

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

Trabajo de Investigación

**Autoría y participación en el delito de
peculado en el Perú y en el derecho
comparado**

Hugo Anthony Espinoza García

Para optar el Grado Académico de
Bachiller en Derecho

Huancayo, 2020

Repositorio Institucional Continental
Trabajo de investigación



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO EN EL PERÚ Y EN EL DERECHO COMPARADO

Hugo Anthony Espinoza García¹

Universidad Continental

44967437@continental.edu.pe

Resumen

El objetivo de este estudio fue analizar el delito de peculado sobre la base de las diversas teorías usadas por la doctrina nacional y en el derecho comparado a fin de buscar un correcto tratamiento jurídico del tipo penal con respecto a la figura de la autoría y la participación en el delito de peculado, para ello se siguió con un método cualitativo y descriptivo a partir de la revisión de artículos académicos relevantes, de los que se seleccionaron doce artículos académicos nacionales y extranjeros, que ostentan características pertinentes a nuestro estudio, en los cuales se estudiaron algunas instituciones propias del derecho penal. El análisis realizado de los estudios nos muestra que la autoría y la participación tienen un tratamiento sobre la base de cuatro teorías: la teoría del dominio del hecho, la teoría unificada, la teoría de la ruptura y la teoría de la infracción de deber, las cuales son utilizadas para determinar el grado de participación e intervención en el delito y consiguientemente la imposición de una pena. El tratamiento jurídico que se le da al delito de peculado tiene particularidades de distinta índole en el derecho comparado sobre la base de las aplicaciones teóricas de la doctrina, con el fin de clasificar a los intervinientes y sancionar penalmente al autor y a los partícipes que se aprovechan de los caudales del Estado en beneficio propio.

Palabras clave: peculado, sujeto activo, autoría, participación, funcionario público.

Abstract

The objective of this study was to analyze the crime of embezzlement based on the various theories used by national doctrine and in comparative law in order to seek

¹ Estudiante del décimo primer ciclo de pregrado de la carrera de Derecho.

a correct legal treatment of the criminal type with respect to the figure of authorship and participation in the crime of embezzlement, for this we followed with a qualitative and descriptive method based on the review of relevant academic articles from which twelve national and foreign academic articles were selected that have characteristics relevant to our study, in which some institutions were analyzed typical of criminal law. The analysis of the studies shows that authorship and participation have a treatment based on three theories: the theory of the domain of fact, the unified theory and the theory of the breach of duty, which are used to determine the degree of participation and intervention in crime and consequently the imposition of a penalty. The legal treatment given to the crime of embezzlement has different characteristics in comparative law based on the theoretical applications of the doctrine in order to classify the parties and criminally sanction the author and the participants who take advantage of the State flows for personal benefit.

Key words: embezzlement, active subject, authorship, participation, public official.

Introducción

En la actualidad la corrupción es un tema que aqueja a muchos países de Latinoamérica y del mundo, por lo que ha conseguido el rechazo de la ciudadanía al ente estatal, ello debido “aunque no siempre nos perjudique económicamente esta quiebra la confianza conferida a los funcionarios públicos” (Hocsman, 2020, p. 1); quienes en busca de un beneficio son parte de las estadísticas de los niveles altos de corrupción a nivel mundial.

Ante ello, el legislador ha optado por sancionar aquellos delitos que deriven de un acto de corrupción, uno de esos delitos es el peculado que solo puede ser cometido por un sujeto en específico, “el funcionario o servidor público que infringe un deber conferido en razón de su cargo” (Salinas, 2015, p. 12). Debido a esto, nuestro objetivo es analizar aspectos relevantes sobre este tipo penal, que está considerado en diversos códigos penales.

Existe “cierta controversia y dificultad al momento de determinar la diferencia entre los autores y partícipes o intervinientes en el delito de peculado” (Abello, 2015, p.7); puesto que se ha propuesto la utilización de diversas teorías utilizadas por los

tribunales nacionales y extranjeros para la correcta determinación de responsabilidad penal en el delito, las cuales serán analizadas en el presente artículo. Ante ello resulta necesario el estudio de este delito para una correcta imposición de la sanción penal o una posible modificación del tipo penal en nuestra legislación.

Respecto a la problemática, algunos autores indican que “no existe la participación, sino solo la figura de autoría, por ser una conducta directa” (Mendoza, 2012, p.92). Para poder entender dicha compleja clasificación que ha traído posiciones contrapuestas, analizaremos a la autoría, a la participación y a las teorías utilizadas para determinar la intervención de los sujetos ante la comisión de este ilícito penal.

1. Metodología

Para elaborar el presente artículo de revisión, se realizó un estudio de diagnóstico exploratorio mediante el uso de herramientas de la web, bibliotecas virtuales, blogs de universidades reconocidas en el país y conducentes a la búsqueda de artículos académicos provenientes de revistas reconocidas, así como de autores con trayectoria en la rama del derecho penal que hicieron publicaciones sobre el delito de peculado.

