

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**LA NORMATIVIZACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO DEL DELITO
DE PECULADO DOLOSO COMO INDICADOR CONFIGURATIVO
DEL DELITO DE ENCUESTRO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

**AUTOR
LIZ SOLANCH ALVAREZ CASANOVA**

**ASESOR
ELIU ARISMENDIZ AMAYA**
<https://orcid.org/0000-0001-8090-3207>

Chiclayo, 2022

**LA NORMATIVIZACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO DEL
DELITO DE PECULADO DOLOSO COMO INDICADOR
CONFIGURATIVO DEL DELITO DE ENCUESTRO**

PRESENTADA POR:

LIZ SOLANCH ALVAREZ CASANOVA

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Caceres
PRESIDENTE

Jose Leoncio Ivan Constantino Espino
SECRETARIO

Eliu Arismendiz Amaya
VOCAL

Dedicatoria

A mis padres: David y Celia, por haberme apoyado en todo momento a culminar mi carrera universitaria, pero sobre todo por haberme enseñado con su ejemplo valores que me ha permitido ser una persona de bien.

Agradecimientos

A Dios por la vida y la salud que me ha brindado en estos años de estudio. Asimismo, agradezco a mi asesor, el Dr. Eliu Arismendiz Amaya por su constante apoyo, orientación y correcciones sobre el tema de estudio que me permitieron perfeccionar la presente investigación.

TESIS FINAL

INFORME DE ORIGINALIDAD

8%

INDICE DE SIMILITUD

8%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

1%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1 hdl.handle.net Fuente de Internet 3%

2 idoc.pub Fuente de Internet 1%

3 qdoc.tips Fuente de Internet <1%

4 tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet <1%

5 tesis.usat.edu.pe Fuente de Internet <1%

6 doku.pub Fuente de Internet <1%

7 repositorio.unprg.edu.pe Fuente de Internet <1%

8 www.coursehero.com Fuente de Internet <1%

9 dspace.unitru.edu.pe Fuente de Internet <1%

Índice

Resumen	5
Abstract	6
Introducción.....	7
1. Revisión de literatura.....	9
2. Materiales y métodos	23
3. Resultados y discusión	24
Conclusiones	41
Recomendaciones	41
Referencias.....	42

Resumen

En el delito de peculado doloso aun no se ha delimitado la naturaleza jurídica de la cláusula “para otro” debido a que en su estructura típica se advierten componentes de dominio; de ahí que, se requiere de un verbo normativo que una la conducta del funcionario con la del interesado. En ese escenario, en la presente investigación se plantea como objetivo desarrollar la normativización del supuesto de hecho del tipo penal de peculado doloso como indicador configurativo del delito de encuentro. Así pues, a través del método analítico se obtiene como resultado que, a través de los juicios de valor de la naturaleza pública del objeto de protección, la relación funcional específica y el encuentro concertado se otorga un contenido jurídico penal que configura al ilícito de peculado en el extremo “para otro” como un delito de encuentro y a la vez de infracción de deber. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico penal peruano no se sigue a cabalidad la génesis de la técnica legislativa de los delitos de encuentro, pues el legislador, no ha establecido un elemento que vincule normativamente la conducta del *intraneus* y del *extraneus*. Asimismo, para la configuración del ilícito de peculado doloso como un delito de encuentro se requiere de la intervención del *intraneus* y *extraneus*, los cuales desde plataformas jurídicas distintas desarrollan una determinada conducta con la finalidad común de lesionar el bien jurídico, pero sobre todo su participación es un elemento constitutivo del tipo penal.

Palabras claves: Delitos de encuentro, delitos de infracción de deber, delito de peculado doloso, elemento descriptivo “para sí o para otro”, la concertación, injustos separados.

Abstract

In the crime of malicious embezzlement, the legal nature of the clause “for another” has not yet been delimited due to the fact that in its typical structure domain components are noted; hence, a normative verb is required that unites the conduct of the official with that of the interested party. In this scenario, in the present investigation the objective is to develop the normalization of the factual assumption of the criminal type of fraudulent embezzlement as a configurative indicator of the crime of encounter. Thus, through the analytical method, the result is obtained that, through the value judgments of the public nature of the object of protection, the specific civil servant relationship and the arranged meeting, a criminal legal content is granted that configures the illegal embezzlement. at the extreme “for another” as a crime of encounter and at the same time a breach of duty. Therefore, it is concluded that the Peruvian criminal legal system does not fully follow the genesis of the legislative technique of encounter crimes, since the legislator has not established an element that normatively links the conduct of the intraneus and the extraneus. Likewise, for the configuration of the illicit embezzlement as a crime of encounter, the intervention of the intraneus and extraneus is required, which from different legal platforms develop a certain behavior with the common purpose of injuring the legal right, but above all their participation It is a constitutive element of the criminal type.

Keywords: Crimes of meeting, crimes of infraction of duty, crime of fraudulent embezzlement, descriptive element "for oneself or for another", agreement, unjust separated.

Introducción

Actualmente los delitos contra la administración pública tienen mayor incidencia, concretamente el ilícito que más se imputa a los funcionarios públicos es el tipo penal de peculado con un 36,3% correspondiente a 6, 652 casos registrados por el Ministerio Público en el año 2016 al 2018 (Chanjan, Solis y Puchuri, 2018). Sin embargo, no todos los procesos iniciados por el delito de peculado, especialmente en el extremo “para otro”, concluyen con una resolución de fondo, debido en gran medida a factores vinculados a la fundamentación dogmática de la conducta del tercero interesado.

El escenario expuesto, ahonda sus raíces en las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales respecto a la naturaleza jurídica de la cláusula “para otro”, concretamente aún no se ha determinado si el peculado en el extremo “para otro” constituye un delito de encuentro, donde se une fáctica y normativamente la conducta del funcionario con la del *extraneus* o si solo se trata de un elemento descriptivo adicional al dolo. Por tanto, ante la necesidad de delimitar la clase de delitos surgió el siguiente problema jurídico: ¿Cómo la normativización del supuesto de hecho del delito de peculado doloso permitirá la configuración de un delito de encuentro?

Para absolver la problemática descrita, se planteó como objetivo general desarrollar la normativización del supuesto de hecho del delito de peculado doloso como indicador configurativo del delito de encuentro, para ello se analizó los postulados de la teoría funcionalista y la etiología de los delitos de participación necesaria.

Del mismo modo, con el propósito de profundizar en el tema de estudio se estableció como objetivo específico argumentar la normativización del supuesto de hecho del delito de peculado doloso para garantizar una adecuada imputación como delito de infracción de deber especial. Así a través de un breve análisis del elemento descriptivo “para otro” se determinó que fenológicamente se suele confundir como un elemento subjetivo que lo distingue como un tipo de tendencia interna trascendente; no obstante, desde un enfoque normativo, en el extremo “para otro” el ilícito de peculado doloso constituye un delito de encuentro, pero debido a la naturaleza de los delitos de infracción de deber especial requiere de un elemento que vincule la conducta del *intraeus* y el *extraneus* con el injusto penal.

Seguidamente, con la finalidad de analizar la configuración del delito de encuentro para incorporar el elemento normativo “concierta con otro” en el delito de peculado doloso, se recurrió a juicios de valor extra típicos, donde se destaca que, la naturaleza pública del objeto de protección, la relación funcional específica y el encuentro concertado entre el funcionario

y el interesado, otorgan un contenido jurídico penal que fundamenta el injusto de participación delictual y el injusto delictual de peculado como un tipo penal de encuentro y simultáneamente como un delito de infracción de deber.

