

## LA VINCULACIÓN FUNCIONAL EN EL DELITO DE PECULADO

Por Carlos Francisco ESPINOZA CORDERO<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La vinculación funcional en el Derecho Penal. 2.1. La vinculación funcional. 2.1.1. Nociones Preliminares. 2.1.2. La vinculación funcional en el Derecho Penal. 2.1.3. Clases de vinculación funcional. 2.1.4. La vinculación funcional y la Corte Suprema. III. La vinculación funcional como criterio de imputación en el Derecho nacional. 3.1. Racionalizar el tipo penal de peculado. 3.2. Grado de intervención de terceros. 3.3. La vinculación mediata en el delito de peculado. 3.4. Deber de garante en el delito de peculado. 3.5. Fundamentos de los deberes institucionales en el delito de peculado. 3.6. La vinculación funcional mediata y las teorías de infracción de deber y complicidad. IV. A modo de conclusión. V. Referencias bibliográficas.

### I. Introducción

El presente trabajo se realizó en virtud a la necesidad de poder delimitar conceptualmente el elemento normativo nuclear del delito de peculado, esto es, la vinculación funcional. El mismo que no ha sido ampliamente desarrollado en la doctrina peruana. Mas sí ha sido abordado por la Corte Suprema, quien ha desarrollado jurisprudencialmente este tema, brindando alcances relevantes.

En esa línea proponemos una aproximación conceptual en la definición del término vinculación funcional, así como las clases de vinculación funcional existentes en la jurisprudencia. Puntos importantes a tener en cuenta en el delito de peculado, atendiendo que dicho tipo penal tiene dos elementos normativos del tipo: El funcionario público y la vinculación funcional propiamente dicha. Por último, el lector conocerá la posición del autor respecto a los tipos de vinculación y como responderían los funcionarios públicos ante ello.

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (UNASAM) – Huaraz-Ancash. Magister por la Escuela de Post Grado de la Universidad San Martín de Porres (Maestría en Ciencias Penales). Fiscal Adjunto Provincial del Distrito Fiscal de Lima Centro. Ex - Asistente en la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Ancash. Ex - presidente del Círculo de Estudios “Ius Et Praxis” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNASAM. Colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Ancash y Autor de diversos artículos a nivel nacional. Doctorante en la Universidad Nacional de Mar del Plata – Argentina.

## II. VINCULACIÓN FUNCIONAL EN DERECHO PENAL

### 2.1. Vinculación funcional

#### 2.1.1. Nociones preliminares

El término vinculación, según la Real Academia Española significa “acción y efecto de vincular”, y la palabra funcional significa “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.

En el derecho comparado, la vinculación funcional o también llamada disponibilidad jurídica, específicamente en Colombia, es denominada como “*la teoría compleja de la disponibilidad jurídica*”, tal como señala 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.

#### 2.1.2. 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 cúmulo 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).

Reátegui (2015) refiere que no cualquier funcionario o servidor puede cometer el delito de peculado, ya que para que se configure la conducta típica los bienes deben estar en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo, es decir, debe de existir 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).

### **2.1.3. 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 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.

#### **2.1.4. 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 donde se señala de que la relación funcional entre el agente y los caudales y efectos implica un poder de vigilarlos y controlarlos en razón de su cargo. No hay necesidad de que el sujeto activo tenga la tenencia material directa, solo basta la disponibilidad jurídica dada por ley, esto es, una competencia funcional específica (fundamento jurídico N.º 9).

En dicha Casación también se señaló que las funciones del entonces presidente regional estaban reguladas en la Ley N.º 27867 del 16 de noviembre de 2002, en donde en su art. 11º la Presidencia Regional es el órgano ejecutivo del Gobierno Regional. Y el art. 20º prescribe que la Presidencia Regional recae en el presidente regional. Asimismo, en el art. 72º se señala que el Gobierno Regional norma y administra sus recursos, bienes y activos (fundamento jurídico N.º 9).

También se describe que en el art. 21º, el presidente regional dirige y supervisa la marcha del Gobierno Regional (y de sus órganos ejecutivos, administrativos y técnicos (inciso a), propone y ejecuta el presupuesto participativo regional (inciso b), administra los bienes y rentas (inciso f), dirige, supervisa, coordina y administra los servicios públicos a cargo del Gobierno Regional (inciso g), entre otros (fundamento jurídico Nro 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 presupone funciones 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 establece que basta que el funcionario público tenga la libre disposición o disponibilidad jurídica para la comisión delictiva, la misma 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 expresidente Alberto Fujimori Fujimori del delito de peculado porque su conducta, a la luz de la imputación objetiva, no cumple con el presupuesto de vinculación funcional “por razón de su cargo” para la administración o custodia de los fondos públicos asignados al SIN -fondos de régimen especial-, pues de acuerdo a sus competencias como expresidente y al ROF del SIN, este no tuvo posesión ni disposición de caudales públicos, por lo que no tenía el vínculo funcional normativo requerido de administrar o custodiar los caudales del SIN, más aún porque no conocía los planes de Montesinos ni tenía contacto con los editores de los Diarios Chicha.