1.1. Criterios de selección de las fuentes

La selección de las fuentes respondió a características tales como la actualidad de los artículos, teniendo en cuenta la temporalidad del derecho penal que suele tener modificaciones de manera constante, puesto que los artículos seleccionados no poseen más de diez años de antigüedad, así mismo se ha tenido en cuenta el origen de los artículos académicos, los que son respaldados en su mayoría por universidades nacionales y extranjeras, y a su vez poseen originalidad, puesto que las opiniones esbozadas por los autores tienen particularidades propias de cada uno, así mismo se ha tenido en cuenta la factibilidad de los artículos y la relación con el tema.

1.2. Proceso llevado a cabo para buscar y seleccionar las fuentes

Fueron en total doce artículos académicos seleccionados, entre ellos de autores nacionales y extranjeros que analizaron aspectos relacionados con el tema objeto del presente artículo, de las cuales se seleccionaron doce artículos sobre la base de los criterios señalados anteriormente.

1.3. Criterios de comparación aplicados en el análisis de las fuentes

Los criterios que se han tenido en cuenta para el análisis de las fuentes son la nacionalidad de los autores (de Perú, Colombia, Argentina, Venezuela, entre otros), así también otro criterio fue la división en tres subtemas: la autoría, la participación, y las teorías que ayudan a determinar la punibilidad de los intervinientes en el delito, de los cuales se tomó características coincidentes y opiniones contrarias a fin de verse reflejadas en el artículo.

1.4. Proceso de análisis de las fuentes seleccionadas

Bajo el criterio señalado anteriormente se organizó en cuadros comparativos que reflejan las coincidencias y controversias existentes en la legislación nacional como extranjera al respecto al delito de peculado en los tres aspectos de la autoría, participación y las teorías que son usadas tanto en la legislación nacional como en la extranjera.

2. Resultados

En la exploración de artículos académicos se han analizado tres aspectos fundamentales en el delito de peculado, tratados por los diversos autores nacionales y extranjeros, los cuales son la autoría, la participación y por último la teoría que resulta de fundamental aplicación para determinar la punición del delito

2.1. Autoría

La autoría es aquella figura que en distintas legislaciones tiene la sanción más gravosa con respecto a los partícipes, es ahí que radica la importancia de diferenciar al autor de los intervinientes en el delito, ante ello conforme al análisis de los artículos académicos se ha hallado que no existe controversia en la mayoría de los autores nacionales y autores extranjeros, sobre a quién se le considera como autor del delito de peculado, al respecto se indica que autor del delito de peculado es “el sujeto que tiene la calidad de servidor público, el cual se apropia o utiliza un bien que pertenece al estado en beneficio propio o de un tercero” (Arango, 2018, p. 94), aportando así a un acercamiento sobre la definición del tipo penal. Este concepto también se ve reflejado en la legislación de Panamá que en el artículo 339 del código penal establece que es sujeto activo del delito de peculado: “El servidor público que, en ejercicio de su cargo,

aprovechándose del error ajeno, se apropie, sustraiga o utilice en beneficio propio o de un tercero, dineros, valores o bienes nacionales o municipales” (Arango, 2018, p. 94).

Así también en Chile, el autor del delito de peculado es el “sujeto que posee una calidad especial” (Balmaceda, 2014, p. 84). Donde se sustenta en que el sujeto activo del delito de peculado debe tener el cargo de funcionario público de no ser así, no calificaría en el ilícito penal, en tal circunstancia sería una conducta no tipificada en el delito de peculado por más que exista una afectación al patrimonio del estado por lo que se tomaría como un delito común (Balmaceda, 2014). En cambio, en Argentina, el profesor Kierszenbaum considera que en los delitos especiales, como en el caso del peculado, al determinar la autoría ante la existencia de un denominado “deber extrapenal, el cual es vulnerado solamente por el sujeto que encontrándose en aquella posición calificada o idónea y a su vez tiene a su cargo la protección de dicho deber.” (Kierzenbaum, 2009, p.263). Por ello, para determinar la autoría deberá analizarse el elemento infractor del deber.

Por otro lado, el doctrinario colombiano Abello menciona que la autoría está dirigida a aquel individuo que tiene bajo su dominio el acontecer del hecho delictivo, adicionalmente a ello, este deberá de tener un cargo público (Abello, 2015). Lo mismo considera Pariona al decir que deberá de tener la calidad de autor el sujeto que “domine el hecho y prime la decisión tal de la comisión” (Pariona, 2017, p. 2). Es decir, aquel que acciona ya sea con sus recursos o mediante otros para obtener un resultado óptimo y por lo tanto punible, además de ello este tiene un deber conferido por el Estado, el cual debe resguardar y no quebrantar la confianza conferida. Por ello, el autor del delito solamente recaerá en el funcionario público, no permite que se califique a un sujeto que no posea dicha cualidad, ya sea que este haya accedido a la función pública en razón de una confianza conferida por una autoridad, que ostente de una función para tal caso o debido a una elección de forma democrática, ya que resulta fundamental en este delito “la relación de índole funcional entre el sujeto activo y los bienes que están bajo su custodia” (Hocsman, 2020, p. 1). Todo ello por el tiempo que dure en su cargo. Cabe señalar que la autora menciona que en algunas legislaciones, como la argentina, la voluntad con que opera el autor es irrelevante al momento de la consumación del delito, hecho que difiere de nuestra legislación.

