó, ni siquiera imaginó el peligro que produjo el resultado dañoso, que es la consecuencia de la violación del deber de cuidado (Girón, 2013).

Igualmente, Puppe (2010) refiere que la imprudencia, es la forma más débil y excepcional de la imputación (p. 144). Se evidencia literalmente la palabra culpa, en donde “ya no será solo el *intraeus* funcionario o servidor público quien cometa el hecho delictivo si no un tercero” (Salinas, 2016), sin embargo, como “el deber del *intraeus* no solo es un deber negativo sino también positivo, el *intraeus* responderá por el quebrantamiento de su deber institucional” (Rojas, 2016) ya sea este de percibir, administrar y custodiar los caudales o efectos que le son confiados por revestir en dicho sujeto una cualificación o cualidad específica.

En los delitos de corrupción de funcionarios, la culpa como negligencia o imprudencia lo encontramos en el tipo penal de peculado culposo. Por consiguiente, como lo señala, (Peña Cabrera Freyre, 2016) la tipificación del delito de peculado culposo viene a complementar las tareas preventivas del peculado doloso, castigando con pena aquellas vulneraciones de los deberes inherentes del cargo, que no han sido perpetrados de forma consiente por los sujetos obligados (funcionarios y servidores públicos).

3.1.5. Consumación y tentativa

a) Consumación

Según Rojas (2016) indica que:

Existe una producción respecto a la consumación del delito de peculado por apropiación para sí, cuando el sujeto público ha realizado actos de disposición patrimonial de los caudales o efectos, removiéndolos del ámbito público para ser incorporados a su dominio patrimonial. De modo que el tipo no requiere que se produzca ni que se compruebe el provecho obtenido de parte del funcionario o servidor público, si, en cambio, deberá verificarse el detrimento o disminución patrimonial sufrida por la entidad pública. (p. 247)

Al mismo tiempo, Reátegui (2015) menciona al respecto:

- i. En el supuesto de apropiación de efectos o caudales: el injusto penal se consume cuando el agente del delito efectúa la detentación de los bienes estatales; de tal manera que la apropiación no implica

sustracción alguna. Seguidamente, la apropiación podrá verificarse cuando el sujeto efectúa actos de disposición ya sea alejándolos de la esfera estatal o disponiéndolos en la misma dependencia para fines propios o de terceros, en este sentido el funcionario abusa de su cargo y se comporta como legítimo propietario de los bienes estatales (p. 438).

- ii. Para el supuesto de la utilización: En cuanto a su verificación, se exige que los bienes que tiene a su cargo el sujeto activo del delito anticipadamente hayan sido apartados de la esfera pública de custodia, y luego se les haya fijado un destino privada, es decir son 'desviados' de su destino primigenio u original pública, para ser usados para otros fines privados o particulares (p. 439).

En cuanto al bien que está destinado para tercero, Salinas (2016) indica que “el delito de peculado se consuma en el momento en que el agente se apropia, no siendo necesario que el tercero reciba el bien público” (p. 465). Si en el caso en particular “el tercero llega a recibir el bien público, ya estaremos en la fase de agotamiento del delito” (Rojas, 2016, p. 244).

Ahora bien, la jurisprudencia también establece que las formas más usadas de apropiación son: la retención definitiva (no provisional), la enajenación, la destrucción y el consumo de la cosa. En todos ellos hay una disposición de la cosa como si fuera propia. Esto es, que se ejercen actos de dominio que son incompatibles con la función (Llamoja et al., 2019).

En ambos casos, debe existir, desde luego, una relación funcional en

términos genéricos o específicos entre el agente y los bienes del Estado. Esa relación puede ser directa o indirecta (relación de disponibilidad jurídica). Esa relación lo es por razón del cargo y la disponibilidad jurídica por atribución expresa de la ley de la materia (Hugo y Huarcaya, 2018).

También, Villavicencio (2018) respecto a la consumación en el delito de peculado, alude que, al ser un delito de resultado en tanto a su cumplimiento del deber positivo y negativo, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo. Parafraseando a Pariona (2017), cuando se incorpora el patrimonio público a un determinado patrimonio personal o cuando se utiliza un determinado caudal determinándose así una disminución y perjuicio patrimonial a la Administración Pública se considerará consumado dicho delito.

b) *Tentativa*

Con relación a la tentativa, Salinas (2016) señala que: “tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre del deber funcional y la afectación al patrimonio del estado a título de lesión o peligro de lesión” (p. 470).

Según León et al., (2015) sostiene que:

(...) la consumación se da no con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si el sujeto activo fuese el propietario; así que queda una opción de la existencia de la tentativa. Si conjuntamente se requiere “perjuicio patrimonial” en la circunstancia de “apropiación”, en el sentido de una

disminución contable de bienes de la administración, la tentativa será viable hasta antes de que se verifique eso. Para el supuesto de la “utilización”, la tentativa será posible hasta antes de dar uso privado a los bienes. (p. 155)

Con respecto a la tentativa, parafraseando a Salinas (2014) al responder el peculado como un delito de resultado es atendible la tentativa, ya sea inacabada o acabada estas son verificables mediante los actos ejecutivos.

3.2. Autoría y participación

En la presente se analizará el grado de intervención delictiva en el tipo penal de peculado, conllevando un desarrollo desde la vinculación funcional, y también a los *extraneus*.

3.2.1. Autoría

Es autor directo “quien comete el hecho punible personalmente y por sí mismo” (Caro y Reyna, 2023, p. 421).

En el mundo funcional de los delitos de infracción de deber, “los criterios ontológicos de dominio de los cursos causales no son relevantes, sino los elementos normativos” (Caro y Reyna, p. 422; Salinas, 2020, p. 65). Es decir, “es la infracción de las instituciones positivas quienes configuran la imputación de dichos injustos penales” (Salinas, 2020, p. 65). De ello, resulta imprescindible la restricción de las formas de autoría a la autoría individual y directa del infractor de las instituciones positivas, el *intraneus* (Salazar y Urquiza, 2012, p. 253).

En el delito de peculado, tanto en el delito doloso como culposos sólo puede ser

autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional (vinculación funcional) (Salinas, 2020, p. 66). Esta exigencia esta dada por el injusto penal inserto en el CP, por ende, “quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro” (Rojas, 2016, p. 246).

El sujeto particular que entra en posesión de bienes del Estado y se los apropia o utiliza no comete el injusto penal de peculado (Rojas, 2016), tampoco el usurpador del cargo, razón por la cual escasea la calidad de autores de dicho delito (Salinas, 2016). El funcionario o servidor público que sustrae, se apropia o usa de los bienes, sin poseer el vínculo funcional con la cosa, no podrá ser igualmente autor de peculado (Rojas, 2016). Tampoco puede ser autor de peculado “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” (Salinas, 2016, p. 455).

Así pues, nuestra Corte Suprema emitió dos casaciones que difieren en sus fundamentos respecto de la vinculación funcional del funcionario público, la primera es la Casación N.º 160-2014-Santa donde se sostiene que para ser autor del delito de peculado “es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica” (Acuerdo Plenario N.º 4-2005 FJ. 9), entendida como la posibilidad de libre disposición que ostenta el funcionario público por mandato legal, que se manifiesta a través de la competencia funcional específica prevista en la ley. Por otro lado, el Recurso de Nulidad N.º 615-2015, denominado el caso de los “diarios chicha”, donde se absolvió al ex presidente Alberto Fujimori del delito de peculado, porque del ejercicio

de su cargo no se desprendía ninguna vinculación funcional específica con el patrimonio público. (Carrión, 2016) destaca que una vinculación funcional genérica no vincula al funcionario público para hacerlo responder por el delito de peculado, en grado de autoría, apesar que ostente el cargo de presidente de la Republica.

Con respecto a la relación funcional que posee el sujeto agente del delito de peculado (funcionario o servidor público que por razón de su cargo administra caudales o efectos) con el patrimonio público está relacionado inexorablemente a la tipicidad del delito (Salinas, 2016). Conforme a como ha sido redactado el tipo penal de peculado “no es posible derivar autoría a quien carece de dicha estricta y específica vinculación, salvo que se varíe sustancialmente el tipo de peculado” (Rojas, 2016, p. 243).

En los delitos de corrupción de funcionarios, el funcionario público responde siempre como autor y no como partícipe. Esto es así porque:

El injusto-jurídico-penal en este modelo institucional de imputación es solo la lesión de *undeber* especial, con el consiguiente resultado dogmático: el obligado especial responde fundamentalmente como autor; la lesión del deber no es cuantificable, ella cualifica al autor como único criterio del injusto. (Hurtado Pozo, 2009, p. 186)

Siendo así, para Montealegre y Perdomo (2013) quien no sea titular del rol siempre es partícipe así tenga el dominio del hecho, y el titular es autor, aunqueno haya sobre dirigido el suceso hacia la lesión del bien jurídico. En estos casos opera el principio de la unidad del título de imputación, y todos responden por el mismo delito del obligado institucionalmente.

Por el contrario, Caro (2014) refiere que, la inadmisibilidad de la coautoría se explica en que esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. Asimismo Salinas (2016) sostiene que: “no puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son *intranei*, ni cuando un *intraneus* y otro *extraneus* llevan a cabo conjuntamente el hecho típico” (p. 462).

3.2.2. Coautoría

La coautoría se fundamenta en el principio de la actuación con base en la división de tareas y en el reparto funcional de roles. Cada interviniente, en tanto “asociado en igualdad de condiciones”, es portador de la decisión común del hecho (plan común del hecho), de modo que las contribuciones individuales al hecho se complementan en un todo uniforme y el resultado general tiene que imputarse total a cada uno de los intervinientes (Wessels, 2018, pp. 366-367).

La coautoría obtiene así en los delitos de infracción de deber “una estructura totalmente distinta que a tenor del concepto general de autor” (Rojas, 2016, p. 245). “En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común” (Salinas, 2016, p. 463). El ámbito de la coautoría se encoge notablemente, pues sólo cabe hablar de carácter común en este sentido cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber (Roxin, 2000, p. 391).

Asimismo, Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2003) con respecto a la coautoría, señala que “el deber que impone la institución es personalísimo, así también lo será su lesión, siempre individual” (p. 85). Así por ejemplo una diversidad de funcionarios

de prisiones que ayudan en la huida de un preso, uno no cerrando una puerta, otro abriendo otra, un tercero indicando al preso el mejor camino, no son coautores de un delito de infracción de deber, sino todos autores (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2003, p. 86). Al respecto, Luzón (2018) refiere que:

(...) Lo relevante es que un sujeto agente cualificado quebrante su deber extrapenal, correspondiendo así un resultado, en general, indiferente si lo hace de un modo u otro, realizando él mismola acción, induciendo a un *extraneus* a que lo haga, omitiendo disuadir que lo efectuó, etc. (p. 165)

Por su parte, Schünemann (2007) cuando hace referencia a la coautoría, indica que no es posible reconocer ningún motivo concluyente por el que el dominio de protección o el dominio de supervisión no puedan ser ejercidos conjuntamente, como sucede con la división del trabajo en el caso del dominio del hecho.

