



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**“La eficacia del tipo penal de peculado para la determinación
proporcional de la pena por la participación del extraneus”**

Autor:

Bach. Cajo Diaz Carlos

Para optar el título profesional de Abogado

Asesor

Abog. Vargas Rodríguez Cesar

Lambayeque, 2021

Tesis: “La eficacia del tipo penal de peculado para la determinación proporcional de la pena por la participación del extraneus”, que es presentada para optar el título profesional de Abogado por:

Bach. Cajo Diaz Carlos
Autor

Abg. Vargas Rodríguez Cesar
Asesor

APROBADO POR:

Abog. Martínez Oblitas, Carlos Manuel
Presidente

Mag. Colina Moreno Mary Isabel
Secretario

Abog. Gamonal Guevara José Eloy
Vocal

Dedicatoria

Se la dedico a Dios y a mis padres Pastor y María que desde el cielo guían e iluminan mi camino en cada paso que doy, ellos me brindaron todo el amor, inculcaron valores, principios y las bases para llegar a ser quien soy.

A mi amada y pequeña hijita Karla Irene, por ser mi fuente de motivación e inspiración para poder superarme cada día más y así poder luchar para que la vida nos depare un futuro mejor.

A mi compañera de vida Nansy Irene, por brindarme comprensión, cariño, amor y sobre todo por darme una hermosa hija

A toda mi familia y en especial a mi hermano José por su sacrificio y apoyo constante durante mi vida universitaria, son las personas que siempre estuvieron y están a mi lado.

Agradecimiento

Agradezco a Dios por ser siempre mi guía y estar siempre presente en todos los momentos de mi vida, dotándome de paciencia y sabiduría para culminar con éxito mis estudios.

A mis padres Pastor y María, quienes ya no están físicamente conmigo, sin embargo siguen siendo los pilares fundamentales y haberme apoyado incondicionalmente, pese a las adversidades que se presentaron.

Agradezco a los todos docentes que con su sabiduría, conocimiento y apoyo, motivaron a desarrollarme como persona y profesional en esta Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Índice

Dedicatoria	II
Agradecimiento	III
Índice	IV
Índice de tabulaciones	VIII
Índice de ilustraciones	IX
Resumen	X
Abstract	XI
Introducción	- 12 -
Capítulo I.....	- 15 -
Metodología de la investigación	- 15 -
1.1. Realidad problemática	- 15 -
1.1.1. Planteamiento del problema	- 15 -
1.1.2. Formulación del problema	- 17 -
1.2. Sobre la justificación y la importancia de la investigación	- 17 -
1.2.1. Justificación de la investigación	- 17 -
1.2.2. La importancia de la investigación	- 19 -
1.3. Sobre los objetivos	- 19 -
1.3.1. Objetivo general	- 19 -
1.3.2. Objetivos específicos	- 20 -
1.4. Hipótesis	- 20 -

1.5. Variables	20 -
1.5.1. Variable independiente	20 -
1.5.2. Variable dependiente	20 -
1.6. Sobre los métodos utilizados en la investigación	20 -
1.6.1. El método exeético jurídico	21 -
1.6.2. El método sistemático jurídico	21 -
1.6.3. El método hipotético deductivo	22 -
1.6.4. El método inductivo	22 -
Capítulo II	24 -
La configuración jurídica del tipo penal de peculado	24 -
2.1. Sobre los trabajos previos al tema de investigación.....	24 -
2.2. Sobre el tipo penal de peculado.....	27 -
2.3. Sujetos que intervienen en el tipo penal de peculado.....	28 -
2.4. Sobre el bien jurídico que se protege	29 -
2.5. El garantismo penal	30 -
Capítulo III	35 -
La figura jurídica del extraneus y su participación en los delitos	35 -
3.1. Sobre el concepto de autoría	35 -
3.2. La concepción de participación delictiva	37 -
3.3. Teoría de infracción del deber.....	40 -
3.4. Teoría de la ruptura del título de imputación	40 -

3.5. Evaluación de los criterios técnico jurídico de la labor jurisdiccional	- 41 -
Capítulo IV	- 46 -
Análisis y resultados de la investigación.....	- 46 -
4.1. Sobre las resultas del análisis jurisdiccional	- 46 -
4.2. Sobre la opinión de los expertos respecto de las posturas.....	- 48 -
Capítulo V	- 62 -
Contrastación de la hipótesis.....	- 62 -
5.1. La discusión de resultados obtenidos	- 62 -
5.1.1. Sobre el objetivo específico: “Estudiar dogmáticamente la configuración del tipo penal de peculado.....	- 62 -
5.1.2. Sobre el objetivo específico: “Desarrollar doctrinariamente la figura jurídica del extraneus y su participación en los delitos”.....	- 65 -
5.1.3. Sobre el objetivo específico: “Analizar la necesidad de modificar el tipo penal de peculado a fin de lograr la determinación proporcional de la pena del extraneus”	- 68 -
5.2. Las variables de estudio y su validación	- 71 -
5.2.1. Para la variable independiente: La configuración del tipo penal de peculado	- 71 -
5.2.2. Para la variable dependiente: La determinación proporcional de la pena por la participación del extraneus.....	- 72 -
5.3. Sobre la contrastación de la hipótesis	- 74 -
Conclusiones	- 77 -

Recomendaciones	- 79 -
Bibliografía.....	- 80 -

Índice de tabulaciones

Tabla 1: “Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 1”.....- 49 -

Tabla 2: “Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 2”.....- 52 -

Tabla 3: “Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 3”.....- 54 -

Tabla 4: “Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 4”.....- 56 -

Tabla 5: “Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 5”.....- 58 -

Tabla 6: “Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 6”.....- 60 -

Índice de ilustraciones

Ilustración 1: “Gráfica en porcentajes de la Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 1” - 50 -

Ilustración 2: “Gráfica en porcentajes de la Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 2” - 53 -

Ilustración 3: “Gráfica en porcentajes de la Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 3” - 55 -

Ilustración 4: “Gráfica en porcentajes de la Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 4” - 57 -

Ilustración 5: “Gráfica en porcentajes de la Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 5” - 59 -

Ilustración 6: “Gráfica en porcentajes de la Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 6” - 61 -

Resumen

Se proyecta esta investigación en razón de la advertencia de un problema en la realidad jurídica, el mismo que amerita el análisis respecto a la capacidad que incorpora la regla para que el criterio de los juzgadores al momento de fundamentar la imputación tenga un asidero en las definiciones que otorga la doctrina y los principios generales del derecho penal garantista, dotando al proceso penal de seguridad jurídica.

Este esquema garantista se entiende ha de involucrarse con las finalidades de la pena, prevenir más que sancionar, puesto que el establecimiento de la correcta imputación del extraneus permitirá cerrar la puerta a los delitos contra la administración pública que se realizan bajo esta modalidad buscando una sanción mínima y hasta la impunidad por lo que realmente constituye un delito que amerite reproche penal a través de la imposición de una pena efectiva.

Palabras Claves: Eficacia, peculado, Determinación proporcional, Participación del extraneus.

Abstract

This investigation is projected due to the warning of a problem in legal reality, the same that merits the analysis regarding the capacity that the rule incorporates so that the criteria of the judges at the time of supporting the imputation have a basis in the definitions that grants the doctrine and general principles of the guarantee criminal law, providing the criminal process with legal certainty.

This guarantee scheme is understood to be involved with the purposes of the sentence, to prevent rather than to punish, since the establishment of the correct imputation of the extraneus will allow to close the door to crimes against the public administration that are carried out under this modality seeking a sanction minimal and even impunity for what really constitutes a crime that warrants criminal reproach through the imposition of an effective penalty.

Key Words: Efficacy, embezzlement, Proportional determination, Participation of the extraneus.

Introducción

Trabajar sobre el tema propuesto ha tenido la inspiración en lo que se observa de la realidad, con respecto a lo que se aprecia en el contexto de los índices de la criminalidad, sobre todo en lo referente a la corrupción del sector público, circunstancia en la que adquiere mucha importancia el hecho de la responsabilidad de un determinado acto ilícito es la más importante tarea de la Ciencia Penal, junto a lo cual aparece otro cuestionamiento que se refiere a conocer quiénes son los partícipes de dicha acción.

Interesa en esta tarea el reconocimiento de la autoría y participación; sin embargo, es importante interrogar si la regla requiere alguna peculiaridad especial del autor, efectivamente se observan casos en que se exige un autor peculiar, con características o cualidades especiales que recibirá un tratamiento punitivo específico, el cual ira desde la comprensión de disminución de penas hasta la maximización de la sanción.

Precisamente se buscará reconocer que grado de responsabilidad se le puede o debe atribuir al extraneus respecto de su participación en el hecho delictivo, situación que se analizará partiendo de las decisiones jurisdiccionales a fin de observar su evaluación y posterior imputación o quizá el grado de impunidad que genera ello. Tal análisis comprende a los sujetos intervinientes en el delito, basándose en las formas de intervención delictiva, como son la autoría y la participación. Es en base a esta descripción problemática que el enfoque del problema se orienta y resume en un solo cuestionamiento, el cual se constituye de la siguiente manera: ¿Qué tan adecuada resulta la configuración del tipo penal de peculado para determinar proporcionalmente la pena por la participación del extraneus?

Esta interrogante pretende ser respondida de manera inicial con la intención de reconocer la posibilidad que existe como solución del problema, constitución que se genera desde una perspectiva a priori y se compone de la siguiente manera: Si, la configuración del tipo penal de peculado adolece de problemas estructurales; entonces, su aplicación resultará inadecuada para determinar proporcionalmente la pena por la participación del extraneus.

Es imprescindible explicar el hecho de que ambos aspectos metodológicos están compuestos por dos elementos que son las variables, las mismas que bajo una relación causal están configurando el esquema de la investigación, así los objetivos son delimitados por ellas y marcaron la estructura de la investigación en capítulos que se describen a continuación.

En el Capítulo I, se desarrolló toda la estructura metodológica que incorporó la investigación y que sirvió de base para el desarrollo de la misma, partiendo desde la formulación del problema, justificación, importancia, hipótesis y los métodos que se utilizaron para el análisis de la realidad teórica y experimental.

Luego en el Capítulo II, de acuerdo a la construcción metodológica se ha procedido a desarrollar el contenido de la investigación en función a los objetivos específicos, así la primer meta se planteó el estudio dogmático de la configuración del tipo penal de peculado, con la finalidad de recabar la información que permita comprender si es que la legislación que se desarrolla sobre este tipo de acción delictiva, recoge o no adecuadamente la contemplación doctrinaria que se enfoca en la determinación de la acción desde el punto de vista antijurídico; resultado que permitió establecer que hace falta la interpretación más intensiva respecto a la doctrina que se utiliza para llegar a la determinación exacta de la participación y las partes que intervienen en este tipo de delito.

Seguidamente en el Capítulo III, la secuencia de la descripción teórica y doctrinaria permitió llegar a establecer que efectivamente hay un problema de comprensión de la doctrina al momento de construir la regla respecto al tipo penal de peculado, por lo mismo que el siguiente objetivo o meta de la investigación se enfoca a la figura jurídica del extraneus y su participación en los delitos, con el fin de recopilar datos teóricos científicos que permitan delimitar las acciones de cada participante en el delito de peculado, estableciendo con ello el nivel de imputación que le corresponde.

El Capítulo IV, se ha encargado de recopilar la información anterior para agruparla y construir el análisis de los resultados, así como el reconocimiento de los aspectos puntuales de la realidad como lo son el análisis estadístico respecto a los procesos que se desarrollan respecto al tipo penal de peculado con la intervención del del extraneus, a fin de poder establecer la correcta imputación sin la vulneración de los principios del derecho penal garantista.

Finalmente en el Capítulo V, se desarrolló la contrastación de la hipótesis que estuvo diseñada partiendo desde la discusión de cada uno de los objetivos específicos para luego consolidar con las tomas de postura, la validación de cada una de las variables que dieron origen a los capítulos, resultados que permitieron crear la hipótesis conclusiva que se contrastó con la inicial; siendo así se construyeron las Conclusiones y Recomendaciones que en esta ocasión se presentan al criterio evaluador del jurado de la tesis.

El Autor.

Capítulo I

Metodología de la investigación

1.1. Realidad problemática

La construcción de la investigación planteada parte de la descripción de una situación que se consolida como un problema en la realidad, para este caso se aprecia un problema respecto a la imputación de responsabilidad del extraneus de acuerdo a su participación, encontrando dicha acción como un elemento desproporcional en el constructo de la responsabilidad que se le pueda atribuir.

En ese sentido es que la realidad problemática de este problema se proyecta a indicar los elementos importantes que se constituyen como problemática desde la perspectiva social, doctrinaria y legislativa, lo cual permite consolidar el planteamiento del problema y luego de ello establecer la formulación del mismo a través de un cuestionamiento, todo ello se describe a continuación.

1.1.1. Planteamiento del problema

Saber a quién corresponde la responsabilidad de un determinado acto ilícito es la más importante tarea de la Ciencia Penal, junto a lo cual aparece otro cuestionamiento que se refiere a conocer quiénes son los partícipes de dicha acción. El razonamiento lógico para su determinación según lo señalado por Villa (2005) quien en su artículo titulado: Autoría y Participación, resulta ser el siguiente: “Será autor quien realiza el tipo, será partícipe quien coadyuva en su perpetración con acciones intencionalmente cooperantes que tengan relevancia jurídico penal de cara al tipo catalogado y realizado por el autor” (p. 23).

Al parecer la idea estaría clara respecto a lo que se debiera entender por los conceptos de autoría y participación; sin embargo, es importante interrogar si la

regla requiere alguna peculiaridad especial del autor, efectivamente se observan casos en que se exige un autor peculiar, con características o cualidades especiales que recibirá un tratamiento punitivo específico, el cual ira desde la comprensión de disminución de penas hasta la maximización de la sanción.