Sobre la autoría avalando ya conforme varios autores lo han dejado plasmado en artículos tenemos al profesor Salinas quien entiende que “el autor del delito de peculado es aquel que tenga bajo su poder o dominio el hecho o las circunstancias para cometer un acto punible” (Salinas, 2015, p. 7). Es decir, en estos delitos especiales se sanciona o castiga aquellos incumplimientos conferidos por la ley o por la sociedad, que pone así en riesgo o en peligro cualquier bien jurídico que ostenta protección, estos deberes generalmente se manifiestan mediante principios que deben de velarse y protegerse para una buena convivencia. Afirma también que en los casos en los que participen varios funcionarios tendrán la calidad de autor solo aquellos que debido a su competencia y desempeño de funciones se relacionen con el delito, así un dato relevante que sostiene el profesor es que en aquellos delitos de infracción de deber se podría ser autor sin tener participación en el dominio del hecho.

Según lo señala la doctrina venezolana, para el código de dicho país el autor o también denominado perpetrador es aquel sujeto que protagoniza el ilícito y a quien se le podrá imponer una pena al involucrarse enteramente en un delito en este caso en contra de los intereses de la administración pública (Mondollel, 2008). Para entender mejor la similitud y la diferencia se presentará una tabla donde se indique las principales características que tiene la autoría en las diferentes legislaciones estudiadas:

Tabla N.º 1. Alcances de la autoría en el delito de peculado

La autoría		
País	Autor del concepto	Principal característica
Argentina	Mariano Kierszenbaum	Es necesario que sea servidor público, si no la conducta no será punible.
Chile	Gustavo Balmaceda Hoyos	Es necesario que sea servidor publico
Colombia	Jorge Arturo Abello Gual	Es necesario que sea servidor público, la conducta puede ser punible si no es servidor público.
Panamá	Ruben Arango Durling	Es necesario que sea servidor público, puede ser punible si no es servidor público.
Perú	Ramiro Salinas Siccha	Es necesario que sea servidor público, puede ser punible si no es servidor público.
Venezuela	Juan Modolell Gonzales	No es necesario que sea servidor público, solo que cometa directamente.

Adaptado de Abello, 2015; Alcócer, 2005; Hocsman, 2020; García, 2010, Durling, 2018; Hoyos, 2014; Kierszenbaum, 2009; Mendoza, 2012; Mondollet, 2008; Pariona, 2017; Salinas, 2015; Salinas, 2018; Schünemann, 2018.

Como se aprecia en la tabla, las posiciones de la doctrina nacional y extranjera en su mayoría considera que para que se le cualifique como autor a un sujeto este siempre deberá de ser un funcionario público, hecho que difiere de la legislación venezolana en la que no es necesario que el sujeto posea la condición mencionada.

2.2.Partícipes

Existen casos en los cuales no solo participa un individuo, si no que interviene otros sujetos, ante ello los autores estudiados mencionan lo siguiente:

Existe diferencia entre a quien se le debe considerar como tal, en el delito de peculado, en algunos casos como es en Perú, Venezuela y Colombia, el partícipe tendrá el nivel de coautoría, sin importar si el sujeto tenga el cargo de servidor público (Salinas, 2017).

Bajo la misma idea el profesor Kierszenbaum menciona lo siguiente “aquel interviniente que no tenga la calidad de funcionario público, deberá ser impune o de ser el caso podría ser penado por un delito distinto” (Kiersznbaum, 2009, p.280). ya que este no tiene la calidad que exige el tipo penal. Contrario es el pensar del profesor Abello sobre la opinión de Salinas y Kierszenbaum, pues señala que sí deberá de tener sanción alguna aquel participante en el hecho delictivo, es más estos podrán ser distintos y sobre la base de ello es que se determinará la cuantificación de la pena. Ante ello menciona lo siguiente:

“Para que exista el coautor, previamente debió materializarse un acuerdo en el cual se ejecute la división de actividades conducentes a la realización del delito, además de ello la intervención debió ser tal que de no contar con esta el hecho no hubiere podido realizar” (Abello, 2015, p. 6).

Así aquellas personas que no tuvieran la condición o calidad especial que exige el tipo penal serían consideradas como intervinientes en el delito.

Similar es la idea del doctrinario Pariona, quien coincide en que el partícipe en el delito de peculado es aquel que se ve involucrado en el ilícito, pero no posee el dominio en la ejecución del mismo, así será cómplice el que auxilie en la comisión del hecho y que a su vez carece de la especialidad para la cual va dirigida el tipo penal, además precisa que “no se podría hablar de la calificación de autoría mediata ni mucho menos de la coautoría” (Pariona, 2017, p. 2). Ya que ante la existencia de un accionar que lesione el deber encomendado es independiente, sin embargo, Salinas propone la existencia de la denominada coautoría mediata, puesto que señala lo siguiente:

Si existe un preponderante dominio sobre otros, estaríamos en un caso de autoría mediata, y en el caso en que exista un dominio compartido o que se lleve en común entre dos sujetos existiría la figura de coautor (Salinas, 2015).

