



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# LA IMPUTACIÓN EN EL DELITO PECULADO

Alexander Díaz-Fustamante

Piura, agosto de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Penal y Procesal

Díaz, A. (2017). *La imputación en el delito peculado* (Tesis de Maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Penal y Procesal). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura. Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

**ALEXANDER DÍAZ FUSTAMANTE**  
**LA IMPUTACIÓN EN EL DELITO PECULADO**



UNIVERSIDAD DE PIURA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO  
MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL

2017



## **APROBACION**

Tesis titulada “LA IMPUTACIÓN EN EL DELITO PECULADO”, presentada por el Lic. **ALEXANDER DÍAZ FUSTAMANTES**, en cumplimiento con los requisitos para optar el Grado de Master en Derecho Público con Mención en Derecho Penal y Procesal, fue aprobada por el Asesor de tesis Dr. Percy Raphael García Cavero.

---

Asesor de Tesis



## **Dedicatoria**

Para mis queridos padres quienes son y serán siempre aquellas personas que me inculcan los valores y virtudes para hacerme un hombre de bien.

De igual manera a cada uno de mis maestros que han logrado realizar el presente trabajo.



## Abreviaturas

|                    |                                                                |
|--------------------|----------------------------------------------------------------|
| Acuerdo Plenario   | A.P.                                                           |
| Artículo/Artículos | Art./Arts.                                                     |
| CENIPEC            | Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas |
| Código Penal       | CP                                                             |
| Ejecutoria         | Ej.                                                            |
| Expediente         | Exp.                                                           |
| Fund.              | Fundamento                                                     |
| Inciso/Incisos     | Inc./Incs.                                                     |
| Número             | Nº                                                             |
| Página/Páginas     | p./pp.                                                         |
| Recurso de Nulidad | R.N.                                                           |



## ÍNDICE

|                                                                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>INTRODUCCIÓN</b> .....                                                                                                          | 1  |
| <b>CAPÍTULO 1 CONSIDERACIONES BÁSICAS SOBRE LOS<br/>DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER</b> .....                                       | 3  |
| 1.1. Presupuestos básicos del dominio del hecho .....                                                                              | 3  |
| 1.2. El ocaso del dominio del hecho y las primeras formulaciones<br>acerca de la teoría de los delitos de infracción de deber..... | 4  |
| 1.3. La confusión entre delitos especiales y delitos de infracción<br>de deber.....                                                | 8  |
| 1.3.1. Delitos especiales propios .....                                                                                            | 8  |
| 1.3.2. Delitos especiales impropios.....                                                                                           | 9  |
| 1.4. Los aportes de Jakobs .....                                                                                                   | 9  |
| 1.4.1. Del concepto de “dominio” al concepto de<br>“competencia”.....                                                              | 11 |
| 1.4.1.1. Competencia por organización.....                                                                                         | 11 |
| 1.4.1.2. Competencia institucional.....                                                                                            | 12 |
| 1.4.2. Distinción entre “delitos especiales” y “delitos de<br>infracción de deber” .....                                           | 14 |
| <b>CAPÍTULO 2 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO<br/>INSTITUCIÓN ESTATAL FUNDAMENTAL</b> .....                                         | 17 |
| 2.1. Precisiones sobre la Administración Pública como objeto de<br>protección penal .....                                          | 17 |
| 2.1.1. Funciones de la Administración Pública.....                                                                                 | 20 |

|                                                                            |    |
|----------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.2. El funcionario público como portador de deberes institucionales ..... | 20 |
| 2.2.1. El concepto penal de funcionario público.....                       | 20 |
| 2.2.1.1. El título habilitante .....                                       | 22 |
| 2.2.1.2. El ejercicio de la función pública .....                          | 22 |
| 2.2.2. El funcionario público como garante institucional .....             | 23 |

|                                                                                         |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>CAPÍTULO 3 LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO DE PECULADO</b> .....                 | 27 |
| 3.1. Delito especial de infracción de deber.....                                        | 27 |
| 3.2. Imputación objetiva: Equivalencia acción-omisión .....                             | 29 |
| 3.2.1. Elementos típicos del Peculado Doloso: El Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116.....   | 29 |
| 3.2.2. Elementos típicos del Peculado Culposos: El Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116..... | 31 |
| 3.3. Imputación subjetiva al rol .....                                                  | 32 |
| 3.4. <i>Iter criminis</i> : adelanto de la punibilidad.....                             | 33 |
| 3.5. Intervención delictiva .....                                                       | 35 |
| 3.5.1. Autoría .....                                                                    | 35 |
| 3.5.2. La intervención del extraneus en el delito de peculado .....                     | 36 |
| 3.5.2.1. La teoría de la ruptura del título de imputación .....                         | 37 |
| 3.5.2.1.1. Críticas a la teoría de la ruptura del título de imputación .....            | 38 |
| 3.5.2.2. Teoría de la unidad del título de imputación .....                             | 40 |
| 3.5.2.2.1. Críticas a la teoría de la ruptura del título de imputación .....            | 42 |
| 3.6. Toma de posición.....                                                              | 44 |
| 3.6.1. Delitos comunes de dominio.....                                                  | 45 |
| 3.6.2. Delitos especiales de dominio.....                                               | 45 |
| 3.6.3. Delitos comunes de infracción de deber .....                                     | 47 |
| 3.6.4. Delitos especiales de infracción de deber .....                                  | 48 |
| <b>CONCLUSIONES</b> .....                                                               | 55 |
| <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....                                                               | 57 |

## INTRODUCCIÓN

Mediante el Acuerdo Plenario N° 04-2005-CJ-116, la Corte Suprema de nuestro país estableció algunos criterios generales para determinar la imputación en el delito de peculado, tanto en su forma dolosa como imprudente. Dichos criterios, sin embargo, resultan todavía insuficientes para dar solución a toda la problemática del delito de peculado. Tal es así que la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de desarrollar importantes aportes para la fundamentación dogmática de dicho delito.

Es en esa línea que se enmarca el objetivo del presente trabajo. Establecer lineamientos dogmáticos para encauzar el avance y desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema. Por ello, consideramos imprescindible tomar como punto de partida material la distinción entre competencia por organización y competencia institucional. Al respecto, cabe decir que progresivamente se ha ido generando un considerable consenso respecto a la no utilidad de la tesis del *dominio del hecho* en la imputación penal del delito de peculado y, de modo general, de todos los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Bajo este orden de ideas, a lo largo del presente trabajo desarrollamos también los demás aspectos dogmáticos propios del delito de peculado, tales como la irrelevancia de la acción y la omisión, el adelanto de la punibilidad, la imputación al rol, la intervención del *extraneus*, etc. El objetivo del presente trabajo, entonces, radica en delimitar las características que corresponden a este delito partiendo de

una teoría general del derecho penal, como lo es la distinción material entre competencia por organización y competencia institucional. Este punto de partida metodológico implica que los problemas de imputación en los delitos de peculado culposo y peculado doloso pueden encontrar soluciones más justas y más eficaces en la lucha contra la corrupción. A modo de ejemplo: si la determinación de la imputación subjetiva se lleva a cabo con base en criterios normativos de imputación, evitaremos dar lugar a vacíos de punibilidad. Asimismo, si la intervención delictiva es abordada con base en la distinción material entre competencia por organización y competencia institucional, evitaremos respuestas inconsistentes e incoherentes con los principios básicos del Derecho Penal.

## CAPÍTULO 1

### CONSIDERACIONES BÁSICAS SOBRE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

#### 1.1. Presupuestos básicos del dominio del hecho

A partir de una revisión literal de nuestro CP, pareciera que éste asume -siguiendo la clasificación de las teorías diferenciadoras- la tesis roxiniana del “dominio del hecho”<sup>1</sup>, criterio a partir del cual se distingue entre tres clases de dominio: dominio de la acción (autoría directa), dominio de la voluntad (autoría mediata), y dominio del hecho funcional (coautoría)<sup>2</sup>. Estas directrices dogmáticas han sido plasmadas en el artículo 23º del CP, donde se establece que: “El que realiza por sí (autoría directa) o por medio de otro (autoría mediata) el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente (coautoría) serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción”.

---

<sup>1</sup> Partidario de esta teoría, Abato Vásquez, Manuel, *Los Delitos Contra la Administración Pública*, p. 40.

<sup>2</sup> Vid. ROXIN, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, pp. 149 y ss; críticamente CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, pp. 54-53: “La teoría del dominio del hecho logró aplacar una vieja aspiración de encontrar un criterio de autoría que cobijara en su seno tanto lo subjetivo como lo objetivo del hecho unidos en un único criterio de imputación. Por esta razón no es casual que la teoría del dominio del hecho lograra imponerse rápidamente como postura dominante en la doctrina y en la jurisprudencia alemanas, incluso hasta nuestros días, al punto de identificarse usualmente la autoría con el dominio del hecho”.

Considera Roxin que autor directo es quien “ejecuta [el hecho] por completo, libremente y de propia mano”<sup>3</sup> Aquí, la realización de la acción típica de propia mano “fundamenta” la autoría. Sin embargo, existen casos –continúa Roxin- “en los que falta precisamente la “acción” ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora”<sup>4</sup>.

Se sostiene, además, que “entre las dos regiones periféricas del dominio de la acción y de la voluntad, que atienden unilateralmente sólo al hacer exterior o al efecto psíquico, se extiende un amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni una ni otra clase de dominio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa en la realización del delito en los que la acción típica la lleva a cabo otro”<sup>5</sup>. Se distinguen así dos grupos de casos: la cooperación en la fase ejecutiva (Coautoría) y la cooperación en la fase de preparación (complicidad). Sin embargo, el dominio del hecho se encontraba muy lejos de ser el criterio que fundamente adecuadamente la imputación penal, y así lo reconocería el propio Roxin.

## **1.2. El ocaso del dominio del hecho y las primeras formulaciones acerca de la teoría de los delitos de infracción de deber**

Si no se quiere caer en las imprecisiones que pudieran derivarse del uso de una terminología común para designar construcciones dogmáticas diversas, la aproximación a la discusión científica sobre la categoría de los «delitos de infracción de deber» requiere, de entrada, distinguir entre su formulación original llevada a cabo por *Roxin* y el punto de inflexión trazado en los posteriores estudios de *Jakobs* y sus discípulos<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Vid. CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 150.

<sup>4</sup> Vid. CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 164: Agrega que (p. 303) el dominio de la voluntad se puede manifestar a través de tres formas: 1. Sirviéndose de un ejecutor forzando su voluntad; 2. Configurando el hecho en virtud del conocimiento más amplio, pasando por encima de la mente del otro; 3. A través de la instrumentalización de ejecutores fungibles en el marco de maquinarias de poder dominadoras.

<sup>5</sup> Vid CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 303.

<sup>6</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 25-26.

La teoría de los delitos de infracción de deber fue fundada por *Claus Roxin* hace cuarenta y tres años y en la actualidad se ha impuesto en la doctrina. La jurisprudencia, entre tanto, viene asumiéndola crecientemente, pues se trata de una construcción teórica que permite solucionar con solvencia los problemas de autoría y participación en delitos cuyos tipos penales contienen deberes especiales<sup>7</sup>. En este planteamiento los delitos especiales fueron refundidos en la nueva categoría de *delitos consistentes en la infracción de un deber*, que es definida a partir del fundamento de la restricción del círculo de autores, que –a su vez– es cifrado exclusivamente en la titularidad de un deber extrapenal<sup>8</sup>. Efectivamente, fue el propio Roxin quien en 1963 empleara por primera vez en el Derecho penal la categoría de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikten*)<sup>9</sup>, después de llevar a cabo una investigación –en su ya clásico *Täterschaft und Tatherrschaft*– acerca de la existencia de delitos que responden a otro criterio distinto al dominio del hecho<sup>10</sup>: “el dominio del hecho no puede ofrecer un criterio idóneo de delimitación entre autoría y participación para todos los delitos y sus tipos”<sup>11</sup>.

De este modo, señala Roxin como ámbitos impenetrables a la operatividad del criterio del dominio del hecho: los delitos culposos, los delitos de omisión, los delitos de propia mano, y los delitos de deber. A diferencia del resto de tipos penales (delitos comunes que Roxin equipara a los *delitos de dominio*), en los delitos especiales o de infracción de deber la idea del dominio del hecho no rige como criterio para determinar la conducta típica de autoría; mas, también en estos casos, se dice que el fundamento de la punición consiste en la lesión de un bien jurídico<sup>12</sup>.