En ese sentido, no cabe atribuirle responsabilidad penal al encausado Fujimori Fujimori por hechos de terceros, lo que vulnera el principio de culpabilidad, o de proscripción de la responsabilidad objetiva, consagrado en el artículo VII TP CP, como del principio de imputación personal como límite al poder punitivo del Estado, que impide el castigo a alguien por hechos ajenos o 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, Juan Carrión Díaz (2016) agrega además de que debió analizarse su intervención como instigador, cómplice primario o secundario, para que se pueda determinar una responsabilidad penal.

Por otro lado, en la Casación N.º 506-2013/Puno también se absuelven 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 Laime 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 así 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).

Otro pronunciamiento lo encontramos en el Recurso de Nulidad N.º 2905-2012 Ucayali en su fundamento jurídico N.º 4 se señala lo siguiente:

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 la configuración del delito de peculado se requiere la vinculación entre el sujeto activo y el bien custodiado:

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 almacenadora, 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 mero 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 8 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 exponernos 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.

### **III. La vinculación funcional como criterio de imputación**

#### **3.1. Racionalizar el tipo penal de peculado**

En relación a la vinculación funcional como criterio de imputación en el delito de peculado, es menester 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:

##### **3.1.1. 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 Carta 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).

### **3.1.2. Principio de mínima intervención**

Al respecto, en el Exp. N.º 570-1998-Lima, se ha indicado que este principio busca que la intromisión del Derecho Penal en la libertad de la persona “*solo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria e inevitable para la protección del mismo ciudadano*”.

Por su parte, Mir Puig (1994) menciona que este principio 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).

### **3.1.3. Principio de *ultima ratio***

En relación con el principio de ultima ratio, Mir Puig (2003) señala que el Derecho penal será empleado siempre y cuando no existan otros medios de protección en el ordenamiento jurídico que sean menos lesivos y más eficaces para la protección de la sociedad (p. 23).

### **3.1.4. 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.

### **3.1.5. Principio de subsidiaridad**

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

menciona que solo intervendrá el sistema penal cuando las demás alternativas protectoras del bien jurídico fracasen. 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 *ultima ratio*. 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 proceso penal 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 o 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.

### **3.2. Grado de Intervención de terceros**

En ese mismo contexto, el tipo penal de peculado contempla la participación del *extraneus*. Ahora, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, se ha indicado que el sujeto activo actúa por cuenta propia apropiándose de caudales o efectos o para favorecer a terceros cuando se realiza el acto de traslado de bien, pues ostenta de un dominio parcial para que finalmente sea del dominio del tercero (fundamento jurídico nro 06).

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 acción no cualificada 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 CP 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).

### **3.3. 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). Este tipo de vinculación funcional no 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 República 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 caudales o 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 desprendería 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.

#### **3.4. 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.

### **3.5. Fundamento de los deberes institucionales en el delito de peculado**

El profesor Jakobs (1997) al respecto indica que puede ocurrir que *“forme parte del contenido de la institución una comunidad 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 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 en estos delitos, *“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).

### **3.6. La vinculación funcional mediata y las 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 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 transgreda 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 participe 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 accesoriedad 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 Schünemann, 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 *intraneus* 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 considerado 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.

#### IV. A modo de conclusión

- El tipo de 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. El tipo de vinculación funcional específica en el delito de peculado significa que el funcionario o servidor público se encuentra directamente vinculado con los caudales o efectos del Estado.
- El delito de peculado, según nuestro Código Penal y conforme al Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, requiere la competencia funcional específica con los caudales o efectos del Estado. 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.
- La determinación de qué tipo de vinculación funcional exigiría el tipo penal de peculado en nuestro Derecho penal 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.
- Finalmente, el presente artículo que ponemos a consideración de la academia, hace un somero recorrido por diferentes instituciones jurídico penales, el mismo

que ha tratado de explicar la vinculación funcional vista como un elemento nuclear del tipo penal de peculado, conforme se encuentra regulado en nuestro Código Penal.

## V. Referencias bibliográficas

Arismendiz, E. (2018). *Manual de Delitos contra la Administración Pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Lima: Instituto Pacífico.

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).

Binder, A. (2005). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Bramont - Arias Torres, L. M. (2002). *Manuel de Derecho Penal Parte General*. Lima: Eddili.

Carrión Diaz, 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.

Caro, D. y Reyna, L. (2023). *Derecho Penal: Parte general*. LP Pasión por el Derecho

Frisch, W. (2020). *Tipo Penal e Imputación Objetiva*. 2da edición. Uruguay: Editorial B de F.

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

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.

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

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

Kindhäuser, U. (2009). *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal*. Grijley.

Luzón, M. (2018). *Libro Homenaje a Claus Roxin*. Iustitia.

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

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 II). Universidad de Externado de

Colombia.

Mir Puig, S. (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ariel.

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

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

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

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

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.

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

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

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

Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. 2da edición. Buenos Aires: Ediar.