En este caso se denominaría partícipe a todo aquel interviniente en el delito siempre que carezca del dominio supremo del hecho y cuyo aporte en el delito deja de ser relevante, así de la misma forma será partícipe quien al no poseer deber de cuidado alguno frente la administración pública, contribuye a la consumación del delito. Aunque aclara que lo relevante será que el partícipe no infrinja ningún tipo de deber sin darle importancia a la medida, determinación de ayuda o auxilio para la obtención del resultado. Establece también que los funcionarios que carezcan de una relación de orden funcional para con el objeto del delito responderán ante las autoridades competentes sólo a título de cómplices, pues no poseen deber del cual responder, así pues si el denominado *extra neus* tenga el dominio del hecho solo será un cómplice.

En la doctrina venezolana, conforme lo señala el profesor Modolell, los partícipes en el delito de peculado pueden ser los siguientes

El cooperados inmediato, el cómplice ya sea este simple o cómplice necesario, y por último el instigador, así mismo existe debate al momento de considerar también al encubridor, sin embargo, cabe mencionar que esta clasificación que se realiza en cuanto a los intervinientes en el hecho delictivo no obtienen relevancia alguna al momento de imponer una pena, puesto que aquella es la misma que la del autor a pesar de la diferenciación señalada (Modollel, 2008, p. 103).

Lo que haría pensar a muchos doctrinarios que el código penal de Venezuela unifica a los intervinientes y los considera y sanciona como a un autor. Para un mejor entendimiento se realizará una tabla, indicando las características esenciales que tiene el partícipe dependiendo del país.

Tabla N.º 2. La calificación de los partícipes en el delito de peculado.

Partícipe		
País	Autor del concepto	Principal característica
Argentina	Mariano Kierszenbaum	El partícipe debe tener la condición de funcionario público, si no la tiene tendrá que ser sancionado por un delito común
Chile	Gustavo Balmaceda Hoyos	El partícipe debe tener la condición de servidor público y debe participar o influir de manera directa. Sin su intervención no se hubiera podido cometer el hecho.
Colombia	Jorge Arturo Abello Gual	El partícipe es el quien influye para que se realice el hecho, no es necesario que sea servidor público, basta con que sea necesaria su participación para que se cometa el delito.
Panamá	Ruben Arango Durling	El partícipe tiene la condición de cómplice primario, toma parte de la ejecución del hecho, sin la cual no hubiera podido cometer el hecho.
Perú	Ramiro Salinas Siccha	El partícipe debe participar e influir en el delito de peculado, no es necesario que tenga la condición de servidor público.
Venezuela	Juan Modolell Gonzales	El partícipe no es necesario que tenga el cargo de servidor público, su conducta se compenetra o se vincula en forma muy estrecha con la conducta del autor.

Adaptado de Abello, 2015; Alcócer, 2005; Hocsman, 2020; García, 2010, Durling, 2018; Hoyos, 2014; Kierszenbaum, 2009; Mendoza, 2012; Mondollel, 2008; Pariona, 2017; Salinas, 2015; Salinas, 2018; Schünemann, 2018

El punto que se hace merecedor de ideas controversiales es el de la participación en el delito de peculado, como ya vimos los doctrinarios consideran muchos intervinientes a los que les deposita un tipo de calificación, en algunos casos se habla de la inexistencia de imputabilidad al no contar con lo que en su mayoría se coincide, esto es la cualidad especial de servidor o funcionario público quien obra por un deber

conferido por el Estado en razón de su cargo, por lo que tiene el deber de priorizar su actuación en beneficio de toda la comunidad.

3. Teorías que Utiliza la Doctrina

La doctrina de los países analizados ha tomado en cuenta los alcances de diversas teorías para determinar la autoría y el grado de participación de los intervinientes en la comisión del delito de peculado, ya que al ser un delito especial existe controversia al momento de evaluar el comportamiento de los también llamados como *extraneus* (Durling, 2018). Por ello se planteará a continuación las teorías utilizadas por los autores seleccionados.

3.1. Teoría del dominio del hecho

Esta teoría se enfoca esencialmente en diferenciar al autor y al partícipe, el primero tiene el control del hecho, es decir, que el autor domina la configuración del hecho y las consecuencias del hecho; en cambio, el partícipe solo será un colaborador del hecho y no decidirá las acciones que se debe realizar para cometer el hecho imputable (Mendoza, 2018). La teoría se clasifica en tres tipos: dominio de acción, dominio de voluntad y dominio del hecho funcional, esta clasificación ayuda a diferenciar al autor, coautor, el autor mediato y el partícipe. Esta categorización es indispensable para determinar el nivel de autoría que se le debe considerar al partícipe, por lo siguiente: i) en la primera clasificación, la cual es dominio de acción, se fundamenta, principalmente, en que el sujeto que realiza la conducta punible maneja la acción del hecho, es decir, realiza la conducta de manera inmediata y directa, sin la participación de ningún tercero. ii) En la segunda clasificación, como es el dominio de la voluntad, se enfoca exclusivamente en el conocimiento de la circunstancia del hecho, es decir, que el autor, tiene la voluntad de cometer el delito y conoce la circunstancias que rodea el hecho, en cambio, el partícipe no conoce la circunstancias exactas que rodea el hecho, ni tampoco conoce la finalidad para realizar el hecho (Mendoza, 2018. p. 87).