3.2.3. Cómplice

Según Alcócer (2005) afirma que:

(...) la tesis de que los particulares (*extraneus*) que favorecen con el accionar cooperativo no alcanzan a ser reprochables a título de cómplices de peculado, ya que esto se debe a un razonamiento de que el peculado es primordialmente una infracción, es decir implica una transgresión de un deber de lealtad a la función estatal en comparación al patrimonio público, ya que también es observable la calidad funcional que deban poseer para ser reprochables penalmente. (p. 146)

Respecto de la intervención criminal a título de complicidad en el injusto penal

de peculado Reátegui (2015) efectúa la siguiente tipología:

i) El cómplice, respecto a la 'complicidad primaria' efectuó la colaboración del delito a través de un aporte 'suficientemente significativa'; por otro lado, respecto a la complicidad secundaria se efectuará mediante un acto o accionar de naturaleza 'irrelevante'; con la incidencia primordial de que ambos deben exteriorizarse en la fase de preparación del delito; y ii) si el aporte se ejecuta en la 'fase de ejecución' de hecho delictivo, esté determinado por un 'acto de auxilio' para la perpetración del delito. Acorde a lo indicado es fundamental que en ningún caso se permite la eventualidad de incluir un tercero como cómplice si el aporte, se ocasiona posteriormente a la ejecución del hecho. (p. 456)

En suma, los particulares responden como cómplices del delito de peculado (Salinas, 2020), debido a que 'auxilian' o 'colaboran' con los funcionarios o servidores públicos se encuentran vinculados funcionalmente por razón de cargo con los caudales y efectos públicos del Estado (Salinas, 2016, p. 465), razón por la cual responden a título de complicidad. La Casación N.º 102-2016, Lima, señala que:

La complicidad en el delito de peculado se configura durante la etapa de preparación del ilícito penal hasta la culminación del mismo, siendo el 'cómplice primario' (o necesario) aquel sujeto que apoya o aporta al hecho principal, dicha contribución debe ser esencial para el éxito de la consumación del delito; debiendo constar de dos elementos: i) La intensidad objetiva del aporte al injusto penal, en otras palabras, se puede afirmar que sin ese apoyo no podría ser posible la configuración del delito, y ii) El momento en que se ejecuta el aporte, que puede ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la

ejecución del delito, pero en el último supuesto se debe identificar la no existencia del dominio en el hecho delictivo, si fuera el caso sería imputable como autor del mismo. (f.j. 18.3)

CAPITULO IV

VINCULACIÓN FUNCIONAL Y FUNCIONARIO PÚBLICO

4.1. Vinculación funcional

4.1.1. Nociones preliminares

El termino vinculación, según la Real Academia Española significa “acción y efecto de vincular”, y la palabra funcional “perteneciente o relativo a la función o funciones”. De tal manera, que una aproximación a la definición de la vinculación funcional, devendría en una acción vinculada a una función.

Asimismo, en latín la palabra vinculación funcional sería “*vinculum operando*”. No existen antecedentes históricos del uso o empleo del término vinculación funcional, en la ciencia del derecho.

La vinculación funcional en la actualidad resulta ser “un elemento o núcleo de la tipicidad imprescindible para subsumir una conducta en el tipo penal de peculado” (Rojas, 2016, p. 242). Su estudio no ha sido desarrollado, salvo algunos autores que se aproximan a una definición conceptual del mismo.

La vinculación funcional o también llamada disponibilidad jurídica, en el derecho comparado, específicamente en Colombia es denominada como “la teoría compleja de la disponibilidad jurídica”, tal como lo refiere Molina (2005) que es suficiente la capacidad para disponer de los bienes, así sea por interpuesta persona, siempre y cuando ello aparezca como una consecuencia directa de la función jurídica desempeñada por el agente delictual, para que pueda predicarse la disponibilidad de

los bienes por parte suya.

4.1.2. La vinculación funcional en el derecho penal

La vinculación en el derecho penal, resulta de vital importancia, toda vez que sirve para delimitar la autoría y participación del *intraneus* y *extraneus* en los delitos contra la administración pública, específicamente en el delito de peculado (Salinas, 2016). Siendo así, en el caso del delito de peculado “el funcionario público (*intraneus*) tiene una especial vinculación con la protección del bien jurídico” (Salinas, 2016, p. 456), pues se localiza dentro de la organización administrativa estatal. De tal manera que el desempeño de las funciones propias del cargo que ostenta el funcionario o servidor público permite el acceso típico al bien jurídico.

En el caso específico del peculado, esta relación entre sujeto activo y bien jurídico se hace más evidente a partir de lo establecido explícitamente por el tipo penal (Salinas, 2016). En el tipo penal se señala que el sujeto activo debe ser “aquel funcionario público que tiene confiado por razón de su cargo el patrimonio público estatal” (Salinas, 2016, p. 457). Es decir, se exige “una vinculación funcional especial entre el funcionario público y el bien público” (Rojas, 2016, p. 255).

Para Salinas (2016) la vinculación funcional cumple una doble situación:

En primer lugar, vale para circunscribir o limitar el cumulo de autores, circunscribiendo solo a aquellos que posean caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo las hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación funcional; y en, segundo lugar, esta exigencia constituye un límite que debe ser advertido por los jueces y fiscales, de lo

contrario se lesionaría el principio de legalidad que sustenta la aplicación de las normas punitivas. (p. 462)

Siendo así, para Alcócer (2005) entiende que: “la vinculación funcional resulta un elemento o núcleo de la tipicidad indispensable para subsumir una conducta en el injusto penal de peculado, a efectos de no extender de manera desproporcional el marco de imputación por autoría” (p. 198).

La vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo sólo a aquellos que posean los bienes públicos por razón del cargo, excluyendo de cualquier hipótesis de autoría a los que no gozan de tal relación funcional y; en segundo lugar, ésta exigencia constituye un límite que debe de ser advertido por jueces y fiscales, de lo contrario se atentaría el principio de legalidad, en el ámbito del mando de determinación de las normas punitivas (Alcocer, 2005).

Reátegui (2015) refiere que no cualquier funcionario o servidor puede cometer el delito de peculado, toda vez que es necesario para que opere la conducta típica del peculado, que los bienes se encuentren en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo, es decir exista una relación funcional entre el funcionario público y el bien objeto del delito.

Precisamente de conformidad con el contenido del bien jurídico protegido por el delito esta relación funcional será el sustento del deber específico de respeto, probidad y honestidad, que el funcionario adquiere con el Estado y que debe de guardar durante todo el desarrollo de su función, el mismo que se verá quebrantado cuando el funcionario o servidor público dispone indebidamente de una porción del patrimonio

del Estado que este le ha confiado en razón de su condición de funcionario o servidor público, o sea en razón a la competencia funcional que asume (Reátegui, 2015, p. 420).

4.1.3. Clases de vinculación funcional

La vinculación funcional o teoría de la disponibilidad jurídica, por razón del cargo admite dos interpretaciones según Rojas (2016):

- a) El funcionario tiene el control directo de los caudales o efectos (es el detentador material de los bienes, el jefe de logística, el administrador que tiene la caja chica o el funcionario que está en contacto con el bien o efectos de brindar servicios). Ahí existe un control directo, una posesión directa del bien (Rojas, 2016, p. 266).
- b) 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 el administra. Tiene lo que se llama la disponibilidad 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 el mismo se los lleva) (Rojas, 2016, p. 266). Esta modalidad de vinculación permite también imputarles a los funcionarios el delito de peculado, en caso estos hayan dispuesto que dichos montos o caudales se destinen a terceros, o ellos se los apropien, pese a no estar en contacto directo material con los bienes, utilizando su poder de decisión.

Ahora bien, Molina (2005) considera que la disponibilidad jurídica debe darse de dos formas: inmediata, que es cuando el sujeto activo tiene materialmente los bienes, y mediata cuando el sujeto activo tiene el poder de ordenar realizar actos de disposición a quienes tienen la administración material de los bienes. Menciona también que esa disponibilidad jurídica se debe limitar a los deberes específicos del cargo, y evitar acudir a los deberes generales que terminarían por producir resultados injustos.

4.1.4. La vinculación funcional y la Corte Suprema

La vinculación funcional no ha sido ajena a lo resuelto por la Corte Suprema, como podemos ver en la Casación N.º 160-2014-Santa, en especial en los votos a favor, por parte de los magistrados Neyra Flores y Loli Bonilla, señalan en sus fundamentos, lo siguiente:

En esa línea, el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis señala que la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos implica un poder de vigilancia y control sobre la cosa, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. No es necesario que los bienes que se le haya confiado el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica, es decir, estar en la Ley (fj. 9).

Otro acápite de la resolución antes indicada son las siguientes líneas argumentativas:

Las funciones del presidente regional (ahora Gobernador Regional) se encuentran en la Ley orgánica de Gobiernos Regionales , Ley número veintisiete mil ochocientos sesenta y siete , de dieciséis de noviembre de dos mil dos , que señaló en su artículo uno que tiene por objeto establecer y normar la estructura, organización, competencias y funciones de los gobiernos regionales .

De acuerdo al artículo once, la Presidencia Regional es el órgano ejecutivo del Gobierno Regional . El artículo veinte de la citada Ley señala que la Presidencia Regional recae en el presidente regional , quien es la máxima autoridad de su jurisdicción, representante legal y titular del pliego presupuestal del Gobierno Regional . Asimismo, el artículo setenta y dos señala que el Gobierno regional norma y administra sobre sus recursos, bienes y activos conforme a ley (fj. 9).

Así mismo, esta resolución indica que:

De conformidad con el artículo veintiuno de la citada ley, el presidente regional tiene como atribuciones, entre otras: **a.** Dirigir y supervisar la marcha del Gobierno Regional y de sus órganos ejecutivos, administrativos y técnicos . **b.**

Proponer y ejecutar el Presupuesto Participativo Regional aprobado por el Consejo Regional . (...) **f.** Administrar los bienes y las rentas del Gobierno Regional . **g.** Dirigir, supervisar, coordinar y administrar las y servicios públicos a cargo del Gobierno Regional a través de sus Gerentes Regionales . (...) **j.**

Suscribir convenios o contratos con la cooperación técnica internacional, con el apoyo del Consejo Nacional de la Descentralización, y de otras entidades públicas y privadas, en el marco de su competencia . **k.** Celebrar y suscribir, en representación del Gobierno Regional, contratos, convenios y acuerdos

relacionados con la ejecución o concesión de obras , proyectosde inversión, prestación de servicios y demás acciones de desarrollo conforme a la Ley de la materia y sólo respecto de aquellos bienes, servicios y/o activos cuya titularidad corresponda al Gobierno Regional . (...) **n.** Presentar la Memoria y el Informe de los Estados Presupuestariosy Financieros del Gobierno Regional al Consejo Regional . (...) **p.** Presentar al Consejo Regional : **1)** El Plan de Desarrollo Regional Concertado . **2)** El Plan Anual y el Presupuesto Participativo Anual . **3)** El Programa de Promoción de Inversiones y Exportaciones Regionales . **4)** El Programa de Competitividad Regional . **5)** El Programa Regional de Desarrollo de Capacidades Humanas . **6)** El Programa de Desarrollo Institucional . (...) **r.** Proponer y celebrar los contratos de las operaciones de crédito interno y externo aprobadas por el Consejo Regional (f.j. 11).