Es en este contexto que se reviste de importancia la concepción de la naturaleza jurídica de la autoría, puesto que dependerá de ello la correcta catalogación de quienes participan en determinados actos delictivos, siendo los delitos funcionales los que interesa revisar en el presente proyecto.

La problemática escogida para la investigación se centra en la construcción del Artículo 377 del Código Penal peruano en el que se habla de la Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, indicando lo siguiente: “El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días multa”.

Precisamente se buscará reconocer que grado de responsabilidad se le puede o debe atribuir al extraneus respecto de su participación en el hecho delictivo, situación que se analizará partiendo de las decisiones jurisdiccionales a fin de observar su evaluación y posterior imputación o quizá el grado de impunidad que genera ello.

Finalmente se puede indicar que se ha escogido como eje central del planteamiento del problema la tarea de sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en delitos funcionales, esto es delitos que corresponden a la administración pública, debiendo tener en cuenta la comunicabilidad de circunstancias y cualidades personales entre autores y partícipes. Por todo ello el

análisis deberá comprender sobre los sujetos intervinientes en el delito, basándose en las formas de intervención delictiva, como son la autoría y la participación.

1.1.2. Formulación del problema

¿Qué tan adecuada resulta la configuración del tipo penal de peculado para determinar proporcionalmente la pena por la participación del extraneus?

1.2.Sobre la justificación y la importancia de la investigación

1.2.1. Justificación de la investigación

Se justifica esta investigación porque trata de buscar los mecanismos legales para hacer prevalecer los principios penales bajo el corte garantista de derechos y libertades que ha de respetar la imputación de los delitos, como para el caso que resulta de estudio, la participación del extraneus, la naturaleza jurídica de la regla que contempla su participación en el hecho delictivo en circunstancia de los delitos contra la administración pública, que conlleven responsabilidad funcional.

Encontramos justificada la investigación en razón de que lo que proponemos se basa en la observación de un problema jurídico que tiene repercusiones en la sociedad, esto es, la verificación de la ausencia de seguridad jurídica en las investigaciones por delitos funcionales, desconfianza en el sistema normativo como protector de derechos en virtud a las constantes variaciones en el criterio utilizado por el juzgador para imputar al extraneus respecto de su participación en los delitos contra la administración pública. Son precisamente esos efectos negativos los que se espera reducir en tanto la propuesta sea viable rumbo a la mejora de las medidas de control por parte del Estado.

Doctrinariamente se ha ubicado otra de las justificaciones la cual se observa en el aspecto de la doctrina penal, pues ésta incorpora parámetros que definen conceptualmente las categorías del derecho, que para el caso estudiado importa

aquella que recoge los lineamientos para la determinación de la autoría y participación al momento de establecer la responsabilidad penal. Así de lo que se trata es de entender la responsabilidad de cierto partícipe que no debería estar comprendido en la esfera de dominio, tal cual lo indica Jakobs(2004) cuando menciona: “El delito de dominio constituye un hecho común único, en el que cada interviniente ha realizado un aporte de carácter organizativo que lo hace penalmente competente”(p. 253)

De lo cual se puede comprender que la realidad respecto a la intervención en el delito dependerá de este elemento común para poder medir el nivel de aporte, en tanto se trate de una cuestión de organización para conseguir el fin delictivo, tal apoyo o participación es lo que le permite al derecho penal concebir la persecución por tal acción, en tanto deba hacerse bajo el carácter proporcional para la determinación de la sanción que se aplicará.

De igual modo servirá la doctrina para determinar a quien corresponde realmente la atribución de la responsabilidad desde el tipo de delito que se pueda estar ejecutando, así lo indica el investigador Peña (2011), al decir que: “(...) cuando el delito solo puede ser cometido por alguien que tiene la calificación jurídica exigida para el sujeto, es un delito especial propio (...)”; luego el mismo autor hace referencia a otro aspecto que se comprende: “(...) cuando el delito especial es simplemente una forma agravada o atenuada de otro que puede ser también cometido por cualquiera, es un delito especial impropio”. (p. 235)

Es por lo indicado en la doctrina que se encuentra la justificación de este tipo respecto al trabajo, toda vez que se plantea hacer la revisión de este tipo de conceptos para comprender si es que la regla recoge adecuadamente la configuración de la participación del extraneus en el contexto del peculado y cuan

proporcional resulta la aplicación de la sanción que le corresponde por su aporte en la acción delictiva.

1.2.2. La importancia de la investigación

La proyección presentada resulta importante puesto que se ocupará de realizar un análisis sobre la capacidad que incorpora la regla para que el criterio de los juzgadores al momento de fundamentar la imputación tenga un asidero en las definiciones que otorga la doctrina y los principios generales del derecho penal garantista, a fin de evitar tanto la vulneración de los derechos fundamentales del imputado cuanto de las víctimas y evitar además la impunidad dotando al proceso penal de seguridad jurídica.

Tal seguridad jurídica esta revestida de vital importancia para el desenvolvimiento de la investigación puesto que su logro permitirá alcanzar una de las finalidades de la pena, prevenir más que sancionar, puesto que el establecimiento de la correcta imputación del extraneus permitirá cerrar la puerta a los delitos contra la administración pública que se realizan bajo esta modalidad buscando una sanción mínima y hasta la impunidad por lo que realmente constituye un delito que amerite reproche penal a través de la imposición de una pena efectiva.

1.3.Sobre los objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar si la configuración del tipo penal de peculado resulta adecuada para determinar proporcionalmente la pena por la participación del extraneus.

1.3.2. Objetivos específicos

- Estudiar dogmáticamente la configuración del tipo penal de peculado.
- Desarrollar doctrinariamente la figura jurídica del extraneus y su participación en los delitos.
- Analizar la necesidad de modificar el tipo penal del peculado a fin de lograr la determinación proporcional de la pena para el extraneus.

1.4. Hipótesis

Si, la configuración del tipo penal de peculado adolece de problemas estructurales; entonces, su aplicación resultará inadecuada para determinar proporcionalmente la pena por la participación del extraneus.

1.5. Variables

1.5.1. Variable independiente

La configuración del tipo penal de peculado.

1.5.2. Variable dependiente

La determinación proporcional de la pena por la participación del extraneus.

1.6. Sobre los métodos utilizados en la investigación

De acuerdo a la estructura que compone toda investigación científica, es preciso conseguir el análisis que proyecta en base a la utilización de ciertas pautas que otorgan los métodos de investigación, siendo así para el caso de este trabajo académico se ha optado por la construcción del análisis dando inicio por el aspecto

de la interpretación de la Ley, toda vez que el centro de la observación es el tipo penal de peculado.

En ese sentido se optó por la utilización en primer lugar de los métodos interpretativos de la Ley como son el exegético jurídico y seguidamente el sistemático, que otorgaron las bases para la observación metodológica a través de la deducción e inducción lógica, lo cual servirá de argumento a la postura que se pretende alcanzar como propuesta en esta investigación.

1.6.1. El método exegético jurídico

La cuestión planteada como problema en esta investigación esta relacionada con la construcción del tipo penal de peculado en el ordenamiento penal peruano, teniendo en cuenta ello es que se ha recurrido como primer elemento de observación al método exegético jurídico que en tanto mecánica de interpretación de la Ley, sirvió para reconocer el sentido gramatical de la regla, lo cual permite entender desde la perspectiva literal la intención del legislador, llegando con ello a comprender el alcance exacto del tipo penal en tanto forma de reconocer la responsabilidad del agente y su consecuencia jurídica inmediata como lo es la sanción correspondiente.

1.6.2. El método sistemático jurídico

Si bien es cierto el razonamiento de interpretación de la regla en cuestión de manera aislada propicia el conocimiento de su alcance y efecto, será preciso además de ello concebir otro tipo de análisis, por lo cual se ha escogido al método sistemático jurídico que permite el reconocimiento del sentido de las reglas en tanto parte de un grupo de normas, es decir su relación con el ordenamiento jurídico que la contiene.

Así la primera línea de comparación relacional será la que detalla su comportamiento en función a la norma máxima del ordenamiento jurídico, esto es la Constitución Política, con el fin de asegurar el cumplimiento del carácter garantista que esta incorpora en el sistema penal; luego será de mucha utilidad la observación de su comportamiento con el resto de reglas que lo acompañan en el esquema de persecución penal que permiten su ejecución adecuada en función a los parámetros de justicia.

1.6.3. El método hipotético deductivo

Con apoyo del presente método se ha podido abordar el presente trabajo desde la perspectiva general a lo específico y se ha podido verificar su apoyo metodológico al momento de elaborar la hipótesis.

1.6.4. El método inductivo

Con la aplicación de este método conlleva al análisis de los materiales de estudio, sirviendo de base para demostrar la hipótesis, las conclusiones y recomendaciones.

Jurídico-exploratorio: se trata de abrir el camino para la realización de posteriores investigaciones. Resaltando sus principales facetas, pero sin penetrar en las raíces exploratorias del asunto. (GORRÍN PERALTA, 1991)

Histórico-jurídico: se refiere al seguimiento histórico de una institución jurídica. (GORRÍN PERALTA, 1991)

Jurídico-comparativo: trata de establecer las semejanzas y/o diferencias entre instituciones jurídicas o sistemas jurídicos (semejanzas entre el derecho penal internacional y el derecho penal Peruano). Busca las similitudes y diferencias en

normas jurídicas o instituciones formales entre dos sistemas jurídico. (GORRÍN PERALTA,1991)

Jurídico-proyectivo: consiste realizar una especie de predicción sobre el futuro de algún aspecto jurídico, en cierta forma una suerte de futurología de funcionamiento de una institución jurídica, partiendo de premisas actualmente vigentes. (GORRÍN PERALTA, 1991

Jurídico-propositivo: se caracteriza porque evalúa fallas de los sistemas o normas, a fin de proponer o aportar posibles soluciones. (GORRÍN PERALTA, 1991)

Capítulo II

La configuración jurídica del tipo penal de peculado

La investigación que se desarrolla invita al estudio dogmático de la configuración de un tipo penal como lo es el de peculado, en ese sentido se debe considerar como una cuestión previa a ciertos antecedentes que se han desarrollado sobre este tipo penal con dirección al tema en específico que se busca analizar, esto es la participación del extraneus.

2.1. Sobre los trabajos previos al tema de investigación

En el marco de la investigación se precisa iniciar con el reconocimiento de la viabilidad del tema que se ha propuesto en base a la problemática de la participación del extraneus en el delito de peculado, ello con el afán de medir la calificación que se hace de su conducta y el resultado sanción que resulta de ello, a fin de reconocer el nivel de proporcionalidad que ocupa a esta determinación.

Por lo mismo que en primer nivel del examen respecto a dicha viabilidad se hace uso del reconocimiento del estado del arte respecto al tema planteado, esto es el nivel de creación en la comunidad jurídica, tomando en cuenta para ello la recopilación de otras investigaciones desarrolladas previamente en torno a las variables de la investigación, teniendo en cuenta los resultados más relevantes para asumirlos como base para el inicio de la observación.

Cáceres Rodríguez y Leiva Tirado(2016), en su tesis titulada *Fundamento del injusto de la participación del extraneus en el delito de peculado doloso en el Código Penal peruano*, de la cual se ha extraído la siguiente conclusión:

En la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea, por lo menos en sus resultados, la tesis de la unidad del título de imputación, y por

tanto la aceptación de la participación del extraneus en los delitos de infracción de deber, sin embargo no son homogéneos los fundamentos esgrimidos al aceptar la punición del extraneus en el delito de Peculado, en tanto las categorías, se manifiestan, interpretan o desarrollan de manera distinta (pág. 199).

Lo señalado por el autor muestra el resultado de la observación de la dinámica jurisprudencial, lo cual le ha permitido advertir una circunstancia de consenso en el tratamiento o calificación del delito con la participación del extraneus respecto a los delitos de infracción de deber, pese a ello resulta un tanto incompleto el análisis puesto que no se precisa con exactitud cual es la diferenciación que se constituye como problema, lo cual tocaría complementar a la presente investigación.

Precisamente por el hecho de la forma en que se tiene en cuenta la participación del extraneus bajo el parámetro de la tesis de la unidad de título, es que se encuentra la vinculación con el trabajo de investigación que ahora se emprende, lo que se busca entonces es ubicar la correcta imputación para lo cual se desarrollarán teorías pertinentes como es el caso de la unidad de título de imputación, la autoría y participación y otras que permitan configurar un esquema teórico que sirva de base al argumento que se pretende reseñar como propuesta de solución al problema de investigación.

De igual manera se cita la tesis de los bachilleres en derecho Pérez Livia y Gonzales Abanto (2015), titulada: *Criterios Doctrinarios Para Calificar La Participación Del Extraneus En El Delito De Colusión En 2003 – 2014*, en la cual ubicamos una conclusión bastante importante pues dice:

Se identificó que el criterio doctrinario que causa menor impunidad para el extraneus que participa en el delito de colusión es la teoría de la unidad del título

de imputación, puesto que para determinar la calificación se hará a partir de quien domino el hecho, no existiendo impedimento para que los extraneus respondan a título de partícipes del delito de colusión cuando hayan aportado en su realización (pág. 108).

De acuerdo a lo que alcanza a concluir el autor citado, es posible que se pueda atribuir responsabilidad al extraneus en lo que se refiere incluso a tipos penales como el delito de colusión, puesto que el nivel de participación será medido en función del reconocimiento del dominio del hecho, lo cual será abordado como evaluación respecto al tipo penal que ocupa a esta investigación como es el de peculado.

Los autores citados nos llevan hacia la postura de que efectivamente se puede alcanzar la imputación de responsabilidad al extraneus, poniendo la teoría de la unidad de título de imputación bajo cuestionamiento para tal fin, así se debe considerar importante seguir tal criterio de imputación, lo cual será reseñado y usado en la discusión de la tesis que se desencadene en esta tesis.