Roxin, al enfrentarse al problema de la intervención del *extraneus* en delitos especiales concluye que hay figuras en las que el autor —la figura central del suceso acaecido—, no es quien domina el hecho. En

---

<sup>7</sup> PARIONA ARANA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, p. 95.

<sup>8</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 26.

<sup>9</sup> CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, pp. 49-50.

<sup>10</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, p. 28.

<sup>11</sup> ROXIN, *Dogmática Penal y Política Criminal*, pp. 362-364.

<sup>12</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 26.

efecto, en los delitos en que se requiere una calidad especial en quien realiza la conducta ocurre que si quien tiene el dominio del hecho es un sujeto que no goza de dicha calidad —es un *extraneus*—, en virtud del principio de legalidad no podrá ser sancionado como autor por el tipo correspondiente<sup>13</sup>.

El contenido de estos delitos se deriva a partir de la existencia de deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: «se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho»<sup>14</sup>. Roxin cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios<sup>15</sup>, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. En esta clase de delitos, el obligado es tal en virtud de una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en «figura central» del suceso de la acción<sup>16</sup>. De todo esto deduce Roxin que el criterio del dominio del hecho no es un “principio universal” para determinar la figura central del suceso, ni, por tanto, la autoría<sup>17</sup>. Los delitos de infracción de deber tratan de proteger la “capacidad de función” de diversos “campos de la vida que ya se encuentran preformados”, mientras que, en los delitos de dominio, el autor quebranta un espacio que, “según el Derecho, debiera haber dejado intacto”<sup>18</sup>.

Tal sería el caso, por ejemplo, de una persona que, por medio de coacción (autor mediato), obtiene de un juez el pronunciamiento de una sentencia injusta. Esto se explica porque se trata de delitos en cuya configuración no se atiende a la naturaleza externa del comportamiento, sino que el fundamento de la sanción reside en el incumplimiento de las

---

<sup>13</sup> OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena, en *Política Criminal*, 1 (2006), p. 3.

<sup>14</sup> CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 54.

<sup>15</sup> Citando a ROXIN: “La categoría dogmática de los delitos de infracción de deber no se orienta al resultado del mundo exterior, o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor, *v.gr.*, en el rol de funcionario (...)”, en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, p. 29.

<sup>16</sup> Cfr. CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, pp. 54-55.

<sup>17</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, p. 28; también, JAKOBS, *El ocaso del dominio del hecho*, pp. 89 y ss.

<sup>18</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, p. 31.

prestaciones ligadas a un determinado rol social especial. Estas figuras son las que Roxin denomina delitos de infracción de deber: «tipos penales en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal que existía ya con anterioridad a [la formulación] del tipo». Delitos que se estructuran sobre la base de la infracción de un deber especial que recae sobre ciertas personas, “deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas”. El resto de los ilícitos penales, en cambio, tiene como fundamento el deber general de respetar las normas<sup>19</sup>.

Sin embargo, en la formulación roxiniana de los delitos de infracción de deber, no es posible hallar un fundamento que nos diga en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejándose en manos del legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, puesto que finalmente – y a juicio de Roxin-, es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador el de si conforma un delito como de dominio del hecho o como de infracción de deber<sup>20</sup>. Por tanto, la existencia o no de un delito de infracción de deber se infiere de la interpretación del correspondiente tipo penal de la parte especial<sup>21</sup>.

Los delitos de infracción de deber así formulados por Roxin, dejan abiertas muchas cuestiones fundamentales. Al respecto, hacemos nuestras las observaciones de Sánchez-Vera: “¿Qué se entiende por una posición de deber? ¿Cuáles son las posiciones de deber existentes? ¿Se pueden éstas reconducir a un principio superior? Y es que, en general, no todos los aspectos han sido suficientemente aclarados, sino que algunas respuestas parecen más bien producto de la intuición: ¿Es *per se* la formulación de un tipo penal *siempre* relevante para su clasificación como delito de dominio o de infracción de deber? ¿A qué criterios se encuentra supeditado el legislador? En efecto, la breve argumentación de Roxin que hemos visto va dirigida esencialmente al intérprete de la Ley; pero, ¿y el legislador?, ¿cómo debe adoptar su decisión?, ¿cómo saber, en

---

<sup>19</sup> OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena, en *Política Criminal*, 1 (2006), p. 4 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 55; también, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, p. 33.

<sup>21</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, p. 34.

definitiva, si debe o no positivizar un delito como infracción de deber?”<sup>22</sup>.

Con estas limitaciones, y sin responder a dichas interrogantes, es que la doctrina peruana tradicional<sup>23</sup> asumió el planteamiento de Roxin, a partir del cual intentó, prácticamente sin mayor éxito, encontrar una solución a los problemas generados por la intervención de los *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública. Los inconvenientes dogmáticos al momento de procesar y juzgar los graves casos de corrupción suscitados en el país, no se hicieron esperar, demostrando así la insuficiencia de los criterios penales aplicados.

### **1.3. La confusión entre delitos especiales y delitos de infracción de deber**

De acuerdo a la dogmática tradicional, con respecto a los “delitos especiales” (a los cuales se confunde con los “delitos de infracción de deber”), podemos distinguir dos clases: delitos especiales propios y delitos especiales impropios.

#### **1.3.1. Delitos especiales propios**

Se afirma que en estos delitos la cualidad del autor fundamenta el injusto penal<sup>24</sup>, por lo que se predica de ellos el hecho de no tener un tipo penal equiparable entre los delitos comunes, el mismo que pueda eventualmente aplicarse al sujeto activo que no reuniera la calidad exigida por el tipo especial. Como

---

<sup>22</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, pp. 34-35. Del mismo modo, OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena, en *Política Criminal*, 1 (2006), p. 4 y ss: «Pero estos delitos de infracción de deber no configuran un concepto diferente de autor, sino que son sólo una forma diversa de estructuración de los tipos penales. En ellos, el fundamento último de la punibilidad es también la lesión del bien jurídico, en tanto que el incumplimiento del deber especial fundamenta tan sólo la autoría».

<sup>23</sup> Vid. ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos Contra la Administración Pública*, pp. 39-52; posteriormente, SALINAS SICCHA, *Delitos Contra la Administración Pública*, Lima: Grijley, 2009, pp. xli y ss.

<sup>24</sup> ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos Contra la Administración Pública*, pp. 41-42.

ejemplo de delitos especiales propios se señala los delitos de Prevaricato (Art. 418° CP), Enriquecimiento Ilícito (Art. 401° CP), Abuso de Autoridad (376° CP), entre otros.

### 1.3.2. Delitos especiales impropios

De acuerdo con la doctrina tradicional, son aquellos que sí tienen delitos equiparables entre los delitos comunes, por lo que la cualidad solamente equivale a un elemento adicional que agrava (o eventualmente atenúa) el injusto ya existente en un “delito común”, de tal manera que si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común<sup>25</sup>. A modo de ejemplo, tenemos el delito de concusión (Art. 382° CP), el cual es un delito especial impropio porque puede ser equiparable al delito común de coacción. Ambos coinciden en su “núcleo duro”, esto es, el modo de comisión, el cual viene dado por la utilización de violencia moral al usuario del servicio.

Los delitos especiales, sean propios o impropios, tienen como nota característica el que solamente pueden ser cometidos por sujetos cualificados, esto es, por un sujeto que reúnen determinadas condiciones o cualidades, en este caso, el tener la condición de funcionario público. Ahora bien, como no podía ser de otra manera, esto dio lugar a serios problemas respecto a cuál debe ser el tratamiento dogmático para solucionar los casos en los cuales un *extranei* “interviene” en un delito especial contra la administración pública.

## 1.4. Los aportes de Jakobs

Más que un desarrollo, la clasificación bifronte propuesta por Roxin ha sufrido una reelaboración en el sistema funcional normativista de *Jakobs*, y en el posterior impulso dado por sus discípulos a la categoría de los *delitos de infracción de deber*<sup>26</sup>. Así, Un rasgo fundamental en la

---

<sup>25</sup> ABANTO VÁSQUEZ, *Los Delitos Contra la Administración Pública*, p. 42.

<sup>26</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 27.

teoría de la imputación objetiva de Jakobs, y que se encuentra en la base de su sistema funcionalista, es la concepción del injusto no como la mera lesión de un bien<sup>27</sup>, sino como la infracción de un rol.

Las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta aspectos individuales<sup>28</sup>. Pues, como estas expectativas (como todas) se dirigen a personas, es decir, a portadores de un rol, “la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol”<sup>29</sup>.

En este nuevo esbozo, la responsabilidad por *dominio de una organización* y por *vinculación institucional* a un bien no se deduce de la descripción formal contenida en los tipos penales de la Parte Especial, sino que, en principio, todos los delitos pueden ser cometidos por infracción de una competencia organizativa o institucional, según cómo se encuentre relacionado el interviniente con el titular del bien afectado por la defraudación de la expectativa normativa: relación negativa (separación de esferas) o positiva (vinculación de esferas)<sup>30</sup>.

A este efecto, Jakobs distingue entre roles comunes (si bien propiamente existe un único rol común: el general, de ciudadano fiel al Derecho) y roles especiales. La distinción entre estos dos tipos de roles obedece al hecho de que las expectativas normativas de conducta en la constitución actual de la sociedad están configuradas en dos ámbitos<sup>31</sup>. Por un lado, existe un ámbito general de libertad de organización y, por otro, existen determinados ámbitos institucionales, los cuales se configuran de modo más específico.

---

<sup>27</sup> Como lo era en VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, p. 252: “El delito es, además, un acto *contrario al derecho*; es decir, un acto que, contraviniendo, formalmente, a un mandato o prohibición del orden jurídico, implica, materialmente, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”.

<sup>28</sup> JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, p. 54.

<sup>29</sup> JAKOBS, *La Imputación Objetiva en Derecho Penal*, p. 67.

<sup>30</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 28.

<sup>31</sup> GARCÍA CAVERO, en *Sistemas Penales Iberoamericanos*, pp. 311-314.

### 1.4.1. Del concepto de “dominio” al concepto de “competencia”

Los criterios que en el planteamiento de *Roxin* fundamentan la delimitación de la autoría son redefinidos en el sistema de *Jakobs* como estructuras de imputación penal, concibiéndose los delitos de dominio como infracción de *competencias en virtud de organización* y los delitos de infracción de deber como quebrantamiento de *competencias institucionales*<sup>32</sup>.

#### 1.4.1.1. Competencia por organización

Primero hay que considerar que entre los varios deberes generales que incumben a toda persona, por ser persona, el más general es el de no lesionar a los demás en sus bienes: *neminem laede*. Si alguien hace un uso arbitrario de su libertad, dañando los bienes de los demás, se le puede atribuir responsabilidad penal y deberá responder en razón del quantum de lo organizado. Este es el caso de los delitos de organización —que se corresponden con los denominados por *Roxin* como delitos de dominio— en que el fundamento de la imputación es una organización defectuosa en que “el autor, por ser causante, amplía su ámbito de organización sin consideración a terceras personas y a costa de éstas”. En suma, ellos responden a la relación sinalagmática que existe entre libertad de organización, por una parte, y responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice, por otra.<sup>33</sup>

Se trata del ámbito general cuyo contenido obedece a la expectativa de que todas las personas mantengan en orden su círculo de organización para que no se produzcan efectos exteriores perjudiciales contra terceros. Se trata, por ende, de un ámbito de organización que puede ser administrado libremente por su titular, y cuyo límite es el

---

<sup>32</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 27.

<sup>33</sup> Cfr. OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena, en *Política Criminal*, 1 (2006), p. 5 y ss

deber de abstenerse de lesionar a los demás, es decir, el deber de no arrogarse un ámbito de organización ajeno (*neminem laede*)<sup>34</sup>.

Sólo podemos hablar de injusto penal cuando una persona se arroga un ámbito de competencia ajeno. Por esta razón, una lesión que no se produce por arrogación del ámbito de organización de otro, sino que ella es producto de una autoorganización de la otra persona responsable, sólo aparentemente vulnera la norma jurídica que protege el bien personal. Siguiendo a Hegel con su premisa, “sé persona y respeta a los demás como personas”, podemos deducir entre otras cosas, que cada cual puede y debe modelar su vida privada y esto lo puede hacer de propia mano o bajo el régimen de división de tareas<sup>35</sup>.