La última clasificación es la del dominio del hecho funcional, el cual indica que, si no existe voluntad de cometer el hecho imputable, este se enfocará en la repartición de las funciones, para llegar a un fin el cual es cometer el hecho doloso (Mendoza, 2018).

La teoría del dominio del hecho diferencia al autor, el cual es el sujeto que tiene voluntad de realizar una conducta punible, beneficiándose directa o indirectamente, además tiene control del hecho desde el inicio hasta el final, decidiendo las consecuencias del hecho. En cambio, el partícipe solo será un facilitador, que servirá como apoyo para cometer el hecho en una función específica, sin toma de decisión (Mendoza, 2018). Otro de los autores que defienden esta teoría es Abello, bajo la teoría del dominio del hecho es que se podrá diferenciar a un autor de otros intervinientes en la comisión delictiva, y se utilizará la teoría de del dominio funcional ante casos de coautoría. Así mismo, el autor niega rotundamente que la teoría de infracción de deber pueda ser de aplicación en la legislación colombiana y mucho menos en el caso del delito de peculado, puesto que en estos delitos por acción es “necesario que el autor realice la conducta” (Abello, 2015, p. 7). Por lo que este no basta, ya que se requiere que el agente presente el dominio inminente, así mismo señala que bajo la teoría de la unidad de imputación que también se podrá determinar el grado de participación en un hecho delictivo.

Al respecto de la teoría del dominio del hecho, el profesor Pariona considera que este va a tener una manifestación en el accionar dominante de las circunstancias, el que tienen preponderancia sobre la voluntad de otro individuo o que en algunas ocasiones acciona bajo la amenaza o sobre la base de una percepción errónea de la situación, y por ultimo manifestado en el que, mediante un valioso aporte al delito en forma conjunta, ante ello “esta teoría nos permite determinar con exactitud a la autoría y participación.” (Pariona, 2017, p. 2). Y así mismo señala que en el caso de la infracción de deber, el sujeto activo se encuentra estrechamente ligado a un deber fundamental que rige una norma imperativa y, ante el quebrantamiento de esta, nos encontramos en este supuesto. También, considera que en el caso de los delitos cometidos en contra de la administración pública:

No está direccionado a la cualificación de funcionario ni la predominancia del mismo en el hecho delictivo lo que va a generar que se califique al sujeto en autor del delito, sino más que ello es que se ha visto menoscabado el deber depositado” (Pariona, 2017, pp.3-4).

Como el de promover un trabajo transparente con miras a un beneficio de la institución y por ende de toda la comunidad.

Tenemos también lo desarrollado por el profesor Salinas, quien hace referencia a la teoría de dominio del hecho como punto importante a tener en cuenta al momento de analizar la autoría y participación que puedan existir en los delitos de corrupción de funcionarios en el que se encuentra el delito de peculado. Así, señala que cada sujeto controla su comportamiento y es entonces que se puede inferir la participación en determinados hechos delictivos siendo bajo esta teoría quien tenga el dominio del hecho el autor delictivo.

3.2. Teoría unificada

El profesor Schunemann considera que esta teoría se aplica en nuestro país, entendiendo que no existe diferencia alguna entre autor, coautor, autor directo, autor mediato, partícipe de primer grado, hostigado, instigador, facilitador y partícipe de segundo grado. Para esta teoría todos estos sujetos tienen la condición de autor en el hecho imputable, además, existe una característica importante: el partícipe no necesita tener la condición de servidor público, es irrelevante para que se le condicione como partícipe, pero debe existir en el hecho un autor con la condición de funcionario público, es decir, para sancionar al partícipe en la conducta especial, el autor debe tener la condición de funcionario público, mas no el partícipe.

El partícipe tiene la misma sanción como si fuera autor del hecho, por más que el partícipe no tenga la condición de funcionario público, esto se da debido a que los legisladores busquen castigar a las personas que se apropien de bienes exclusivos del estado, independientemente si es funcionario público o no. (Schünemann, 2018, p. 3).

Entonces, la teoría unificada se basa en que el partícipe tendrá la misma sanción que el autor y no importa si el partícipe tenga la condición de funcionario público, basta que el aquel tenga la condición de funcionario público para que sea sancionado al partícipe como coautor del delito de peculado.

Por otro lado la jurisprudencia de Venezuela, muchas veces, ha hecho referencia a la teoría del dominio del hecho para así conceptualizar e identificar de manera precisa al autor, sin embargo, ello no sería de mucha utilidad, pues tácitamente se estaría usando

la teoría unificadora del hecho. Por la cual, todo tipo de intervención es considerada como una actuación a título de autoría:

Es sancionada con la pena equivalente a la de un autor del hecho punible, ante ello cabe resaltar que en esta legislación poco tendría que ver la posición especial que se ostenta en este tipo de delitos pues así quien no tuviere la cualidad de deber bajo un cargo conferido también podrá ser sancionada como si lo fuere (Modollel, 2008, p. 101).