Se puede traer a colación las ideas arribadas por la investigadora Wong Coronado (2018), en cuya tesis titulada: *La Punibilidad Del Partícipe Extraneus En El Delito De Enriquecimiento Ilícito*, indica lo siguiente en su conclusión:

Asimismo, se tuvo conocimiento de las figuras jurídicas correspondientes a los intraneus y extraneus, siendo los primeros, aquellas personas que concurren en la comisión de algún hecho delictivo y son responsables por el mismo, y los segundos, aquellos sujetos que, pese haber tenido participación en la perpetración de un delito, carecen de la posición funcional exigida por el tipo penal, por lo que se encontrarían excusados de aquella responsabilidad penal (pág. 93).

Teniendo en cuenta lo indicado por la autora referenciada, se puede establecer que realmente hace falta corregir el criterio, desde luego con la base jurídica más cercana a la certeza de la responsabilidad del extraneus en su participación respecto a delitos contra la administración pública bajo el carácter de funcionalidad.

Por último, se deja también sentado que si bien en la función de disponer de recursos públicos deben obligatoriamente participar varias personas dentro de un procedimiento legal, ello no implica, per se, que todos los que participan en este acto complejo deban responder por el delito de peculado en caso de que en determinados trámite se presente una apropiación, pues se requiere constatar todos los elementos de la imputación objetiva y subjetiva del hecho; por esta vía es posible diferenciar entre personas responsables del hecho y personas que deben ser absueltas de toda responsabilidad. (Abello Gual, 2015, pág. 27)

2.2. Sobre el tipo penal de peculado

De conformidad con la legislación penal peruana se puede ubicar el tipo penal de peculado en los artículos 387 y 388 en el que se verifica que la sanción se aplica sobre un sujeto específico que es el funcionario público que termina apropiándose o en su defecto utilizando los bienes caudales o los efectos públicos que el estado le hubiera confiado en la circunstancia de su cargo, de donde se puede identificar el comportamiento que se prohíbe en este tipo penal.

En el desarrollo de la actividad pública, este concepto jurídico ha tenido una importante intervención en el control de la administración, incluso se puede apreciar que la discusión sobre temas en particular, han llegado hasta la

participación del propio Tribunal Constitucional, como es el caso de Montesinos, para el cual tuvo una opinión específica como sigue:

“Este tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que si se configura en el caso el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal. Asimismo, tampoco puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del recurrente fue posterior a la consumación del peculado. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal consumándose, así, el peculado, por lo que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad” (Luis Bedoya de Vivanco contra Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, 2004)

2.3. Sujetos que intervienen en el tipo penal de peculado

De acuerdo a la construcción del tipo penal de peculado se pueden ubicar como intervinientes dos tipos de sujetos, el sujeto activo y el sujeto pasivo, en principio el sujeto activo debe ser uno de tipo específico pues ha de ostentar un cargo funcional, así la acción se da en relación a la actividad que desarrolla en la administración pública; de otro lado se ubica el sujeto pasivo que será el Estado que se reconoce a través de la institución pública específica.

Siendo el carácter especial del sujeto activo, conviene señalar que se entiende por funcionario público, al mismo que si bien es cierto la doctrina lo señala

como aquel sujeto que recibe un cargo por disposición de otro sujeto con autoridad para otorgar su cualidad de tal pueda participar ejerciendo función pública y las labores que esta implica, pero ello en concepto resulta ser un tanto más amplio así pues se indica que no sólo pueden considerarse como tal a los que tienen el cargo bajo la perspectiva formal por carrera pública, pues debería comprender a “(...) los interinos, a los contratados laborales al servicio de la administración o a quien a través de un contrato, administrativo o de cualquier otra naturaleza, realice -con cierta permanencia- cualesquiera actuaciones que puedan definirse como de carácter público”. (De la Mata Barranco, 2010, pág. 17)

Esta comprensión ampliada si bien corresponde a la doctrina española, resulta de mucha utilidad en tanto que se puede expandir el campo de acción del Estado con el afán de garantizar el control de la corrupción en las actividades funcionariales ejercidas en el desempeño de la administración pública.

2.4. Sobre el bien jurídico que se protege

Teniendo en cuenta que la acción del derecho penal es aplicar sanciones en razón del ius puniendi del Estado, es prudente comprender que esta intervención se produce con el afán de proteger ciertos bienes que son de interés tanto individual cuanto supraindividual, por lo que los tipos penales se identifican con el resguardo de un bien específico para algunos casos y en otros puede resultar una garantía sobre varios de ellos.

Conviene por ello tener en cuenta que el bien jurídico según el desarrollo doctrinario se puede comprender en un sentido genérico y otro específico: “(...) la administración pública, en cuanto se refiere al normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado en todas las ramas de sus tres poderes” (Soler, 1970); de lo cual se puede comprender la relación con el sujeto

activo del derecho que en tanto funcionario público tiene a su cargo el cuidado de esta administración a fin de que se desarrolle de la manera más óptima en los parámetros de la legalidad y el correcto ejercicio del cargo.

Luego se puede ubicar al sentido específico puesto que según lo mencionado en el artículo N° 387 del Código sustantivo penal se refiere al normal desarrollo de la administración pública que termina siendo contrariada en razón de la actividad ilícita de disposición que pudieran hacer los funcionarios públicos, entendiéndose con ello la relación al bien caudal, esto es ya la materialización del bien que se protege; ante lo cual debe considerarse el hecho de que estos dos sentidos repasados permiten recoger la idea de que: “(...) la falta de fidelidad funcional y el perjuicio patrimonial ocasionado a la entidad estatal, así como el enriquecimiento ilícito con la cosa pública, en nuestro concepto, son los elementos constitutivos de la unidad del bien jurídico protegidos de peculado”. (Castañeda Sánchez, 2017, pág. 345)

El bien jurídico ha de ser distinguido del objeto de la acción. Podría enunciarse así, como lo ha hecho la doctrina, un distingo entre objeto material y objeto jurídico del delito, siendo este último el bien jurídico. El objeto material, u objeto de la acción, es aquel ente físico sobre el cual, concretamente, recae la acción del sujeto. Por ejemplo, en el delito de hurto es el objeto material del delito la cosa mueble que ha sido sustraída, y es el bien jurídico la propiedad. (Kierszenbaum, 2009)

2.5. El garantismo penal

Según el planteamiento diseñado, la consecuencia directa de la imputación del extraneus deberá analizarse con la intención de observar el estricto cumplimiento del garantismo procesal penal, por lo mismo que en este nivel se describirá teniendo en cuenta como base el Estado ceñido a la Constitución y las

leyes, por lo mismo que será prudente definir la relevancia de la configuración del Estado peruano como Social y Democrático de Derecho en la administración de justicia penal peruana.

A efecto de complementar lo anteriormente dicho, citamos al investigador peruano profesor García Toma (2006), quien en su libro: *El Estado peruano como Estado social y democrático de Derecho. Constitución comentada (Análisis Art. 43°, Const. 93)*, quien afirma sobre el Estado lo siguiente:

El Estado peruano, de conformidad con lo establecido en la Constitución de 1993, presenta las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho” y que “Ello se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3° y 43° de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y el reconocimiento de los derechos fundamentales”. “Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado”. (pág. 687)

Luego resulta importante tomar como aporte, para entender el significado del contenido del Derecho Penal Garantista, la idea del filósofo italiano Ferrajoli, que ha sido recogida por los investigadores Carbonell, Cabo Y Pisarelli (2006), traducción en la que se verifica lo siguiente: “El garantismo en materia penal corresponde con la idea de un derecho penal mínimo con fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado”. (pág. 31)

Interesa al futuro de esta investigación el hecho del conocimiento del rol que tiene el Derecho Penal en la estructura del Estado, saber si la función que cumple es netamente de control, básicamente sobre el poder punitivo del mismo Estado, que tiene en su composición ciertos parámetros de los cuales nos habla el filósofo jurídico Ferrajoli (1995), cuando detalla lo siguiente:

El garantismo penal es ante todo un modelo cognoscitivo, de identificación de la desviación punible basado en una epistemología convencionalista y refutacionista (o falsacionista) hecha posible por los principios de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad. Es además un modelo estructural de derecho penal caracterizado por algunos requisitos sustanciales y por algunas formas procedimentales en gran parte funcionales a tal epistemología: como la derivabilidad de la pena respecto del delito, la exterioridad de la acción criminal y la lesividad de sus defectos, la culpabilidad o responsabilidad personal, la imparcialidad del juez y su separación de la acusación, la carga acusatoria de la prueba y los derechos de la defensa". (pág. 169)

Surge en base a ello la necesidad de verificar las características que han de cumplir las decisiones que se ocupen de la determinación de la responsabilidad de los sujetos a quienes se les imputa ciertas conductas contrarias al ordenamiento penal; resulta entonces una justificante del reproche social jurídico que se hace basado en los principios generales del derecho, siguiendo al maestro italiano, encontramos plasmada esta condicionalidad en su siguiente cita:

Ferrajoli (1995):

En esta perspectiva "(...) el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto

condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones”. (FERRAJOLI, 1995, pág. 22).

La garantía que se estudia cual componente de un Derecho Penal que busca proteger los derechos de los imputados, incorpora un modelo garantista, el cual debe ser entendido como una estructura en la que se depende de la motivación que los juzgadores elucubren, haciendo uso de la regla existente, trasladándola a determinadas realidades. Sin duda alguna una de las características principales del modelo garantista es procurar una mínima intervención del Derecho Penal, entendemos que ello desemboca en medidas alternativas para a solución de conflictos, bajo el supuesto de evitar el abuso de derecho en el que pudiera caer el poder del Estado.

Sobre ello nos aporta Garcia Pablos(2012), en su investigación titulada: *Introducción al Derecho Penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*, cuando señala: “La fórmula “Derecho Penal mínimo” refleja gráficamente la necesidad de una intervención “mínima” (en su contenido) y “garantista” (en sus formas) del Derecho Penal”. (pág. 206)

Se requiere entonces de ciertas condiciones, o condicionamientos que procuren una sensación de equilibrio, equidad que únicamente se puede lograr a través de la garantía de los derechos fundamentales, y como lo dice Aragonese(1997), se trata de decisiones que requieren de cierta validez, así lo dice en su trabajo titulado: *Proceso y Derecho Procesal: Introducción*, al señalarque:

En una concepción garantista del proceso penal, éste pretende arbitrar un sistema de “minimización del poder y de maximización del saber judicial, en cuanto condiciona la validez de las decisiones a la verdad, empírica y lógicamente controlable, de sus motivaciones”. (pág. 22)

Sobre el control del que hasta ahora se ha venido comentando, sin duda alguna tal base se ubica en la constitución de los Estados, sobre esta legitimidad nos habla Silva Franco(1998), de la siguiente manera:

El juez pasa a ser el garante de dicho sistema, contando, por cierto con una legitimidad constitucional, no política: una legitimación que arranca no de la democracia política, de las mayorías, sino de la Ley y la Constitución, que le encomiendan la tutela del individuo y de sus derechos, absolviendo o condenando según las pruebas practicadas en el juicio, sea cual fuere al respecto el criterio de la mayoría o de la opinión pública”. (pág. 62)

Por todo ello la presente labor académica se ubica en la posición proteccionista, dirigida básicamente a resguardar los derechos que corresponden a las partes involucradas en un proceso de investigación sobre la comisión de una determinada acción delictiva; un control del poder punitivo del Estado que conlleva a la percepción de un equilibrio social basado en la estructura de un esquema social y democrático de Derecho, esto último es lo que debemos investigar en nuestro trabajo hoy proyectado, la verificación del cumplimiento de esta estructura jurídica, política y social, a fin de determinar si la regla que incorpora la imputación del extraneus respecto de su participación en delitos funcionales cumple con el rol que se le encarga sin vulnerar principios o derechos fundamentales.

Capítulo III

La figura jurídica del extraneus y su participación en los delitos

Esta sección de la investigación se diseñó con la intención de alcanzar la meta de comprensión de la participación del extraneus en la determinación de la responsabilidad sobre los hechos delictivos del ordenamiento penal, observando su función y los alcances de la sanción que corresponde según el tipo penal, desde luego con especial atención al delito de peculado, por lo mismo es que se toma como primera iniciativa la descripción de los conceptos básicos de lo que corresponde a la autoría, así como lo referido a la participación delictiva.

3.1. Sobre el concepto de autoría

La puntualización de este subtítulo admite la comprensión general de la autoría como concepto, sin embargo es propio el hecho de que se oriente hacia la construcción del problema en esta investigación, es decir, sobre la forma en que se contempla a la autoría en los delitos contra la administración pública, en los que el carácter especial del autor es lo que configura el tipo, como es el caso de los funcionarios públicos.

Sobre ello es importante tener en cuenta lo señalado por Marca (2011), en su artículo jurídico titulado *La naturaleza jurídica de los delitos contra la Administración como criterio para determinar la autoría y participación*, se puede entender que: “El artículo 384° del CP solo admite la autoría directa, excluyendo las otras formas de autoría (autoría mediata y coautoría), en correspondencia con su naturaleza jurídica (delito de infracción de deber)”. (p. 34)

Lo señalado por la legislación definitivamente está relacionado con el hecho del carácter especial del agente, así que sólo puede ser autor aquel que comete

directamente el delito sin la participación de otros agentes externos; para el caso de la conocida como autoría mediata, señala que es preciso comprender el “deber positivo” que es aquello que orienta al agente especial o lo que se conoce como el “intraneus” a evitar la lesión y además: “(...) proteger el objeto jurídico que cautela. Estamos ante una responsabilidad inmediata en ningún caso mediata del obligado especial, ya que la vinculación que este tiene con el bien jurídico al que debe fomentar es directa”. (p. 34).