Sobre esa base se advierte que el presidente regional tiene deberes con el patrimonio del Estado , en especial administrar los bienes del Gobierno Regional . Este es un elemento del tipo penal que presuponefunciones activas de manejo y conducción (gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público tiene implícita la vinculación funcional comprendiendo tantas relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas , por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o el titular del pliego . (fj. 12)

En ese sentido, no se puede excluir al presidente regional de una investigación

argumentando que tiene una relación funcional genérica con los bienes del Estado, pues la Ley le ha dado un deber específico: administrar los bienes de la Región, por lo que, en principio, tiene la administración de los recursos de la entidad. Entonces, el hecho de ser presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta, la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción (fj. 14).

Dicho de otra manera, la Corte Suprema en la presente Casación, refiere que basta que el funcionario público tenga la libre disposición, o también llamada disponibilidad jurídica, que se manifiesta a través de la competencia funcional genérica o mediata.

En ese sentido, en la casación citada el Juez de Investigación Preparatoria y la Sala Penal de Apelaciones, consideran que el deber de cuidado imputado al investigado Cesar Álvarez Aguilar en su calidad de presidente regional de Ancash y presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chincas constituye una vinculación funcional genérica, pues la responsabilidad en la administración del proyecto está a cargo del director ejecutivo con vinculación funcional específica. Siendo así, las funciones que se le imputan solo tendrían el rango de genéricas y no específicas como exige el tipo penal de peculado, por lo cual en el referido investigado no recae ningún ámbito de vigilancia sobre la percepción, custodia o administración del patrimonio público.

Por otra parte, en el Recurso de Nulidad N.º 615-2015 más conocido como el caso de los "Diarios chicha", en donde se absolvió al ex presidente de la república Alberto Fujimori del delito de peculado, en razón de los fundamentos jurídicos

siguientes:

Por tanto, si bien se le imputó al encausado Fujimori Fujimori la calidad de autor del delito de peculado; sin embargo, de lo expuesto en los considerandos precedentes se determina que la conducta del encausado en el caso concreto, al ser analizada bajo el filtro de la imputación objetiva -análisis del tipo objetivo del delito de peculado no cumple con uno de los presupuestos que exige el tipo penal atribuido, esto es, la vinculación funcional “por razón de su cargo” para la administración o custodia de los fondos públicos asignados al SIN –fondos de régimen especial–, pues dentro de sus competencias como ex presidente de la República y de acuerdo con el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad correspondiente -SIN-, el recurrente no tuvo la posesión, ni la disposición de los caudales públicos, es decir, no ostentaba el vínculo funcional normativo que lo determina a administrar o custodiar los caudales del SIN –no lo vincula a una posición de garante específico–; más aún, si desconocía del plan paralelo para su campaña realizado por Montesinos Torres, ni tuvo contacto con los editores de los denominados “Diarios Chicha”.

En ese sentido, atribuirle responsabilidad penal al encausado Fujimori Fujimori es hacerle responder por hechos de terceros, lo que vulnera el principio de culpabilidad, o de proscripción de la responsabilidad objetiva, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del estatuto penal sustantivo, como del principio de imputación personal como límite al poder punitivo del Estado, que impide el castigo a alguien por hechos ajenos de terceros; de tal manera que se excluye su responsabilidad por eventos que no ha realizado o en los cuales no ha

intervenido prestando una contribución jurídicamente relevante y que ha podido ser realizado por terceras personas. Así, queda superado aquellos tiempos en los que una persona tenía que responder penalmente por acciones de otro, no habiendo intervenido, ni conocido la comisión del hecho, o en los que la responsabilidad y el castigo se extendían a toda la tribu o la familia del delincuente [responsabilidad tribal o colectiva], concepción extensiva de autor que ha quedado en la historia remota del Derecho Penal.

Al respecto, Carrión (2016) señala que:

Del ejercicio de su cargo no se desprendía ninguna vinculación funcional específica con el patrimonio público, se destaca que una vinculación funcional genérica no vincula al funcionario público para hacerlo responder por el delito de peculado, en grado de autoría, a pesar que ostente el cargo de presidente de la República. Un punto importante a mi entender es que debió desarrollarse además su intervención en calidad de instigador, cómplice (primario o secundario). No necesariamente un funcionario público debe ser autor para responder penalmente, recordemos por ejemplo que el instigador o cómplice primario pueden recibir la misma pena que el autor. La sentencia del caso “Diarios chicha” es la contra partida del presente recurso de casación, mientras la primera exige que la vinculación funcional sea específica, para el segundo basta con una vinculación funcional genérica, pesar que luego terminan señalando que de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y el ROF se desprende una vinculación funcional específica. (p. 205)

Además, en la Casación N.º 506-2013 Puno, se absuelve a las funcionarias del

Gobierno Regional de Puno, por no tener la relación funcional con el bien materia de apropiación, conforme al fundamento jurídico N.º 15:

- i) Que, no se ha determinado que las encausadas se hayan apropiado de los fondos asignados para el abastecimiento de combustible para la ejecución de la obra “Mejoramiento de la Carretera desvío Huancané-Putina”;
- ii) Que, los bienes no ingresados al dominio del Gobierno Regional de Puno, consistieron en el combustible faltante, el cual, sin embargo, nunca estuvo en poder (sea en forma de percepción, administración o custodia) de las sentenciadas, pues éste no ingresó al Gobierno Regional;
- iii) Que, siendo el delito de Peculado de carácter Doloso; este último factor subjetivo no ha sido debidamente acreditado. La sentencia de vista no ha determinado que las imputadas hayan tenido pleno conocimiento acerca de que la cómplice primaria, Alejandrina Justa Laine Maquero, se apropiaría, finalmente, del combustible faltante. Estos hechos determinan, en suma, que las encausadas no percibieron, y menos aún, administraron o custodiaron, los caudales no ingresados al dominio del Gobierno Regional de Puno (combustible faltante). En efecto, el combustible faltante nunca ingresó a las arcas del mencionado Gobierno Regional. Por lo tanto, sobre los mismos no existió alguna relación funcional de parte de las tres procesadas. En consecuencia, vista la configuración típica del Peculado Doloso, la acción imputada a las procesadas es atípica, por ausencia de uno de los elementos normativos del tipo, esto es, la relación funcional en sus diversas manifestaciones.

Se puede inferir, que el tipo penal de peculado se “configura con el apoderamiento para sí o para tercero de caudales o efectos del Estado” (Rojas, 2016, p. 266), a los que el sujeto activo, en este caso el funcionario público accede por razón de su cargo (Salinas, 2016, p. 464). Así en el Recurso de Nulidad N.º 840-2009-Huanuco, señala que: “para poder atribuir responsabilidad penal se exige el vínculo funcional con los caudales que le fueron entregados por FONCODES al citado proyecto” (f.j. 4).

Asimismo, en el Recurso de Nulidad N.º 2905-2012 Ucayali en su fundamento jurídico N.º 4 señala:

Es evidente que el imputado Figueroa Tenorio tenía un encargo funcional adicional por disposición superior, del órgano competente, por lo que la relación funcional con el dinero en cuestión está concretada legalmente y, por ende, se le puede atribuir o imputar la responsabilidad por el destino de esos caudales municipales. De otro lado, está probado el cobro por arbitrios y energía eléctrica, así como el faltante correspondiente, que estaba en su ámbito de competencia o de organización. El examen especial de un órgano de control tiene el carácter de prueba pericial institucional y, por ende, vista su razonabilidad y consistencia, es del caso otorgarle mérito probatorio pleno. El imputado, probados los cargos desde la acusación –la acreditación de los hechos positivos que sustentan el juicio del injusto penal y de la culpabilidad de la Fiscalía–, no aportó prueba alternativa de descargo que desvirtúe técnicamente la pericia institucional –en pureza, Auditoría de Cuentas– y demás actos de prueba citados en el fundamento jurídico tercero; carga de probar que le correspondía, pues probados los hechos positivos que incorpora la acusación, corresponde a la parte acusada

acreditar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, lo que no se ha hecho en el presente caso.

En ese mismo contexto, Nakazaki (2013) infiere del Recurso de Nulidad N.º 920-2011 Amazonas que la disponibilidad no requiere la tenencia directa por parte del agente del bien público, señalándose dentro de sus fundamentos:

Si bien la disponibilidad jurídica a la que hace referencia intrínsecamente el delito de peculado se refiere a proteger y garantizar que no se lesionen los intereses patrimoniales de la Administración Pública y evitar el abuso de poder con que pueda estar facultado el funcionario o servidor público, no siendo necesaria entonces la tenencia material directa del bien público; sin embargo, el asunto materia de controversia en el presente caso no está dirigido a dilucidar si el procesado tenía o no disponibilidad para disponer de las sumas de dinero que se le habían asignado, y que por cierto sí las poseía, sino más bien a poder encontrar elementos de prueba que corroboren la presunción de una indebida justificación del dinero destinado al Programa del Vaso de Leche. (p. 245)

Mientras tanto, en el Recurso de Nulidad N.º 935-2011 Apurímac, también citado por Nakazaki (2013) se puede colegir que para a configuración del delito de peculado se requiere la vinculación entre el sujeto activo y el bien custodiado debe ser específico, en ese sentido precisa:

No debe suponerse que la vinculación que tenían los encausados con los insumos utilizados para la realización de la obra, como responsables de la misma, les atribuya responsabilidad penal; siempre que ninguno de ellos tenía como función inherente a su cargo el custodiar los insumos (tubos PVC) que posteriormente a

la finalización de la obra fueron encontrados; ello sumado a que había una almacenera, quien era la encargada de llevar adelante el control inmediato de los bienes con que se contaba, sin que ella haya puesto en evidencia alguna irregularidad respecto a la cantidad de insumos existentes y utilizados, sobre todo si no se acreditó perjuicio patrimonial alguno.

En ese mismo contexto, el pleno jurisdiccional emitió el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, a fin de concordar criterios y generando efectos vinculantes para los jueces de todas las instancias, en ella se ha establecido que:

La relación funcional se entiende el poder de vigilancia y control sobre la cosa como un componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. Además, se ha señalado que, para la configuración del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener por tanto competencia funcional específica (el cual fue confirmada mediante el Acuerdo Plenario N.º 07-2019/CIJ-116). (f.j. 6 y 7)

Finalmente se ha verificado que la Corte Suprema, mediante el Recurso de Casación N.º 1500-2017/Huancavelica, precisa los alcances de la vinculación funcional o custodia jurídica en el delito de peculado por apropiación al exponer un caso de configuración del delito de peculado por disponibilidad jurídica genérica, pese a existir funcionario distinto con custodia jurídica específica.