Ello evidentemente difiere con lo cargo conferido regulado en otras legislaciones en las que la diferenciación que se realiza conduce a determinar la sanción impuesta ante la existencia de un detrimento a bien jurídico protegido en diversos cuerpos normativos que velan por la eliminación de los actos contrarios por quienes tienen el deber de promover el correcto funcionamiento de la administración pública.

3.3. Teoría de la infracción del deber

Esta teoría se enfoca esencialmente en que se debe sancionar al funcionario público que no realiza sus funciones de manera eficiente, perjudicando al Estado en una apropiación o utilización de los bienes sin seguir la misión de la institución pública. Para esta teoría no existe el partícipe, debido a que busca sancionar la conducta directa del funcionario, en tal sentido, si existiera más de una persona en el hecho, esta teoría sancionará independientemente a cada sujeto por la acción cometida, es decir, que no sanciona al partícipe, esto es, porque entiende que el delito de peculado se sanciona la conducta directa de la persona en el hecho (García, 2010). Además, indica que el autor o coautor debe tener la participación necesaria de funcionario público, es decir, que esta persona trabaje dentro de la institución pública. Sin embargo, acepta la función fáctica que indica que no es necesario que el funcionario tenga un documento donde indica su función o este establecido en el manual de funciones, sino también admite la función fáctica de hecho y para darle la atribución de función fáctica al servidor público, debe cumplir con tres requisitos los cuales son los siguientes: que la persona que delegue la función tenga la autoridad para designar a funcionario, que la comunicación de la función debe ser conocido por personal de la institución y personas fuera de la institución y, por último, que el sujeto debe realizar sus nuevas funciones (Pariona, 2018).

Es así que el autor señala que, la teoría de la infracción del deber, busca sancionar a la persona que tenga la condición de funcionario público, que directamente comete el hecho imputable, en esta figura no existe el partícipe, ya que cada persona tiene una conducta independientemente, por último, no es necesario que sus funciones estén establecido en un documento, simplemente que de manera fáctica realice su función (Pariona, 2018).

Sobre el uso de la teoría del dominio del hecho, Salinas señala que es muy común que “muchos estudiosos del derecho penal afirmen que esta teoría ayuda a determinar la autoría o coautoría en un hecho, sin embargo, el considera que lo correcto sería el uso de la teoría de la infracción del deber” (Salinas, 2015, p. 7). Cuyo precepto hubiere sido introducido como tal por Roxin. El cual señala que el autor es el que superpone sus intereses a lo que su función regula violando su deber, lo cual lo convierte en un hecho penal, la mencionada teoría no es extensible a cualquier otro sujeto que sea participante del delito quien de serlo solo responderá de partícipe al quitarle importancia a la aplicación al dominio del hecho, pues resulta irrelevante si es que no se obedece a un deber estrictamente conferido a un servidor o funcionario público.

El representante estudiado de la doctrina argentina señala que guiarse por teorías como la del dominio del hecho no presenta ningún sentido, debido a que en general quien lesiona un bien jurídico protegido por una norma es porque estuvo en la condición de hacerlo, ello pone en evidencia su calidad especial (Kierszenbaum, 2009), puesto que bastaría con la aplicación de la teoría de la infracción de deber para imputar el delito al sujeto.

3.4. Teoría de la ruptura del título de la imputación

Esta teoría tiene una similitud con la teoría de la infracción del deber, donde se castiga solo por el delito de peculado al sujeto que tenga el cargo de funcionario público, pero la diferencia radica que “si existe la participación de un sujeto este se sancionará siempre y cuando tenga el cargo de funcionario público” (Salinas, 2018, p.123).

Si el sujeto tiene la condición de partícipe y ayuda al autor para expropiar bienes del Estado, pero no tiene la condición de funcionario público, este se le sancionará con

otro delito que encaje en la conducta que cometió, es decir, un ejemplo podría sancionarse por hurto, pero no por el delito de peculado debido a que no tiene la condición de funcionario público (Salinas, 2018). El motivo de sancionarle por otro delito, mas no el delito especial de peculado, es que el bien jurídico que se protege es distinto en el caso del autor el bien jurídico es el deber funcional, debido a que el autor no realiza su función de una manera idónea, en cambio, el partícipe no teniendo la condición de funcionario no podría sancionarse por este delito si no solo se sancionaría por un delito común.