En ese sentido, en la presente investigación se sostiene que el peculado en el extremo para otro amerita de un elemento normativo que estandarice objetivamente la intervención del *intraneus* y el *extraneus* en el tipo penal, situación que se justifica en la necesidad de fortalecer el sistema de justicia en la lucha contra los delitos funcionariales; pues, dado a que protegen la correcta Administración Pública resulta indispensable garantizar su efectividad práctica a través de una adecuada fundamentación del injusto penal.

1. Revisión de literatura

1.1. Antecedentes de estudio

Respecto a los antecedentes de estudio de la presente investigación, se ha logrado revisar diferentes fuentes escritas tanto de pregrado como de post grado, las cuales se relacionan con el trabajo de investigación, para lograr los objetivos planteados.

Salinas, R. (2020) en su tesis de doctorado titulado: “La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales”, presentada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, tiene como objetivo determinar la teoría jurídico penal que permita identificar objetivamente la autoría y la participación en los delitos funcionariales en los que intervienen varios sujetos. Así pues, concluye que la teoría más adecuada es la de infracción de deber de Claus Roxin; sin embargo, la jurisprudencia nacional no ha manejado con propiedad sus aspectos dogmáticos, pues utiliza indistintamente los criterios planteados por Cluax Roxin, Günter Jakobs y por Bernd Schünemann.

Esta tesis se relaciona con la investigación porque a través de un riguroso estudio dogmático de la teoría de los delitos infracción de deber se evidencia que para la configuración del injusto penal es irrelevante el dominio del hecho; no obstante, debido a la estructura de los ilícitos recogidos en el código vigente, entre ellos el delito de peculado, resulta necesario verificar ciertos elementos objetivos y subjetivos. Precisamente, aquí reside el aporte, porque la citada tesis demuestra la necesidad de normativizar el supuesto de hecho del delito de peculado con el fin de alcanzar una coherencia dogmática en la configuración del injusto penal.

Diaz-Fustamante, A. (2017) en su tesis de maestría: “La imputación en el delito de Peculado”, presentada en la Universidad de Piura, tiene por objetivo establecer los lineamientos dogmáticos para la imputación en el ilícito de peculado; de ahí que, se concluye que es un delito especial porque limita la autoría a un sujeto cualificado; sin embargo, también es un tipo penal de infracción de deber porque la responsabilidad penal no se fundamenta en el dominio del riesgo típico, por el contrario, reside en el quebrantamiento de un deber institucionalizado.

La tesis en mención servirá para sustentar que, dogmáticamente el peculado es un delito mixto, precisamente un ilícito especial de deber y a la vez presenta componentes de dominio, pero este último no configuran el injusto penal, sino los deberes especiales que se encuentran en el supuesto de hecho del tipo penal.

Cabrera, J. (2020) en su tesis de pregrado: “Criterios para aplicar la concertación como elemento normativo en el delito de colusión”, presenta en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, tiene por objetivo establecer los criterios para considerar a la concertación como un elemento normativo en ilícito de la colusión. La autora señala que, normativamente la

concertación debe comprenderse como una “comunicación”, pero no desde una perspectiva fenomenológica, sino como una plataforma que une al sujeto cualificado con el interesado.

La investigación es de interés porque construye el contenido normativo de un elemento descriptivo que configura al ilícito penal como un delito de encuentro, por ese motivo se seguirá la metodología empleada para desarrollar la normativización del elemento descriptivo “para otro” del ilícito de peculado doloso.

Gallardo, H. (2020) en su tesis de doctorado titulado: “Participación del interesado en la responsabilidad penal del delito de tráfico de influencias en el ordenamiento jurídico peruano”, presenta en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, tiene por objetivo determinar la responsabilidad penal del tercero interesado en el ilícito de tráfico de influencias. Por tanto, el autor propone la modificación del mencionado dispositivo legal con la incorporación de la compra de influencias, ya sean reales o simuladas por el interesado.

Este trabajo de investigación es importante porque sostiene que, el tráfico de influencias no es un tipo penal de encuentro, por cuanto, el interesado no es sujeto pasivo y tampoco es el titular del bien jurídico; de ahí que, para determinar la responsabilidad penal amerita la tipificación expresa de la conducta del tercero interesado. Así pues, esta tesis es de utilidad para evidenciar que, a nivel jurisprudencial no existen criterios normativos para determinar la estructura típica y la configuración de un delito de encuentro.

Sotomayor, J. (2020) en su tesis de pregrado: “La necesidad de regular el delito de colusión activo en el código penal peruano”, presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, tiene por objetivo solucionar el problema de la intervención del tercero interesado en el ilícito de colusión; de ahí que, propone la creación de un tipo penal autónomo denominado colusión activa, en el cual de manera expresa se tipifica la conducta del particular que concierta con el funcionario en el marco de una contratación con el Estado.

El referido antecedente es de relevancia para esta investigación, por cuanto, el autor sostiene que, los problemas de la punibilidad del particular en la colusión se deben a que la jurisprudencia lo considera como delito de participación necesaria, por lo que adoptando los lineamientos de la teoría de infracción de deber y el principio de accesoriedad, el tercero interesado no puede responder a título de cómplice, por tanto, es necesario la tipificación de un tipo penal independiente para la conducta del *extraneus*. Desde esa perspectiva, aunque no se comparte la propuesta del autor, el aporte de esta tesis radica en que plantea una solución para la intervención del partícipe necesario desde la tipicidad.

1.2. Bases teóricas

1.2.1. Delito de peculado

1.2.1.1. Los elementos descriptivos en el supuesto de hecho en el delito de peculado

En todo supuesto de hecho de una disposición penal se encuentran los elementos descriptivos que el agente del hecho punible “puede identificar, percibir y comprender a través de sus sentidos” (Villavicencio, 2019, p. 69). Es decir, son aquellos términos cuya información semántica es susceptible de ser comprendido por los sentidos debido a que se encuentran plasmados en expresiones coloquiales u ordinarias propio de la realidad naturalística.

En algunos casos los elementos descriptivos requieren de instrumentos técnicos o científicos para delimitar su significado; sin embargo, estos siempre serán percibidos por los sentidos, dado que, la persona posee apreciaciones lógicas elementales que informan un mínimo de su contenido (Gálvez & Rojas, 2017).

Por otro lado, en un supuesto de hecho también están presentes los elementos normativos que constituyen “aquellas circunstancias fácticas que solo pueden ser comprendidos en términos de los requisitos lógicos de una norma fijada mediante un juicio valorativo complementario del juez” (Wessels, Beulke & Satzger, 2018, p. 78). En otras palabras, estos elementos tienen un carácter valorativo; ya que, con una simple lectura no es posible percibir su significado con los sentidos, sino que requieren un juicio valorativo por el juez.

Ahora bien, en cuanto al ilícito de peculado doloso previsto en el primer párrafo del artículo 387° del Código Penal, el legislador ha establecido en su estructura típica elementos descriptivos referentes a la conducta, tales como “apropiar” y “utilizar”; del mismo modo, elementos descriptivos vinculados a la relación funcional, como: “percepción”, “administración”, “custodia” y “para sí o para otro”. Además, en el supuesto de hecho, se consigna los elementos normativos, “funcionario o servidor público” y “por razón de su cargo”.

A continuación, se realiza el análisis de los elementos descriptivos del tipo penal de peculado.

a. Apropiar

La Real Academia Española define el verbo “apropiar” como “hacer algo propio de alguien. Aplicar a cada cosa lo que le es propio y más conveniente”. Es decir, consiste en aprehender, tomar o coger un bien con la intención de ejercer señorío sobre dicho bien.

Así pues, la doctrina mayoritaria tomando como base el concepto de dominio y de disposición considera que, la apropiación es la conducta en la que el sujeto activo se adueña, apodera, hace suyo o atribuye los bienes del Estado apartándolos de la función pública,

disponiendo de ellos como si formaran parte del exclusivo patrimonio del sujeto cualificado (Salinas, 2019). No obstante, es necesario subrayar que, la apropiación no es un acto de adquisición de la propiedad en sentido estricto, sino que implica un acto de disposición de los bienes del estado a través de relaciones equivalente a las del propietario, sin *animus* de restitución (Hugo y Huarcaya, 2018).