En la misma Casación N.º 1500-2017/Huancavelica, se señala que el delito de peculado requiere:

(i) que el sujeto activo sea 'funcionario' o 'servidor público'; (ii) que la conducta del agente público 'importe una apropiación'; y (iii) que el agente público tenga 'disponibilidad del bien' dentro de la órbita funcional que es lo que se denomina disponibilidad o custodia jurídica. Es decir, debe respetarse el nexo funcional que ha de mediar entre el sujeto activo y el bien público. Por lo que, el delito de peculado es uno de 'infracción de deber' (específicamente un delito especial de deber), lo que se castiga es la infracción de normas muy específicas.

Al respecto, la Corte Suprema, sobre la configuración del delito de peculado por disponibilidad genérica indica que, en una apreciación semiplena de los elementos probatorios, este se configura al haber aceptado lo que no correspondió aceptar y al no haber controlado lo que debió controlar, esto, a pesar de que el funcionario no tenga condiciones de custodia o administración especificadas en el ROF o MOF.

Esta jurisprudencia es relevante, debido a que precisa los alcances y fundamentos del delito de peculado por apropiación en cuando a la vinculación funcional directa y genérica.

4.1.5. Funcionario Público

El funcionario público es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles que debe desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o

negativamente. (Rojas 2007, p. 39)

El concepto de funcionario es jurídico, y eso lo convierte, sin duda alguna, en un concepto normativo (Polaino 1997). De modo que funcionario público es “aquella persona natural o física con poder de decisión que presta servicios o trabaja para el Estado” (Salinas, 2016, p. 456). Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientándolo siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última (Salinas, 2014).

En suma, el funcionario en el delito de peculado, a fin de poder responder a título de autor, tiene que poseer la llamada vinculación funcional específica con los caudales o efectos públicos. Razón por la cual, su delimitación en el derecho penal, resulta eminentemente normativo.

4.1.6. Funcionario Público en la Constitución Política del Perú

El funcionario público en nuestra Constitución Política de 1993, lo encontramos en el capítulo IV del título I de la persona y de la sociedad, desde los artículos 39 al 42.

Se observa aquí que el legislador ha empleado el término “funcionario o servidor público” en el sentido más amplio y genérico, y el hecho de participar en funciones públicas es causa suficiente en el Derecho Penal para ser considerado como tal, lo cual parece diferir del concepto empleado por el Derecho Administrativo. Sin embargo, la Ley N.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, comprendida dentro de esta rama del Derecho, igualmente sostiene los conceptos de “funcionario y servidor público” dentro de una sola

definición. En ese sentido, podría comprenderse la similar técnica legislativa empleada, por cuanto las consecuencias de una fiscalización y control del Estado pueden generar imputaciones y acciones punitivas producto de la función pública (Gutiérrez, 2005).

4.1.7. Funcionario Público en el Código Penal

El legislador ha establecido legalmente a quién debe considerarse funcionario o servidor público a efectos penales (Salinas, 2016). Así, el artículo 425 del estatuto penal sustantivo peruano señala que se consideran funcionarios o servidores públicos:

- a)** Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
- b)** Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
- c)** Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
- d)** Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
- e)** Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

- f) Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
- g) Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Es importante destacar de este artículo que los numerales 2, 3, 4 y 5 incluyen como funcionarios públicos a sujetos excluidos por normas de naturaleza administrativa, laboral y constitucional, reafirmando la noción amplia y autónoma que señala este manual para el Derecho Penal (Salinas, 2016).

Es más, el numeral 4 (administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente) plasma de manera clara y precisa el hecho de que al Derecho Penal, en relación con los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, le interesa únicamente imputar como autores a los sujetos de quienes dependa que los servicios públicos se desarrollen de forma normal y correcta, tanto así que ha incluido taxativamente a los administradores y depositarios de caudales embargados (Salinas, 2016). El numeral 6 del estatuto penal sustantivo representa una cláusula abierta de vital importancia en la lucha contra la corrupción, al establecer que son funcionarios, o servidores públicos, todos los indicados por la Constitución Política y la ley (Montoya et al., 2013)

Al respecto, Frisancho (2011) señala que:

Se ha delimitado legalmente el concepto de funcionario público elaborado en el Derecho Administrativo del que se utiliza en el ámbito penal. La fórmula utilizada por nuestro codificador no es restrictiva, pues tiene por funcionario o servidor

pública los indicados por la Constitución Política y la Ley (inc. 6 Art. 425°). Asimismo, permite añadir en este concepto a los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares (p. 36).

En definitiva, conforme a nuestro derecho penal es de aceptación un concepto extensivo de funcionario y servidor público que incluye en él tanto a personas que ejercen circunstancialmente una función pública (interinos, eventuales), como a los particulares que eventualmente realizan un servicio público (Frisancho, 2011).

A estas clasificaciones, varias de ellas de antigua impronta y de raigambre francesa se suma otra que diferencia entre funcionarios de iure y funcionarios defacto, según se hallen legítimamente investidos de tal calidad o adolezcan de deficiencias o irregularidades en el título que sustenta la calidad de funcionario público (Rojas, 2007, p. 42).

Si se pudieran dar los requisitos que debe tener un funcionario, se podría afirmar que es aquella persona como lo señala (Donna, 2001) que:

- a)** Está adscripta a la administración pública;
- b)** Tiene una relación de profesionalidad, en el sentido que cubre un hueco dentro de la administración. Esto es que no colabora desde afuera;
- c)** tiene una remuneración por parte de la administración pública;
- d)** tiene un régimen jurídico administrativo propio. (p. 279)

De tal manera, no hay duda de que estamos frente a un concepto con autonomía

propia. Para esto hay un argumento de tipo teleológico: sólo se atiende, como delito especial, a los delitos que comete el funcionario en ocasión del ejercicio de la función pública (Salinas, 2016).

Finalmente, a efectos de determinar la imputación a título de autor del delito de peculado, al funcionario público (Salinas, 2016), la definición establecida en nuestro estatuto penal sustantivo es normativa.

4.1.8. Funcionario Público en el ámbito administrativo

En ideas de Rojas (2020) señala que “el concepto de funcionario público en el ámbito administrativo, es el más estricto y riguroso, pues si falta uno de sus componentes principales se quiebra el concepto” (p. 135). Estos componentes son tres:

- a) **El título valido por su origen y formalidad.** El título que le otorga condición publica al sujeto puede provenir:
 - i. **Por elección popular directa** (Presidente de la Republica y vicepresidentes, congresistas, alcaldes, regidores, gobernadores regionales) (Rojas, 2016, p. 254) o **indirecta** (miembros del Jurado Nacional de Elecciones, miembros de la Junta Nacional de Justicia, fiscal de la Nación, presidente de la Corte Suprema, etc.) (Rojas, 2016, p. 255).
 - ii. **Por nombramiento** o designación formal (ministros, viceministros, directores, todos los funcionarios de confianza, jueces y fiscales, funcionarios de carrera (Rojas, 2016, p. 255).

- iii. **Por disposición legal**, cuando así lo establece mediante norma específica la Constitución Política o la ley orgánica u ordinaria de la materia para regular determinados casos en los cuales se producen ceses o vacancias inopinadas (Salinas, 2016, p. 35).
 - iv. **El proceso de formalización del título**. Este proceso abarca desde la proclamación o publicación en el diario oficial, pasando por las impugnaciones, entrega de credenciales, hasta la ceremonia de juramentación y asunción formal del cargo, con los que se produce la incorporación del sujeto público a la Administración Pública (Salinas, 2016, p. 36).
- b) **La asunción efectiva del cargo**, que se concreta con el primer acto interno o externo de función. Llegado a este momento tenemos ya definido el concepto administrativo, material y formal de funcionario público (Rojas, 2016, p. 255). A partir de entonces pasa a ser objeto de interés para el derecho penal y se le reconocen una serie de derechos y prerrogativas, a la vez que responsabilidades y obligaciones que le van a diferenciar marcadamente a los servidores públicos y de los particulares o *extraneus* (Rojas, 2016, p. 265).
- c) **Otros requisitos no determinantes** se añan el concepto administrativo de funcionario público, como a remuneración, la permanencia o plazo legal de duración, los mismos que no hacen variar la naturaleza fundamental del concepto (Rojas, 2016, p. 235).

Asimismo, en el artículo 4 de la Ley N.º 28175, Ley Marco del Empleo Público, en

concordancia con nuestra Constitución Política, clasifica al personal del servicio civil en:

- a) **Funcionarios Públicos;** que pueden ser de elección popular directa y universal o confianza política, de nombramiento y remoción regulados y de libre nombramiento y remoción (Rojas, 2016, p. 266).
- b) **Empleados de Confianza;** que desempeñan cargos de confianza técnico o políticos (Rojas, 2016, p. 266).
- c) **Servidores Públicos;** estos se clasifican en Directivo Superior, Ejecutivo, Especialista y de Apoyo (Rojas, 2016, p. 266).

Así, en el ámbito administrativo, para la determinación de la calidad de funcionario o servidor público, rige el criterio de la incorporación a la carrera administrativa, y solo una vez incorporado se podrá decir que ejerce o contribuye al ejercicio de la función pública; en tal sentido, no tendrá la calidad de funcionario o servidor público, para ningún efecto en el ámbito administrativo, precisamente el que no ha sido incorporado (Benavente y Calderón, 2014).

Como puede verse en nuestro ordenamiento jurídico, se hace alusión a la figura del funcionario público, sin tener una definición uniforme sobre el concepto, sus características propias entre otro (Salinas, 2016).

En definitiva, para la delimitación de la responsabilidad penal del funcionario o servidor público, se toma lo tipificado en el artículo 425 del estatuto penal sustantivo Peruano, pues los delitos contra la administración pública, son delitos de infracción de deber (Salinas, 2016), y, por tanto, requieren una definición específica normativa. Porque los

referidos delitos especiales, tienen como sujeto cualificado a un funcionario o servidor público.

4.1.9. Funcionario público en el derecho comparado

Al respecto, Donna (2001) refiriéndose al estatuto penal sustantivo argentino señala, el Código, como ya se señaló, dice en su artículo 77: "Por los términos 'funcionario público' y 'empleado público', usados en este Código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente" (p. 322).

En suma, el Derecho positivo argentino no hace diferenciación entre "funcionarios" y "empleados", y por el contrario establece que todos los agentes de la administración tienen la misma calificación jurídica. Si ello es así, y si además la distinción carece de base real, siendo su único sustento el uso vulgar que le asigna el nombre de "funcionario" a los agentes de mayor jerarquía presupuestaria, y de "empleado" a los de menor jerarquía.