El quebrantamiento de este deber general da lugar a la denominada *responsabilidad en virtud de organización* (responsabilidad basada en deberes generales), por haber negado el autor aquellas normas que imponen a todos respeto frente a sus congéneres: no mates, no lesiones, no robos, etc. Es este el primer fundamento de la responsabilidad penal en el sistema de Jakobs, cuyo equivalente, en lenguaje *roxiniano*, lo constituirían los delitos de dominio<sup>36</sup>.

#### **1.4.1.2. Competencia institucional**

Los delitos de infracción de deber, en cambio, tienen como fundamento de la imputación de responsabilidad una lesión del deber de comportamiento solidario que se exige en favor de un determinado bien jurídico, en virtud de una relación de carácter institucional. “En estos delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio

---

<sup>34</sup> Cfr. PINEDO SANDOVAL, en VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, p. 22 y ss.

<sup>35</sup> LÓPEZ DÍAZ, en Revista del CENIPEC, 25 (2006), p. 142.

<sup>36</sup> PINEDO SANDOVAL, en VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, p. 22 y ss.

ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente”. La defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber que surge de un estatus determinado. Existe una relación positiva entre el autor y el bien protegido, que da lugar al surgimiento de deberes de protección y favorecimiento del bien colocado dentro de la esfera jurídica de la persona especialmente obligada, quien no sólo debe abstenerse de dañarlo, sino que debe velar por su integridad frente a cualquier amenaza de peligro o de lesión<sup>37</sup>.

Como explica López Díaz, con estos deberes se pretende proteger al igual que en los delitos de infracción de deber, relaciones permanentes y jurídicamente reconocidas de una sociedad, las cuales han sido denominadas en sentido estricto instituciones. Todas estas instituciones están reguladas positivamente en la Constitución, la ley, decretos o reglamentos, al menos de forma incipiente, y tienen por finalidad garantizar la protección de determinadas expectativas que se refieren al mantenimiento de determinados bienes importantes para el desarrollo de la sociedad en cuestión. Su protección está garantizada en la mayoría de los casos desde el punto de vista penal y disciplinario<sup>38</sup>.

El quebrantamiento de un rol especial origina la *responsabilidad en virtud de competencia institucional* (responsabilidad fundamentada en deberes especiales), según la cual los competentes responderán a título de autores, puesto que están obligados de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito en común. Se trata, en suma, de los delitos de infracción de deber, en los cuales, el fundamento de la imputación jurídico-penal radica, precisamente, en la *lesión del deber institucional*. En este sentido, nos apartamos de la consideración de Roxin, para

---

<sup>37</sup> OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena, en *Política Criminal*, 1 (2006), p. 5.

<sup>38</sup> LÓPEZ DÍAZ, en *Revista del CENIPEC*, 25 (2006), p. 159.

quien la *lesión del deber* es solamente un criterio formal para determinar la autoría del hecho<sup>39</sup>.

Un Derecho penal orientado a la protección de la identidad normativa de la sociedad a la que sirve, necesariamente ha de estructurar su sistema de imputación en función al modo en que se encuentran vinculados los destinatarios de sus expectativas, sea en base al *rol general de ciudadano* o a un *rol especial*. Por ello, la distinción entre delitos comunes y delitos especiales, anclada en criterios formales, no puede ser asimilada a la diferenciación material entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, que atiende al modo en que el destinatario debe cumplir la expectativa de conducta garantizada en la norma penal, esto es, si para no defraudarla basta con que no empeore la situación de un bien (obligación que deriva del rol general de ciudadano) o, si además de ello, debe procurar su mejora (obligación que deriva de un rol especial)<sup>40</sup>.

#### **1.4.2. Distinción entre “delitos especiales” y “delitos de infracción de deber”**

Resulta necesario diferenciar a los delitos de infracción de deber de las figuras delictivas conocidas como «delitos especiales». Los delitos especiales implican una mera modificación formal respecto a los delitos comunes. Dicha distinción discurre en el plano analítico formal y tiene como base las posibilidades de configuración de las expectativas normativas, que bien pueden dirigirse de modo generalizado a cualquier persona, o bien formularse de manera particularizada respecto a un grupo específico de destinatarios<sup>41</sup>. Los delitos de infracción de deber, por

---

<sup>39</sup> Cfr. PINEDO SANDOVAL, en *VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología*, p. 24.

<sup>40</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 28-29.

<sup>41</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 23-24.

el contrario, implican un giro total respecto a los delitos de dominio, el cambio en ellos es radical<sup>42</sup>.

La división entre *delitos comunes* y *delitos especiales* es ya tradicional en la dogmática penal, y surgió con base a la idea de que la autoría de ciertos delitos no puede ser atribuida a cualquier persona, sino solamente a los sujetos que reúnen las cualidades físicas o jurídicas descritas formalmente en los tipos legales de la Parte Especial<sup>43</sup>. A este respecto, subraya Caro John que, mientras que los deberes positivos ocupan el centro de los delitos consistentes en la infracción de un deber, el núcleo de los delitos especiales lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor, o de la acción, o bien la forma en que un determinado objeto de bien jurídico puede ser lesionado. Por tanto, no deben equipararse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales porque ello sólo evidencia «una confusión de planos, pues mientras la dicotomía “delitos comunes/delitos especiales” se basa en condicionamientos formales establecidos por el legislador, la dicotomía “delitos de dominio/delitos de infracción de deber” sí recoge una diferenciación material»<sup>44</sup>.

A diferencia de Roxin, Jakobs entiende que la infracción de un deber institucional no es sólo una regla para determinar la autoría sino, sobre todo, el fundamento de la imputación jurídico-penal<sup>45</sup>. En ese sentido, la distinción de delitos comunes y delitos especiales tiene un fundamento distinto a la distinción entre delitos de infracción de deber y delitos de dominio; de ahí precisamente que un delito común tampoco puede ser igual a un delito de dominio. Efectivamente, la delimitación de las conductas prohibidas a través de la exigencia de determinadas cualidades personales en el destinatario no obedece a razones materiales sino que se trata simplemente de un uso lingüístico del legislador<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Cfr. GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa*, p. 41.

<sup>43</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 23.

<sup>44</sup> CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Pena.*, p. 63.

<sup>45</sup> OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena, en *Política Criminal*, 1 (2006), p. 5.

<sup>46</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 24.

El análisis dogmático de los tipos penales debe respetar la mencionada separación entre planos formales y materiales, pues una confusión de tales niveles analíticos anularía todo el rendimiento distintivo al que aspira la categoría de los delitos especiales. Efectivamente, si se tiene en cuenta que el proceso de normativización del tipo penal emprendido por la dogmática penal moderna ha demostrado que el *estatus* de *garante* es condición necesaria para la autoría de todo delito, la introducción de consideraciones materiales en tal categoría formal llevaría a concluir que todos los tipos penales describen delitos especiales, en tanto en cuanto sólo puede ser autor quien es garante o incumbente<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> REAÑO PESCHIERA, Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias, p. 31.

## CAPÍTULO 2

### LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO INSTITUCIÓN ESTATAL FUNDAMENTAL

#### 2.1. Precisiones sobre la Administración Pública como objeto de protección penal

El bien jurídico del delito de peculado no se cuenta dentro de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como delito cometido contra la Administración Pública por funcionario público, donde el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados<sup>48</sup>. Sujeto pasivo del presente delito es, por tanto, la propia Administración Pública, en cuanto titular del bien jurídico de la función pública, de la que dimana el derecho-deber a la exigencia del correcto ejercicio de la actividad administrativa, por parte de los titulares a los que la misma corresponde. De modo adicional y secundario puede ser también eventualmente afectado con la conducta típica el propio administrado, en la esfera de los legítimos intereses administrativos que conforme a derecho le asistan, y sobre los que incida, perjudicándolos, la arbitraria resolución recaída<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, p. 171-172.

<sup>49</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, p. 471-472.

Si efectuamos una interpretación exegética de los delitos previstos en el Título XVIII del Código Penal, sin dudar uno afirmaría que lo que se pretende proteger es la administración pública. En esa inteligencia, cabe preguntar qué se entiende por administración pública y qué aspecto de la misma es materia de protección jurídico-penal, esto es, ¿protegemos la institución (visión organicista), su funcionalidad (visión funcionalista), ambos (visión mixta)?<sup>50</sup>. En consideración nuestra, debe convenirse que funcionalmente, cuando se habla de Administración Pública se está haciendo referencia al concepto más general de “función pública”<sup>51</sup>.

De este modo, nos adherimos al concepto de administración pública como sistema vivo y dinámico, dirigido, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos. Esta situación evidencia que en el interior del sistema administrativo no todo culmina en una prestación de servicios sino que comparte mecanismos de regulación de sus propias entidades y con sus propias instancias, desde este punto de vista puede ser afectado por terceros. Es decir, por administración pública debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos<sup>52</sup>.

Por tanto, por función pública debe entenderse el mecanismo a través del cual se manifiestan las potestades públicas en el ejercicio de la autoridad inherente al Estado, atribuidas por la ley a los servidores públicos o a los particulares, dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo de la organización política<sup>53</sup>. En el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso

---

<sup>50</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, p. 78.

<sup>51</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 65.

<sup>52</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, p. 78.

<sup>53</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 65.

de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad<sup>54</sup>.

Con el concepto de función pública se pretende abarcar, en sentido amplio, todo lo que “atañe al Estado”<sup>55</sup>. La Administración Pública es percibida como realidades normativas que están al servicio del ciudadano. Esto significa que el funcionario o servidor público –en su relación con la Administración Pública- debe promover mecanismos que permitan un desarrollo real de los ciudadanos. La lesión de la correcta prestación de servicios posterga las expectativas del ciudadano de acceder a logros concretos dentro del sistema<sup>56</sup>.

La Administración Pública como una institución estatal elemental se hace presente ante las personas para cubrir sus expectativas precisamente a través del servicio que prestan sus funcionarios. Entre la administración pública y el funcionario tiene lugar una relación institucional de la que brotan una serie de deberes y expectativas de aseguramiento.

En este sentido, el aseguramiento de estas expectativas se sitúa en la primera línea del deber del funcionario. Es así que los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos, como pueden ser los jueces, fiscales, miembros de las fuerzas armadas y policiales, alcaldes, congresistas, etc. (en general aquellos comprendidos en las disposiciones comunes del art. 425 CP) no deben ser calificados como simples «delitos especiales», puesto que el ilícito cometido por ellos no tiene nada que ver con la realización de una simple descripción típica de las cualidades de la persona y de la acción, sino que más bien se relaciona con la infracción de un deber asegurado institucionalmente que impone a los funcionarios y autoridades la observancia de las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, p. 172.

<sup>55</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 65.

<sup>56</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, p. 172

<sup>57</sup> CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 65.

### **2.1.1. Funciones de la Administración Pública**

En consideración de Feijoo Sánchez<sup>58</sup>, La Administración Pública como bien jurídico protegido puede desempeñar dos principales funciones:

- a) Una función dogmático-hermenéutica y de ordenación sistemática. Su principal cometido sería servir como elemento de ayuda para delimitar el contenido de los distintos preceptos de la parte especial de acuerdo con una interpretación teleológica.
- b) Una función político criminal de crítica a que ciertos bienes se protejan penalmente o función trascendente al sistema. Por ejemplo, las famosas discusiones suscitadas en épocas de reforma en Alemania (años 60 y 70) y España (años 70 y 80) no fueron más que una polémica sobre los intereses que habían dejado de ser dignos de protección penal tal y como se habían desarrollado estas sociedades.