Siguiendo esa tesis, la jurisprudencia en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 ha establecido que el verbo “apropiar” se concibe como “hacer suyo los caudales o efectos del Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos” (Fundamento Jurídico 7). Es decir, el sujeto cualificado se apropia cuando separa los bienes del estado de la función pública y ejerce actos de dominio como si fuera el propietario.

Ahora bien, respecto a los actos de dominio es necesario precisar que, la apropiación puede verificarse en diferentes hechos materiales debido a que el legislador con la expresión “en cualquier forma” ha dejado una cláusula abierta de interpretación (Hugo y Huarcaya, 2018). En ese sentido, la apropiación puede evidenciarse en la venta, alquiler, préstamo, entrega a terceros, donaciones, etc. (Salinas, 2019). Asimismo, considerando que un acto de dominio no siempre supone el desplazamiento del bien de un lugar a otro, la apropiación puede efectuarse mediante maniobras contables, transferencias telegráficas de fondos y otros (Reátegui, 2017).

En el escenario expuesto conviene aclarar que, desde la perspectiva de los delitos de dominio, la apropiación se configura cuando el agente delictual ejecuta actos de disponibilidad de los bienes públicos. Sin embargo, desde el enfoque de los delitos de infracción de deber, el ilícito de peculado por apropiación se configura cuando el agente cualificado infringe el deber especial de probidad y lealtad y simultáneamente lesiona el bien jurídico (Arismendiz, 2018).

Por otro lado, la doctrina minoritaria señala que, la apropiación en el ilícito de peculado debe equipararse a la sustracción del hurto, por cuanto, el agente realiza una previa separación de los bienes de la esfera pública para luego efectuar actos de disposición; sin embargo, esta sustracción es más grave porque pone a la Administración fuera del ámbito de disponibilidad de los bienes públicos. Desde esa lógica, el peculado por apropiación alcanza consumación formal con los mínimos actos de disponibilidad y una relativa irreversibilidad de los bienes públicos, mientras que la sustracción tendría el grado de tentativa (Reátegui, 2017).

Sobre esa teoría en particular se cuestiona que, la apropiación es ajeno al escenario de la sustracción debido a que el estado entrega voluntariamente y de manera lícita los efectos o caudales al agente delictual cualificado para que este los administre o custodie de acuerdo con su finalidad pública (Arismendiz, 2018). Es decir, el funcionario peculador no sustrae los

bienes, ya que estos se encuentran bajo su potestad por lo que pueden disponer de ellos en razón del cargo que ejerce (Salinas, 2019).

Por último, a modo de conclusión se puede señalar que, la apropiación es un elemento descriptivo del tipo de peculado, por cuanto, a través de los sentidos es posible comprender que el agente cualificado se apropia cuando se apodera o atribuye los efectos o caudales apartándolos del ámbito de custodia de la Administración del Estado y ejerciendo sobre ellos actos de disponibilidad como si formaran parte de su patrimonio.

b. Utilizar

La Real Academia Española señala que, el vocablo “utilizar” significa “hacer que algo sirva para un fin. Aprovecharse de algo o de alguien”. Dicho de otro modo, se entiende por “utilizar” al empleo abusivo de las bondades de una cosa en beneficio personal o para otra persona. Por tanto, jurídicamente se ha determinado que la utilización consiste en el aprovechamiento de las cualidades que admite el bien, sin tener la intención de adueñarse para sí o para una tercera persona (Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, Fundamento Jurídico 7).

En ese sentido, el delito de peculado en la modalidad de utilización se perfecciona en la medida que el funcionario emplea, disfruta o se aprovecha de los efectos o caudales (Salina, 2019). Es decir, el sujeto cualificado sin fines de apropiación usa indebidamente los bienes del estado que le fueron entregados en función del cargo específico; y, les confiere una finalidad distinta, obteniendo un provecho personal o para un tercero (Arismendiz, 2018).

Un aspecto más a considerar en la configuración del ilícito de peculado por utilización es que el sujeto activo no tiene el *animus* de apropiación; es decir, de adueñarse o de quedarse con el bien, sino simplemente de emplear el patrimonio del Estado en su propio beneficio o para favorecer a una tercera persona (Salinas, 2019). Precisamente, el agente del delito se encuentra determinado por el *animus* de restitución del bien público (Hugo y Huarcaya, 2018). Evidenciándose con ello que, la principal diferencia entre la apropiación y utilización se encuentra en el aspecto subjetivo del tipo penal; es decir, se centra en elementos poco claros como son: *animus* de apropiación definitiva o *animus* de apropiación temporal (Reátegui, 2017).

Asimismo, es menester indicar que, para el perfeccionamiento del ilícito materia de análisis, poco importa la modalidad de la conducta o actos materiales, por cuanto, en el tipo penal se encuentra establecido la expresión “de cualquier forma”, la cual admite una interpretación amplia. Así pues, en la utilización no se requiere que, el uso indebido del patrimonio público se verifique a través de una separación física del bien, sino con la

desvinculación de los fines que persigue la función pública, esto es, con fines privados (Hugo y Huarcaya, 2018).

Por otro lado, en lo referente a la punibilidad, un sector de la doctrina señala que, el ilícito de peculado por utilización atenta con el principio de proporcionalidad y racionalidad en el sentido que el artículo 387º del Código Penal asimila punitivamente a la apropiación con la utilización, pese a que son dos comportamientos distintos, que lesionan en grado diverso el bien jurídico protegido; puesto que, no es lo mismo apropiarse que solo utilizar el bien para luego devolverlo a los fines de la Administración del Estado (Hugo y Huarcaya, 2018).

Finalmente, del análisis precedente se deduce que, el término “utilizar” constituye un elemento descriptivo del tipo penal porque fácilmente con los sentidos se puede percibir que en el delito de peculado la utilización hace referencia a un aprovechamiento de las cualidades de los bienes del Estado que le son entregados al agente cualificado, pero éste les otorga temporalmente una finalidad ajena a la Administración Pública, consiguiendo con ello un beneficio personal o para un tercero.

c. Percepción

La Real Academia Española señala que, el verbo “percibir” significa “recibir algo y encargarse de ello”; es decir, implica una acción de recibir y de responsabilizarse de ello. Por tanto, en el ilícito de peculado la percepción consiste en la acción de recepcionar o captar los bienes que lícitamente provienen de diversa procedencia para formar parte del patrimonio del estado (Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, Fundamento Jurídico 7).

En ese sentido, la percepción supone un acto de liberalidad de la entidad del Estado, pues esta entrega los efectos o caudales al agente cualificado para que ejerza sobre ellos la respectiva disponibilidad en función de su cargo específico (Arismendiz, 2018).

En conclusión, se entiende que la percepción es un elemento descriptivo, por cuanto, no requiere de un análisis complejo para comprender que, la conducta típica del sujeto cualificado se vincula con la acción de recibir de manera lícita bienes de distinta procedencia para que disponga de ellos de acuerdo a su finalidad.

d. Administración

Para la Real Academia Española “administrar” significa “dirigir una institución. Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes. Desempeñar o ejercer un cargo, oficio o dignidad”. Dicho de otro modo, la administración consiste en realizar una serie de actos encaminados a dirigir o conducir una empresa, un cargo u oficio.

Así pues, siguiendo ese contenido semántico el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 ha establecido que, la administración, consiste en realizar funciones activas de manejo y

conducción. Específicamente, entre esas funciones, el agente cualificado posee facultades de disposición del patrimonio público para que los dirija a sus finalidades legalmente establecidas por la administración del Estado (Reátegui, 2017).