Si la vinculación es inmediata, inmediata también será su responsabilidad. En el mismo sentido, la coautoría no es posible puesto que el deber que cumple cada obligado positivamente (intraneus), en un contexto donde hay concurrencia de varios otros obligados positivos, es personalísimo, no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre de manera individual y directa respecto a un determinado bien jurídico.

Este concepto se traslada a la concepción del delito de peculado con el fin de establecer la forma en que se ha de identificar el sujeto activo de este tipo de delito según su nivel de intervención en la actividad delictiva, así pues, la Corte Suprema a través de la Sala Penal Permanente se ha pronunciado al respecto diciendo que: “La no admisibilidad de la coautoría se explica en doctrina, en que esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente (...)”; de hecho la imputación requerirá que se proyecte el mismo tipo de acción sancionadora sobre los coautores del delito en razón a que su nivel de participación es igual.

Este tipo de circunstancia no sucede cuanto existe la participación de un agente interno y otro externo, sobre todo cuando el tipo penal sólo admite la autoría

en función a la condición específica del agente, así la postura de la Corte que se toma en cuenta indica que resulta incorrecto el hecho de pensar en coautoría cuando los que participan en el delito son intranei, mucho menos si la concurrencia indica la presencia de un intraneus y del denominado extraneus que llevan en su conjunto su para el desarrollo del hecho típico,

No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son intranei, ni cuando un intraneus y otro extraneus llevan a cabo conjuntamente el hecho típico'. Por tanto, el denominado reparto de funciones o roles, que usualmente caracteriza la coautoría, solo es aplicable en los delitos de dominio o de competencia por organización. Mientras que para el caso de los delitos de infracción de deber, la vinculación directa del funcionario con el deber institucional, que es altamente personal, basta la mera vinculación funcional para fundamentar directamente una autoría única". (Competencia funcional del autor del delito de peculado. Caso diarios chicha., 2016)

3.2. La concepción de participación delictiva

En un sentido propio se entiende por participación a la intervención secundaria que tiene alguien en un hecho delictivo ajeno al del autor, coautor o autor mediato. El partícipe no tiene dominio del hecho, ni realiza formalmente el tipo aunque colabore con su realización o lo haya inducido o instigado, por lo que su intervención es dependiente del acaecimiento delictivo principal y no estando comprendida su conducta en el tipo de realizado podría quedar impune si el legislador no hubiera ampliado la punibilidad a la contribución periférica que terceros hacen a la realización típica.

Los investigadores chilenos Díaz y García Conlledo (2008), en su artículo jurídico titulado *Autoría y Participación*, indican lo siguiente:

(...) partícipes son los sujetos que intervienen en un delito, sin ser autores del mismo (es decir, desde la caracterización de la autoría que aquí se sostiene, sin realizar la acción típica nuclear, sin determinar objetiva y positivamente el hecho). Esa intervención en el delito puede revestir diversas modalidades, como se ve al analizar las formas de participación, pero todas tienen en común el fomentar, facilitar o favorecer (o incluso posibilitar) la realización del hecho (pág. 41).

El investigador Salinas (2014), en su libro: *Delitos contra administración pública: Delitos contra administración pública: la teoría de infracción al deber en la Jurisprudencia Peruana*, refiere lo siguiente:

Nuestro Código Penal asume la tesis de la accesoriedad de la participación, de la cual se deriva que toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia (tesis de la unidad de imputación) (pág. 11).

A. Cómplice.

Para Villa (2005), la cosa se complica sin embargo, tratándose de delitos de infracción de deber, pues en este supuesto la obligación-el deber no tiene por qué afectar al cómplice extraneus, es decir a quien no tiene la cualidad del autor obligado intraneus por no ser Funcionario público en el supuesto típico de peculado. Así tenemos que el reproche que merece el intraneus no tiene por qué padecerlo el extraneus cooperador si se es coherente con un tratamiento político criminal robusto del bien jurídico.

Para Rojas (2007), la hipótesis más trabajada en la doctrina penal es la complicidad de los extraneus, en tanto que para que se dé el concierto o acuerdo ilegal de voluntades entre el representante del Estado y el contratista (o sus representantes) se requiere necesariamente de la concurrencia de este último, de

modo tal que contribuya con actos materiales provistos de dolo al comportamiento del autor

B. Instigador.

Es necesario que el instigador mediante su intervención psicológica persuada o convenza al autor potencial a que realice determinado tipo causado la resolución criminal, lo que significa que el autor recién ahora resuelva actuar, pues no se da la instigación si el autor ya había decidido con anterioridad actuar. Es el caso advertir, por exigencia de la teoría de la imputación objetiva que la causaron de la resolución le sea objetivamente imputable al instigador lo que significa que es el caso concreto es predecible que a resultas de la intervención del instigador se produzca la resolución criminal. La instigación se admite como abierta o como encubierta siempre que sirva de estímulo e idóneo a la perpetración que se pretende. El medio del que se sirva el instigador puede ser cualquiera “deseos”, “apuestas”, “aparente disuasión”, creando una situación en la que se prevé que el otro se decidirá por la comisión del delito”.

Para Rojas (2007), se configura perfectamente para “los interesados” en el delito de colusión la calidad de instigadores (determinadores), si es que se demuestra que formaron la voluntad criminal de los funcionarios o servidores contratantes para la concertación dolosa que llevaría a la defraudación de los intereses patrimoniales del Estado. No llegará a cubrir las exigencias de la determinación, si la conducta de “los interesados” no reúne características de idoneidad y suficiencia, ni si ella se contextualiza en una decisión criminal defraudatoria ya asumida por los sujetos públicos

3.3. Teoría de infracción del deber

La teoría de los delitos de infracción del deber asume que en los delitos cometidos por funcionarios públicos (o delitos especiales propios e impropios), quien los comete no necesariamente ostenta el dominio del hecho. La acción típica del intraneus será relevante para el Derecho Penal cuando pese a detentar una función pública y ostentar un deber personalísimo de custodiarlo, lo defrauda. El intraneus siempre será considerado como autor del delito cometido y el extraneus siempre será partícipe del mismo, siendo indistinto su aporte antes o durante el iter criminis. Roxin, considera que en los delitos de funcionarios, la condición de tales por parte de los agentes infractores no es la condición que convierte en autor a un sujeto, sino por el contrario, es el deber específico de tener a cargo el desempeño de una determinada actividad con corrección y su posterior infracción consciente lo que permite fundamentar la autoría en esta clase de delitos.

Según Panta (2011), el problema básicamente se encuentra en los delitos especiales propios, donde, si el intraneus se vale del extraneus para la comisión de un delito de parricidio, aquel responderá por autoría directa, mientras que este como partícipe del delito, lo que constituye una solución insatisfactoria e injusta. En Alemania por ejemplo la crítica más fuerte que recibe esta teoría señala que no necesariamente quien comete una infracción a su deber debe responder por un delito especial, por cuanto dicho deber solo sería un indicador de los posibles sujetos agentes del delito.

3.4. Teoría de la ruptura del título de imputación

Esta teoría tiene como punto de partida, para la delimitación de la autoría y participación, la institución dogmática de la incommunicabilidad de las circunstancias la que en nuestra legislación se encuentra prevista en el artículo 26

del Código Penal, la cual impediría la imputación del partícipe extraneus que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos por medio del tipo penal especial, encuadrando su actuar, simplemente, como un delito común. De tal manera que ante un suceso delictivo en donde se encuentra bajo afectación un bien jurídico cuya accesibilidad para su lesión o puesta en peligro se encuentra restringida para determinados sujetos, solo a aquellos individuos que ostenten esa condición cualificada requerida por el legislador para su dominio y, por ende afectación (intraneus), se les será considerada su actuación dentro del supuesto de hecho típico de carácter especial. En tanto que, si en la comisión del mismo hecho delictivo, encontramos la participación de otras personas que no registran la condición cualificada que requiere el tipo penal (extraneus), su participación ya no estará encuadrada dentro de este tipo penal de carácter especial, sino será insertada en otro supuesto típico en donde el acceso al bien jurídico no está sujeto a ninguna condición especial del agente, sino que sea asequible a todas aquellas personas con capacidad de imputación, en buena cuenta, un delito de naturaleza ordinaria o común, si es que en el ordenamiento jurídico-penal existiese equivalente en términos fácticos al delito de carácter especial. De tal manera que, de acuerdo con esta tesis, los particulares que realicen actos de contribución o colaboración en la realización del delito especial, únicamente responden sobre la base de un delito común, ya sea como autores o partícipes.

3.5. Evaluación de los criterios técnico jurídico de la labor jurisdiccional

Es importante tener en consideración que el reconocimiento de la participación del extraneus requiere de una evaluación adecuada de parte del juzgador, por lo mismo que para poder establecer un criterio adecuado sobre esta labor basados en la construcción e los argumentos que incorporan las sentencias, se

entiende debe ser consolidada con una motivación lo suficientemente válida para la comprensión de las sanciones y su justificación; es por ello que se ha creído conveniente describir las características de estas condiciones.

Para comprender el concepto de motivación tomamos la referencia de lo acotado por el autor Ticona Póstigo (2011), en su artículo jurídico titulado: *La Motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa*, en el que indica:

La motivación de la(sic) decisiones judiciales está configurada por las causas psicológicas que determinan la decisión, así como por la razones(sic) de hecho y de derecho en que se sustenta ella. Para algunos es equivalente a fundamentación, y en virtud a ello se dice que la motivación es la fundamentación fáctica y jurídica de la decisión judicial. De la noción formulada se desprende que la motivación puede ser de dos tipos: psicológica y jurídica. Como luego veremos, la motivación psicológica de desarrolla en el contexto de descubrimiento, en tanto que la jurídica, y consiguiente argumentación, tiene lugar en el contexto de justificación (Ticona Póstigo, 2011).

Sobre la categoría jurídica de la motivación, también encontramos a Ojeda Cisneros (2014), quien, en una sentencia del Tribunal Constitucional, en su análisis en la controversia sobre la presunta vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en un punto, señala que:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los

propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso (Ojeda Cisneros , 2014).

Por otra parte, también podemos recoger la definición que realiza el referido Aramburú (2011), en su libro *Sobre la relación entre la motivación de las sentencias y el procedente judicial*, quien nos señala:

Motivar hace referencia a la indicación de los móviles psicológicos de una decisión, y apuntaba, además, que si las reflexiones cartesianas se usaran como espejo para construir un esquema de la motivación judicial, supondrían un paso injustificado de lo subjetivo («las mismas ideas con las que estoy convencido de haber llegado a un conocimiento cierto y evidente de la verdad») a lo objetivo («persuadir a los demás») (pág. 1419).

Estas definiciones guardan relación pues nos indica que la motivación de las decisiones judiciales es la fundamentación del juez al momento de resolver un fallo, es de dos tipos psicológica y jurídica que se debe tener en cuenta al momento de realizar la argumentación jurídica; es muy importante tener en cuenta que la motivación de decisiones y resoluciones judiciales es una justificación para poder tomar una decisión lo más correcta que se pueda, teniendo en cuenta los hechos ocurridos en el delito.

Para comprender el concepto de Argumentación jurídicas hemos recogido dos definiciones de autores diferentes:

Primero citaremos a Figueroa Gutarra(2010), quien en su artículo de revista titulado *Jueces y Argumentación*, acerca de la Argumentación jurídica refiere lo siguiente:

La argumentación jurídica nos enseña a construir las razones con las cuales sustentamos una decisión con relevancia jurídica. La argumentación constitucional,

a su turno, reconduce nuestra base argumentativa por el escenario de los derechos fundamentales y determina en qué medida, las pretensiones constitucionales han de merecer una respuesta razonada de los intérpretes autorizados de la Constitución que son en propiedad los jueces constitucionales. Podemos figurarnos, entonces, que la importancia de la argumentación jurídica radica en que ella permite la plasmación de las justificaciones del juzgador a propósito de su decisión (pág. 121).

Esta definición hace referencia a la argumentación jurídica como un mecanismo que permite alcanzar la creación de una justificación de los jueces al momento de tomar una decisión judicial, pero basándose en fundamentos jurídicos, tomando en cuenta los derechos fundamentales de cada persona, hace referencia también que se puede sustentar en la doctrina; en conclusión, la argumentación jurídica es importante en una resolución judicial pues permite al juzgador plasmar sus justificaciones y el propósito que tiene en su decisión final.

A continuación, se tiene a Manuel Atienza (2017), el cual en su libro *Derecho y Argumentación*, en su Capítulo II nos habla sobre el ámbito de la argumentación jurídica y refiere:

La teoría (o las teorías) de la argumentación jurídica tiene(n) como objeto de reflexión, obviamente, las argumentaciones que se producen en contextos jurídicos. En principio, pueden distinguirse tres campos distintos de lo jurídico en que se efectúan argumentaciones. El primero de ellos es el de la producción o establecimiento de normas jurídicas. Aquí, a su vez, podría diferenciarse entre las argumentaciones que tienen lugar en una fase prelegislativa(sic) y las que se producen en la fase propiamente legislativa. (pág. 43)

Manuel Atienza, refiere que las argumentaciones tienen dos fases nos habla de la fase pre legislativa que refiere a aquellos argumentos que se efectúan como

consecuencia de la aparición de un problema social que su solución podría ser la adopción de una medida legislativa y en otra fase en las que se efectúan argumentos jurídicos de la aplicación de normas jurídicas a la solución de casos llevadas a cabo por jueces o por simples particulares.

Esta información recopilada por estos autores que hemos tomado en cuenta nos ayudara a comprender lo que significa la motivación de las decisiones jurisdiccionales en base a un argumento jurídico válido, indispensable para la fundamentación del juez al momento de emitir la sentencia en la circunstancia de participación del extraneus en los delitos contra la administración pública, parte de este trabajo es analizar los argumentos jurídicos con que se motivó la sentencia para dictar la pena a los imputados de este delito, saber si la pena es correcta o en que se está fallando, por eso es muy importante antes de analizar, conocer la definición y el concepto de motivación y argumentación, así el análisis de cada sentencia o acusación será muy fácil de evaluar.