## **2.2. El funcionario público como portador de deberes institucionales**

### **2.2.1. El concepto penal de funcionario público**

Para determinar quién puede ser autor del delito de Peculado, más allá de lo señalado por el Derecho administrativo, debemos sujetarnos a lo descrito por el artículo 425° del Código Penal; es decir, son funcionarios o servidores públicos:

- Los que están comprendidos en la carrera administrativa,
- Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular,
- 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 y

---

<sup>58</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, en *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, p. 14.

que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos,

- Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, v) Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y
- Los demás indicados por la Constitución Política y la ley. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el tipo penal no exige la relación funcional con los instrumentos de trabajo, siendo suficiente que se hallen destinados al servicio en el ámbito de competencia de aquel.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 388° hace extensivos los alcances del tipo penal, en calidad de autores, a los contratistas de una obra pública o a sus empleados, siempre que los instrumentos de trabajo pertenezcan al Estado o a cualquier dependencia pública. En ese sentido, solamente podrá ser auto del delito de peculado el funcionario público y no un *extraneus*. Al respecto, en la Casación N° 782-2015-Del Santa, publicada con fecha de fecha 6 de julio de 2016, la Corte Suprema precisó que:

«(...) en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad»<sup>59</sup>.

Por estas razones, corresponde delimitar cuidadosamente que el agenta reúna los requisitos para ser considerado funcionario público *–intraneus–* de modo que se le pueda imputar objetiva y subjetivamente la infracción del deber funcional. En consecuencia, tienen la condición de funcionario público, para propósitos jurídico-penales y desde una perspectiva eminentemente funcional, quienes reúnen las siguientes condiciones: a) Poseen título habilitante o de incorporación; y b) Ejercen función pública.

---

<sup>59</sup> Fund. 10 de la Casación N° 782-2015-Del Santa.

Se trata, pues, de requisitos concurrentes o *co-constitutivos* del concepto de funcionario público que propone el Derecho Penal<sup>60</sup>.

### **2.2.1.1. El título habilitante**

El título que permite o faculta el ejercicio de una función pública puede provenir de tres diversas fuentes: La Ley, la elección o el nombramiento o delegación de autoridad competente. Justamente es la existencia del título legitimante la que da origen al ejercicio de la función pública; en otras palabras: “el modo de incorporación resulta constitutivo de la cualidad de funcionario público y le dará el sentido real de elemento normativo en cuanto ejercicio real de la función pública. A través del título habilitante resulta posible “vincular jurídicamente a un sujeto con la organización estatal”<sup>61</sup>.

### **2.2.1.2. El ejercicio de la función pública**

Esta segunda exigencia deriva del concepto funcional adoptado en virtud del cual, además de la existencia de un título habilitante, es indispensable que el autor –de hecho– ejerza funciones en la Administración Pública, aunque aquél ejercicio sea temporal, fragmentario o poco relevante. Esto es fundamental dada la articulación funcional que se da a los delitos contra la Administración Pública<sup>62</sup>.

En efecto, la exigencia del efectivo ejercicio de la función pública como condición para la calificación del agente como funcionario público para efectos penales se sustenta necesariamente en el imperio del principio de ofensividad: Sólo quien participa en el ejercicio de la

---

<sup>60</sup> REYNA ALFARO, en *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Idemsa/Centro de Estudios Penales, p. 77.

<sup>61</sup> REYNA ALFARO, en *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Idemsa/Centro de Estudios Penales, p. 77 y ss.

<sup>62</sup> REYNA ALFARO, en *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Idemsa/Centro de Estudios Penales, p. 81.

función pública tiene la capacidad de afectar el bien jurídico protegido. Esta condición nos lleva a examinar más adelante algunas problemáticas específicas<sup>63</sup>.

### 2.2.2. El funcionario público como garante institucional

Los delitos de funcionarios son delitos de infracción de deber. La calificación como delitos de infracción de deber une a todos los delitos de funcionarios, ya que, como se infiere sin más de la teoría de la infracción de deber, si bien no todos los delitos de infracción de deber son delitos de funcionarios, todos los delitos de funcionarios lo son de infracción de deber<sup>64</sup>. En consecuencia, lo decisivo para determinar la conducta típica en los delitos de infracción de deber es la posición jurídica que ocupa el interviniente en relación al titular del bien afectado, de la que dimanen deberes especiales que vinculan esferas organizativas autónomas y exigen prestaciones positivas al obligado institucional, y cuyo incumplimiento fundamenta su responsabilidad penal<sup>65</sup>.

Enrique Bacigalupo señala que, «los tipos penales de los delitos de funcionarios deben alcanzar comportamientos que, en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo» o judicial de acuerdo con los principios del Estado de Derecho, clasificando, por tanto, a estos delitos como de infracción de deber<sup>66</sup>. El fundamento del injusto del funcionario público no viene dado *–per se–* por la arrogación o usurpación de una esfera de libertad ajena, sino que se le sanciona por no haber procurado la mejora de la institución. Así, el injusto típico de peculado se configura con el quebrantamiento de los deberes de lealtad y probidad que gravan a todo funcionario

---

<sup>63</sup> REYNA ALFARO, en *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Idemsa/Centro de Estudios Penales, p. 81.

<sup>64</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, p. 471.

<sup>65</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 33.

<sup>66</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, p. 471.

público, y que en este ámbito se concretan en la obligación de disponer correctamente del patrimonio estatal que administra<sup>67</sup>.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en su conocida sentencia del 13 de noviembre de 2001 (Ponente: Montealegre Lynett)<sup>68</sup>, recoge también, de manera muy convincente, la moderna teoría de los delitos de infracción de deber, señalando que:

«Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas de la sociedad», aclarando que «se trata de deberes positivos, porque, al contrario que los deberes negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos, debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos»

Se afirma que actualmente se vive un proceso inverso al que ocurrió cuando el delito de omisión impropia se construyó con base en la dogmática del delito de comisión, pues desde hace algún tiempo los estudios dogmáticos vienen destacando la exigencia de una *posición de garante* también en el delito de comisión activa, tradicionalmente pensada sólo para la comisión omisiva<sup>69</sup>. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana<sup>70</sup> ha afirmado correctamente –en relación con el quebrantamiento de los deberes del Estado como delitos de infracción de deber- que:

«El Estado puede ser garante (competencia institucional) cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado social y democrático de derecho. Por ejemplo, es irrenunciable la protección de la vida e integridad de todos los habitantes del territorio y la defensa de la seguridad interior y exterior de la nación. Como el Estado no puede responder directamente en el campo penal, el juicio recae en el titular de la función correspondiente [...] En consecuencia, si un miembro de la fuerza pública, que tiene dentro de su ámbito de responsabilidad el deber

---

<sup>67</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 30.

<sup>68</sup> Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, p. 471-472.

<sup>69</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 31.

<sup>70</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, p. 472.

de resguardar un sector de la población amenazada por grupos al margen de la ley, no inicia la acción de salvación cuando ostenta los medios materiales para hacerlo, se le imputan los resultados lesivos (las graves violaciones a los derechos humanos) que estos cometieran en contra de los habitantes».

A esta tendencia subyace el reconocimiento de la escasa virtualidad de la causalidad naturalista –propia de un concepto causal mecánico de injusto que cifra la lesividad en la modificación del mundo externo como criterio de imputación- y la idea de que lo decisivo para la configuración del injusto penal es la imputación o adscripción de la relación de causalidad en un plano normativo o valorativo<sup>71</sup>. Por el contrario, y más aún en el caso del delito de peculado, la protección penal se extiende al conjunto de funciones ordenadas y ejecutadas por la totalidad de los órganos del Estado, de allí que se afirme que el objeto de la protección en los delitos contra la Administración Pública resulte siendo el normal y correcto desarrollo de la función pública<sup>72</sup>.

En este orden de ideas, la realización del delito de peculado no requiere la constatación de un resultado material o de la modificación del mundo exterior. La mera constatación que un sujeto ha causado mecánicamente un resultado lesivo para un objeto jurídicamente protegido aún no posee significado penal alguno, sino que es preciso valorar dicha conducta en el plano normativo, esto es, vincularla con un deber de evitar dicho *output* lesivo, que dependiendo de la configuración concreta del *status quo* de la organización podrá presentarse como una obligación de omitir o de actuar<sup>73</sup>.

En un Estado de Derecho el ejercicio de la función pública es normativo y el funcionario o servidor público debe viabilizarla de acuerdo a ley, con eficiencia, probidad, rectitud, honestidad, transparencia, lealtad y responsabilidad<sup>74</sup>. De este modo, el sujeto que realiza de propia mano los elementos externos del tipo no

---

<sup>71</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 31.

<sup>72</sup> HUGO ÁLVAREZ, *El delito de peculado*, p. 58.

<sup>73</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 32.

<sup>74</sup> HUGO ÁLVAREZ, *El delito de peculado*, p. 58.

responderá por el resultado físicamente causado cuando dicho suceso lesivo no le incumba en razón de haber administrado su esfera organizativa dentro de los límites permitidos y no encontrarse institucionalmente vinculado con el titular que ha sufrido la pérdida del bien<sup>75</sup>.

Para ser considerado funcionario público a efectos penales es indispensable haber desempeñado funciones públicas y, además, previamente haber asumido el cargo con las formalidades de ley<sup>76</sup>. Estos agentes quedan vinculados positivamente a la actividad del Estado y asumen una serie de deberes institucionales. Si bien dichos deberes institucionales son de naturaleza *altamente personal*, en ocasiones su delegación puede tener efectos liberalizadores para el obligado originario y fundamentar una nueva posición de garantía respecto al delegado, siempre que se respeten los procedimientos de delegación previstos por la institución que se trate. De este modo, sólo quienes hayan asumido efectivamente una posición institucional dentro del marco fijado por ella pueden ser penalmente responsables de la infracción de los deberes que de ella dimanar<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 32: «Dicho de otro modo, no responde porque no es posible fundamentar una posición de garantía. A menudo, en la mayoría de supuestos de comisión activa el posicionamiento del autor como *garante* es tan evidente que tal presupuesto puede pasar desapercibido, puesto que en tales casos casi siempre la posición de garantía surge de la propia acción. Sin embargo, si la producción – incluso consciente y de propia mano– del resultado lesivo no es consecuencia de una administración defectuosa del ámbito de organización personal, en tanto lo organizado esté dentro de los límites del riesgo permitido, ni el interviniente se halla vinculado institucionalmente a la víctima, entonces decae la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a quien en términos naturalistas *causó* dicho resultado; sino que, a lo sumo, podrá imputarse la infracción simple o cualificada de deberes de solidaridad (arts. 126° y 127° CP)»

<sup>76</sup> HUGO ÁLVAREZ, *El delito de peculado*, p. 80.

<sup>77</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 33-34

## CAPÍTULO 3

### LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO DE PECULADO

#### 3.1. Delito especial de infracción de deber

El tipo penal del artículo 387° del Código Penal tipifica el peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa. Al delito de peculado doloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se “apropia” o “utiliza”, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya administración o custodia se le encarga por el cargo funcional que desempeña<sup>78</sup>. Como hemos visto anteriormente, nos encontramos frente a un delito especial de infracción de deber, tesis que viene siendo respaldada por la jurisprudencia nacional.

En la Ejecutoria Suprema del 12 de abril de 2010, textualmente se señala:

«(...) se trata de un delito de infracción de deber con la necesaria obligación de acreditar el vínculo funcional del servidor público con el bien objeto de apropiación, ante la ausencia absoluta de dicha prueba, el fallo absolutorio se encuentra plenamente justificado»<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, p. 164.

<sup>79</sup> R.N. N° 2062-2009-Lima.

En la actualidad, casi nadie ha defendido el carácter puramente patrimonial del delito de peculado, sin que más bien su naturaleza se ha concebido desde una perspectiva dual. Por una parte, se destaca el aspecto patrimonial, puesto que la conducta se proyecta sobre caudales o efectos públicos, pero, por otra, se acepta también como componente codefinidor del mismo la deslealtad del funcionario, en cuanto infracción de los deberes específicos de custodia y gestión de los caudales públicos que tienen a su cargo por razón de sus funciones. Por lo que a esta última dimensión se refiere, cabe indicar que el sustrato homogéneo a todos los delitos de funcionarios se centra en el correcto ejercicio de la actividad administrativa, en la función pública como razón de ser de su imputación en última instancia. Ahora bien, resulta difícil hacer referencia al correcto ejercicio de la actividad administrativa o a la función administrativa al servicio de la sociedad, sin tener en cuenta los concretos deberes que obligan al funcionario<sup>80</sup>.

En este orden de ideas, no es correcto afirmar, sin más, que se trata de un “delito especial”, pues ello supondría estancarnos en plano formal. Lo correcto es decir que se trata de un “delito especial de infracción de deber”. La categoría de los *delitos de infracción de deber* refiere a criterios materiales de imputación que se deducen de la función social que cumple el Derecho penal, consistente en garantizar la separación y vinculación de esferas de organización<sup>81</sup>.