Desde esa perspectiva, el término administración es un elemento descriptivo del delito de peculado, toda vez que, con los sentidos se puede percibir que el sujeto cualificado ejerce funciones específicas sobre los efectos o caudales para que los dirija o conduzca al cumplimiento de su finalidad determina en el ordenamiento jurídico.

e. Custodia

Según la Real Academia Española “custodiar” significa “guardar algo con cuidado y vigilancia”; es decir, consiste en una conducta de protección sobre una cosa. De ahí que, en el delito de peculado importa la protección, conservación y vigilancia del patrimonio público por parte del funcionario (Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116).

Precisamente, la custodia supone que el agente cualificado en función de su cargo le ha sido confiados los bienes públicos, por lo que se encuentra llamado a proteger temporal o permanentemente esa efectiva tenencia de los efectos o caudales (Reátegui, 2017).

En resumidas cuentas, la custodia en el ilícito de peculado constituye un elemento descriptivo, dado que, su alcance jurídico se comprende siguiendo la literalidad del término. Así pues, el sujeto cualificado tiene la obligación de generar un ambiente de protección y vigilancia de los bienes públicos que le fueron entregados.

f. El destinatario: Para sí o para otro

El enunciado “para sí o para otro” se encuentra compuesto por la preposición “para” que de acuerdo con la Real Academia Española “denota el fin o término a que se encamina una acción”. Aunado a ello, se agrega el pronombre personal “sí” y el adjetivo “otro” que proviene del latín “alter” y que expresa lo “dicho de una persona o de una cosa: distinta de aquella de que se habla”. En resumidas cuentas, el contenido semántico de la citada expresión hace referencia a un destinatario, pues es lo “dicho de una persona o de una cosa: a la que se destina o se dirige algo. Expresión gramatical que designa la persona, el animal o la cosa a los que va dirigida la acción del verbo”.

En otras palabras, la partícula “para sí o para otro” contiene información básica sobre el destinatario de la acción del verbo, de ahí que, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia vinculante indican que representa el destinatario o beneficiario del delito. Específicamente, el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 ha delimitado el contenido de este elemento descriptivo de la siguiente manera:

Para sí, el sujeto puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los cuales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a un tercero. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero (Fundamento Jurídico 7).

Bajo ese criterio resulta claro que, con la expresión “para sí” el sujeto activo se apropia o utiliza los bienes del estado en beneficio personal; sin embargo, con el enunciado “para otro”, la conducta del agente cualificado se encuentra destinado a favorecer a una tercera persona ajena al escenario delictual. Específicamente, el tercero interesado puede ser cualquier persona, natural o jurídica u otro funcionario que no ostenta la relación funcional con el objeto del delito (Salinas, 2019).

Ahora bien, centrando el foco de atención en el supuesto “para otro”, la doctrina sostiene que, comprende a un tercero que se vincula por diversos nexos con el sujeto cualificado autor del delito; no obstante, este no interviene en la consumación sino en la fase de agotamiento, por cuanto, presupone que el agente cualificado haya apartado primero los efectos o caudales del ámbito de dominio de la administración del Estado, para luego disponer del bien destinándolo al interesado mediante diversas expresiones fácticas (Salinas, 2019).

En ese contexto, un sector doctrinario afirma que, el legislador ha seguido la técnica de tipificación de la modalidad delictual de participación necesaria o delito de encuentro, por lo que en la medida que el tercero destinatario actúe con conocimiento del accionar delictual, su conducta tiene relevancia penal a título de complicidad primaria (Arismendiz, 2018, 485).

Sin embargo, otro sector de la doctrina considera el enunciado “para sí o para otro” no se trata de un elemento objetivo, sino subjetivo por cuanto es un tipo penal de intención, precisamente de tendencia interna trascendente por las siguientes razones: primero, porque requiere de un *animus* de aprovechamiento por parte del agente; y segundo, porque orienta la finalidad del sujeto cualificado, pues los bienes pueden ser para sí o excepcionalmente para beneficiar a un tercero (Reátegui, 2017).

A modo de conclusión, la expresión “para sí o para otro” es un elemento descriptivo porque no requiere de una operación lógica mental compleja para entender que hace referencia a la intervención de uno o más sujetos en el hecho punible.

1.2.1.2. La estandarización del supuesto de hecho en el delito de peculado doloso

La normativización de una categoría del delito es un proceso complejo, en el cual juega un rol muy importante la dogmática jurídico-penal, principalmente el sistema funcionalista que se fundamenta en los postulados del funcionalismo sociológico, que a continuación se procede a explicar brevemente.

El funcionalismo surge en siglo XX, destacándose en la etapa clásica la Teoría General de los Sistema, que considera a la sociedad como un sistema; es decir, como un conjunto de partes, un todo unitario organizado, que se encuentra en equilibrio con sus componentes o subsistemas, conectados e interdependientes entre sí, donde alguna variación de una parte afecta a las otras partes, por lo que el sistema debe restablecer el equilibrio (homeostasis) tanto interno como externo (Arias, s.f). Desde este enfoque, el sociólogo Talcott Parsons considera que, la sociedad estaría conformada jerárquicamente por cuatro subsistemas: el cultural, el social, el biológico y el psíquico; de los cuales, el sistema cultural es más el importante porque controla a los demás sistemas, ya que, se encuentra inmerso de normas, valores y modelos que determinan la acción social; es decir, la sociedad (Mesa, 2008).

Posteriormente, aparece la Teoría de Sistemas Autopoiéticos que propone modificaciones a la Teoría General de los Sistemas; pues, del análisis de las estructuras y las relaciones entre sus propios elementos, se pasa a un nuevo funcionalismo que fija su atención en los mecanismos de autoproducción y autoorganización del sistema (Arias, s.f).

En este escenario se destaca Niklas Luhmann con la Teoría de los Sistemas Sociales que considera a la sociedad como un sistema de comunicación autopoético; es decir, la sociedad es un sistema capaz de reproducirse y mantenerse así mismo a través de la comunicación entendida esta como una unidad de operación social que une todos los subsistemas. Desde esa perspectiva, Luhmann reduce todos los fenómenos sociales como la acción y las personas a comunicación; precisamente, la sociedad ya no se compone de seres humanos, sino de comunicaciones, donde estos nuevos sujetos vendrían a ser los subsistemas sociales, entre ellas el derecho (Feijóo, 2013).

Aunado a ello cabe señalar que, en la tesis de Luhmann el sistema social está constituido por expectativas para manejar la decepción de las contingencias. Concretamente, en las expectativas cognitivas existe una predisposición para aprender de la decepción, mientras que, las expectativas normativas implican negarse a aprender de la decepción (Arenas, 2018).

En ese sentido, la estabilidad del sistema social depende del cumplimiento de las expectativas, que se determinan por el grado de abstracción. “En primer lugar, la estructura se

refiere a personas concretas, en segundo lugar, a un rol específico, en tercer lugar, a un programa específico (fines o normas) y, por último, a valores específicos” (Arenas, 2018, p. 31). De esto se entiende que, si más se abstrae la estructura social, la expectativa tiende a generalizarse o estandarizarse de manera objetiva en roles o instituciones, donde no interesa las características individuales, ya que, estos se pueden transferir de una persona a otra.

Ahora bien, trasladando esta teoría al ámbito jurídico, se concibe al derecho como un subsistema autopoiético que procesa automáticamente información, construye su realidad y define expectativas; es decir, es un sujeto que, tiene autonomía para determinar qué es o no derecho otorgando significado jurídico a la realidad social (Feijóo, 2013).