Capítulo IV

Análisis y resultados de la investigación

Seguidamente al recojo de los planteamientos teóricos que servirán de base al argumento doctrinario, se hace necesaria la verificación de la realidad, tanto a nivel jurisdiccional cuanto a nivel de opinión de los expertos que manejan el tema del derecho penal en razón a la intervención del extraneus para el caso del delito de peculado; todo ello con el fin de reconocer si la actual intervención del ius puniendi del Estado es lo suficientemente proporcional en relación con la afectación del bien jurídico que se protege en este tipo de delitos.

Es por ello que se estructura a continuación dicha observación de la realidad penal a fin de establecer las condiciones en las que ese desempeña la actividad jurisdiccional y cuanto aportan las opiniones de expertos sobre las posibles soluciones del problema.

4.1. Sobre las resultas del análisis jurisdiccional

Sobre el expediente 873-2016, Sentencia de Sala

En dicha sentencia se puede observar el razonamiento de la procuraduría que señala: “(...) la lógica es preguntarse si una persona es inocente, acepta los cargos, en este caso es un extraneus, al accesorio lo sentencian y le aplican la reparación civil, y al principal lo absuelven. Considera que el A Quo en el ítem 5.16 señala que al no existir un tema de responsabilidad y al no haberse afectado al Estado, no aplicaría imponer una reparación civil, sin embargo, si el accesorio fue sentenciado, imponiéndole una reparación civil, por qué no puede interponérsele

una reparación civil al absuelto autor; no hay debida motivación de resolución en ese extremo”.

Como puede advertirse de la muestra, se ha encontrado un criterio poco adecuado a la regla de la proporcionalidad, lo cual se deriva según lo indicado por el procurador, de una ausente motivación, lo cual se convierte en un problema técnico jurídico que es aquello que la tesis principalmente trata de observar y proponer su control mediante la determinación puntual de la forma en que se ha de considerar el establecimiento de la responsabilidad del extraneus y sus efectos sobre la imputación del agente principal en el delito de peculado.

Para el caso específico contemplado en la sentencia 78-2014, se puede apreciar la motivación que argumenta en base a un acuerdo plenario número 2 del año 2011, que señala “(...) los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá en término del plazo previsto para los autores pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que le corresponde al autor”

Ha de entenderse esta condición que separa los efectos en función a la situación específica y puntual de quienes desempeñan el papel de funcionarios públicos y aquellos que solo participan en la acción delictiva, precisamente esta condición es la que puede entenderse como un problema que conlleva desproporcionalidad, puesto que el efecto subsecuente sería que la administración pública no ha previsto de manera adecuada la estructura de sanción para el peculado.

4.2. Sobre la opinión de los expertos respecto de las posturas

Para esta sección de la tesis se ha tenido en cuenta la determinación de la muestra en función a las posturas estadísticas de conveniencia del investigador, dadas las razones actuales que se atraviesan mundialmente, la encuesta se ha convertido en una herramienta de bastante utilidad para alcanzar el reconocimiento de la opinión de los expertos; por lo mismo que se ha elaborado un formulario que permite indagar sobre la validación que pueden darle a las posturas que se asumen mediante la construcción de esta investigación en base a las variables de la investigación.

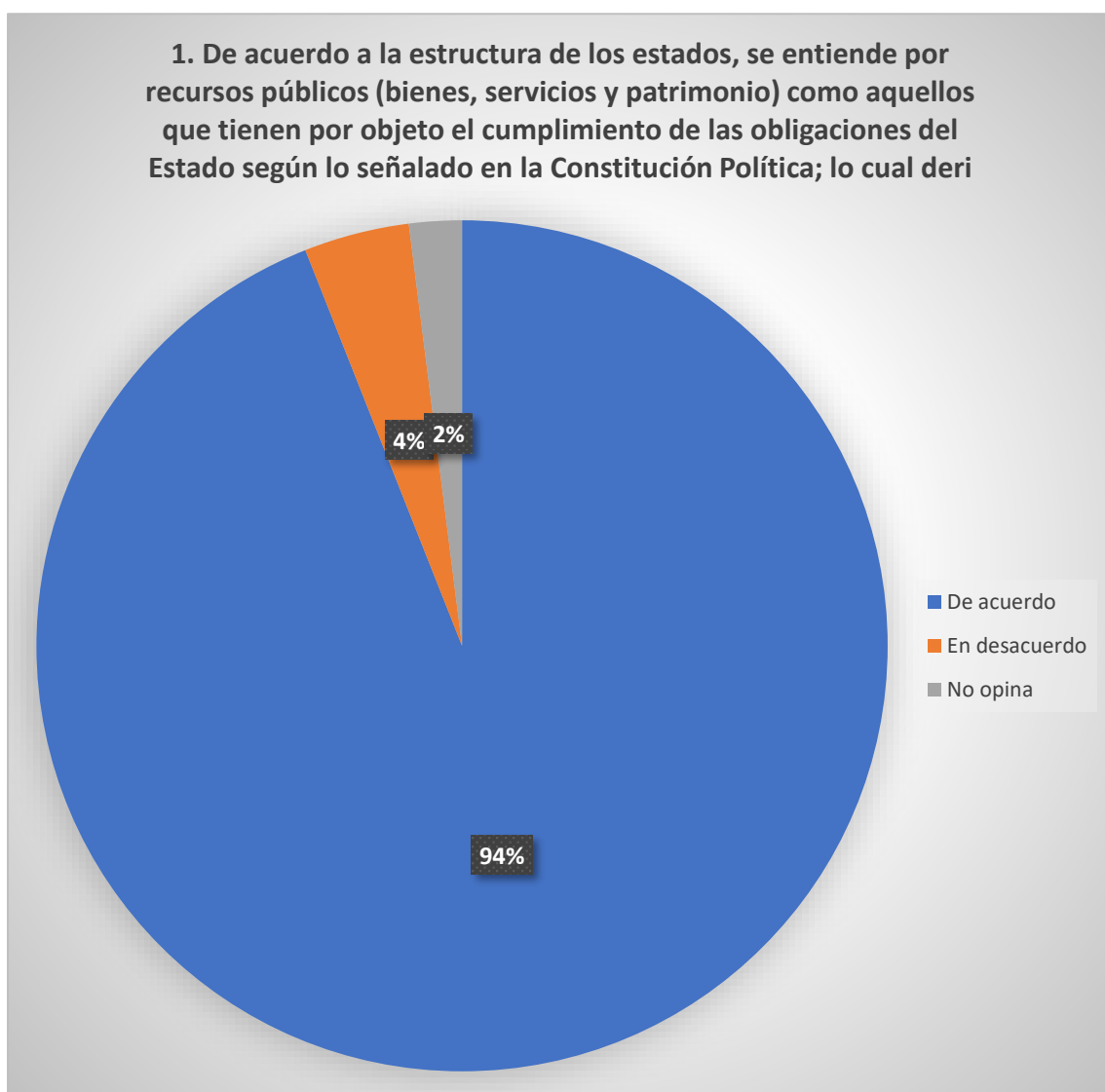
Para tal efecto dicho formulario de encuesta se aplicó a 50 operadores del derecho entre los cuales han intervenido tanto jueces, fiscales y abogado especialistas conocedores del tema de peculado y la especial consideración del extraneus en la evaluación de la participación delictiva y la consignación de la sanción, criterio que se ha recogido y tabulado adecuadamente, lo cual se grafica de manera clara a continuación.

Tabla 1: “Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 1”.

1. De acuerdo a la estructura de los estados, se entiende por recursos públicos (bienes, servicios y patrimonio) como aquellos que tienen por objeto el cumplimiento de las obligaciones del Estado según lo señalado en la Constitución Política; lo cual deriva en un interés común hacia el desarrollo de la sociedad, todo lo que describe la naturaleza del uso o aplicación que deben dar los funcionarios públicos.

Opción	Cantidad de respuestas
De acuerdo	47
En desacuerdo	2
No opina	1
Total	50

Ilustración 1: “Gráfica en porcentajes de la Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 1”



OBSERVACIONES: conforme el resultado que se grafica anteriormente se puede apreciar el apoyo respecto a la definición por parte de los operadores jurisdiccionales alcanzando un 94% de validación de estos expertos en razón de su experiencia diaria en el manejo de casos de corrupción de funcionarios. Además se puede indicar que la posición contraria resulta mínima.

El sentido de la afirmación, tiene por intención dejar en claro la percepción referida a los recursos públicos, a fin de entender adecuadamente el sentido de la acción del Estado al aplicar el Ius Puniendi como facultad para sancionar las

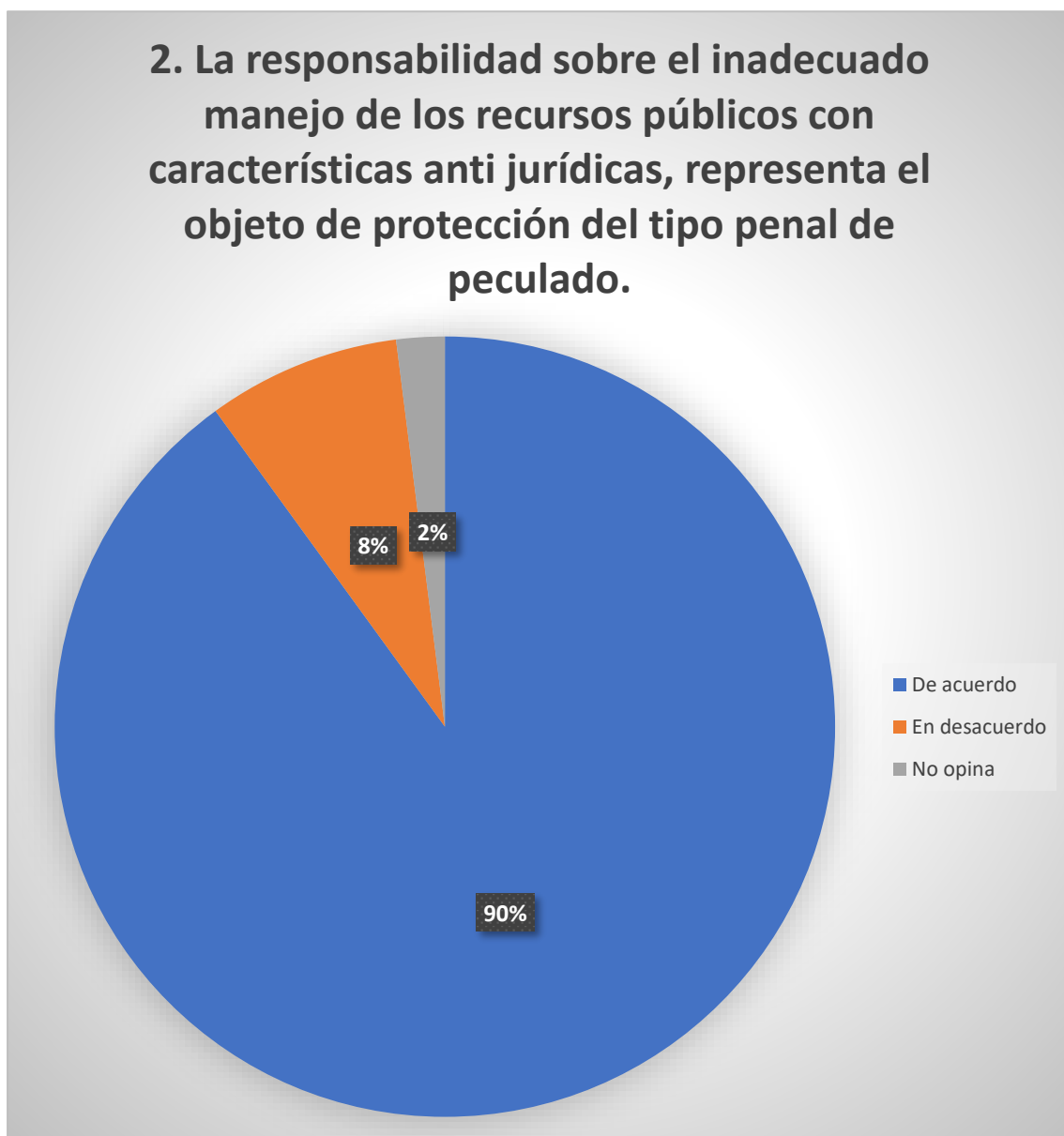
irregularidades cometidas por la mala administración de estos bienes cuya finalidad es atender las necesidades de la población, responsabilidad que les fue encomendada por la institucionalidad estatal en base a la confianza que se deposita en su capacidad de representatividad como funcionario.

Tabla 2: “Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 2”.

2. La responsabilidad sobre el inadecuado manejo de los recursos públicos con características antijurídicas, representa el objeto de protección del tipo penal de peculado.

Opción	Cantidad de respuestas
De acuerdo	45
En desacuerdo	4
No opina	1
Total	50

Ilustración 2: “Gráfica en porcentajes de la Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 2”.



OBSERVACIÓN: Según lo que se muestra en la gráfica porcentual, la posición que asumen los operadores jurisdiccionales es

Tabla 3: “Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 3”.

3. Imputar el delito de peculado implica el reconocimiento de la responsabilidad del funcionario, en razón de la lesión patrimonial que ocasiona, perjudicando los intereses estatales.

Opción	Cantidad de respuestas
De acuerdo	46
En desacuerdo	4
No opina	0
Total	50

Ilustración 3: “Gráfica en porcentajes de la Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 3”.

3. Imputar el delito de peculado implica el reconocimiento de la responsabilidad del funcionario, en razón de la lesión patrimonial que ocasiona, perjudicando los intereses estatales.