CAPITULO V

LA VINCULACIÓN FUNCIONAL COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN

5.1. Racionalizar el tipo penal de peculado

En relación con la vinculación funcional como criterio de imputación en el delito de peculado, conviene previamente analizar si en nuestro ordenamiento jurídico se ha realizado una aplicación adecuada de los principios que limitan el tipo penal de peculado, la misma que a continuación desarrollaré, teniendo como base los siguientes principios:

5.1.1. Principio de legalidad

Para, Pablos de Molina (2009) el principio de legalidad constituye:

El primer principio limitador del ius puniendi estatal. Pero se trata fundamentalmente, de un límite formal porque afecta no tanto al contenido mismo del poder punitivo del Estado como a sus presupuestos y condiciones de ejercicio. Las diversas garantías que entraña esta Magna Charta del ciudadano (*lex praevia, lex certa, lex scripta, lex stricta*) trazan el marco de actuación de aquel, sus contornos y fronteras.

El principio de legalidad establece que “nadie puede ser castigado penalmente por un acto que no esté establecido de manera concreta y previa por la ley como delito o con una pena no establecida en ella” (García, 2019). Su reconocimiento en nuestro sistema penal es expreso, tal y como se desprende del tenor del artículo II del Título preliminar del estatuto penal sustantivo peruano (García, 2019).

El Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 3015- 2006-PHC/TC, ha señalado que el principio de legalidad:

El principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*). Solo excepcionalmente cabe efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. De este modo, la justicia constitucional se encarga de determinar si la resolución judicial cuestionada afecta a derechos constitucionales.

Por otro lado, Roxin, (1997) refiriéndose al principio de legalidad, señala que:

Un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”.

Igualmente, Zaffaroni (2002) relacionando el principio de legalidad en el derecho penal, menciona que un tipo penal no es un instrumento para que el poder sorprenda a los ciudadanos con su arbitrariedad (p. 211). La indiferencia absoluta de las agencias de criminalización secundaria o su entendimiento de la ley, condicionan una pérdida de la conciencia de ilicitud y, por ende, no puede ponerse en funcionamiento una criminalización secundaria omitida por largo tiempo sin aviso previo, aunque más no sea porque no puede reprocharse esa conducta, en razón de la sostenida actitud previa de omisión o indiferencia de las propias agencias criminalizantes (Pablos de Molina, 2009).

5.1.2. Principio de mínima intervención

Al respecto, en el Exp. N.º 570-1998-Lima, se ha indicado de manera expresa que:

El principio de mínima intervención del Derecho penal es compatible con la idea del Estado social, rechazándose la idea de un Estado represivo como protector de los intereses de las personas; ello enlazaría con la tradición liberal que arranca [con] Beccaria y que postula la humanización del Derecho Penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera de libertad del ciudadano, que solo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria e inevitable para la protección del mismo ciudadano.

Por su parte, Mir Puig (1994) menciona que el principio de intervención mínima del Derecho penal va en contra de la tendencia que se advierte en la actualidad a una utilización del Derecho penal como instrumento meramente sancionador (p. 105). El aumento de los cometidos del Estado intervencionista se traduce, como es notorio, en un incremento consiguiente de su actividad legislativa, y éste, a su vez, en la tentación

de sancionar la infracción de las nuevas normativas con penas criminales cada vez que se pretende el mayor grado de eficacia posible (Mir Puig, 1994).

Es así que el principio de intervención mínima, según Pablos de Molina (2009) cuenta con un “sólido fundamento político que arranca de la doctrina del pacto social” (p. 147). Y con el relevante refrendo científico que deparan numerosas investigaciones interdisciplinarias sobre los elevados costes sociales de la pena y la relativa eficacia preventiva del Derecho Penal (Caro y Reyna, p. 127).

5.1.3. Principio de ultima ratio

En relación con el principio de ultima ratio, Mir Puig (2003) señala que:

El derecho penal como ultima ratio parte de que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico. Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos que éstos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad. (p. 23)

5.1.4. Principio de fragmentariedad

Este principio incide a que “el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos” (Villavicencio, 2013). En nuestros días, en cambio, el carácter fragmentario se regula como un postulado positivo del Derecho penal (Mir Puig, 2016).

Igualmente, Hurtado (2005) señala que el carácter fragmentario del Derecho Penal

significa, en buena cuenta, que el Estado debe recurrir a otros medios antes de utilizarle (p. 211). Entre estos se encuentran los previstos en las distintas ramas del ordenamiento jurídico (Villavicencio, 2013). Por su parte, Bramont - Arias Torres (2002) es de la opinión, que el Derecho Penal no protege todos los bienes jurídicos de la sociedad, sino, solo los más importantes (p. 100). Entonces, si el derecho penal interviniera en todas las situaciones en que hay conflicto se correría el riesgo de paralizar toda la actividad social y económica del país; además las personas no pueden vivir bajo la constante amenaza de una posible sanción penal -aparecería una inseguridad total en los ciudadanos.

5.1.5. Principio de subsidiaridad

En cuanto al principio de subsidiaridad en el Derecho Penal, Muñoz (2001) menciona que:

Como en todo el ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos"; pero en esta función de protección le corresponde tan sólo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente en cuanto fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho. Ello ha llevado a un cierto sector de la doctrina a decir que, frente a estas otras ramas jurídicas, el derecho penal tiene carácter subsidiario. (p. 144)

Por su parte, Jakobs (1997) aludiendo al principio de subsidiaridad, indica que: la relevancia práctica del principio se limita además por la exigencia de que la medida menos drástica debe ser aplicable en general (por grupos de delitos o de autores) si se quieren evitar resultados aleatorios (p. 169).

Ahora bien, habiendo revisado los principios básicos para la racionalización del tipo penal, conviene en este acápite hacer un análisis del tipo penal de peculado tal como está configurado en nuestro estatuto penal sustantivo. Siendo así, Binder (2005) sostiene que:

Si se aleja al derecho penal del fenómeno de la violencia, podrá aumentar la elegancia de sus argumentaciones, o el brillo y rebuscamiento de la teoría del delito, pero también aumentarán sus funciones ideológicas (ocultamiento de la violencia y la selectividad) y, en definitiva, su artificialidad tranquilizadora. (p. 225)

El delito de peculado, regulado en el artículo 387 del estatuto penal sustantivo: “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 (...)”. Dicho precepto exige que la utilización o apropiación para sí o para otro le deben estar confiados en razón de su cargo al funcionario público, de ello se deduce una vinculación funcional específica con el objeto material del delito. Conviene subrayar, “por razón de su cargo”, como también se ha descrito en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 como uno de los elementos materiales es la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos.

En efecto, la forma como ha venido modificando el legislador el tipo penal de peculado, y como esta ha sido aplicado por los operadores jurídicos, conviene una racionalización del tipo penal. En primer lugar, no existe mayor discusión de la autoría del funcionario o servidor público, que mediante la vinculación funcional específica se apodera o utiliza caudales o efectos del patrimonio público, la complejidad de la determinación de

la autoría al funcionario o servidor público que detenta la vinculación funcional mediata ha devenido en interpretativa, y con la finalidad de la unificación de criterios doctrinales, a continuación, nos adentraremos en la racionalización del tipo penal.

Habiendo delimitado la autoría en la vinculación funcional inmediata, el derecho penal tiene un principio fundamental sobre el cual gira, que es la *últimaratio*. De tal manera que el funcionario público que tenga una vinculación funcional mediata con los caudales o efectos del patrimonio estatal, ha venido respondiendo a título de autor en algunos casos y en algunos se le ha excluido, por la inexistencia de la vinculación funcional con el patrimonio estatal, razón por la cual se requiere una urgente determinación de la responsabilidad penal, teniendo en cuenta que la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita en nuestra legislación penal, pues la imputación no se puede amparar solo en los altos cargos que ocupan los funcionarios en la estructura del estado.

Nuestra legislación contempla el “Derecho Administrativo Sancionador” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017). Cuya configuración está dada por la “potestad sancionadora” que constituye un poder natural o corolario de las competencias otorgadas a la Administración Pública en determinadas materias, principalmente en las referidas a la ‘ordenación’ y ‘regulación’ de las actividades en la sociedad (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017).

No obstante, en el contexto de un Estado de Derecho, dicha potestad no se ejerce de manera arbitraria, sino que se encuentra condicionada al respecto de las disposiciones previstas en la Constitución y los derechos fundamentales de los administrados (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017). De tal manera, que

en nuestro sistema jurídico contamos con el derecho administrativo sancionador, una herramienta a todas luces más efectiva. El delito de peculado, respecto del bien jurídico (Montoya et al.; 2013) señala que “se estarían protegiendo los principios de integridad y probidad en la administración o custodia del patrimonio gestionado por el Estado” (p. 144).

Prosiguiendo, el peculado como parte de los delitos de corrupción de funcionarios, según la CIDH (2019) la corrupción tiene:

Un impacto directo en la confianza de la ciudadanía en las instituciones democráticas. En efecto, la corrupción genera un doble efecto. Por una parte, envía un mensaje equivocado a la sociedad ya que esta ve cómo las autoridades públicas utilizan al Estado para beneficios privados, desviándola del cumplimiento de sus funciones propias y en muchos casos eso va acompañado de una amplia impunidad frente a los casos de corrupción. Además, los actos de corrupción a gran escala afectan las posibilidades financieras para que el Estado cumpla con sus obligaciones en materia de derechos humanos deslegitimando su razón de ser ante la sociedad. (pp. 56-57).

Como puede observarse, la repercusión de la corrupción en las instituciones de la administración pública tiene diferentes impactos negativos, lo cual el Derecho Penal mediante el “*ius puniendi*” no ha podido contrarrestar los efectos negativos de la corrupción; razón por la cual urge una nueva mirada, que bien podría encontrarse en el derecho administrativo sancionador (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017). De tal forma, que el funcionario público en el delito de peculado, que ostente una vinculación funcional mediata con el objeto material del delito, y que durante todo

el procesopenal se compruebe su participación pueda recibir una inhabilitación para ejercer cualquier cargo público en cualesquiera de los niveles de la administración pública.

Así pues, el derecho penal, para Pablos de Molina (2009) está concibiéndose el mencionado proceso de “administrativización del derecho penal” (p. 166), donde existen datos que marcan a un acusado el “movimiento neocriminalizador” pobremente garantista, con técnicas de defensa anticipada de peligro presunto o estadístico que terminan creando el derecho penal como un “derecho de gestión ordinaria” de problemas sociales (Pablos de Molina, 2009).

Con respecto, a la infracción del deber, para Díaz y García (1999) citado por Luzón (2018) indica que:

Los delitos contra la función pública o afines cometidos por autoridad funcionario, tiene como un aspecto relevante el elemento cualificado que es la infracción de un deber extrapenal, debiendo resultar, en general, indiferente si lo hace de un modo u otro, realizando él mismo la acción, induciendo a un *extraneus* a que lo haga, omitiendo impedir que lo haga, etc. (p. 169).

De tal manera, que el funcionario o servidor público que posea la vinculación funcional mediata en el delito de peculado, para Jakobs no estaría infringiendo los deberes positivos especiales. (Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2003) refiere que la cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico.