Así pues, en el derecho penal con el funcionalismo de Günter Jakobs, el delito adquiere otro sentido, como “defraudación de expectativas –no lesión de bienes– y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, la vigencia de la norma” (Jakobs, como se cita en Feijóo, 2013, p. 38). En otras palabras, a partir del concepto funcionalista de sociedad, norma (expectativas sociales) y persona, el delito ya no es un acontecimiento natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación donde las expectativas normativas (derechos y deberes) no se encuentran dirigidos a individuos, sino construcciones comunicacionales que se denominan personas.

De lo expuesto se advierte que, Jakobs, excluye todo contenido ontológico de la dogmática penal y le otorga un sentido normativo siguiendo los fines del sistema social. Precisamente, deja de lado las estructuras lógico-objetivas del “ser”; es decir, ya no realiza un análisis jurídico de la realidad impresa en la naturaleza de las cosas; sino por el contrario, incide en los criterios del “deber ser”; es decir, en el cumplimiento de la norma (Abanto, 2014).

Desde esa perspectiva, para la normativización del derecho, el funcionalismo penal, plantea una línea metodológica de índole teleológica-valorativa. Es decir, primero, *la abstracción y valoración*, donde el derecho penal extrae algunos elementos (términos empíricos) del medio social según sus intereses y luego los valora bajo los cánones sociales en un determinado contexto. Segundo, aparece el denominado *proceso de normativización*, donde los conceptos empíricos recogidos de la realidad social se convierten o traducen a normativos (Pérez, s.f).

Precisamente, la normativización del tipo objetivo implica que los elementos que lo integran sean analizados según el valor que se atribuye en un contexto social determinado. Así, respecto a los sujetos se indaga el estatus que tiene el ciudadano en la sociedad; en cuanto a la conducta, se verifica los roles asignados al ciudadano por la sociedad; y, por último, en lo

referente a los elementos concomitantes se analiza los criterios de la imputación objetiva (Arismendiz, 2018, p. 408).

Aplicando esta metodología, Jakobs construye una nueva categoría jurídico-penal donde clasifica, delitos de competencia organizacional y de competencia institucional. Los primeros, están compuestos por deberes generales sustentado en un rol general de no dañar y tradicionalmente se conocen como delitos comunes o de dominio. Los segundos, se sustentan en roles especiales que obligan al sujeto cualificado a salvaguardar y fomentar los deberes institucionales; de ahí que, se denominan delitos de deberes específicos en sentido estricto (Arismendiz, 2018).

Siguiendo esa línea, Sánchez-Vera (2014) señala que, en los ilícitos penales de infracción de deber predomina una relación de dependencia entre la institución negativa y positiva. Ello, se debe a que los deberes de fomento y salvamento de la institución positiva abarcan también el deber de no dañar de la institución negativa. En ese sentido, quien se encuentra obligado por una institución positiva y quebranta el deber genérico de no dañar, lesiona también los deberes positivos. Cabe precisar que el citado autor considera que la institución positiva es de naturaleza prejurídica, como: la Familia, la Ley, la Administración Pública y la Justicia.

En ese orden de ideas, la doctrina considera que, el ilícito de peculado doloso constituye un tipo penal de competencia institucional, por cuanto, el sujeto cualificado en función de su cargo tiene el rol especial de salvaguardar y fomentar la correcta Administración Pública (Salinas, 2018). Sin embargo, otro sector doctrinario señala que es un delito mixto por cuanto posee componentes de dominio y a la vez de infracción de deber.

Antes de continuar, es necesario puntualizar que en la categoría de los delitos mixtos se encuentran los delitos de posición o denominados también delitos especiales y los delitos especiales de deber o llamados delitos especiales en sentido estricto, cuyo injusto se fundamenta de diferente manera.

En los primeros, la restricción de los sujetos obedece a que típicamente se ha previsto un requisito que otorga relevancia penal a la conducta; de ahí que, el agente del delito se halla en una posición idónea para lesionar el bien jurídico; sin embargo, la tipificación de dicha posición especial no determina la autoría, sino que será autor aquel que ocupe tal posición. Por su parte, en los segundos, la infracción de un deber es el núcleo de la conducta típica por lo que resulta necesario la presencia de un deber especial de carácter institucional adjudicado al sujeto cualificado a través de normas específicas, por lo que ante su incumplimiento se configura la infracción de aquel deber personal; no obstante, este deber no alcanza al *extraneus* por lo que

no responde penalmente, salvo se encuentre previsto de manera expresa o al menos implícitamente se advierta el ataque a la institución desde afuera (Robles, 2003).

Desde esa lógica, el ilícito de peculado doloso es un delito mixto, por cuanto fusiona categorías del “ser” y del “deber ser”, pues, según los sujetos es un tipo penal especial propio y en lo referente a la conducta es un delito de infracción de deber; sin embargo, el injusto penal se fundamenta en el incumplimiento del deber especial contenido en una institución.

En otros términos, desde una perspectiva de dominio, el ilícito penal de peculado alcanza consumación cuando el funcionario emite actos de disponibilidad del patrimonio público con la finalidad de apropiación u utilización. En cambio, desde el punto de vista de los delitos de infracción de deber, el tipo penal de peculado se perfecciona cuando el agente cualificado al apropiarse o utilizar los efectos o caudales infringe los deberes positivos que emanan de la institución y a la vez lesiona el bien jurídico protegido por ley (Arismendiz, 2018).

Por su parte, la jurisprudencia ha determinado en el Recurso de Nulidad N.º 615-2015 Lima que, “el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas” (Fundamento Jurídico 2.1.1). Es decir, es un delito especial porque limita el radio de autoría; pero al mismo tiempo, es un delito de infracción de deber porque la responsabilidad jurídico penal se sustenta en el quebrantamiento de un deber positivo que fluye de la institución Administración Pública.

Finalmente, de lo previamente argumentado se puede afirmar que, el ilícito de peculado doloso ha pasado por un proceso de normativización, donde cada elemento previsto en el tipo ha adquirido un sentido propio para el derecho penal, específicamente, los términos lingüísticos que describe la conducta delictiva ya no se interpretan empíricamente, sino que adquieren una nueva interpretación siguiendo el sentido valorativo que le atribuye la sociedad. Así pues, el delito de peculado se configura según las reglas de los tipos penales de infracción de deber; sin embargo, en su estructura típica todavía se encuentran elementos de dominio por lo que resulta necesario que el aspecto objetivo complete su estandarización según los criterios del sistema funcionalista.

1.2.2. Delito de encuentro

1.2.2.1. Criterios configurativos del delito de encuentro

En el derecho penal existe una categoría delictual que para su consumación se exige la intervención de una pluralidad de sujetos. En Italia se denominan “Delitos Plurisubjetivos”, en Alemania “Delitos de participación necesaria” y en España “Delitos Pluripersonales”; y, aunque presentan diferencias y similitudes en sus fundamentos dogmáticos, conviene señalar

que, independientemente de la terminología que se use, en esta categoría se localizan los delitos de encuentros y de convergencia.

Precisamente, los delitos de encuentro exigen que, “la conducta típica sea realizada por varios sujetos con actos similares y en la misma dirección en relación a la afectación al bien jurídico” (García, 2019, p. 398). En efecto, estos delitos presentan en su estructura típica una pluralidad de intervinientes, los cuales se ubican en distintas plataformas jurídicas, pero actúan con una única finalidad que es afectar el bien jurídico protegido.

Desde esa perspectiva, es menester señalar que, entre los tipos de participación necesaria y los ilícitos de encuentro existe una relación de género especie, por tanto, comparten la misma naturaleza jurídica y le son aplicables los mismos criterios para su configuración. Así pues, los delitos de encuentro se distinguen de otros tipos penales por los siguientes elementos constitutivos:

En primer lugar, que el tipo penal objetivo se refiera en su propia descripción a una pluralidad de sujetos; en segundo lugar, que la referencia a dichos individuos se haga porque desarrollen una determinada conducta y, en tercer término, que esta pluralidad de conductas sea un elemento necesario o constitutivo del tipo (Carrasco, 2002, p. 13).