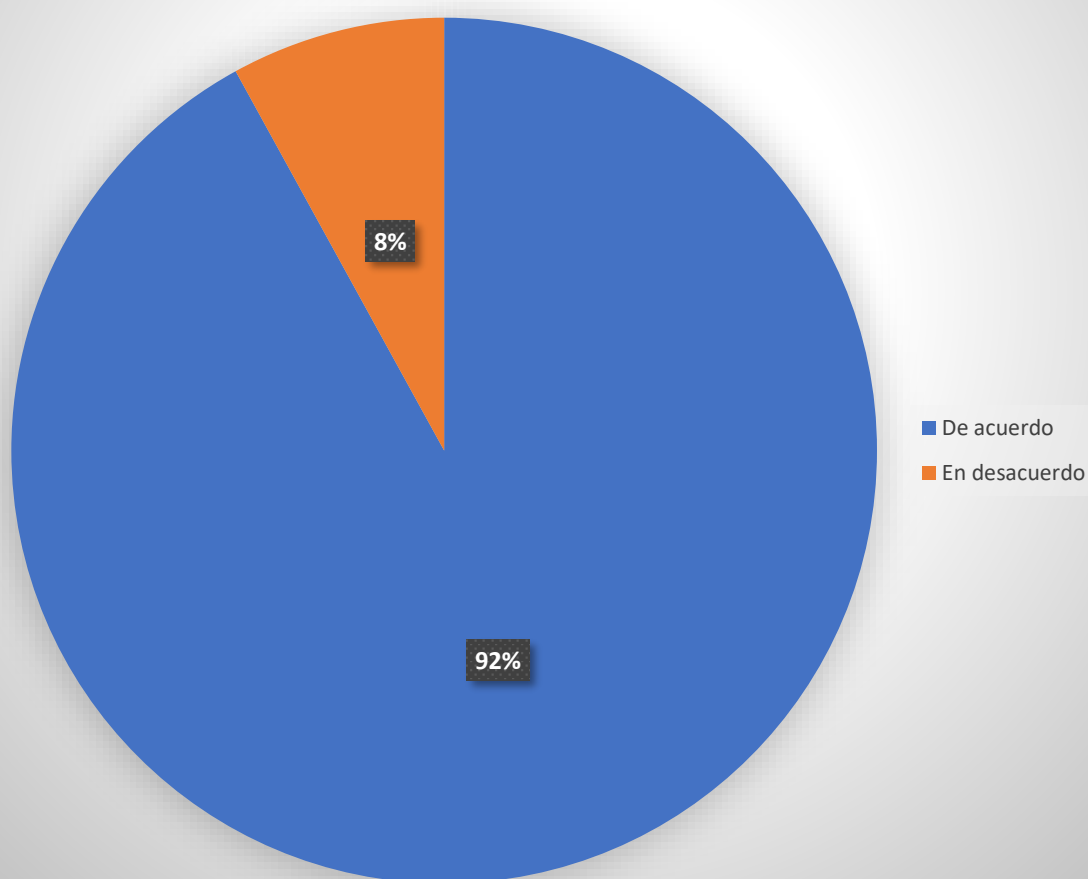


Tabla 4: “Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 4”.

4. La aplicación de una sanción bajo las características de proporcionalidad implica que exista una relación directa entre la lesión causada y la cantidad de años que se imponga en la pena.

Opción	Cantidad de respuestas
De acuerdo	42
En desacuerdo	8
No opina	0
Total	50

Ilustración 4: “Gráfica en porcentajes de la Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 4”.

4. La aplicación de una sanción bajo las características de proporcionalidad implica que exista una relación directa entre la lesión causada y la cantidad de años que se imponga en la pena.

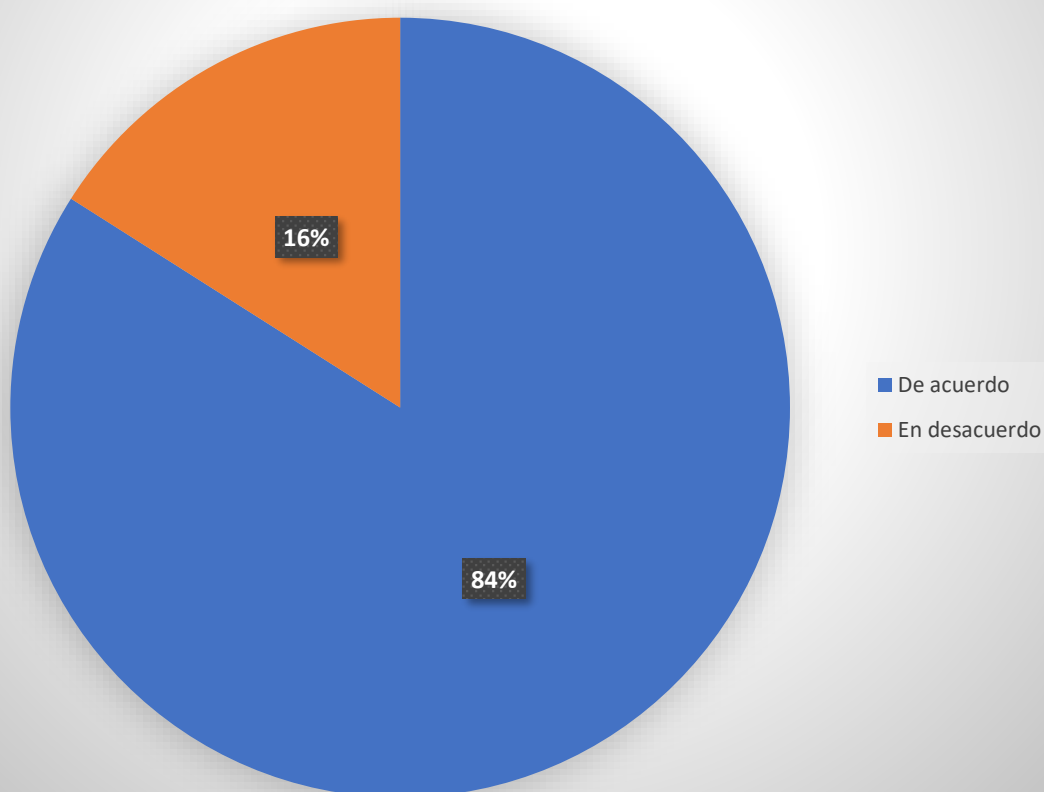


Tabla 5: “Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 5”.

5. Se entiende por proporcionalidad al principio que como regla de optimización busca el equilibrio en la aplicación de la sanción, que para el caso del peculado ha de contemplar incluso la intervención de los agentes que no cumplen el perfil de funcionario público.

Opción	Cantidad de respuestas
De acuerdo	38
En desacuerdo	11
No opina	01
Total	50

Ilustración 5: “Gráfica en porcentajes de la Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 5”.

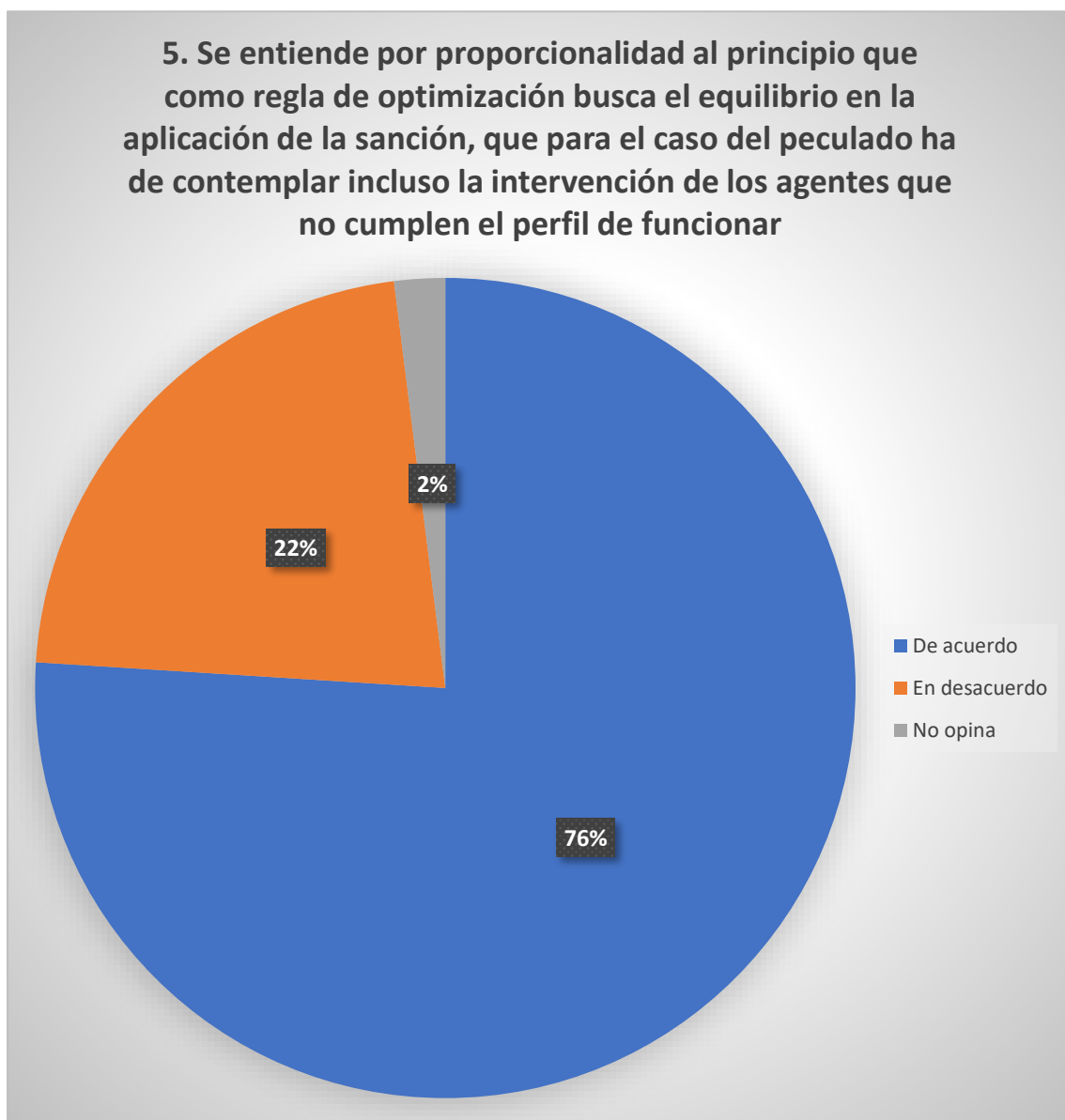


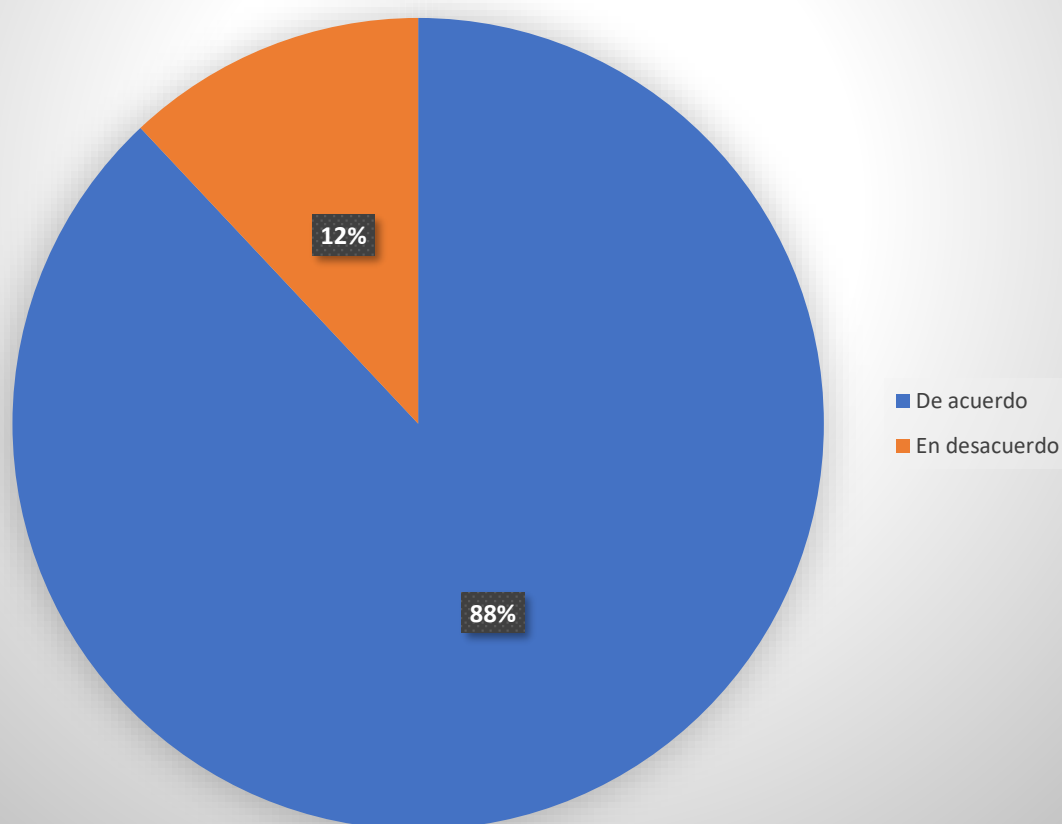
Tabla 6: “Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 6”.

6. La correcta tipificación genera un adecuado reconocimiento de la responsabilidad conllevando a la determinación correcta de la sanción, por lo cual debe asegurarse esta práctica en los delitos de peculado en tanto la determinación de la pena ha de estar en relación directa al grado de participación independientemente de la condición de funcionario público.

Opción	Cantidad de respuestas
De acuerdo	44
En desacuerdo	06
No opina	00
Total	50

Ilustración 6: “Gráfica en porcentajes de la Tabulación de los resultados que se obtuvieron del formulario de encuesta aplicado a los especialistas en derecho penal, afirmación 6”.