Habiendo determinado los principios base como límites al *ius puniendi* estatal, el delito

de peculado se subsume en racionalizarse, teniendo como fundamento que el funcionario o servidor público que posee la vinculación funcional mediata, que de acuerdo a su ley, o a su reglamento o manual de organización y funciones, no se desprenda ninguna vinculación, pero en su calidad de garante, de una función ejecutiva pueda imponérsele mediante el derecho administrativo sancionador la inhabilitación para ejercer la función pública.

5.2. Grado de Intervención de terceros

En ese mismo contexto, el tipo penal de peculado, conforme se encuentra redactada en nuestro ordenamiento jurídico, contempla la participación del *extraneus*. También, el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 FJ. 6, ha indicado acerca del destinatario –para sí– que:

El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

Por su parte, Arismendiz (2018) considera que:

Conforme se viene sosteniendo en otros apartados, desde la óptica de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber, admite la participación delictual, en todos sus extremos respecto al delito de peculado doloso, es decir, admite, las formas de complicidad (primaria y secundaria), esto es, será participe el sujeto que, con anterioridad a la apropiación o utilización de los caudales o efectos públicos, coopera con el plan del autor cualificado. (p. 509)

En consecuencia, la punición del cómplice en un delito especial o delito de infracción del deber, encuentra amparo, en la medida que su accionar no cualificado aparece ligado al hecho punible (Salinas, 2016), por lo tanto la imputación jurídico penal encuentra fundamento en la infracción de un rol general, de no dañar, dicha afirmación es posible de ser aplicada por cuanto la parte final del artículo 25 del estatuto penal sustantivo, señala que:

(...) el cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurren en él, es decir, el legislador se decantó por la tesis de la unidad del título de imputación. (Arismendiz, 2018, p. 165)

5.3. Vinculación mediata en el delito de peculado

Ahora bien, una vez establecidas las diferencias que genera la calidad especial de funcionario público en la determinación de la autoría y participación en el delito de peculado, se debe también advertir que de acuerdo con la estructura del tipo penal de peculado contenida en el estatuto penal sustantivo (artículo 387) (Salinas, 2016); no todo funcionario público podría cometer un delito de peculado mediante la apropiación o utilización de los caudales o efectos del Estado, pues además de ostentar dicha calidad, el tipo penal exige además, una relación funcional entre el autor y el objeto material del delito, esto es, que los bienes del estado, cuya percepción, administración o custodia, le estén confiados en razón de su cargo (Salinas 2016).

En efecto, para la presente vinculación funcional, se tiene una exigencia normativa mínima. Por lo que se refiere, a aquel funcionario público (sujeto activo) que tiene el poder de ordenar realizar actos de disposición a quienes tienen la administración

material de los bienes (Salinas, 2016). Con relación a, este tipo de vinculación funcional, tampoco ha sido desarrollado en la doctrina.

Considero que, la vinculación funcional debe someterse a los límites que impone la teoría de la imputación objetiva, tal como lo refiere Frisch (2020) al señalar que: “el sujeto activo antes de todo debe crear mediante su conducta causal, la producción de un debido resultado, es decir, un peligro desaprobado (la realización de ciertos resultados) acorde lo establece el tipo penal en el catálogo de delitos” (p. 165).

Por su parte, Kindhäuser, (2009) respecto a la imputación objetiva en delitos de infracción de deber señala que: “en la medida en que la competencia del autor parte de la lesión de deberes protegidos institucionalmente y que afectan exclusivamente a los titulares de un estatus determinado, nos encontramos frente a los delitos de infracción de deber” (p. 187).

En el caso del delito de peculado, descrito en el artículo 387 del estatuto penal sustantivo, para establecer que una persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado que causó la apropiación o utilización de caudales o efectos, se debe acudir a las normas extrapenales que regulan el deber especial sobre el bien, y de las normas que establecen la utilización de los mismos. Igualmente, al momento de la utilización o apropiación de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia, el funcionario público deberá de tener la vinculación funcional específica por razón de su cargo.

Podemos afirmar que en el caso de la vinculación funcional específica o inmediata, que tiene una exigencia normativa máxima, dicha, vinculación funcional específica se da cuando el funcionario público tiene materialmente los bienes, en el caso del delito de

peculado conforme se encuentra tipificado en el estatuto penal sustantivo, se dará cuando por razón de su cargo le estén confiados la percepción, administración o custodia.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Republica dictó el Recurso de Nulidad N.º 615-2015, más conocido como el caso de los “diarios chicha”, el cual conllevó a un desarrollo jurisprudencial respecto de la vinculación funcional, toda vez que se señaló que la vinculación funcional genérica no vincula al funcionario público para que pueda responder a título de autor en el delito de peculado, a pesar que pueda ostentar un cargo alto en la administración pública.

Ahora bien, respecto de la determinación de la autoría en el delito de peculado mediante la vinculación funcional específica no cabría ningún problema. El problema surge en la vinculación funcional mediata, pues como se ha visto a lo largo de la investigación, la Corte Suprema ha tenido sentencias que difieren en sus fundamentos jurídicos respecto de la vinculación funcional en el delito de peculado, los cuales las de mayor relevancia jurídica han venido ser la Casación N.º 160-2014 Santa y el Recurso de Nulidad N.º 615-2015.

En suma, debemos de tener en cuenta que, para la determinación de la autoría directa en el delito de peculado, el autor debe ser un funcionario público, pero no cualquier funcionario público como se ha desarrollado en los demás delitos de infracción de deber; sino únicamente el funcionario público que por razón de su cargo se haya apropiado, o utilizado para sí o para otro caudaleso efectos del estado; es decir que el funcionario público vulnere un deber institucional que le ha sido encomendado dentro de la administración pública, y que estas expectativas sociales defraudadas conlleven

a su responsabilidad penal.

No obstante, en nuestra doctrina nacional no existe mayor desarrollo respecto de la vinculación funcional, lo que dificulta tener una posición jurídica. Siendo así, la problemática de que el funcionario público en el delito de peculado para que pueda responder como autor del delito, sea suficiente que tenga una vinculación funcional genérica resulta objetiva, pues a nuestro entender el agente debe tener una relación directa o específica con el objeto material del delito. Pero ello, no debe llevarnos a generar impunidad respecto del agente que tiene la vinculación funcional mediata o indirecta; siendo ello así, una hipótesis a tener en consideración, es que nuestro estatuto penal sustantivo en el artículo 25 regula la complicidad, que es definida como “la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro” (Salinas, 2016); o, de manera más sencilla, como el “prestar ayuda a un hecho doloso de otro” (Rojas, 2016) en los delitos de infracción de deber, específicamente en el delito de peculado la complicidad es atribuida al *extraneus*.

El tipo penal de peculado en nuestro ordenamiento jurídico, tiene como presupuesto objetivo el elemento “por razón de su cargo”, pues el delito solo puede perfeccionarse luego de comprobarse la existencia de una vinculación funcional específica, lo cual dista del estatuto penal sustantivo español, que refiere con “ocasión de su cargo”, en donde cualquier funcionario quedará vinculado a la entrega o custodia de los caudales o efectos, aunque sea por circunstancia ocasional. Pues ello nos lleva aún más a desarrollar la vinculación funcional, y su aplicabilidad en la responsabilidad penal del agente con el objeto material del delito. Como ya se ha mencionado en el párrafo anterior, una alternativa posible de solución sería que el agente que esté vinculado con

el objeto material del delito de manera mediata o indirecta pueda responder como cómplice.

Al mismo tiempo, el funcionario público en la vinculación funcional mediata, no se encuentra en una relación funcional directa con los caudales o efectos del delito, pues ello nos lleva a repensar que en nuestra sociedad conforme se encuentra estructurada, los funcionarios públicos ejercen una función pública genérica, lo que conlleva un problema de índole procesal en el camino de la determinación de la autoría del delito, pues como puede verse en el Recurso de Nulidad N.º 615-2015 “caso de los diarios chicha”, los jueces supremos absolvieron del delito de peculado al expresidente Alberto Fujimori Fujimori, teniendo como fundamento que del ejercicio de su cargo no se desprendía ninguna vinculación funcional específica con el patrimonio público, lo cual a criterio nuestro debió de desarrollarse otro tipo de participación delictiva, lo cual no nos adentraremos en la presente investigación; pues lo que nos invita a desarrollar la presente investigación es si el funcionario público puede responder a título de autor en el delito de peculado mediante la vinculación funcional mediata.

Considero que, la conducta típica que despliega el sujeto agente funcionario público se encuentra delimitada expresamente en el tipo penal (artículo 387 del estatuto penal sustantivo) siendo así que esta exige el vínculo funcional específico y no general.

5.4. Deber de garante en el delito de peculado

La posición de garante es la situación en la que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. En lo referente a la posición de garante, el profesor

(Muñoz, 2001) ha precisado que a diferencia de lo que sucede en el delito de acción, para imputar un resultado al sujeto de la omisión no basta con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto al efecto producido a la evitabilidad del mismo. Afirma que es preciso, además, que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedirlo, en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben por razón de su cargo o profesión.

El sujeto de imputación, la idea de persona, se expresa significativamente en la posición de garante. El funcionalismo en Derecho penal parte de la vinculación jurídica. Esto es, de saber cuáles son los deberes generales y concretos de los miembros de una sociedad. El saber cuándo se es garante, es indispensable para establecer competencias en situaciones específicas y tener claridad sobre los roles que se desempeñan (Montealegre y Perdomo, 2013).

Siendo así, toda función pública es normativa y no está sujeta al capricho o decisión personalísima del funcionario público o una cuestión de hecho. (Schünemann, 2007), al respecto señala que, es posible concluir que al menos la mayoría de los delitos 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.

5.5. Fundamento de los deberes institucionales en el delito de peculado

El profesor Jakobs (1997) al respecto refiere que:

También en este ámbito puede suceder que forme parte del contenido de la institución una comunidad más o menos completa entre garante y favorecido que en casos límites incluye todo conocimiento que el garante tenga. de modo que

éste no puede dejar al margen de su rol unos determinados conocimientos especiales. (p. 166)

Además, en el ámbito de estos delitos, de los delitos consistentes en la infracción de un deber, sólo puede haber responsabilidad a título de participación cuando quien se halla obligado por el deber específico carece de un elemento especial de la autoría (Jakobs, 1997).

Posición contraria es del profesor Roxin (2016) quien señala que:

Los delitos de infracción de deber son tipos penales en los que la autoría se caracteriza por el hecho de que alguien se aprovecha de, o incumbe, un deber emanado de su papel social, realizando así una lesión típica de un bien jurídico. (p. 155)

Un elemento del tipo penal de peculado la necesidad de un marco específico de competencias que vincule a un funcionario con determinados caudales.