En otras palabras, en los delitos de encuentro se requiere para su configuración de una pluralidad de sujetos que se ubican en distintas plataformas jurídicas, como es el caso de un sujeto cualificado y un sujeto común, cuyas conductas tienen la finalidad de afectar el bien jurídico protegido por ley, en consecuencia, sin la intervención de uno u otro sujeto no puede consumarse el delito.

Una cuestión más respecto a la configuración es que en estos delitos se presupone que las actuaciones de los sujetos intervinientes “se dirigen desde posiciones enfrentadas hacia un encuentro, bien bajo la forma de acuerdo, bien de cualquier otro modo, la pluralidad de sujetos para la realización del delito” (Carrasco, 2002, p. 60). En otros términos, se entiende que, la conducta de los sujetos se une, acoplan o ensamblan por el acuerdo o por otra modalidad que debe consignarse de manera expresa en el tipo penal.

En ese contexto, Manzini (1961) precisa que, para determinar si el ilícito de peculado se configura como un delito plurisubjetivo se requiere delimitar la presencia de “un acuerdo orientado a conseguir una ventaja común” entre el sujeto cualificado y el extraño (p. 160).

En ese sentido, la Casación N.º 841-2015 Ayacucho señala que el delito de peculado en el extremo “para otro” constituye un delito de participación necesaria, dado que, para su

configuración se “requiere de la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos” (Fundamento Jurídico 28). Esto se debe a que en la redacción típica se ha incluido la intervención del *intraneus* y del *extraneus*.

Así pues, en un primer momento se comprende que el delito de peculado en el extremo “para otro” es un ilícito penal de encuentro porque en su estructura típica se ha establecido de manera expresa una pluralidad de sujetos, los cuales se encuentran en distintas posiciones jurídica; por un lado, un agente cualificado que viene a ser el funcionario público; y, por otro lado, un sujeto común que vendría a ser el tercero beneficiario. En ese sentido, desde posiciones enfrentadas la conducta de los sujetos se une para lesionar la correcta Administración del Estado.

1.2.2.2. Las reglas normativas en un delito de encuentro

En el Código Penal vigente el legislador ha establecido diversos tipos penales que requieren de la intervención de varios sujetos con diferentes estatus para su configuración; sin embargo, estos delitos no se ciñen a una sola técnica de tipificación, por ende, se han suscitado problemas prácticos en la interpretación de la punibilidad o impunidad del partícipe necesario y sobre la aplicación o no de las reglas generales de los elementos de ampliación del tipo penal (Abanto, 2014).

Así pues, en un intento de solucionar el problema, tanto la jurisprudencia como la doctrina se han pronunciado respecto a algunos delitos de participación necesaria, como es el caso del ilícito de colusión y tráfico de influencias.

Precisamente, en el Acuerdo Plenario N° 3-2015/CIJ-116, f. j. decimoprimeros indica que, en el ilícito penal de tráfico de influencias, el tercero interesado es un partícipe necesario, por cuanto, se trata de un delito de encuentro, donde no se ha previsto su responsabilidad penal, por lo que siguiendo las reglas generales debe responder como inductor (Reátegui, 2017). Sin embargo, otros autores consideran que, el tercero interesado debe responder como cómplice debido que constituye un delito de encuentro y su intervención es necesaria para la consumación del tipo penal, pero si el interesado busca o aborda al traficante y le solicita o pide comprar su influencia real o simulada, se estaría ante un instigador (Salinas, 2019).

Empero, otro sector de la doctrina señala que, el tipo de tráfico de influencias se enmarca únicamente como un caso donde la conducta del tercero interesado no se encuentra sancionada por la ley penal, por tanto, por cláusula de remisión se debe recurrir a las disposiciones generales de la autoría y participación para determinar según sea el caso concreto la complicidad primaria o la instigación (Arismendiz, 2018).

En cuanto al delito de colusión, tanto doctrinaria y jurisprudencialmente ha determinado que constituye un delito de encuentro; no obstante, existe posturas contrarias respecto a la punibilidad del interesado y el título de imputación.

Así pues, se tiene que el *extraneus* debe responder en calidad de cómplice porque sin su intervención sería irrealizable la tipicidad del delito; es decir, para la configuración del citado delito es necesario la ejecución de dos conductas de sujetos jurídicamente distintos, quienes con una misma finalidad se integran en el hecho típico (Salinas, 2019).

Por otro lado, un sector minoritario señala que, la cuestión no está en calificación jurídica del interesado, sino en la tipicidad; de ahí que, resalta la importancia de interpretar normativamente el elemento “concertar”, por cuanto, resulta ser un verbo de acto bilateral que se consume con la intervención del *intraneus* y el *extraneus*, quienes tienen el objetivo delictual de poner en peligro o lesionar el bien jurídico protegido por ley (Arismendiz, 2018).

De lo expuesto, se puede advertir que, no se encuentran claras las reglas normativas en un delito de encuentro, pues coexisten disímiles posturas en cuanto a su estructura típica y la responsabilidad penal del partícipe necesario.

2. Materiales y métodos

La presente investigación es cualitativa de tipo documental teórico porque para desarrollar el tema de estudio se recopiló información a través de las principales fuentes bibliográfica, como libros, artículos científicos, revistas académicas, tesis y otros materiales que permitieron una delimitación del problema de investigación, la sistematización de la información más relevante, la preparación de un esquema temático y la identificación de las distintas aportaciones efectuadas por autores especialistas en el tema de investigación.

Asimismo, en el diseño de la investigación se siguió el método analítico, por cuanto, se desintegró el objeto de estudio en todas sus dimensiones con el fin de examinar las proposiciones por separado para conocer su naturaleza jurídica, tratando de determinar sus relaciones y diferencias. Además, se utilizó el análisis documental, pues por medio de la lectura, síntesis y representación de los documentos se extrajo las ideas más significativas con el propósito de analizarlas y vincularlas con los objetivos planteados.

Por último, se empleó la técnica del fichaje obteniendo con ello los cimientos teóricos de la investigación. Precisamente, se usó las fichas textuales como instrumento para transcribir literalmente o parafrasear la postura de un autor; también se utilizó las fichas bibliográficas con la finalidad de registrar los datos de los libros, artículos o tesis citadas en la investigación.

3. Resultados y discusión

3.1. La normativización del delito de peculado doloso “para otro” en el escenario jurídico de los delitos de infracción de deber y de participación necesaria

3.1.1. El elemento descriptivo “para otro” en el ordenamiento jurídico nacional

En el Código Penal vigente se encuentran regulados una serie de tipos penales que forman parte de la categoría de los delitos plurisubjetivos o de participación necesaria. Precisamente, en la Parte Especial, se advierte la codificación de los delitos de encuentro; sin embargo, no todos han seguido la misma técnica de tipificación, pues, algunos se identifican por la cláusula “para otro”, la expresión “para un tercero” u otros términos que indique la intervención de dos o más sujetos.