Tabla N.º 3. La aplicación de las teorías para la determinación de la autoría y participación en el delito de peculado

Teorías	Definición	Autores que apoyan la teoría
Teoría del dominio del hecho	El autor del hecho será aquel que ostente el dominio en la realización del hecho delictivo	<ul style="list-style-type: none"> • Mendoza Urrutia, Renzo (Perú) • Abello Gual Jorge (Colombia) • Pariona Caja Franz (Perú)
Teoría unificada	No hace diferenciación alguna, puesto que tanto el autor y el interviniente responden igualmente.	<ul style="list-style-type: none"> • Bernd Schünemann (Perú) • Modollell Gonzáles Juan (Venezuela)
Teoría de la infracción de deber	Solo será autor quien tenga la calificación del sujeto especial, de funcionario o servidor público.	<ul style="list-style-type: none"> • Kierszenbaum Mariano (Argentina) • Pariona Caja Franz (Perú) • Salinas Siccha Ramiro (Perú) • García Cavero (Perú)
Teoría de ruptura del título de imputación	La calidad de funcionario público es relevante pues quien comete el ilícito penal y carece de esta calificación no será imputable.	<ul style="list-style-type: none"> • Salinas Siccha Ramiro (Perú)

Adaptado de Abello, 2015; Alcócer, 2005; Hoczman, 2020; García, 2010, Durling, 2018; Hoyos, 2014; Kierszenbaum, 2009; Mendoza, 2012; Mondollell, 2008; Pariona, 2017; Salinas, 2015; Salinas, 2018; Schünemann, 2018

Sobre la utilización de las teorías a modo de determinar y diferenciar al autor y a los intervinientes en un hecho delictivo, las posiciones están divididas, pues como figura en la tabla las opiniones al respecto de la teoría adecuada, ante ello se refleja que la controversia no solo se limita a ser de índole extranjera,, ya que ello sería comprensible, ya que en muchos aspectos el tratamiento jurídico es diverso y ciertos matices, pues cada país se rige bajo su constitución, la cual puede tener principios tomados por acuerdos internacionales, sin embargo, el tratamiento jurídico y los procedimientos son muy distintos.

Ello no queda ahí, puesto que hay autores nacionales que basan sus opiniones en diversas teorías como el caso del Doctor Salinas, quien en dos artículos diferentes de su autoría defiende una teoría distinta al parecer, pero con aspectos comunes entre ellas, es el caso de la teoría de la infracción de deber, teoría de ruptura del título de imputación.

4. Discusión

La figura de autoría y participación es un tema que ha sido motivo de extensos estudios y de aplicación no solo en el delito de peculado, sino en los delitos que intervenga la infracción de deber, ante ello como se evidenció en los resultados las diferencias que existen en la legislaciones de cada país sobre el grado de participación que tiene el partícipe, se da por la utilización de diferentes teorías, donde se busca “sancionar a la persona que ayude al autor en la sustracción o utilización de los bienes del estado, siempre y cuando su apoyo sea determinante para realizar el hecho punible” (Hocsman, 2020, p.1).

Dependiendo al grado de participación, que se le imputa al partícipe, afectará a la pena a imponer como la indemnización, es por eso que en los países como Colombia, Perú y Venezuela se busca otorgarles el grado de coautor a los partícipes para que tengan una sanción más severa, estimada en años o sanciones administrativas según la legislación correspondiente.

Si bien el delito de peculado, es un delito especial, el cual significa que cualquier persona no puede cometer dicho delito, sino que debe tener la condición de servidor público para que se le impute, en los países de Colombia, Perú y Venezuela no es necesario que el partícipe tenga esta condición de servidor público para poder imputarle

este delito, basta que el autor tenga la condición de servidor público, su conducta califica en el delito de peculado. En la mayoría de países de Latinoamérica se acepta la función fáctica para imputar al sujeto activo como autor del delito de peculado, se entiende como función fáctica cuando no existe nombramiento o no se establece en el Manual de Organización y Funciones, pero en los hechos sí resguarda algunos bienes del Estado o realiza funciones no establecidas en un documento (Hocsman, 2020).

Las teorías más comunes y utilizadas en Latinoamérica son la teoría del dominio del hecho, donde se imputa al partícipe siempre y cuando influya en el hecho delictivo y se le sancionará con una menor pena. La teoría unificada, donde se sanciona al partícipe con el grado de coautor sin importar que tenga la condición de servidor público. La teoría de la infracción del deber, en la se busca sancionar solo al servidor público por la mala función que realiza, mas no se sanciona al partícipe si no tiene dicha condición. Y la teoría de la ruptura del título de la imputación, en la que se le sanciona al partícipe, pero por un delito común debido a que no tiene la condición de servidor público ante la diversificación del tratamiento existente. Entonces, se pueden observar semejanzas y diferencias, en las diferentes teorías que se utiliza para sancionar al partícipe, una de ellas radica entre la teoría de la ruptura donde al partícipe se le sanciona con un delito común menos gravoso y de la infracción del deber no se sanciona al partícipe si no tiene la condición de servidor público, siendo un requisito indispensable para poder imputarle este delito (Salinas, 2018).

Otra diferencia que se puede observar es la teoría del dominio del hecho y la teoría unificada, donde en la primera se sanciona al partícipe, debido a que influye en la realización del hecho punible, pero la sanción es menor, porque no tiene la condición de autor. En cambio, en la teoría unificada, el partícipe tiene el grado de coautor sin interesar si es servidor público, esto se da por el bien jurídico que se protege, en este caso es el patrimonio del Estado. Ante todo lo recabado cabe mencionar que a nuestro criterio la teoría que mejor se adecúa para sancionar al partícipe es la teoría de la ruptura, esta teoría diferencia de manera exacta entre el autor del delito de peculado que tiene la condición de funcionario público y se sanciona por la mala función, la cual es la finalidad del delito de peculado. Y al partícipe se sanciona con un delito común menos gravoso, debido a que no cumple la condición de servidor público, en tal situación no se le puede sancionar por una mala función, si no se le debe sancionar por

otro delito común, donde no es necesario que el partícipe tenga la condición de servidor público (Salinas, 2018).