5.6. La vinculación funcional mediata, teorías de infracción de deber y complicidad

Al respecto, la Casación N.º 1527-2018-Tacna establece al respecto que:

La vinculación funcional constituye la relación que tiene un servidor o funcionario público que cumple fines específicos en determinada entidad. Su naturaleza es la del desempeño de un servicio público, marcado por el principio de eficiencia en la asignación de recursos y el cumplimiento de los fines de la institución pública en la que labora. Todo funcionario o servidor público debe preferir el interés general por sobre el particular.

Siendo así, la vinculación funcional mediata no tiene relación directa con el objeto material del delito, sino solo la llamada disponibilidad jurídica.

La doctrina peruana no ha desarrollado ampliamente la vinculación del funcionario público con el objeto material del delito, al contrario, ha habido posiciones jurídico-penales, que difieren en sus fundamentos. Razón por la cual no se ha determinado al grado de imputación al funcionario o servidor público que tiene la vinculación funcional mediata, porque respecto de la vinculación funcional inmediata no existe mayor debate, ya que la teoría de la infracción del deber, ampliamente apoyada por nuestra legislación sanciona como autor del delito de peculado al funcionario público que transgrede su deber especial conferido, tal como también puede verse en el Acuerdo Plenario N.º 04-2005, que los caudales o efectos deben estar confiados de manera específica.

En el desarrollo de la investigación, se ha visto diferentes teorías que profundizan sobre los delitos de infracción de deber, de tal manera uno de los precursores de esta teoría, el profesor Roxin (2016) señala que “es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo o lesionando un deber especial de carácter penal” (p. 168). En tanto que participe, es aquel que también participa en la concretización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno.

Por consiguiente, y haciendo extensivo la teoría de Roxin, el funcionario público en el delito de peculado que posea la vinculación funcional mediata, no podría responder a título de autor, porque no estaría infringiendo un deber especial específico, lo que se produciría es que el funcionario público cuando tiene el poder de ordenar realizar actos de disposición a quienes tienen la administración material de los bienes, nos

encontraríamos ante la figura de partícipe del delito de peculado.

Por otra parte, Jakobs (1997) también ha desarrollado la teoría de los delitos de infracción de deber, pero con otros matices, para lo cual, a grandes rasgos, será autor quien en todos los casos se constate la concurrencia de una institución, es decir de una vinculación institucional, en los que el autor sea un obligado especial. Para lo cual el funcionario público es garante en virtud de una institución; por lo tanto, el funcionario público que posea la vinculación funcional mediata en el delito de peculado, no puede responder como autor del delito en base a que no existe un deber específico que garantice una relación existente entre obligado y bien jurídico; sino que más bien respondería por un delito común, o de dominio o de organización, ya sea como autores o cómplices.

También encontramos al profesor Schünemann (2007), quien expone para que un individuo sea responsable penalmente por una comisión por omisión debió haber asumido la protección de un bien jurídico o la vigilancia de una fuente de riesgo, y a su vez, debe tener el dominio sobre la evitabilidad del resultado típico. En otras palabras, como lo señala Abello (2015) una persona será autor de una conducta por comisión por omisión, si dentro de su ámbito de dominio pudo prever la producción de un resultado lesivo, y, aun así, dejó que el curso causal continuara, produciéndose en últimas el resultado típico (p. 123).

Ahora bien, respecto al funcionario público que tiene la vinculación funcional mediata, no podría responder a título de autor, dado que no es suficiente el dominio sobre el hecho punible, sino que además se exige la existencia de deberes especiales en la protección del objeto del delito. De tal manera, que el funcionario público, que ostente

la vinculación funcional mediata no responderá por el delito de peculado, quien sí lo hará es el funcionario que posea la vinculación funcional mediata, pues en palabras del propio Schünemann (2007) aquí el funcionario lesionó sus deberes funcionales de carácter penal de proteger el patrimonio público, garantizar una correcta administración del patrimonio y proteger o garantizar los deberes que tiene el funcionario público para con la administración pública.

Como puede verse, la responsabilidad jurídico-penal del funcionario público que ostenta la vinculación funcional mediata en el delito de peculado no ha sido debidamente delimitada; en tanto las teorías acogidas por nuestra legislación y Corte Suprema, discrepan en sus fundamentos jurídico-penales. En el Recurso de Nulidad N.º 615-2015, se desarrolla el autor único, como bien lo señala Rodríguez (2016) que la Sala Penal Permanente se acoge a la doctrina según la cual los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos serían delitos especiales y de infracción de deberes institucionalizados.

¿Qué quiere decir esto? Según la doctrina asumida por la Sala Penal Permanente, todos los delitos implican la infracción de deberes, agrega también que la infracción de deberes institucionalizados se caracteriza porque delimita el círculo de autores solo a quien se encuentra inmerso en la institución, excluyendo cualquier posibilidad de participación.

De cierta manera, para imputar a título de autor al funcionario público, este tiene que tener la competencia funcional específica, lo cual no ha sucedido en la Casación N.º 160-2014-Santa, en donde la Corte Suprema señala que para responder como autor del delito de peculado es suficiente que el funcionario público ostente la vinculación

funcional genérica.

Ahora bien, ante el rechazo de la accesoriadad de la participación por parte del funcionalismo radical en los delitos de infracción de deber, de la misma forma la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado de Schönemann, a fin de determinar la responsabilidad penal del funcionario público en el delito de peculado, sobre el que recae la vinculación funcional mediata, para Roxin solo se admite la autoría directa, la autoría paralela y la complicidad única (*extraneus*). En relación con la complicidad, el cómplice participa en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno debido a que no es portador de él. Siendo así, urge proponer si responde como autor del delito de peculado el funcionario público que ostenta la vinculación funcional mediata.

La participación delictiva del funcionario público que posea la vinculación funcional mediata, sería a título de cómplice en tanto, no infringe un deber especial, como sí lo posee el funcionario público que ostenta la competencia funcional específica. De tal manera que el *intraeus* poseedor de la vinculación funcional mediata en el delito de peculado coopera al igual que el funcionario público que tiene la vinculación funcional específica, en la materialización del delito de peculado ya sea mediante la apropiación o utilización de caudales o efectos.

En nuestro país, los presidentes de la república, presidentes regionales, alcaldes municipales en su mayoría cumplen una función ejecutiva, política, y en ocasiones una función administrativa, los que sí poseen una competencia funcional específica con la administración de los caudales o efectos del estado son el tesorero, gerente municipal, jefe de logística, gerente de administración y finanzas entre otros, nuestro estatuto

penal sustantivo, a diferencia de la tesis adoptada por la Corte Suprema en el R.N. N.º 615-2015-Lima, considera que los riesgos creados por el funcionario público no son los únicos que están prohibidos y sancionados por la norma penal de la parte especial. Sino que considera que quienes contribuyen a que el funcionario público abuse de su posición y provoque riesgos prohibidos para la administración pública, realizan un comportamiento que se encuentra dentro del ámbito de protección del tipo penal (Rodríguez, 2016).

Los tipos penales referidos a delitos de corrupción imponen el deber de que los funcionarios públicos no abusen de su función, pero también exigen de que los ciudadanos no coadyuben a los funcionarios a lesionar la administración pública. Bajo esta óptica, a fin de buscar soluciones político-criminales, dando una solución plenamente satisfactoria para tratar con justicia todos los casos de vinculación funcional mediata en el delito de peculado, se recurre al desarrollo de la complicidad del agente delictual que ostenta la competencia funcional genérica. Al respecto, Gómez (2006) desarrolla la "teoría del instrumento doloso no cualificado", sintetizando que, en el primer nivel de imputación se trataría de determinar si la conducta lesiva o socialmente dañosa resultaría objetivamente imputable al sujeto, esto es, si existe o no una relación de riesgo entre la acción y el resultado (p. 144). En el segundo nivel, se trataría de decidir cuál o cuáles de los intervinientes habrían de ser considerados responsables y/o en qué medida deberían serlo (Gómez, 2006). En los delitos especiales, ello ocurrirá con respecto a aquellos sujetos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo, se presenten como protagonistas del mismo, como sujetos protagonistas de su realización (Gómez, 2006).

En efecto, plantea mediante su teoría del instrumento doloso no cualificado, sancionar al *intraneus* que permita, induzca, o, de otro modo, dé lugar a que un *extraneus* llegue hasta la consumación del delito, pues no estamos refiriendo al autor mediato (Gómez, 2006), posición que no se comparte, pero se toma de referencia a fin de fundamentar la complicidad del *intraneus* en el delito de peculado que tiene la vinculación funcional mediata (Gómez, 2006).

El peculado tal como está regulado en nuestro estatuto penal sustantivo (artículo 387), ha conllevado que la Corte Suprema emita resoluciones judiciales contradictorias respecto de la vinculación funcional, lo que ha ocasionado lagunas de punibilidad, razón por la cual, a fin de unificar posiciones jurídico-penales, la complicidad como título de imputación para aquel funcionario público que tenga la vinculación funcional mediata o genérica, en definitiva, no se estaría generando lagunas de punibilidad ni tampoco nuestro sistema de justicia estaría cayendo en impunidad.

CONCLUSIONES

- 1) En los delitos contra la Administración Pública, Capítulo II Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos, al ser delitos de infracción de deber, se acepta en forma mayoritaria la tesis del profesor Claus Roxin, que desarrolla el autor único, para lo cual el funcionario o servidor público, tiene que infringir sus deberes especiales que le han sido encomendados. Estos tipos de delitos son de naturaleza jurídica cerrada.
- 2) El delito de peculado doloso, tal como se encuentra descrito en el artículo 387° del Código Penal, exige para que pueda ser pasible de imputación, el funcionario o servidor público, éste tenga la vinculación funcional con los caudales o efectos del Estado; es decir exige una vinculación normativa.
- 3) En la presente investigación, que se pone a consideración, a fin de delimitar la responsabilidad penal del funcionario público en el delito de peculado, sobre el que recae la disponibilidad jurídica, se ha realizado la revisión de la dogmática jurídico-penal, de las clases de vinculación funcional existentes en el tipo penal de peculado. Lo cual no ha sido desarrollado ampliamente en nuestro país.
- 4) La vinculación funcional mediata del funcionario o servidor público, no se encuentra en una relación funcional directa con los caudales o efectos del delito, en tanto su rol y estatus del para que esta ahí no se infringe. Pues el tipo penal de peculado exige que el funcionario sea un sujeto cualificado.
- 5) La vinculación funcional específica en el delito de peculado, el funcionario o servidor público, se encuentra directamente vinculado con los caudales o efectos

del Estado, razón por la cual responde a título de autor del delito, pues está infringiendo su deber especial de cautelar en razón de su cargo el patrimonio del Estado. En este tipo de vinculación funcional no existe mayor problema jurídico-penal.