Así pues, de una rápida búsqueda, en el Código Penal se observan siete (07) tipos penales que en el supuesto de hecho registran el elemento descriptivo “para otro”, pero según la doctrina nacional pertenecen a distintas categorías delictuales. A continuación, se detalla:

Tabla 1

El elemento descriptivo “para otro” en el Código Penal Peruano

Delito	Supuesto de Hecho	Clase de delito
Artículo 108-C.- Sicariato	“El que mata a otro por orden, encargo o acuerdo, con el propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole (...)”.	Tendencia Interna Trascendente
Artículo 196.- Estafa	“El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta (...)”.	Tendencia Interna Trascendente
Artículo 203.- Desvío ilegal del curso de las aguas	“El que, con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito con perjuicio de tercero, desvía el curso de las aguas públicas o privadas, impide que corran por su cauce o las utiliza en una cantidad mayor de la debida, (...)”.	Tendencia Interna Trascendente
Artículo 214.- Usura	“El que, con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro , en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, obliga o hace prometer pagar un interés superior al límite fijado por la ley (...)”.	Tendencia Interna Trascendente
Artículo 382. Concusión	“El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro , un bien o un beneficio patrimonial (...)”.	Delito de Encuentro
Artículo 384.- Peculado	“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro , caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (...)”.	Delito de Encuentro/Tendencia Interna Trascendente
Artículo 395-A.- Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial	“El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro , para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas (...)”.	Delito de Encuentro

Nota: Elaboración propia

La doctrina señala que, el sicariato es un tipo penal de tendencia interna trascendente, por cuanto, la cláusula “para sí o para otro” hace referencia a un elemento que va más allá del dolo (Peña Cabrera, 2019). Es decir, el sujeto activo actúa con la finalidad de obtener para sí o para otra persona un beneficio económico o de otra índole (Gálvez y Rojas, 2017).

De la misma forma, en los delitos de estafa, desvío ilegal del curso de las aguas y usura; la expresión “para sí o para otro”, es un indicador de un delito de tendencia interna trascendente. La doctrina mayoritaria, entre ellos Reátegui (2019) y Salinas (2018) sostienen que, como toda conducta ilícita contra el patrimonio, el ánimo de lucro constituye un elemento subjetivo adicional al dolo, toda vez que, se requiere para su configuración que el agente delictual actúe con el propósito de obtener un provecho económico para sí o para para tercera persona.

No obstante, Peña Cabrera (2019) manifiesta que los ilícitos de estafa y usura no son tipos penales de tendencia interna trascendente, por cuanto, el ánimo de lucro aparece ínsito en el dolo del autor; es decir, se sobre entiende que el autor busca obtener un provecho para sí o para otro.

Respecto a los citados delitos es necesario comentar que si bien la doctrina no delimita con claridad el contenido penal del término para “para otro”; estos tipos penales no pueden ser catalogados como delitos de encuentro, dado que, pertenecen a la categoría de los delitos de dominio, específicamente son delitos comunes, por cuanto registran el pronombre impersonal “el que” y en el sujeto activo no se advierte la presencia de alguna fuente generadora de deber, por lo tanto, cualquier sujeto puede cometer el injusto penal.

Sin embargo, existe otra categoría de delitos denominados de infracción de deber, donde el sujeto cualificado tiene un deber jurídico especial que brota de una institución positiva, por tanto, con la sola intervención del sujeto cualificado se configura el injusto penal; empero existen situaciones donde el *intraeus* y *extraneus* unen sus conductas para lesionar el bien jurídico protegido, por lo que ante este escenario surge la problemática de determinar la naturaleza de la conducta delictiva y la responsabilidad penal del *extraneus*.

Así pues, en lo referente al delito de concusión, peculado y cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, la doctrina minoritaria señala que son delitos de encuentro, por cuanto, el elemento descriptivo “para otro” alude a la intervención de un tercero interesado. Al respecto, Arismendiz (2018) afirma que, pese que los sujetos intervinientes se encuentran en distintas plataformas jurídicas, sus conductas delictivas se necesitan y complementan mientras tengan el mismo objetivo delictual que consiste en lesionar el bien jurídico protegido por ley. Por lo tanto, el interesado tiene responsabilidad penal a título de cómplice.

No obstante, otro sector de la doctrina como Salinas (2019), no precisa que los ilícitos previstos en el artículo 382°, 384° y 396°-A se traten de delitos de encuentro, sino que simplemente señala que el elemento “otro” es el beneficiario económico de la conducta ilícita; es decir, es el destinatario de la acción del verbo rector, quién no interviene en la etapa de consumación sino en la fase de agotamiento, caso contrario será cómplice del delito.

En otro orden de ideas, respecto al delito de peculado, Reátegui (2017) opina que el elemento “para sí o para otro” es un indicador configurativo de un delito de tendencia interna trascendente porque requiere de un *animus* de aprovechamiento por parte del agente; y, además, porque orienta la finalidad del sujeto cualificado, pues los bienes pueden ser para sí o excepcionalmente para beneficiar a un tercero.

Por su parte, es menester resaltar que, la jurisprudencia vinculante no ha precisado que en el delito de peculado el elemento descriptivo “para otro” sea un indicador de un delito de encuentro. Así pues, en el f. j. séptimo del Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 establece que el término “para otro” implica que el sujeto cualificado puede cometer la conducta ilícita para favorecer a una tercera persona, lo cual se evidencia con actos de traslado del bien. En cambio, en la Casación N.º 841-2015 Ayacucho, en el f. j. vigesimooctavo se precisa que, en el marco de un delito de infracción de deber, la redacción típica para un tercero, calza dentro de los delitos de encuentro, por cuanto el *extraneus* es el destinatario de los fondos públicos.

Ahora bien, conviene traer a debate que, en el Código Penal vigente existen otros delitos que pertenecen a la modalidad delictual de encuentro; sin embargo, en el supuesto de hecho no se consigna la cláusula “para otro”, sino distintos términos o expresiones que evidencian la intervención de varios agentes del delito.

A modo de ejemplo, se tiene el ilícito penal de tráfico de influencias que registra el elemento descriptivo “para sí o para un tercero”; es decir, tipifica de manera expresa la palabra “tercero”, cuyo tenor según la doctrina y la jurisprudencia, específicamente Reátegui (2017), Espinoza (2018), Hugo y Huarcaya (2018) y en el Acuerdo Plenario N.º 3-2015/CIJ-116 se indica que es un elemento configurador de un delito de encuentro.

Siguiendo esa lógica, se encuentra el ilícito de colusión que prevé la intervención de varios sujetos a través del elemento “concierta con los interesados”; sin embargo, lo llamativo de esta técnica de tipificación no se encuentra en la pluralidad de sujetos, sino en el verbo que une la conducta del sujeto cualificado y el sujeto común; de ahí que, Arismendiz (2018) y Cabrera (2020) sostienen que el verbo concertar es de naturaleza normativa.

Del escenario expuesto se asume que, los delitos de encuentro no han seguido la misma técnica legislativa lo que ha ocasionado que la doctrina y la jurisprudencia no desarrollen

técnicamente sus criterios configurativos; aunado a ello, los operadores del derecho no han elaborado un estudio pormenorizado de la naturaleza jurídica de los delitos de participación necesaria o en su defecto de los delitos de tendencia interna trascendente.

3.1.2. El destinatario “para otro” desde una perspectiva fenomenológica

La cláusula “para otro” desde una perspectiva fenomenológica se considera como un elemento adicional al dolo, precisamente como un indicador de tendencia interna trascendente, dado que, requiere de un animus especial del agente que determina la finalidad de la conducta ilícita; es decir, se comprende como un elemento descriptivo de los delitos de infracción de deber descritos en la Tabla 1.

El máximo exponente de esta corriente es Reátegui (2017), pues refiere que el elemento descriptivo “para sí o para otro” en el ilícito penal de peculado doloso es un elemento subjetivo adicional dolo que lo caracteriza como un tipo de tendencia interna trascendente.

Al respecto, conviene puntualizar que los tipos penales de tendencia interna trascendente son ilícitos “cuya parte interna requiere de una intención especial que no corresponde a la parte externa objetiva. Esta intención especial consiste en la búsqueda de un resultado diferente exigido típicamente y que, por ende, no es exigido para la consumación del delito” (Villavicencio, 2019, 84). En otras palabras, son tipos penales que requieren de un elemento que va más allá del dolo; además, cabe mencionar que son ilícitos que se suelen subclasificar en delitos de resultado cortado o mutilados en dos actos empero la doctrina no precisa en qué subcategoría se ubica el delito de peculado.