Por tanto, es incorrecto sostener la existencia de la clasificación entre *delitos de infracción de deber propios e impropios*<sup>82</sup>. Cuando se afirma que el tipo de peculado ha sido pergeñado por el legislador de 1991 como *delito especial propio* y que a la vez constituye un *delito de infracción de deber*, se alude a distintos planos analíticos que impiden equiparar ambas clasificaciones como si de una se derivara necesariamente la otra<sup>83</sup>. Si bien quien no tenga la cualidad de funcionario público no podrá ser considerado autor de un delito especial

---

<sup>80</sup> Cfr. ROCA DE AGAPITO, en *Delitos contra la Administración Pública*, p. 411.

<sup>81</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención*, p. 25.

<sup>82</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 474.

<sup>83</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención*, p. 22.

como el peculado<sup>84</sup>, la consideración de un tipo penal como delito especial atiende exclusivamente a su estructura formal, mientras que la clasificación de deber despliega sus efectos a nivel de las estructuras materiales de imputación<sup>85</sup>.

En efecto, ya que tanto en el caso del denominado delito de infracción impropio como en el del propio nos hallamos así mismo ante el quebrantamiento de una institución positiva estatal de fomento y ayuda a un determinado bien jurídico, la distinción que tradicionalmente se venía realizando entre delitos de funcionarios propios e impropios resulta, cuanto menos, superflua, amén de que si se quieren inferir conclusiones de ella las mismas resultarán equivocadas. En todos los delitos de funcionarios la infracción de deber *fundamenta la pena* y no sólo la eleva, como se sostiene para los –mal- llamados delitos de funcionarios impropios. No se puede decir que allí donde haya un tipo denominado básico y luego otro referido a los funcionarios estemos ante un caso de agravación para los funcionarios, pues se trata de un delito totalmente diferente: en el –mal- denominado tipo básico, un delito de dominio; en el delito de funcionario, un delito de infracción de deber<sup>86</sup>.

### **3.2. Imputación objetiva: Equivalencia acción-omisión**

#### **3.2.1. Elementos típicos del Peculado Doloso: El Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116**

Respecto de la configuración típica del delito de peculado doloso, la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116, estableció lo siguiente:

«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:

---

<sup>84</sup> GÓMEZ MÉNDEZ/GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 128.

<sup>85</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención*, p. 22-23.

<sup>86</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 474.

- a) *Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional 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.

No basta para realizar el tipo la formalidad de ser funcionario o autoridad, sino que el injusto sólo existe si el funcionario o la autoridad infringen los deberes propios del cargo. El tipo de injusto se basa en la infracción de un deber específico por razón del cargo y no en un hecho realizado “con ocasión” del ejercicio del cargo. Si el funcionario no actúa en el marco de sus competencias, desde un punto de vista valorativo no existen diferencias con un particular y el comportamiento, por tanto, será valorativamente equivalente al de una persona ajena a la Administración Pública. Con base en esta idea se puede diferenciar, por ejemplo, entre el delito de malversación (delito especial) y el delito de hurto (delito común) aunque la persona que realice la sustracción sea un funcionario que se encuentra en horas de trabajo<sup>87</sup>.

- b) *La percepción*, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

*La administración*, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

*La custodia*, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

- c) *Apropiación* o utilización. 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. En el segundo caso: *utilizar*, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.
- d) El destinatario: *para sí*. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el 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.

---

<sup>87</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, en *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, p. 30.

- e) *Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero<sup>88</sup>. Los *efectos*, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables».

### 3.2.2. Elementos típicos del Peculado Culposo: El Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116

Por su parte, en el mismo Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116 se estableció respecto del peculado culposo lo siguiente:

«En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público” como elementos Componentes Típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

a) *La sustracción*. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

b) *La culpa del funcionario o servidor público*. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. *Habrà culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público».*

En los delitos de funcionarios, como delitos de infracción de deber que son, existe una equiparación absoluta entre el comportamiento que quebranta el deber por medio de una omisión y aquél que lo hace a través de una acción. Esta cuestión no es ya una cuestión de dogmática jurídico-penal, sino más bien de lógica jurídica: si un funcionario debe cumplir un deber positivo, su

---

<sup>88</sup> Según REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*, p. 252: “Los causales comprenden toda clase de bienes, no reducen su contenido al dinero, aunque sí debe tratarse de objetos dotados de valor de naturaleza económica. En este caso, los viáticos, que son asignaciones de dinero, tienen propiamente la calidad de caudales públicos, pues egresan del Tesoro Público para mejorar las condiciones de trabajo del empleado designado para realizar una comisión de servicio”.

incumplimiento se puede verificar tanto si actúa en contra de lo que el deber le impone (acción) como si simplemente no actúa para cumplirlo (omisión)<sup>89</sup>.

Este se puede verificar en el art. 387° del CP que amenaza con pena al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, de caudales o efectos del Estado cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo. La referencia al provecho ajeno no debe dejar lugar a dudas: el funcionario que deja que sea un tercero quien tome los bienes, puesto que él, como funcionario, se halla en posición de garante, responderá igualmente por no impedir. La acción de apropiarse o utilizar se ha de equiparar a la de omitir impedir el resultado que puede ser producido así mismo por un tercero.

Así lo ha entendido el propio legislador *de forma expresa*, también respecto del delito de peculado por uso del artículo 388 del CP. En este tipo penal, se castiga expresamente del mismo modo al “servidor público que indebidamente use” (acción) que al que “permite que otro use” (omisión).

### 3.3. Imputación subjetiva al rol

Problema clásico de ciertos delitos de funcionarios es el de la imputación subjetiva. Nuestro Código Penal contempla el delito de peculado doloso y culposo. El peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados a su cargo<sup>90</sup>. El delito de peculado culposo, por su parte, se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión que un tercero sustraiga de la Administración Pública, caudales o efectos que están

---

<sup>89</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 474.

<sup>90</sup> SALINAS SICCHA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 366.

confiados a él en razón del cargo que ostenta para el Estado<sup>91</sup>. ¿Cómo distinguir, pues, si el funcionario tenía ánimo de apropiación o no?

Pues bien, a pesar de lo que habitualmente se cree, la prueba del dolo se resuelve en los delitos de funcionarios de igual manera, o incluso más: de forma precisamente más sencilla, que en los delitos comunes de dominio. En efecto, la imputación subjetiva que se ha de realizar tiene como referente, como principio de identificación, un determinado rol, el rol de funcionario de una determinada administración, de un juez o magistrado, etc., por lo que la imputación podrá basarse simplemente en ese rol<sup>92</sup>. En ese sentido, se tiene que acreditar dentro del proceso penal, cuando menos, que el autor actuó mediante negligencia, imprudencia o impericia en el hecho investigado, pues si el funcionario o servidor público tenía conocimiento de los hechos de sustracción de caudales o efectos por parte de otras personas, y no obstante ello permite que otras personas hagan sustracciones; este hecho será considerado, ya no como autor del delito de peculado culposo, sino de autor del delito de peculado doloso<sup>93</sup>.

### **3.4. *Iter criminis*: adelanto de la punibilidad**

Al ser el Peculado un delito de resultado, es perfectamente posible que –en el caso del Peculado Doloso– éste se quede en grado de tentativa. A modo de ejemplo, estaremos ante una tentativa cuando el agente, estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo<sup>94</sup>. Dicho en otras palabras, la sola infracción de sus deberes estatales por parte del funcionario, aún sin acaecimiento de posterior perjuicio, ya fundamenta una responsabilidad penal en grado de tentativa (art. 16° CP), puesto que la afectación al erario público sólo es relevante para la verificación del resultado lesivo. Dicho con un ejemplo, el funcionario público que ofrece

---

<sup>91</sup> BENAVENTE CHORRES/CALDERÓN VALVERDE, *Delitos de corrupción de funcionarios*, p. 165.

<sup>92</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 478.

<sup>93</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 391.

<sup>94</sup> SALINAS SICCHA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 371.

dinero del Estado a un particular ya es punible como autor de peculado en grado de tentativa, y ello aunque el particular se niegue a aceptar dichos caudales<sup>95</sup>.

Asimismo, y por esta razón, la punibilidad del *extraneus* como partícipe de un delito de peculado sólo puede apreciarse cuando en alguna medida haya proporcionado la entrega de los caudales, pues de otro modo su aporte no sería decisivo para el quebrantamiento del deber por parte del funcionario. Dicho con otro ejemplo, el particular que sólo se limita a recibir una suma de dinero, sin haberla solicitado directa o indirectamente al funcionario o sin haber participado en alguna negociación previa a su entrega, interviene luego de la infracción del deber institucional, y consiguientemente su aceptación sólo tiene relevancia en el marco de los delitos patrimoniales o de encubrimiento<sup>96</sup>.

ROJAS VARGAS señala que las formas de tentativas inacabadas o frustradas, de tentativa acabada y desistimiento, son perfectamente verificables, dada la fragmentación de actos ejecutivos para consumar el delito. 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<sup>97</sup>. En lo que respecta al delito de peculado culposo, sin embargo, por más que el funcionario público o servidor público haya podido realizar un comportamiento negligente, imprudente, con respecto al cuidado y vigilancia de los caudales o efectos del Estado, y sin embargo, esto no ha permitido que terceras personas –*extraneus*- hayan podido sustraer de manera dolosa dichos caudales, no habrá peculado culposo con respecto al funcionario o servidor público, pues tiene que haberse realizado la respectiva sustracción del caudal o efectos de los terceros, tiene que haber salido efectivamente de los ámbitos de custodia y vigilancia de la Administración Pública. Una opinión en contrario, daría pie a que se repriman penalmente meros actos de tentativa o interrupciones en el proceso ejecutivo en el marco de un delito culposo o imprudente<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención*, p. 30.

<sup>96</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención*, p. 30.

<sup>97</sup> ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 344.

<sup>98</sup> Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 402.

Al protegerse un bien jurídico supraindividual en la mayoría de los preceptos no se exige una lesión del correcto funcionamiento de la Administración Pública para la consumación. El legislador penal ha decidido proteger ciertos presupuestos básicos con independencia de su carácter lesivo en el supuesto concreto. Más bien, se vela por mantener las condiciones indispensables para que la Administración Pública pueda llevar a cabo su labor constitucional<sup>99</sup>.

### 3.5. Intervención delictiva

#### 3.5.1. Autoría

Los funcionarios o servidores públicos que no estén vinculados funcionalmente con los bienes del Estado no son pasibles de cometer peculado a título de autores. Sus actos se tipifican como delitos comunes que pueden ser de apropiación ilícita o hurto<sup>100</sup>. Por el contrario, distinto es el caso de quien tiene que ocuparse de una determinada institución positiva, respondiendo en caso contrario como autor, lo hará en el supuesto de que él mismo cause el daño, pero también, naturalmente, en el supuesto de que no salve el bien protegido por la institución positiva que se encuentre en peligro, y finalmente también cuando ayude a un tercero a dañar el bien. En este último caso, a pesar de que su acción fue *aparentemente* de ayuda, responderá también como autor<sup>101</sup>.

Esta conclusión ha sido adoptada –acertadamente– por el legislador de forma expresa en el delito de peculado. Así, el artículo 388 del CP peruano dispone que es reo del delito de peculado por uso el funcionario o servidor público que indebidamente use o permite que otro use bienes del Estado, de tal modo que cuando permite que otro use no es calificado su

---

<sup>99</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, en *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, p. 17.

<sup>100</sup> SALINAS SICCHA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 366.

<sup>101</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, en *El Funcionalismo en Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 458-486.

comportamiento como de complicidad, sino, correctamente, como de autoría.

### 3.5.2. La intervención del *extraneus* en el delito de peculado

El tema de la autoría y la participación se complica en aquellos casos en los cuales un tercero no cualificado (*extraneus*) “interviene” en la configuración de un hecho delictivo que está estructurado sobre la base de una determinada calidad especial exigida para ser destinatario de la norma subyacente al tipo penal. Es en estos casos en donde se vislumbran claramente las deficiencias de la teoría tradicional –del dominio del hecho– seguida por nuestro CP.