- 6) El delito de peculado, conforme al Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, se requiere la competencia funcional específica con los caudales o efectos del Estado. Siendo ello así, el funcionario o servidor público que posea la competencia funcional mediata, no puede responder a título de autor, pues la imputación penal que le corresponde es la complicidad, pues no se encuentra vinculado directamente con el patrimonio del Estado, dado que sus deberes no son especiales, sino generales.
- 7) La complicidad para el funcionario público poseedor de la vinculación funcional mediata, es una categoría jurídico-penal que no ha sido desarrollada en la teoría de los delitos de infracción de deber propuestos tanto por Claus Roxin y Günther Jakobs. Distinta posición es la de Bernd Schünemann, quien propone su teoría de Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales, en donde se acepta la autoría, autoría mediata, coautoría. En la investigación, nos adherimos a la posición de Claus Roxin quien señala que es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo o lesionando un deber especial de carácter penal. En tanto que participe, es aquel que también participa en la concretización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno.
- 8) La determinación de qué tipo de vinculación funcional exigiría el tipo penal de

peculado, ha conllevado a que la Corte Suprema no tenga una posición uniforme al respecto. Razón por la cual, el tipo de vinculación funcional que exige el peculado para responder como autor del delito es la vinculación funcional específica. La vinculación se da a través de normas por parte del funcionario público con el bien jurídico, lo que le convierte en un sujeto cualificado.

- 9)** Finalmente, a fin de no generar impunidad en nuestro país que sufre la corrupción en casi todas sus estructuras del estado, el funcionario o servidor público poseedor de una vinculación funcional mediata o genérica, debidamente comprobado su participación responderá como cómplice del delito.

RECOMENDACIONES

A continuación, se formularán algunas recomendaciones en torno a la problemática que ha sido estudiada a lo largo del presente trabajo de investigación:

- 1) Se recomienda a los Fiscales a nivel nacional que al momento de presentar su acusación fiscal deben de tener en cuenta las Casaciones dictaminadas por la Corte Suprema respecto de la vinculación funcional del funcionario público con el objeto material del delito en el peculado.
- 2) Se recomienda a los jueces del Sistema Especializado en Delitos de Corrupción de funcionarios, no deben de apartarse de las posiciones jurídico-penales que ha emitido la Corte Suprema en diferentes casaciones, así como también lo debatido en los acuerdos plenarios, al menos que realicen control difuso.
- 3) Asimismo, se recomienda unificar criterios respecto de la vinculación funcional del funcionario público, a nivel todas las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios del territorio nacional, pues como se ha visto hay discrepancia jurídico-penal en los distintos distritos judiciales del país.
- 4) Se recomienda a la Corte Suprema pueda determinar qué criterios dogmáticos van a regir para los jueces de todas las instancias, respecto de la competencia funcional en el delito de peculado; pues como se ha visto hasta la fecha existen casaciones que difieren en sus fundamentos.
- 5) Se recomienda al Poder Legislativo implementar la normatividad sobre a) competencia funcional del funcionario público en el delito de peculado; ello con la finalidad de delimitar la autoría.

- 6) Finalmente se recomienda a los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la Republica dejar sin efecto el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, a fin de reemplazarla por otra, desarrollando en ello la vinculación funcional del funcionario público con el objeto material del delito.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores.
- Abello, J. A. (2015). La autoría y participación en el delito de peculado. *Revista de derecho público* 35(12), 123-146.
- Alcócer, E. (2005). La autoría y participación en el delito de peculado comentarios a partir del caso Montesinos - Bedoya. *Instituto de Ciencia Procesal Penal*, (97).
- Arismendiz, E. (2018). *Manual de Delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Instituto Pacífico.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Hammurabi.
- Benavente, H. y Calderón, H. (2014). *Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Gaceta Jurídica.
- Binder, A. (2005). *Introducción al Derecho Penal*. Ad-Hoc.
- Bramont - Arias Torres, L. M. (2002). *Manuel de Derecho Penal Parte General*. Eddili.
- Brunoni, N. (2009). *Malversación y peculado: análisis comparativo entre las legislaciones española y brasileña*. Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho.
- Caro, D. y Reyna, L. (2023). *Derecho Penal: Parte general*. LP Pasión por el Derecho
- Caro, J. A. (2014). *Manual teórico- práctico de teoría del delito*. Ara Editores.

Caro, J. A. (2016). *Summa Penal*. Nomos & Thesis.

Carrión Díaz, J. (2016). La vinculación funcional específica como criterio orientador para una imputación del delito de Peculado en grado de autor: Comentarios a partir de la casación N.º 160-2014-Santa. En *Jurisprudencia penal comentada: comentarios a la jurisprudencia penal vinculante y relevante del año 2016*. Jurista Editores.

CIDH. (2019). *Corrupción y Derechos Humanos*. OEA.

Consultor Jurídico Digital de Honduras. (2005). *Diccionario Jurídico Enciclopédico*. Consultor Jurídico Digital.

Creus, C. (1998). *Derecho Penal parte especial*. Astrea.

Díaz, A. (2017). *La Imputación en el Delito de Peculado*. Facultad de Derecho.

Donna, E. A. (2001). *Derecho Penal. Parte Especial* (Tomo III). Rubinzal - Culzoni.

Donna, E. A. (2002). *La autoría y participación criminal*. RubinzalCulzoni.

Ferreira, F. J. (1995). *Delitos contra la Administración Pública*. Temis.

Frisancho, M. (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. Editora Ffecatt.

Frisch, W. (2020). *Tipo Penal e Imputación Objetiva*. B de F.

Gaceta Jurídica. (2009). *Diccionario Penal Jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.

Gálvez, T., y Maquera, W. (2020). *Diccionario jurídico español-quechua-aymara*. Zela.

García, P. (2019). *Derecho Penal parte general*. Ideas Solución Editorial.

Girón, J. G. (2013). Teoría del delito. *Instituto de la Defensa Pública Penal* (62).

Gómez, V. (2006). Pertenencia del hecho, Instrumento doloso no cualificado y Delitos de propia mano. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 1(1), 12-13.

Gutiérrez, W. (2005). *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Gaceta Jurídica.

Guzmán, L. A. (2018). *Breve análisis sobre la teoría de la participación de las personas en el delito de peculado. Autores y cómplices*. Facultad de Postgrado de la Universidad de Guayaquil.

Huaita, A, Chanjan, L., y Saravia, M. (2019). Género y corrupción. Unamirada a los impactos diferenciados de la corrupción en el Perú, Informe final. *Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (19).

Hugo, L., y Huarcaya, J. (2018). *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Gaceta Jurídica.

Hurtado, J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I*. Grijley.

Hurtado, J. (2009). *Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal*. Fondo Editorial PUCP.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Marcial Pons.

Jakobs, G. (1997). *Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Ad-Hoc.

- Jakobs, G. (2004). *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*. Thomson Civitas.
- Kindhäuser, U. (2009). *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal*. Grijley.
- Kindhäuser, U. (2017). *Bien jurídico, seguridad y hecho punible desde una perspectiva comunicativa del Derecho Penal*. UNLaM.
- León et al. (2015). *El Funcionario Público. Las sanciones penales en los delitos de corrupción*. Gaceta Jurídica.
- Llamoja et al.; (2019). *Los delitos de corrupción de funcionarios. A partir de la Jurisprudencia Suprema*. Jurista Editores.
- Luján, M. (2013). *Diccionario Penal y Procesal Penal*. Gaceta Jurídica.
- Luzón, M. (2018). *Libro Homenaje a Claus Roxin*. Iustitia.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú.
- Mir Puig, S. (1990). *Derecho Penal parte general*. Editorial PPU.
- Mir Puig, S. (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ariel.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. B de F.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal Parte General*. Reppertor.

Molina, C. M. (2005). *Delitos contra la administración pública*. Leyer.

Montealegre, E., y Perdomo, J. (2013). *Funcionalismo y Normativismo Penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs* (Tomo I). Universidad de Externado de Colombia.

Montealegre, E., y Perdomo, J. (2013). *Funcionalismo y Normativismo Penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs* (Tomo II). Universidad de Externado de Colombia.

Montoya et al., (2013). *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. IDEHPUCP

Montoya, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. IDEHPUCP

Muñoz, F. (2001). *Introducción al Derecho Penal*. B de F.

Nakazaki, C. (2013). Los Delitos Contra la Administración Pública en la Jurisprudencia. *Diálogo con la Jurisprudencia* (198), 199.- 209.

Pablos de Molina, A. (2009). *Derecho Penal Parte General*. INPECCP.

Parma, C. (2016). *Teoría del Delito*.: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2016). *Derecho Penal parte especial* (Tomo V). Idemsa.

Pérez, L., y San Martín, M. (2014). *Jurisprudencia penal y procesal penal y de ejecución penal vinculante y relevante*. Jurista Editores.

Pilco, W. (2019). *Elementos de la relación funcional de hecho en el delito de peculado*.

Universidad Nacional del Altiplano.

Polaino, M. (1997). *Delitos contra la Administración Pública, en cursode Derecho Penal Español*. Marcial Pons.

Puppe, I. (2010). *La distinción entre dolo e imprudencia*. Hammurabi.

Reátegui, J. (2015). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Jurista Editores.

Rodríguez, J. (2016). Breve comentario a la sentencia “diarios chicha” y a la “teoría del autor único” en los delitos de infracción de deber institucionalizados. *Anticorrupción y Justicia Penal Boletín* 7(10), 125-132.

Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley.

Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Nomos & Thesis.

Rojas, F. (2020). *Manuel operativo de los Delitos contra la Administración Pública*. Grijley.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal parte general*. Civitas.

Roxin, C. (2000). *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons.

Roxin, C. (2016). *Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*. MarcialPons.

Salazar, N. y Urquizo, J. (2012). *Imputación Objetiva*. IDEMSA.

Salinas, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública* (3ª ed.). Iustitia.

Salinas, R. (2016). *Delitos contra la administración Pública*. Iustitia.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2003). *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El Funcionalismo en Derecho Penal*. Universidad de Externado Colombia.

Schünemann, B. (2007). *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico penal*. Ibáñez.

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

Villavicencio, F. (2013). *Derecho Penal. Parte general*. Grijley.

Villavicencio, F. (2018). Problemática de los delitos contra la Administración Pública. *Centro de Estudios en Derecho Penal* (96).

Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del Derecho Penal*. B de F.

Wessels, B. (2018). *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*. Instituto Pacífico.

Xavier, J. E. (2004). *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Hammurabi.

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar.

Anexo 1. Matriz de consistencia

TÍTULO DE LA TESIS:	LA VINCULACION FUNCIONAL COMO CRITERIO DE IMPUTACION EN EL DELITO DE PECULADO	
AUTOR:	Carlos Francisco Espinoza Cordero	
PROBLEMAS	OBJETIVOS	METODOLOGÍA
Problema general	Objetivo general	
¿Qué vinculación funcional sobre los bienes exige el delito de peculado?	Determinar qué vinculación funcional sobre los bienes exige el delito de peculado.	
Problemas específicos	Objetivos específicos	
¿Responde como autor del delito de peculado el funcionario público mediante la vinculación funcional mediata?	Determinar si responde como autor del delito de peculado el funcionario público mediante la vinculación funcional mediata.	