6. La correcta tipificación genera un adecuado reconocimiento de la responsabilidad conllevando a la determinación correcta de la sanción, por lo cual debe asegurarse esta práctica en los delitos de peculado en tanto la determinación de la pena ha de esta



Capítulo V

Contrastación de la hipótesis

En cuanto a lo que se refiere al desarrollo de la investigación ésta es la fase final en la que se agrupan todos los resultados, tanto desde el punto de vista teórico cuanto en lo que corresponde al análisis de la realidad, observación que se plasma bajo el orden de cada una de las metas que se hubieron trazado para la construcción del trabajo académico como son los objetivos específicos cuyos contenidos son sometidos a la discusión crítica que permitirán llegar a resultados de postura los cuales se sintetizan para alcanzar la certeza de los conceptos que hubieron incorporado las variables de manera inicial, validaciones que han servido para construir la determinación final de la tesis, todo lo que se muestra a continuación.

5.1. La discusión de resultados obtenidos

5.1.1. Sobre el objetivo específico: “Estudiar dogmáticamente la configuración del tipo penal de peculado

Dada la construcción del objetivo específico sobre el estudio dogmático de la configuración del tipo penal de peculado, resulta importante y necesario el entendimiento de este tipo de observación, por ello se cuestiona el ¿Cómo se desarrolla el estudio dogmático de las leyes?, ante lo cual conviene señalar que ha de establecerse la relación que existe entre la construcción típica y su comprensión en la doctrina penal, que para este caso operará sobre el tipo de peculado.

Siendo así, interesa reconocer la estructura de los tipos penales en general, para lo cual se debe tener en cuenta desde el origen, así, la incorporación de un tipo penal obedece a la manifestación de un problema en la realidad social que se asume como

una lesión respecto de un determinado bien jurídico; por ello para el caso del tipo penal de peculado, se observa la vulneración de ciertos intereses que se alinean con la doctrina en determinados aspectos, precisamente de ello es que surge una parte importante de esta discusión.

La consideración del bien jurídico protegido como la correcta administración pública visto desde la perspectiva doctrinaria implica la garantía que surge de la Constitución respecto a la organización y administración del Estado, que le corresponde según el sistema que gobierna, presidencialismo, a todo el esquema en el cual se distribuye el poder a través de sus órganos; siendo en base a ello que le corresponde la creación de este tipo de reglas al Poder Legislativo.

Es en este nivel de creación que se deben observar las características que definen a un tipo penal luego de haber identificado la necesidad de proteger un bien jurídico, esto es que sea puntualizada la conducta y asumida como una acción antijurídica sea pasible de una sanción en razón del reconocimiento de la responsabilidad que le atañe al sujeto que desarrolla dicha acción.

Luego de haber revisado la forma en que se desarrolla el análisis dogmático jurídico respecto al tipo penal de peculado, se debe cuestionar si esta estructura que se basa en los lineamientos doctrinarios son realmente los apropiados, por ello se cuestiona ¿Cuán adecuado es el recojo de la doctrina respecto a la imputación penal de los delitos en el tipo penal de peculado?

Sobre ello conviene establecer que la forma en que se ha percibido el tipo penal de peculado por la doctrina respecto al bien jurídico que se protege, se orienta entre dos aspectos, el primero que según se ha indicado líneas arriba, corresponde a la protección de la correcta administración pública, mientras que por otro lado se

puede observar como parte de la discusión, la identificación del bien jurídico patrimonio del Estado.

Dichas posturas tendrán un resultado diferente en cuanto a lo que interesa la sanción que corresponderá a cada uno de los intervinientes en esta acción delictiva, esto es la sanción que le corresponde al funcionario y al extraneus; por ello es importante, asumir una postura que permita al tipo penal en su imputación alcanzar una de las características más importantes que se indican para la aplicación de una sanción penal, esto es la proporcionalidad, que debe estar presente en la evaluación del nivel del daño y la determinación de la pena.

Dicha aseveración sobre el resultado de la imputación del tipo penal de peculado, requiere de observar los resultados que se están planteando en la realidad jurisdiccional, por lo mismo que sirve la pregunta ¿se requerirá que la sanción contemplada en el tipo penal de peculado admita el control de la proporcionalidad desde el punto de vista doctrinario?

Sin duda alguna, la contemplación doctrinaria de la imputación de este tipo penal, requiere que se desarrolle este análisis, por lo mismo que se ubica gran parte del problema que observa esta tesis, en razón de que si este principio se aplica en función a la lesión del bien jurídico, por lo mismo que la judicatura, en razón de la libertad de interpretación que surge respecto a la construcción del tipo penal de peculado, termina por generar posiciones de sanción diversas, lo cual trastoca no sólo el principio de proporcionalidad sino también el de predictibilidad y seguridad jurídica.

TOMA DE POSTURA:

Después de haber indagado respecto a su estructura del tipo penal de peculado, podemos decir que es un instrumento legal a través del cual se describe una acción u omisión considerada punible realizada por los funcionarios o servidores públicos, por lo que su objeto de estudio está delimitado por las leyes y normas impuestas por el legislador para que sea aplicado en la práctica según su concepción, criterios de interpretación de los operadores jurídicos, teniendo en cuenta el grado de participación de los intervinientes en el hecho punible y así se aplique una sanción proporcional tanto al autor como al cómplice en el delito de peculado.

5.1.2. Sobre el objetivo específico: “Desarrollar doctrinariamente la figura jurídica del extraneus y su participación en los delitos”

De acuerdo al sentido de la investigación, el desarrollo de esta crítica sobre la participación del extraneus respecto a los delitos de corrupción de funcionarios, específicamente en el tipo penal de peculado, cobra importancia dado que su incorporación en el ordenamiento jurídico penal obedece al reconocimiento de la intervención de personas que coadyuvan a la ejecución de la acción delictiva, sin reunir el condicionamiento del tipo penal de peculado, esto es que se trate de un funcionario o servidor público.

Bajo esta indicación, conviene hacer el primer cuestionamiento dirigido a saber ¿Qué tan adecuada es la contemplación del concepto de extraneus en la doctrina?, ante lo cual se debe tener en cuenta que la definición teórica que contempla la participación de un sujeto fuera del entorno de la administración pública en la ejecución de acciones delictivas que la vulneran, se orienta hacia una acción relacional que permita la vinculación con el agente del delito.

Para el caso de peculado el agente del delito puede ser cualquier funcionario o servidor público que trastoque la confianza depositada en su condición de administrador de los recursos públicos, precisamente al ejecutar una acción que se reconoce por el uso inadecuado de estos últimos; en dicho escenario se aprecia la intervención de un sujeto que no se relaciona con la función pública, mas si requiere de la condición relacional con el funcionario o servidor que conduce la administración.

De acuerdo a lo señalado se debe posicionar el concepto del extraneus como una definición adecuada de parte de la doctrina, por lo mismo que partiendo de ello se debe direccionar la atención hacia la manera en que se recoge dicho concepto en la regla que interesa a la investigación, esto el tipo penal de peculado. Siendo así, de manera previa deberá reconocerse en la propia teoría el argumento que permita responder la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los límites que puntualizan la actuación del extraneus en la participación de la acción delictiva?

A fin de responder adecuadamente el cuestionamiento planteado, se debe indicar de manera previa que al señalar un límite en el ámbito del derecho penal, se estará hablando de la aplicación de las garantías que se contemplan como su principal característica; en ese sentido, la función de este límite deriva del control que se ejerce sobre la aplicación del ius puniendi a fin de no cometer abusos en la ejecución del control estatal que en este caso corresponde a la criminalidad que se desarrolla en el ámbito de la administración pública.

Siendo así, en lo que corresponde al extraneus para el delito de peculado, el límite que opera sobre el ius puniendi, se entiende debería estar contemplado en la estructura del tipo; al revisar el cuarto párrafo del artículo 387 del Código Penal, se

aprecia la indicación de un criterio respecto a la culpabilidad del agente, mediante el cual se limita la acción del ius puniendi sobre el funcionario público, mas no se contempla ninguna indicación sobre el nivel de acción sancionadora que se habría de ejecutar sobre el extraneus al que hace referencia el párrafo en mención.

Se entiende pues que, la indicación de culpa del agente elimina cualquier tipo de circunstancia de identificar la posible relación previamente concertada entre el funcionario y el extraneus, esto es lo que la doctrina indica como condición relacional que se debe evidenciar para que la complicidad se utilice como elemento de convicción para imputar la acción de un tercero.

Desde este punto de vista el límite no se deja claro, esto evidencia el origen de las posturas que se adoptan para evaluar correctamente el nivel de responsabilidad del extraneus, lo cual será discutido en la secuencia de los objetivos específicos a fin de entender cuál debería ser el camino a sugerir para resolver dicho conflicto.

Toma de postura:

De acuerdo a lo señalado a lo largo de la discusión, se puede establecer que la participación de un sujeto en la realización de los delitos específicos como es el caso de los delitos especiales así como el de peculado, se trata de una intervención en apoyo a la consolidación del acto delictivo con la participación de dicho tercero; siendo así la estructura legislativa se ha visto afectada por esta condición, que desde luego afecta a la sanción que ha de aplicarse sobre el agente; siendo una circunstancia peligrosa que conlleva al establecimiento de la impunidad, puesto que el delincuente especial lo observaría como una posibilidad de beneficiarse con los

medios estatales bajo el apoyo de los extraneus a fin de librarse de la sanción punitiva.

5.1.3. Sobre el objetivo específico: “Analizar la necesidad de modificar el tipo penal de peculado a fin de lograr la determinación proporcional de la pena del extraneus”

La determinación que se ha logrado en función a la participación del extraneus en el delito de peculado permite comprenderla como una forma de evadir la responsabilidad del agente delictivo, que bajo el criterio o condición especial que desempeña en la administración del Estado hace participar en la acción delictiva a un tercero con el fin de beneficiarse con los medios estatales, esto en función al carácter punible que la legislación adopta para el agente en esta condición especial.

De acuerdo a la estructura del tipo penal de Peculado contemplado en el artículo 387 del ordenamiento jurídico penal, se puede corroborar la presencia de una tercera persona que coadyuva a la realización del hecho delictivo, lo cual puede entenderse como la participación del extraneus, ya que el último párrafo de este artículo señala: “ (...) si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas(...)”.

El aspecto más importante que se aprecia de esta construcción legislativa, es la incorporación de una característica conductual que interviene en la calificación del hecho delictivo a fin de reconocer la responsabilidad del agente; para este caso se aprecia a la culpa como una condición que reduce la sanción que incluso le correspondería al tipo base del peculado, esto es va de 2 a 3 años de pena privativa de libertad. Ello implica la imposibilidad de poder revisar circunstancias en las que

interviniendo un tercero se pudiera generar la concertación a fin de que se afecten los bienes del Estado, esto es que fuera de total conocimiento y manejo del funcionario público.

Esta idea conlleva a pensar que bien puede usarse por parte del funcionario la ideación de hacer participar a un tercero con el fin de ejecutar la acción delictiva sin que se perjudique con una sanción punitiva efectiva como es el caso del párrafo en cuestión. Tal circunstancia es la que se ha podido observar como el argumento que permite indicar la necesidad de generar algún tipo de cambio en la construcción de este tipo penal, para limitar la posibilidad de que se produzca evaluaciones jurisdiccionales que conduzcan a la impunidad o desproporcionalidad en la sanción aplicada al agente.

El papel que cumple el extraneus en este tipo de acciones debe ser un elemento que tenga mayor atención en cuanto a las evaluaciones de la conducta del agente especial como lo es un funcionario público, puesto que por su condición de tal maneja la situación estructural de la administración pública y el sector o espacio que le ha sido encomendado, por lo mismo que es un indicio directo de que al tener el dominio del hecho, no podría atribuirse una condición de culpabilidad, sino más bien de complicidad, ello mediante la concertación.

Tal cual se habría mencionado anteriormente el resultado de la evaluación bajo la estructura del tipo penal de peculado respecto a la participación de un tercero o extraneus en la ejecución de la acción penal, disminuye la sanción que se aplica al agente o funcionario público, lo cual resultaría desproporcional en razón del dominio de la estructura pública antes mencionada, por lo cual resulta de imperio el hecho de que tenga que ajustarse dicha estructura punitiva a fin de establecer una correcta sanción y propiciar los efectos de la pena para este tipo de delitos.

En tal sentido se reconoce la necesidad de que el agente deba ser sancionado de una manera más grave, ello justificado en la principal razón de que habría existido concertación para la ejecución o sustracción del bien, por lo cual se puede sugerir la eliminación de la culpa para ser reemplazada por la condición de concertación que se hubiera dado lugar entre el funcionario y el extraneus, lo cual ha de considerarse como una agravante incluso.

De otro lado, la participación del extraneus habría de ser considerada de manera especial bajo los lineamientos de la teoría de autoría y participación dadas las circunstancias especiales a las que se remonta la ejecución del acto delictivo, tendría que ser sancionado con una pena igual a la del agente en el peculado; ello si comportaría una calificación proporcional en función a los actos desarrollados en contra de la administración pública.

TOMA DE POSTURA:

De acuerdo a lo señalado, se puede advertir como necesario el acomodo del tipo penal de peculado a fin de que se elimine la condición de culpabilidad de parte del agente, que en tanto funcionario público maneja o conoce la estructura de la administración pública que tiene a su cargo, por lo mismo que no tendría cabida la culpabilidad dado que para la participación de un tercer sólo puede darse como consecuencia de una concertación; siendo así, esta forma de actuar deberá ser considerada como una agravante del peculado, debido tener una sanción mayor que permita su efectividad. Entre tanto que la calificación jurisdiccional respecto del extraneus deberá ser proporcional a la sanción que le corresponde al agente de este tipo de delito.