Las tesis planteadas en el curso de investigaciones fiscales, parlamentarias y judiciales seguidas contra el ex – asesor Montesinos y los directivos de medios de comunicación social, congresistas, magistrados, alcaldes, candidatos políticos, y otros personajes que se beneficiaron de caudales públicos durante el pasado régimen, defienden, por un lado, esquemas de imputación que valoran fragmentariamente los aportes de los intervinientes, considerando que únicamente pueden ser responsabilizados por delito de peculado aquellos sujetos que ostentan la condición de funcionario público administrador de caudales, mas no los particulares que propiciaron su entrega, quienes a lo sumo podrían ser responsabilizados por un delito de receptación; y, por otro lado, modelos que a partir de una valoración unitaria del suceso proponen la atribución del delito de peculado a todos los participantes en el evento, distinguiendo niveles de intervención<sup>102</sup>.

En otras palabras, hasta el día de hoy, la discusión se ha llevado a cabo utilizando conceptos dogmáticos obsoletos que en modo alguno se ajustan a la realidad actual de la criminalidad. Así, la insuficiencia dogmática, legislativa y jurisprudencial existente en nuestro país –aunado ello a la gran conmoción social que generan los actos de corrupción– se observa en el intento por evitar, a como de lugar, la impunidad del *extraneus* que interviene en un delito de

---

<sup>102</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención*, p. 21-22.

infracción de deber; y ello con la agravante que implica el llegar a dicha solución sin respetar las garantías que constituyen el límite del *ius puniendi*, esto es, fundamentalmente, los principios de legalidad y de proporcionalidad<sup>103</sup>.

Para dilucidar el tema de quién es autor y quién es partícipe en los delitos especiales contra la administración pública (los cuales, como ya hemos observado, son confundidos por la doctrina con los delitos de infracción de deber), se han visto enfrentadas dos grandes teorías, estas son, la teoría de la ruptura del título de imputación y la teoría de la unidad del título de imputación. Ambas teorías han ofrecido distintas soluciones, las mismas que, sin embargo, son comprensibles solamente atendiendo a la lógica tradicional en la que se desarrollan, y que hemos explicado anteriormente.

### 3.5.2.1. La teoría de la ruptura del título de imputación

Según esta teoría<sup>104</sup>, un *extranei* nunca podrá ser tenido como autor ni como partícipe en los delitos especiales contra la administración pública. El *extranei*, en el peor de los casos, tendrá que responder por el delito común, en caso se trate de un *delito especial impropio* contra la administración pública. Ello significa de plano que si el sujeto activo es un *extranei* que interviene como autor o partícipe de un *delito especial propio* contra la administración pública, no quedará más remedio que la impunidad<sup>105</sup>.

Un primer argumento de esta teoría señala que el *extranei* no puede responder por delitos especiales porque el

---

<sup>103</sup> Vid., REYNA ALFARO, en *Comentarios a la Legislación Anticorrupción*, p. 84.

<sup>104</sup> Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y Participación*, p. 251.

<sup>105</sup> Cfr. PINEDO SANDOVAL, en VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, p. 18 y ss. Cabe señalar, sin embargo, que tal doctrina fue modificada a nivel jurisprudencial con posterioridad, por lo que, en la actualidad, para esta teoría, se acepta sin mayores problemas la punibilidad del *extraneus* según el delito principal. Mayores referencias en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, p. 236

tipo penal de éstos no lo permite. El tipo penal limitaría esa posibilidad en aras del principio de legalidad. Por otra parte, un segundo argumento lo encontramos en la existencia de un límite que vendría dado por las reglas de incomunicabilidad de circunstancias y cualidades personales, lo que impediría considerar como sujeto activo a un *extranei* en el caso de un delito especial contra la administración pública; pues esta incomunicabilidad, que establece el artículo 26° CP, no lo permitiría. A modo de ejemplo: imaginemos que un funcionario público se apropia de caudales que tiene a su cargo, para lo cual recibe el apoyo de un *extranei*. Según la teoría de la ruptura del título de imputación el funcionario responderá por delito de Peculado, y como quiera que el *extranei* no pudiera ser partícipe del delito de Peculado, tendría que ser responsable penalmente a título de cómplice del delito común de apropiación ilícita. Solamente así se cumpliría la exigencia que plantea esta teoría. Es decir, el *extranei* no responde como autor porque no está considerado como funcionario ni como servidor público, y tampoco puede ser partícipe del delito de peculado porque el tipo penal no lo permitiría<sup>106</sup>.

#### **3.5.2.1.1. Críticas a la teoría de la ruptura del título de imputación**

Sin embargo, se objeta que ese *extranei* respondería a título de partícipe de un delito que no se ha cometido, sería cómplice del delito de apropiación ilícita, el cual no se ha cometido, puesto que lo que se ha cometido ha sido un delito de peculado. Se critica así, siempre desde una óptica tradicional, que la teoría de la ruptura de la imputación desconoce la característica “más notoria” de la participación, esto es, la

---

<sup>106</sup> Cfr. PINEDO SANDOVAL, en *VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología*, p. 18 y ss.

“accesoriedad”, pues, el partícipe siempre será un responsable accesorio respecto del autor<sup>107</sup>.

Bajo esa misma óptica se plantea la cuestión de ¿Qué sucedería si es el *extranei* quien se apodera de una suma de dinero del Estado que está siendo administrada por un funcionario público, limitándose este funcionario público a prestarle un auxilio? De acuerdo la teoría tradicional, es el *extranei* quien tiene el dominio del hecho (llega a la caja, saca el dinero, lo pone a buen recaudo, lo traslada a su domicilio, etc), por lo tanto, éste es quien tendría que responder como autor del delito de Hurto (Art. 185° CP), mientras que el *intranei* debe responder como cómplice del delito de Peculado (Art. 387 CP°)<sup>108</sup>.

Ahora bien, la mayoría de las críticas que se hacen a esta teoría hacen hincapié en que en los delitos especiales propios contra la administración pública, el *extranei* siempre terminará siendo impune, no responderá ni como autor ni como partícipe. Ejemplo: La persona que instiga a un Juez para que prevarique porque tiene interés en esa resolución, y consigue efectivamente que el Juez dicte la resolución prevaricadora, será impune. En atención a lo expuesto, tendríamos que concluir que esta teoría es bastante riesgosa so pretexto de ampararse en el principio de legalidad, ocasionando un grave vacío de punibilidad<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Cfr. PINEDO SANDOVAL, en *VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología*, p. 19 y ss.

<sup>108</sup> Cfr. PINEDO SANDOVAL, en *VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología*, p. 19 y ss.

<sup>109</sup> Cfr. PINEDO SANDOVAL, en *VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología*, p. 19 y ss.

### 3.5.2.2. Teoría de la unidad del título de imputación

Esta teoría sostiene que el *extranei* sí puede ser partícipe del delito especial contra la administración pública. Las razones para ello serían fundamentalmente dos:

En primer lugar, la norma que subyace al tipo penal especial también está dirigida al *extranei* en materia de delitos contra la administración pública, en razón a que el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública”, es un bien jurídico trascendente para la convivencia social, para la existencia y el desarrollo mismo del Estado y, en consecuencia, no solamente se debe reconocer como tal sino que, además, tanto particulares como funcionarios públicos deben tener presente dicha máxima para no vulnerarla<sup>110</sup>.

La segunda razón es que la famosa tesis de que la incomunicabilidad prevista en el artículo 26° CP es eminentemente personalísima y no es transmisible o comunicable, no es aplicable para los efectos de la autoría ni la participación, puesto que ello no tiene relación con el tema concreto de la tipicidad. La incomunicabilidad está absolutamente vinculada con el tema de la culpabilidad; por tanto, al estar, el tema de la autoría y la participación dentro del ámbito de la tipicidad y no de culpabilidad, no es aplicable la regla prevista en el artículo 26° CP. Se afirma que quienes defienden la tesis de la incomunicabilidad como elemento determinante para impedir que *extranei* pueda ser comprendido y considerado, para los efectos de sanción penal, en los delitos especiales propios contra la administración de justicia, incurren en un grave error puesto que el artículo 26° CP no está vinculado al tema de la autoría y participación sino más bien al tema de la culpabilidad<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Cfr. PINEDO SANDOVAL, en *VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología*, p. 20 y ss.

<sup>111</sup> Cfr. PINEDO SANDOVAL, en *VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología*, p. 20 y ss.

Otro aspecto que resulta importante señalar es que esta teoría busca consagrar definitivamente la característica de “accesoriedad” de la participación pero en función del delito real que se ha cometido, siendo ello el motivo por el cual la doctrina mayoritaria la considera como la teoría de más aceptación, al permitir sancionar como corresponde tanto al *intranei* como al *extranei*, sin dejar lugar a la impunidad, solución perniciosa en una sociedad como la nuestra en que uno de los grandes temas es el tema de la corrupción<sup>112</sup>. En ese sentido, se señala que: «Los particulares que instiguen o colaboren con los funcionarios que no tienen vinculación funcional con los bienes del Estado, serán partícipes (instigadores o cómplices) del delito común perpetrado»<sup>113</sup>.

Es esta, a grandes rasgos la solución que la doctrina tradicional ha intentado ofrecer a la problemática de la intervención de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber, los cuales son confundidos por esta misma doctrina con los delitos especiales. De acuerdo con este punto de vista: «Los particulares (*extraneus*) que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente con los bienes estatales responden a título de complicidad del delito de peculado cometido. Sólo complicidad. No hay diferencia entre complicidad primaria y secundaria como se hace en la teoría del dominio del hecho, la misma que no sirve para explicar los delitos de infracción de deber»<sup>114</sup>.

Esta teoría ha sido respaldada por la jurisprudencia peruana. A modo de ejemplo, cabe citar la Ejecutoria Suprema del 14 de enero del 2003, donde la Corte Suprema señala:

---

<sup>112</sup> Cfr. PINEDO SANDOVAL, en *VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología*, p. 20 y ss.

<sup>113</sup> SALINAS SICCHA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 366.

<sup>114</sup> SALINAS SICCHA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 366.

«la participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26° del Código Penal»<sup>115</sup>.

### 3.5.2.2.1. Críticas a la teoría de la ruptura del título de imputación

El gran problema de las teorías de la ruptura y de la unidad del título de imputación ha sido el partir de la consideración de que la diferencia entre autor y partícipe se encuentra en un plano cualitativo. Se habla así de un “hecho principal” (cometido por el autor o autores/con dominio del hecho) y un “hecho accesorio” (cometido por el partícipe o partícipes/sin dominio del hecho). Conforme se afirma erróneamente: “La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores”<sup>116</sup>.

Esta lógica basada en la accesoriad de la participación y la teoría del dominio del hecho ha sido asumida por el legislador nacional<sup>117</sup>, siendo ello respaldado por la doctrina tradicional la cual afirma que “toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia”<sup>118</sup>. En ese

---

<sup>115</sup> Ejecutoria Suprema del 14 de enero del 2003 recaída en el Expediente N° 3203-2002-Lima.

<sup>116</sup> SALINAS SICCHA, *Delitos Contra la Administración Pública*, p. xviii.

<sup>117</sup> ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 4.

<sup>118</sup> SALINAS SICCHA, *Delitos Contra la Administración Pública*, p.1, quien formula un razonamiento contradictorio, puesto que más adelante afirma: “Aceptar que los actos de complicidad de los particulares asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la autonomía de la imputación)

sentido, por ejemplo, SALINAS SICCHA señala que: «Los funcionarios o servidores públicos que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado. En este último supuesto sólo en calidad de cómplices. Es obvio que en los delitos de infracción de deber no se hace diferencia entre complicidad primaria o secundaria como en la teoría del dominio del hecho. En la teoría de infracción del deber solo hay partícipes ya sea como instigadores o como cómplices»<sup>119</sup>.

Sin embargo, esta solución representa en la actualidad una doble incoherencia valorativa. Porque sancionar al extraneus según el mismo título por el que se castiga al intraneus en un delito especial propio implica, por una parte, que a ambos se les juzga con igual parámetro, a pesar de que en el primero no concurren las circunstancias personales que fundamentan el ilícito en cuestión y, en particular, a pesar de que en su caso no existe una infracción del deber específico del autor. Por otra parte, esto entraña un tratamiento desigual del partícipe no cualificado según se esté ante un delito especial propio o impropio. En el primer caso, se le sanciona con el mismo rigor que al intraneus, mientras que en el segundo su responsabilidad resulta atenuada, porque la pena se fija de conformidad con un delito común de menor severidad. En otras palabras, se atenúa la responsabilidad penal cuando la calidad especial sólo modifica la gravedad del hecho, mientras que ello no ocurre cuando la fundamenta<sup>120</sup>.