5. Conclusiones

La búsqueda de información, sobre la base de artículos académicos, ayudó a conocer las diferentes teorías, que utilizan los diversos países de Latinoamérica para sancionar al autor y partícipe del delito de peculado. Desde una primera apreciación es en la mayoría de países de Latinoamérica que se busca sancionar al partícipe, como coautor del delito de peculado.

Entendiendo que el delito de peculado es un delito especial, lo que significa que el autor o el coautor tienen la condición de servidor público, siendo este requisito incumplible en algunas legislaciones como es en Perú, Colombia y Venezuela. Esto se da, porque buscan proteger el patrimonio del Estado, es decir, entiende que el patrimonio del Estado es el bien jurídico protegido, en aras de salvaguardar los intereses públicos.

Las teorías más comunes que se utiliza en Latinoamérica para sancionar el delito de peculado son la teoría unificada, teoría del dominio del hecho, teoría de la infracción del deber y la teoría de la ruptura. Ante ello se halló la existencia de diferencias de pensamiento entre los autores sobre la teoría más indicada para utilizar en el delito de peculado. Uno de ellos es Ramiro Salinas, que indica que la teoría que mejor se adecúa al delito de peculado es la teoría de la ruptura; en cambio, para otros autores como Gustavo Balmacedo, la mejor teoría que se adecúa al delito de peculado es la teoría de la infracción del deber, y para Jorge Abello, la teoría unificada.

Se encontró en estos artículos académicos: i) el concepto de autoría; ii) del partícipe y iii) las diferentes teorías, además se observó que existe diferencias como la teoría de la infracción del deber y la teoría unificada, y aun así son utilizadas en Perú, Colombia y Venezuela. En cambio, la teoría de la infracción del deber se utiliza en Chile, Argentina y Panamá, dejando así a la libre interpretación o mejor entendimiento de cada uno. Entonces, deberá ser tarea de nuestros legisladores unificar la teoría a utilizar o legislar para que no exista un vacío sobre temas que no está tipificada y así evitar conflictos de interpretación.

6. Referencias Bibliográficas

- Abello, J. (2015). La autoría y participación en el delito de peculado. *Revista de derecho de público*, 7778(33), 3-29. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub539.pdf
- Alcócer, E. (2005). La autoría y participación en el delito de peculado comentarios a partir del caso montesinos-bedoya. *Revista del Instituto de Ciencia Procesal Penal*, 1(1), 1-27. Recuperado de <http://files.escuelalibredederecho.webnode.es/200000035-f07c8f176e/PECULADO%20-%20http---www.incipp.org.pe-archivos-publicaciones-peculadoalcocer.pdf>
- Hocsman, H. (2020). Delitos contra la administración pública, malversación de caudales públicos el peculado. *Revista Justiniano*, 1(1), 1-28. Recuperado de http://www.justiniano.com/revista_doctrina/delitocontralaadministracionpublica.htm
- García, P. (2010). La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales. *Revista Anuario del Derecho Penal*, 5(1), 115-126. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_05.pdf
- Durling, R. (2018). El peculado por Error. *Boletín de ciencias penales*, 3(6), 6-13. Recuperado de <https://facderecho.up.ac.pa/sites/facderecho/files/arch-img-derecho/publicaciones/julio20161.pdf>
- Hoyos, G. (2014). La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 20(14), 77-120. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5073932.pdf>
- Kierszenbaum, M. (2009). La autoría y la participación en un delito especial. *Revista de lecciones y ensayo*, 9(86), 261-284. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/10-winizky->

kierszenbaum.pdf

- Mendoza, R. (2012). La teoría de la unidad del título de imputación en el delito. *Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP)*, 2(21), 81-103. Recuperado de <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/4246>
- Modollel, J. (2008). Autoría y participación en el código penal venezolano (Análisis de los artículos 82 y 84). *Revista CENIPEC*, 8(27), 99-125. Recuperado de <http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/26370/articulo4.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Pariona, F. (2017). Autoría y participación en los delitos de infracción de deber (teoría de la infracción de deber). *Revista Blog Derecho*, 1(1), 1-6. Recuperado de <http://blogderecho.upsjb.edu.pe/wp-content/uploads/2017/06/DELITOS-DE-INFRACCION-DE-DEBERAUTORIA-Y-PARTICIPACION.pdf>
- Salinas, R. (2015). La teoría de Infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Revista del Poder Judicial*, 741(8), 1-13. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfa7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfa7f5d>
- Salinas, R. (2018). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Revista Jurídica*, 15(16), 93-126. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_04.pdf
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Revista Scielo Perú*, 251(3420), 1-20. Recuperado de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202018000200003