5.2. Las variables de estudio y su validación

5.2.1. Para la variable independiente: La configuración del tipo penal de peculado

Según la estructura metodológica de esta investigación, las variables dan inicio a la problemática en función a la relación que ostentan, esta es una de tipo causal, así pues, en lo que corresponde al tipo penal de peculado, se ha reconocido un problema en su estructura que se establece en el último de sus párrafos contenido en el artículo 387 del ordenamiento penal peruano.

Siendo así es importante señalar que el peculado es un instrumento legal a través del cual se describe una acción u omisión considerada punible realizada por los funcionarios o servidores públicos, por lo que su objeto de estudio está delimitado por las leyes y normas impuestas por el legislador para que sea aplicado en la práctica según su concepción, criterios de interpretación de los operadores jurídicos, teniendo en cuenta el grado de participación de los intervinientes en el hecho punible y así se aplique una sanción proporcional tanto al autor como al cómplice en el delito de peculado; en base a dicha indicación se puede establecer que la variable independiente se valida bajo la siguiente postura:

La configuración del tipo penal de peculado debe ser modificada en su extremo de la culpabilidad del agente.

5.2.2. Para la variable dependiente: La determinación proporcional de la pena por la participación del extraneus

Luego de haber reconocido el concepto que se define a través de la variable independiente como causa de la problemática, se debe reconocer el efecto que representa la variable dependiente, para ello se indica que, la participación de un sujeto en la realización de los delitos específicos como es el caso de los delitos especiales así como el de peculado, se trata de una intervención en apoyo a la consolidación del acto delictivo con la participación de dicho tercero.

Con respecto al tipo penal de peculado, la estructura legislativa se ha visto afectada por esta condición, que desde luego afecta a la sanción que ha de aplicarse sobre el agente; siendo una circunstancia peligrosa que conlleva al establecimiento de la impunidad, puesto que el delincuente especial lo observaría como una posibilidad de beneficiarse con los medios estatales bajo el apoyo de los extraneus a fin de librarse de la sanción punitiva.

Es por esta razón que lo advertido anteriormente en la variable independiente debe servir de argumento para establecer la necesidad de un acomodo del tipo penal de peculado a fin de que se elimine la condición de culpabilidad de parte del agente, que en tanto funcionario público maneja o conoce la estructura de la administración pública que tiene a su cargo, por lo mismo que no tendría cabida la culpabilidad dado que para la participación de un tercer sólo puede darse como consecuencia de una concertación; siendo así, esta forma de actuar deberá ser considerada como una agravante del peculado, debido tener una sanción mayor que permita su efectividad. Entre tanto que la calificación jurisdiccional respecto del extraneus deberá ser proporcional a la sanción que le corresponde al agente de este

tipo de delito; es por estas razones que la variable dependiente se valida bajo la siguiente indicación:

La determinación proporcional de la pena por la participación del extraneus, implica una sanción similar a la del agente con el que ha concertado, puesto que éste último recae en una acción agravada.

5.3. Sobre la contrastación de la hipótesis

El resultado de la observación que desarrolla la tesis, se proyecta como un acomodo de la estructura del tipo penal, que si bien es cierto se hubo plasmado al inicio de la investigación mediante una hipótesis como respuesta a priori sobre el problema; ahora con el desarrollo teórico y de observación de la realidad, se plasma una idea argumentada en las bases de razonamiento lógico y como resultado científico de la investigación, lo cual se muestra a continuación.

La configuración del tipo penal de peculado debe ser modificada en su extremo de la culpabilidad del agente; por lo tanto, la determinación proporcional de la pena por la participación del extraneus, implica una sanción similar a la del agente con el que ha concertado, puesto que éste último recae en una acción agravada.

Contrastación de la hipótesis

Determinación inicial	Determinación final
Si, la configuración del tipo penal de peculado adolece de problemas estructurales; entonces, su aplicación resultará inadecuada para determinar proporcionalmente la pena por la participación del extraneus.	La configuración del tipo penal de peculado debe ser modificada en su extremo de la culpabilidad del agente; por lo tanto, la determinación proporcional de la pena por la participación del extraneus, implica una sanción similar a la del agente con el que ha concertado, puesto que éste último recae en una acción agravada.

De la comparativa que se desarrolla en el cuadro anterior, se puede establecer que la hipótesis inicial al referirse a un problema estructural del tipo de peculado, encuentra su prueba en la primer parte de la construcción de la determinación final, puesto que se indica la necesidad de generar un cambio, que elimine la condición de culpabilidad de la acción del funcionario o servidor público a fin de evitar una circunstancia de aprovechamiento de la realidad jurídica por parte de los agentes corruptos que manejan la administración pública.

Es por esta razón que tal resultado debe usarse como base de la estructura de una propuesta que sea derivada a las instancias legislativas correspondientes a fin de que se evalúe dicha estructura en función a los resultados fácilmente palpables en la realidad como es el hecho del incremento de la corrupción en la administración pública, ante lo cual el Derecho Penal no ha logrado ejecutar resultados lo suficientemente adecuados en función a lo ya señalado.

Otra parte de la prueba que se reconoce en la determinación final respecto a la indicación de la hipótesis inicial sobre la desproporcionalidad de la sanción aplicada en el tipo penal de peculado, será el hecho de que se logró determinar que las funciones que se ejecutan para el desarrollo de esta acción delictiva solamente pueden generarse bajo la concertación entre el agente y el tercero, por tal razón desaparece la condición de culpabilidad.

En razón de ello es que se logra establecer que la aplicación proporcional de una pena, en primer lugar para el agente ha de ser una que corresponda a la agravante del tipo como es el caso de sanción no menor de 3 ni mayor de 5 años, la cual ha de ser extendida hacia el extraneus en razón de su participación bajo la teoría de complicidad; toda esta sugerencia sería la que conlleve a una aplicación

proporcional de la sanción en función a la realidad de los hechos delictivos desarrollados y la afectación del bien jurídico tutelado.

Conclusiones

Primera conclusión:

Después de haber indagado respecto a su estructura del tipo penal de peculado, podemos decir que es un instrumento legal a través del cual se describe una acción u omisión considerada punible realizada por los funcionarios o servidores públicos, por lo que su objeto de estudio está delimitado por las leyes y normas impuestas por el legislador para que sea aplicado en la práctica según su concepción, criterios de interpretación de los operadores jurídicos, teniendo en cuenta el grado de participación de los intervinientes en el hecho punible y así se aplique una sanción proporcional tanto al autor como al cómplice en el delito de peculado.

Segunda conclusión:

De acuerdo a lo señalado a lo largo de la discusión, se puede establecer que la participación de un sujeto en la realización de los delitos específicos como es el caso de los delitos especiales así como el de peculado, se trata de una intervención en apoyo a la consolidación del acto delictivo con el apoyo de dicho tercero; siendo así la estructura legislativa se ha visto afectada por esta condición, que desde luego afecta a la sanción que ha de aplicarse sobre el agente; siendo una circunstancia peligrosa que conlleva al establecimiento de la impunidad, puesto que el delincuente especial lo observaría como una posibilidad de beneficiarse con los medios estatales bajo el apoyo de los extraneos a fin de librarse de la sanción punitiva.

Tercera conclusión:

De acuerdo a lo señalado, se puede advertir como necesario el acomodo del tipo penal de peculado a fin de que se elimine el término culpa de parte del agente,

que en tanto funcionario público maneja o conoce la estructura de la administración pública que tiene a su cargo, por lo mismo que no tendría cabida la culpabilidad dado que para la participación de un tercer sólo puede darse como consecuencia de una concertación; siendo así, esta forma de actuar deberá ser considerada como una agravante del peculado, debido tener una sanción mayor que permita su efectividad. Entre tanto que la calificación jurisdiccional respecto del extraneus deberá ser proporcional a la sanción que le corresponde al agente de este tipo de delito.

Recomendaciones

Primera:

Se sugiere al Poder Ejecutivo, la evaluación adecuada de las políticas públicas que se crean para luchar contra el crimen, como es en este caso especial de la protección del bien jurídico administración pública, a fin de asegurar que la configuración de los tipos penales que sancionan este tipo de actos delictivos, contengan una estructura adecuada que limite las posibilidades de impunidad o sanciones desproporcionales que se traduzcan en la ineficacia del ius puniendi y del control estatal de la criminalidad.

Segunda:

Se recomienda tomar como base el argumento de esta investigación a fin de que se realice el acomodo pertinente en la estructura del tipo penal de peculado en lo que respecta a la culpa del agente, para eliminarla y se reemplace por la condición de concertación con el tercero o extraneus, conllevando ello a la consideración de este elemento como una agravante del tipo y se eleve la sanción al parámetro de no menor de 3 años ni mayor de 5 años.

Bibliografía

- Abello Gual, J. A. (2015). La autoría y participación en el delito de peculado. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*(35), 4-29.
Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5589620.pdf>
- ARAGONESES ALONSO, P. (1997). *Proceso y Derecho Procesal: Introducción*. Madrid: EDERSA.
- Aramburo, M. (2011). *Sobre la relación entre la motivación de las sentencias y el procedente judicial. Aportaciones de un debate*. Colombia: Editorial Biblioteca Jurídica Dike. Recuperado el 03 de abril de 2018
- Atienza, M. (2017). *Las Razones del Derecho*. (Vol. capítulo II). Lima, Peru: Palestra Editores. Recuperado el 03 de abril de 2018, de http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/teoria_del_derecho/sem_razo_juri_redac_resol/43-73.pdf
- Cáceres Rodríguez, M. D., & Leiva Tirado, E. R. (2016). *Fundamento del injusto de la participación del extraneus en el delito de peculado doloso en el Código Penal Peruano*. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo.
- CARBONELL, M., DE CABO, A., & PISARELLO, G. (2006). *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías. Traducción al español del libro de LUIGI FERRAJOLI*. Mexico: CNDH.
- Castañeda Sánchez, M. G. (2017). Bienes jurídicos en delitos de peculado. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 341-347. Obtenido de <http://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/RFDPC/article/download/130/161>
- Competencia funcional del autor del delito de peculado. Caso diarios chicha., 615-2015 (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema 16 de Agosto de 2016).

- De la Mata Barranco, N. J. (Enero de 2010). El funcionario público ante el derecho penal. *Revista jurídica de Castilla y León*(20), 13-78. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3121878>
- Díaz y García Conlledo, M. (2008). Autoría y Participación. *Revista de Estudios de la Justicia*(10), 13-61. Obtenido de http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/DIAZ_Y_GARCIA.pdf
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Figueroa Gutarra, E. (21 de Mayo de 2010). Jueces y Argumentación. (Poder Judicial (PJ), Ed.) *Revista Oficial del Poder judicial*(9), 119-141. Recuperado el 03 de abril de 2018, de Juece y Argumentacion: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4824748047544a43beb3ff6da8fa37d8/7.+Figueroa+Gutarra.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4824748047544a43beb3ff6da8fa37d8>
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A. (2012). *Introducción al Derecho Penal: Instituciones, fundamentos y tendencias del Derecho Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- García Toma, V. (2006). *El Estado peruano como Estado social y democrático de Derecho. Constitución comentada (Análisis Art. 43º, Const. 93)*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Kierszenbaum, M. (2009). El Bien Jurídico En El Derecho Penal Algunas Nociones Básicas Desde La Óptica De La Discusión Actual. *Derecho Universidad De Buenos Aires*(86), 187-211. Recuperado el 20 de Mayo de 2020, de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>

Luis Bedoya de Vivanco contra Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Exp.Nº 2758-2004-HC/TC (Tribunal Constitucional 23 de Noviembre de 2004).
Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02758-2004-HC.pdf>

Ojeda Cisneros , M. R. (18 de Marzo de 2014). Sentencia del Tribunal Constitucional. Lima. Recuperado el 05 de abril de 2018, de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03433-2013-AA.html>

Peña Cabrera Freyre, A. R. (2011). *Derecho Penal Parte General. Tomo II. 3º Edición*. Lima: IDEMSA.

Perez Livia, L., & Gonzales Abanto, K. E. (2015). *Criterios Doctrinarios Para Calificar La Participación Del Extraneus En El Delito De Colusión En 2003 – 2014*. Cajamarca: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.
Obtenido de <http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/107/DP%20-%2020002%20TESIS%20GONZALES%20-%20P%20C3%89REZ.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Salinas Siccha, R. (2014). *Delitos contra administracion publica: la teoria de infraccion al deber*. Lima: Gaceta Jurídica.

SILVA FRANCO, A. (1998). *O juiz e o modelo garantista*. Sao Paulo: IBCCRIM.

Soler, S. (1970). *Derecno penal argentino*. Argentina: Tipográfica Editora.

Ticona Póstigo, V. (12 de Mayo de 2011). *Poder Judicial del Perú*. Recuperado el 04 de Abril de 2018, de La Motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_publicaciones/as_cuadernos/as_cuadernos9/cij_d_cuadernos95

Villa Stein, J. (28 de Marzo de 2005). Autoría y Participación. (Poder Judicial del Perú, Ed.) *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*, 23-25.

Recuperado el 14 de Junio de 2018, de
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2538db8046d4780ca513a544013c2be7/C7POLT.JUR.AUTORIA.pdf?MOD=AJPERES>

Wong Coronado, P. J. (2018). *La Punibilidad Del Partícipe Extraneus En El Delito de Enriquecimiento Ilícito*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.

ANEXOS

1. Cuestionario de encuesta aplicada a 50 operadores jurídicos.



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TESIS

“LA EFICACIA DEL TIPO PENAL DE PECULADO PARA LA DETERMINACIÓN PROPORCIONAL DE LA PENA POR LA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS”

CUESTIONARIO DE ENCUESTA

Es grato dirigirse a vuestra persona, con la intención de saludarlo y a la vez requerir de su valioso tiempo para la absolución de las afirmaciones que se le presentan a continuación, cuyos resultados se tomaran como un aporte importante para la investigación académica.

I. Variable independiente: La configuración del tipo penal de peculado.