---

implicaría hacer una doble tipificación sobre la base de un solo hecho (...)». *Sin subrayado en el original.*

<sup>119</sup> SALINAS SICCHA, en *Delitos contra la Administración Pública*, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 366.

<sup>120</sup> OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena, en *Política Criminal*, 1 (2006), p. 2 y ss.

### 3.6. Toma de posición

Nuestro punto de partida, de acuerdo a lo expuesto *supra*, es que en cuanto a la intervención delictiva en los delitos de dominio resulta necesario abandonar la idea tradicional de que el autor y el partícipe realizan injustos distintos<sup>121</sup>. Tanto autor como partícipe son igual de competentes por la realización del delito, el fundamento para castigar a ambos es el mismo: ambos configuran conjuntamente el hecho, el cual atenta contra la vigencia de la norma, haciendo necesario una reacción contrafáctica. El grado o nivel de dominio fáctico desplegado por cada interviniente en el hecho, a lo sumo, puede considerarse un criterio cuantitativo a efectos de determinar la pena aplicable, ello de la mano con la exigencia plasmada en nuestro CP acerca de la necesidad de individualización y proporcionalidad de la pena. En el caso de los delitos de infracción de deber, el dominio del hecho no tiene lugar. Solamente el portador del deber institucional puede ser autor: el deber es personalísimo. Se formula entonces, nuevamente, el problema: ¿Qué hacer con el *extraneus* que interviene en un delito especial de infracción de deber?

En este orden de ideas, de acuerdo con lo dicho, para JAKOBS, el criterio decisivo para la atribución de responsabilidad es el rol, entendido éste como «un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por sujetos intercambiables». Sólo la defraudación de las expectativas referidas al rol que desempeña un sujeto concreto es imputable a éste, ya que, en una sociedad compleja, caracterizada por contactos total o parcialmente anónimos, sólo el recurso al rol puede hacer posible la orientación<sup>122</sup>.

La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber recoge una diferenciación material reflejo de la propia realidad social. La interpretación de una figura como delito de dominio o de infracción de deber no está determinada por la forma de tipificación, sino que depende de la institución, positiva o negativa, que le sirve de fundamento. Así, aun cuando los delitos de infracción de deber se

---

<sup>121</sup> GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho penal*, p. 585.

<sup>122</sup> VÁSQUEZ SHIMAJUKO, en línea:

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20130908\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130908_03.pdf)

expresan típicamente como delitos especiales, en casos excepcionales pueden no serlo. Es lo que sucede, por ejemplo, con el delito de omisión del deber de socorro, delito común de infracción de deber, en cuanto sería expresión de un deber institucional común a todos los ciudadanos: la solidaridad. Otro tanto ocurre, más en general, en los supuestos de tipos formulados como delitos comunes que se convierten en delitos de infracción de deber cuando el interviniente es un obligado especial. A la inversa, también existen delitos especiales que siguen siendo delitos de dominio porque no responden a la configuración de un deber institucional. Es el caso, por ejemplo, de los delitos de apropiación indebida o quiebra<sup>123</sup>.

### **3.6.1. Delitos comunes de dominio**

Podemos tomar como ejemplo los delitos de homicidio (Art. 106° CP), lesiones (Arts. 121°, 122° CP), hurto (Art. 185°), robo (Art. 188°), etc. Se trata de delitos en los cuales no se atenta contra una determinada institución. Simplemente, los respectivos autores quebrantan su *neminem laede*, esto es, el deber negativo de no dañar al otro, de administrar el propio ámbito de organización de manera responsable y sin arrogarse ilegítimamente un ámbito de libertad ajeno.

### **3.6.2. Delitos especiales de dominio**

El delito especial se imputa como un delito de dominio si es que el fundamento de la imputación sigue siendo, como en los delitos comunes, el dominio de un riesgo prohibido. En este orden de ideas, la única particularidad del delito especial es que el riesgo prohibido se incardina en una estructura social especial, de manera tal que el dominio no lo tiene, en principio, cualquiera, sino determinadas personas con acceso a la estructura social especial<sup>124</sup>. En efecto, la cuestión de que los delitos especiales pertenecen al grupo de los delitos de dominio (son una mera modificación formal

---

<sup>123</sup> OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena, en *Política Criminal*, 1 (2006), p. 13.

<sup>124</sup> GARCÍA CAVERO, en *Anuario de Derecho Penal: La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú*, 2009, p. 118 y ss.

de éstos), se hace evidente cuando el tipo penal, al cerrar los contornos de sus fronteras mediante la descripción de las cualidades del autor y de la forma en que la acción ha de ser desarrollada, permite que el autor se mueva dentro del tipo como dueño y señor del hecho, siendo relevante para la configuración del injusto las lesiones en los bienes de terceros que se deriven de la incorrecta administración de su ámbito de organización<sup>125</sup>.

Así, algunos tipos que presentan la estructura formal de un delito especial admiten que las expectativas en ellos aseguradas sean defraudadas por la gestión defectuosa de la organización propia o asumida, de modo que la distinción entre autores y partícipes deberá realizarse con base al criterio del dominio sobre el riesgo prohibido<sup>126</sup>. García Caveró señala como ejemplo el delito de fraude concursal doloso en su modalidad de ocultación de patrimonio (artículo 209, inciso 1 del Código Penal) es un delito especial, en la medida en que exige la calidad especial de deudor sometido a un procedimiento concursal para poder cometerlo. Pero el fundamento de la imputación penal de este delito especial sigue siendo el dominio del riesgo de lesión de los intereses patrimoniales de otros (los acreedores), por lo que se castiga al deudor por haber organizado su patrimonio de una manera tal que defrauda los intereses patrimoniales de sus acreedores<sup>127</sup>.

Por su parte, Caro John<sup>128</sup> señala como ejemplo de delito especial de dominio el delito de apropiación ilícita (art. 190° CP) que sólo lo puede cometer el depositario, comisionista o administrador. Si bien en este caso tanto el depositario como el comisionista y el administrador tienen la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado de un bien mueble, no por eso son «obligados especiales» en el sentido de los delitos de infracción de deber, porque la obligación a que se refiere el tipo no se basa en ninguna institución, ni se deriva de ningún deber positivo, es decir, el autor no se encuentra en una relación institucional con el bien

---

<sup>125</sup> Cfr. CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 64.

<sup>126</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 29.

<sup>127</sup> GARCÍA CAVERO, en *Anuario de Derecho Penal: La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú*, 2009, p. 119.

<sup>128</sup> Cfr. CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 64.

mueble puesto bajo su esfera jurídica, sino solamente en una relación jurídica de organización que surge del acuerdo previo entre el titular del bien y la persona que asume voluntariamente la calidad especial de depositario, comisionista o administrador.

En tales casos, la restricción formal de la órbita de destinatarios se explica por la posición de proximidad que ocupan ciertos sujetos respecto al interés tutelado, mas no en una vinculación institucional. Por ello, pese a tratarse de un delito especial, quien no posea la cualificación formal puede ser autor en tanto asuma una posición de dominio sobre el riesgo típico<sup>129</sup>.

### 3.6.3. Delitos comunes de infracción de deber

Puede haber tipos formulados como delitos comunes que se convierten en delitos de infracción de deber cuando quien interviene es un obligado especial<sup>130</sup>. Así, por ejemplo, la muerte de un hijo menor de edad es siempre delito de infracción de deber para los padres. Pero, por otra parte, no resulta suficiente la existencia de deberes aislados para configurar un delito esta clase, por lo que no todo delito especial configura a su vez un delito de infracción de deber. Para ser tal ha de tratarse de deberes relacionados con una institución que determine el estatus de la persona. “Un estatus sólo se alcanza cuando el deber sancionado jurídico-penalmente forma parte de un haz de relaciones institucionalmente aseguradas (funcionario, padre, madre, tutor, la persona en quien se deposita la confianza, etc.), o

---

<sup>129</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 29.

<sup>130</sup> GARCÍA CAVERO, en *Anuario de Derecho Penal: La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú*, 2009, p. 119: «El delito especial es, por el contrario, un delito de infracción de un deber si el fundamento de la imputación no está en el dominio del riesgo, sino en la infracción de un deber institucional. Si el padre deja morir ahogado a su hijo de apenas seis años de edad en la piscina, la imputación penal no se hará por el dominio del riesgo prohibido, sino por la infracción de un deber especial de auxilio que surge de la relación paterno-filial constituida por la institución social de la familia. Al obligado institucional se le hace penalmente responsable por haber dejado de cumplir con el deber específico impuesto por la institución social correspondiente que, en este caso, consiste en el cuidado de la persona y patrimonio de los hijos que se encuentran bajo la patria potestad».

bien, integra a un obligado en una institución (el testigo, en los delitos de testimonio, como cooperador con la Administración de Justicia...)»<sup>131</sup>.

En ese sentido, un aspecto importante de los delitos de infracción de deber es que no es necesario que el deber se encuentre legalmente tipificado. Si bien los tipos regulan por lo común la prohibición general de no dañar *neminem laede*, sin embargo, puede plantearse detrás de ellos la existencia de una institución, lo que conduce a sostener que la determinación del delito de infracción de deber no depende de si el deber se encuentre positivizado o no<sup>132</sup>. A modo de ejemplo, tenemos los artículos 121-B y 122-B del CP, los cuales están referidos a la represión del delito de lesiones llevado a cabo en el seno de la institución familiar.

De modo inverso, los delitos de infracción de deber pueden presentar la estructura formal de un delito común, de forma tal que las expectativas normativas de contenido institucional se dirijan a cualquier persona. Ello, por ejemplo, ocurre en el tipo de omisión del deber de socorro, cuya punibilidad se fundamenta en la lesión de una institución positiva común a todos los ciudadanos: la solidaridad. Lo decisivo para el juicio de imputación penal no es pues la forma en que se dirigen las expectativas, sino el modo en que sus destinatarios deben cumplirlas<sup>133</sup>.

#### **3.6.4. Delitos especiales de infracción de deber**

Jakobs habla aquí de “delitos especiales en sentido estricto”<sup>134</sup>. Son casos en que los deberes propios de una institución están más claramente positivizados, constituyendo un ejemplo paradigmático de ello los deberes correspondientes a la función

---

<sup>131</sup> OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena, en *Política Criminal*, 1 (2006), p. 5.

<sup>132</sup> Cfr. CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 65.

<sup>133</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 29.

<sup>134</sup> JAKOBS, *El ocaso del dominio del hecho*, p. 89; siguiendo esa directriz, GARCÍA CAVERO, *El artículo 27 del Código Penal*, Disponible en Línea: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2003\\_18.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_18.pdf)

pública en los supuestos de los delitos cometidos por los funcionarios públicos<sup>135</sup>. Así, el artículo 387° CP, reprime la infracción del deber que tiene el funcionario para con la administración pública a la cual representa. En estos delitos, el legislador, selecciona, de las distintas personas que de algún modo u otro se encuentran vinculadas con la institución, a las que se hallan en una relación más estrecha con la misma, por lo que el rompimiento del vínculo en común por parte de éstas es susceptible de un mayor nivel de desvalor.

Por otra parte, cabe afirmar que para el obligado especial el delito cometido es simplemente y por completo un delito de infracción de deber, un delito especial respecto del cual no tiene sentido preguntarse si constituye un delito especial propio o impropio pues la existencia de un tipo común subyacente es absolutamente irrelevante. En el fondo, todo delito de infracción de deber tiene una base material similar a la de los delitos especiales propios y diversa a la de los delitos comunes: la calidad especial del autor es, también en estos casos, el fundamento de la ilicitud de la figura<sup>136</sup>.

Sin duda, los tipos penales de funcionarios constituyen el caso paradigmático de delitos especiales de infracción de deber «positivados». En ellos, las expectativas normativas se encuentran directa y formalmente dirigidas a aquellos sujetos que ocupan un *status* especial, y su defraudación reside en el incumplimiento del deber institucional de fomentar el funcionamiento de la Administración Pública<sup>137</sup>.

El legislador delimita el círculo de autores utilizando, por ejemplo, frases como: “(...) que le estén confiados por razón de su cargo” (Art. 387° CP), de lo que desprende que “entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una relación de corte institucional que lo sujeta a un mundo en común donde actúa como portador del deber positivo de administrar y

---

<sup>135</sup> Cfr. CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 65.

<sup>136</sup> OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena, en *Política Criminal*, 1 (2006), p. 5.

<sup>137</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 29-30.

custodiar los bienes del Estado en un nivel de seguridad ajeno de peligros y lesiones”<sup>138</sup>.

El peculado es un delito especial porque formalmente el artículo 387° del Código Penal restringe la órbita de autoría al *funcionario o servidor público que administra, percibe o custodia caudales o efectos por razón de su cargo*, pero se trata de un delito de infracción de un deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de determinado *status* o *rol especial*<sup>139</sup>.

En suma, la categoría de los delitos de infracción de deber no coincide con la de los delitos especiales porque responde a diversos criterios de clasificación. Por lo tanto, no es posible afirmar que ellas resulten categorías absolutamente coincidentes o superpuestas. Al obedecer, la primera, a criterios materiales de configuración, no sólo puede conducir a consecuencias diversas de las que permite adoptar el criterio de los delitos especiales, sino también más acordes con la realidad social a la que ofrece respuesta<sup>140</sup>.

Cabe aclarar, sin embargo, que las instituciones sociales que vinculan de modo normativo a un portador de un rol, a seguir un determinado comportamiento, tienen existencia propia, de manera que existen con independencia del tipo penal, encontrándose, además, sustraídas a la disposición del hombre individual. La configuración del tipo, entonces, no condiciona la existencia o rechazo de un delito de infracción de deber<sup>141</sup>.

Por un lado, el *extraneus* no se encuentra vinculado por un deber institucional para con la administración pública a la cual, sin embargo, también ha transgredido (al igual que el *intraneus*) haciendo mal uso de su ámbito libre de organización; pero por otro

---

<sup>138</sup> Cfr. CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 64.

<sup>139</sup> REAÑO PESCHIERA, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, p. 23

<sup>140</sup> OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena, en *Política Criminal*, 1 (2006), p. 13.

<sup>141</sup> Cfr. CARO JOHN, en *Anuario de Derecho Penal*, p. 65.

lado no podría sancionársele por un delito común que no ha configurado, y ello por exigencia del principio de legalidad.

Consideramos que la gran conmoción social que originaría la impunidad del *extraneus* no es en absoluto argumento suficiente para transgredir las garantías mínimas que protegen a los ciudadanos del *ius puniendi* del Estado<sup>142</sup>. Nos referimos específicamente al principio de legalidad, principio medular del derecho penal, sin el cual el uso del *ius puniendi* devendría en irracional, destruyendo todo atisbo de seguridad jurídica. Es necesario, por tanto, plantear una solución dogmática coherente y eficaz que no deje de ser garantista.

No obstante, de lo que sí estamos seguros es de que quien induce a un funcionario a cometer una malversación de fondos, o a dictar una sentencia contra el texto expreso de la ley, o le presta ayuda para apropiarse de los caudales que tiene a su cargo, no participa en una mera apropiación indebida y menos puede ampararse en la impunidad, sino que “interviene” en la lesión de deberes positivos especialmente asegurados *ex* relación funcional<sup>143</sup>, circunstancia que debe ponerse de manifiesto tanto en la punibilidad del *intraneus* como del *extraneus*.

Una primera salida entonces, vendría dada por la interpretación, a *sensu contrario*, del art. 26 CP, a fin de inaplicarlo a los delitos de infracción de deber, en los cuales el deber positivo institucional no “afecta” ni “modifica” sino que fundamenta la responsabilidad penal<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Críticamente, REYNA ALFARO, en ÉL MISMO, *Comentarios a la Legislación Anticorrupción*, p. 82: “(...) quienes pretenden la punición del tercero, que no reúne las calidades especiales requeridas por el tipo, mediante los delitos especiales, lo hacen guiados de determinados fines político-criminales destinados a evitar la impunidad del partícipe, de otra forma no se entendería porqué algunos de los autores que estiman que la incomunicabilidad de las condiciones personales no opera en el caso de delitos especiales propios no mantiene similar opinión respecto a los delitos impropios, en los que sí existe un tipo común que puede servir para la punición del tercero”.

<sup>143</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, p. 258.

<sup>144</sup> Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, p. 258.

Una segunda propuesta que busca respetar el principio de legalidad, es la que señala que es el legislador penal –y no el juez penal, como se viene haciendo al sancionar al *extraneus* en base al tipo penal del obligado institucional- quien expresamente sancione las aportaciones a la materialización de delitos de infracción de deber, sea mediante una cláusula general<sup>145</sup> o mediante tipos penales específicos.

Finalmente, con respecto a la intervención de un *extraneus* en un delito especial de infracción de deber, debemos señalar que no es correcto hablar de “participación” (y mucho menos agregarle el adjetivo “accesoria”), sino que a lo sumo podríamos afirmar la existencia de intervenciones “paralelas” o “convergentes”.

Ahora bien, no obstante es correcto lo señalado por la Corte Suprema en la Casación N° 782-2015-Del Santa, en el sentido de que “nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales”<sup>146</sup>; contrariamente a lo señalado en esta casación, dicha lógica no se puede aplicar a la instigación. En ese sentido, consideramos que es perfectamente posible que el *extraneus* pueda responder penalmente como un instigador del delito de peculado. En palabras de GARCÍA CAVERO:

«(...) a mi entender, la inducción no constituye, en sentido estricto, una forma de **intervención** en un injusto único, sino la realización de un injusto autónomo. La negación de la inducción como forma de participación se sustenta en el hecho de que la conducta de determinar a otro a cometer un delito precede a la decisión de cometerlo. En consecuencia, no puede hablarse de una participación en algo que todavía no ha sido ni siquiera ideado por el autor. A diferencia de los cómplices, a los que puede atribuírseles sin mayor problema el hecho delictivo como un hecho propio, no parece correcto hacer lo mismo con el inductor. El hecho realizado por el inductor no forma parte del delito inducido, de manera que si se considera que debe ser igualmente merecedor de una

---

<sup>145</sup> Esta tendencia ha sido recogida en el § 28.1 StGB: “Si faltan características personales (§ 14, inciso 1) en el partícipe (instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena”.

<sup>146</sup> Fund. N° 11 de la Casación N° 782-2015-Del Santa.

sanción penal, tendrá que criminalizarse sobre la base de la idea de que se trata de un injusto distinto. La realización del delito inducido, cuando menos en su grado de ejecución, se constituiría, en todo caso, en una condición objetiva de punibilidad de la conducta del inductor. Con base en las consideraciones procedentes, el inductor puede ser hecho penalmente responsable por determinar a otro a cometer un delito, sea este delito común o especial, sea especial de dominio o especial de infracción de un deber. La pena tendría que determinarse en la propia disposición que regula la inducción. Sin embargo, el legislador ha tomado la decisión de establecer como marco penal abstracto del inductor el mismo que el previsto para el autor, lo que evidentemente puede llevar a ciertos excesos»<sup>147</sup>.

---

<sup>147</sup> GARCÍA CAVERO, en *Anuario de Derecho Penal: La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú*, 2009, p. 124.



## CONCLUSIONES

1. El peculado es un delito especial porque formalmente el artículo 387° del Código Penal restringe la órbita de autoría al *funcionario o servidor público que administra, percibe o custodia caudales o efectos por razón de su cargo*, pero se trata de un delito de infracción de un deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente.
2. La Administración Pública como una institución estatal elemental se hace presente ante las personas para cubrir sus expectativas precisamente a través del servicio que prestan sus funcionarios. Entre la administración pública y el funcionario tiene lugar una relación institucional de la que brotan una serie de deberes y expectativas de aseguramiento.
3. El delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión que un tercero sustraiga de la Administración Pública, caudales o efectos que están confiados a él en razón del cargo que ostenta para el Estado.
4. La imputación del dolo tiene como referente, como principio de identificación, un determinado rol, el rol de funcionario de una determinada administración, de un juez o magistrado, etc., por lo que la imputación podrá basarse simplemente en ese rol.

5. Respecto de la configuración típica del delito de peculado, la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116, estableció lo siguiente: «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.
6. Cuando estamos ante un delito de infracción de deber no hay lugar para una diferenciación entre delito propio e impropio. En todos ellos la calidad especial del sujeto lo obliga, y la infracción del deber es lo que fundamenta el ilícito. “O bien no existe una lesión de los deberes de una institución positiva y, entonces, no estamos ante un delito de infracción de deber —tampoco “impropio”— o bien existe tal lesión, pero la misma fundamenta también siempre la punibilidad del obligado especialmente”<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena, en *Política Criminal*, 1 (2006), p. 8.

## BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, 1ª ed., Lima: 2001.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y Participación*, Madrid: Akal, 1996.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, *Delitos de corrupción de funcionarios*, 1ra ed., Lima: Gaceta Penal, 2012.

CARO JOHN, José Antonio: “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2003.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, «Delitos Contra la Administración Pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en en HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 11-70.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: Criterios de imputación*, Barcelona: Bosch, 1999.

- GARCÍA CAVERO, Percy: “Algunas consideraciones sobre el Funcionalismo en el Derecho Penal” (pp. 157-172), en *Sistemas Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, 1ª ed., Lima: Ara, 2003.
- GARCÍA CAVERO, Percy: “El artículo 27 del Código Penal: El Actuar en Lugar de Otro en derecho penal”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2003.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, 2ª ed., Lima: Grijley, 2007.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Lima: Grijley, 2008.
- GARCÍA CAVERO, Percy, «La pena del partícipe *extraneus* en los delitos especiales» en *Anuario de Derecho Penal: La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú*, 2009, p. 115-126.
- GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, 3ra ed., Universidad Externado de Colombia, 2008.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge B., *El delito de peculado*, Lima: Gaceta Jurídica, 1ra ed., 2000.
- JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*, Madrid: Civitas, 1996.
- JAKOBS, Günther: “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, trad. Cancio Meliá, manuscrito publicado por la Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- JAKOBS, Günther: “Actuar y Omitir” (pp. 159-181), en YACOBUCCI, G. J., *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Lima: Ara Editores, 2005.

- LÓPEZ DÍAZ, Claudia, «Acciones a propio riesgo» en Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas (CENIPEC), 25 (2006), p. 115-174.
- OSSANDÓN, M<sup>a</sup> Magdalena. “Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal”, en Política Criminal, 1 (2006), p. 1-22.
- PARIONA ARANA, Raúl, «La teoría de los delitos de infracción de deber: fundamentos y consecuencias», en HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 95-114.
- PINEDO SANDOVAL, Carlos, «Problemas de intervención delictiva en los delitos contra la Administración Pública», en VII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, Huacho:Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, 2010, p. 13-30.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, «La infracción penal por peculado culposo. Análisis a partir del artículo 387°, cuarto párrafo, del Código Penal», en HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 379-403.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*, Lima: Jurista Editores, 2014.
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima: Jurista, 2009.
- REYNA ALFARO, Miguel: “Desarrollos Jurisprudenciales en la lucha contra la corrupción administrativa”, en ÉL MISMO, *Comentarios a la Legislación Anticorrupción*, Lima: Jurista, 2002.
- REYNA ALFARO, Miguel: “El concepto penal de funcionario público. Desarrollos doctrinales y jurisprudenciales”, en HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 73-93.

- ROCA DE AGAPITO, Luis, «El delito de peculado en España y en Perú», en HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 405-438.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª ed., Bogotá: Temis, 1995.
- ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons, 1998.
- ROXIN, Claus, *Dogmática Penal y Política Criminal*, Lima: Idemsa, 1998.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos Contra la Administración Pública*, Lima: Grijley, 2009.
- SALINAS SICCHA, Ramiro, «El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana», en HEYDEGGER, Francisco (Coord.), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Idemsa/Centro de Estudios Penales, 2013, p. 335-378.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*, Madrid: Marcial Pons, 2002.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, «Delitos contra la administración pública en el código penal colombiano», en *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Montealegre Lynett (Coord.), Universidad Externado de Colombia, 2003.
- VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Shikara, «La normativización del tipo y los modelos de imputación objetiva», en línea: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20130908\\_03.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130908_03.pdf)
- VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, t. II., Madrid: Reus, 1927.