Así pues, la estructura típica de la figura delictual de tendencia interna trascendente intensifica el dolo a través de términos que exteriorizan en el mundo real la esfera subjetiva del autor, de modo ilustrativo el delito de feminicidio regulado en el artículo 108-B señala de manera expresa “mata a una mujer por su condición de tal”. Aunado a ello, es necesario aclarar que, en los delitos intensificados, a pesar de que los sujetos sobre los que recae la acción típica tomen conocimiento de la finalidad del autor, estos no tienen responsabilidad penal, por cuanto, no intervienen en el plan delictual del autor.

Desde esa perspectiva, el elemento “para sí o para otro” no refleja el aspecto subjetivo del autor, sino la intervención de varios sujetos, por lo tanto, al no determinar la finalidad del agente no consiste en un simple destinatario o beneficiario de la conducta ilícita conforme señala el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116. Al respecto, Manzini (1961) precisa que en el peculado es evidente que el sujeto cualificado solo puede obrar a favor de una tercera persona cuando “las relaciones entre éste y aquél sea tales, que hagan comprensible una acción

desinteresada en favor del tercero, pues si entre ellos hubiese un acuerdo orientado a conseguir una ventaja común, se trataría de provecho propio y no solo ajeno” (p, 160).

En otros términos, fácticamente la conducta ilícita del funcionario público puede generar un beneficio personal o puede beneficiar a un tercero; sin embargo, si los sujetos intervinientes unen sus conductas con la finalidad de lesionar el bien jurídico, estos no estarían buscando un provecho ajeno, sino un provecho propio.

En conclusión, en la presente investigación no se comparte la hipótesis de que la partícula “para sí o para otro” en el ilícito penal de peculado doloso constituya un elemento subjetivo de intención. Se cuestiona este planteamiento porque va en contra de la dogmática penal y la técnica legislativa de los delitos de tendencia interna trascendente.

3.1.3. El destinatario “para otro” desde una perspectiva normativa

El derecho penal es una ciencia social que recurre a otras ciencias o disciplinas auxiliares, como es el caso de la etiología, por cuanto es un método de interpretación mediante el cual se conoce “el contenido de los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma de que se trate” (Rubio y Arce, 2019). Es decir, con un estudio histórico de las normas jurídico-penales se puede comprender fácilmente la técnica legislativa empleada desde la génesis de la norma estudiada.

Así pues, el origen de los delitos de encuentro se localiza el estudio realizado por Grispingni; quien a través de la sistematización dogmática de la participación necesaria en el Código Penal italiano de 1930 estableció que los delitos de encuentro deben tener, en primer lugar, una pluralidad de sujetos previsto de manera expresa en la tipicidad objetiva; en segundo lugar, los sujetos deben desarrollar una determinada conducta; en tercer lugar, que la pluralidad de conductas sea un elemento constitutivo del tipo penal; y, finalmente, que la ley someta expresamente a responsabilidad penal a todos los sujetos que se describen en el tipo (Carrasco, 2002).

Bajo esos criterios, Carrasco (2002) sostiene que desde “un punto de vista normativo, la pluralidad de sujetos en los delitos pluripersonales representa un elemento constitutivo u originario del tipo delictivo concreto, esto es, se contiene directamente en la norma de la parte especial” (p. 78). Es decir, normativamente la pluralidad de los sujetos tiene una función fundamentadora del injusto penal; de ahí que, además de la regulación expresa de términos cuyo significado fenomenológico denota la intervención de varios sujetos, resulta necesario que la pluralidad de conductas determine la perfección o consumación de los delitos de encuentro.

Asimismo, respecto a la teoría de Grispingni es menester aclarar que, en la actualidad es imposible prever de manera expresa una pena para todos los sujetos que alude el tipo penal,

esto porque “las reglas generales de participación, frente a los delitos pluripersonales, son normas accesorias” (Carrasco, 2002). En otras palabras, el Código Penal regula en la Parte Especial delitos de autoría directa, por tanto, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación (artículo 25° del Código Penal), se recurre por cláusula de remisión a los elementos de ampliación del tipo penal establecidos en la Parte General con el objetivo de determinar la responsabilidad penal del partícipe necesario.

Ahora bien, es necesario puntualizar que en el citado cuerpo legal no se siguió adecuadamente la técnica legislativa de Grispingni; pues, varios delitos de encuentro no consignan de manera expresa la pluralidad de sujetos; sin embargo, respecto al delito de peculado, se advierte en primera instancia que el elemento “para sí o para otro” es un indicador de un delito de encuentro; por cuanto, la conducta del *intraneus* y el *extraneus*, desde plataformas jurídicas distintas se encuentran dirigidas a lesionar la correcta Administración Pública.

De esa forma, se advierte que el legislador tipificó el delito de peculado doloso desde un escenario ontológico propio de la tesis finalista; es decir, bajo las estructuras lógico-objetivas del ser estableció elementos descriptivos para la intervención del interesado; sin embargo, el ilícito materia de análisis tiene una naturaleza jurídica distinta a los delitos de dominio, por cuanto, se trata de un delito de infracción de deber, de ahí que, se requiere normativizar todas las categorías del delito, entre ellas la tipicidad objetiva y en el caso particular el elemento descriptivo “para otro”.

En conclusión, del análisis realizado se advierte dos cuestiones de suma importancia. Primero, el Código Penal vigente no ha adoptado cabalmente la génesis de la técnica legislativa de los tipos penales de encuentro y tampoco ha normativizado plenamente los delitos de infracción de deber. Segundo, a nivel doctrinario y jurisprudencial no se ha seguido el método de interpretación etiológico para determinar la naturaleza jurídica de los ilícitos de encuentro, lo cual ha conllevado a señalar que el elemento “para otro” en el tipo penal de peculado no es un elemento objetivo, sino subjetivo adicional al dolo; y además, consideran al interesado como un simplemente destinatario o beneficiario de la conducta ilícita que interviene en la fase de agotamiento por lo que no tendría responsabilidad penal.

Por tanto, en la presente investigación se asume que el elemento descriptivo “para sí o para otro” en el delito de peculado cumple con los requisitos de un delito de encuentro, pues señala de manera expresa la intervención del *intraneus* y *extraneus*, quienes actúan con la finalidad predeterminada de lesionar el bien protegido por ley. Sin embargo, debido a que el peculado doloso forma parte de los delitos de infracción de deber, en el extremo “para otro” se

necesita de un verbo de connotaciones normativas que una o vincule la conducta del funcionario público con la del sujeto particular, para de ese modo configurar adecuadamente el injusto penal.

3.2. La concertación como indicador configurativo de un delito de encuentro en el delito de peculado doloso

3.2.1. Los juicios de valor de la concertación como elemento normativo en el delito de peculado

En el proceso de tipificación de un delito, el legislador suele optar por cláusulas generales a través de conceptos indeterminados cuando no existe una ley extrapenal que desarrolle el contenido jurídico del objeto de regulación. “Sin embargo, en casos de existir una regulación extrapenal que permita dar contenido al concepto general empleado por el tipo penal, lo razonable es que se atienda a los criterios desarrollados por la ley extrapenal” (García, 2019, p. 292).

Así, por ejemplo, la concertación en el tipo penal de colusión aparece vinculado al pacto colusorio, el cual debe analizarse en el marco de un proceso de adquisición o contratación pública y para ello se recurre a la norma extrapenal que regula las contrataciones con el Estado. En ese sentido, para darle contenido jurídico penal a la concertación en el ilícito de peculado doloso resulta necesario recurrir a normas extrapenales que sienten las bases respecto a la naturaleza del objeto de protección, la relación funcional y el encuentro concertado entre el agente cualificado y el interesado.

a. La naturaleza pública del objeto de protección

La conducta delictiva de peculado tiene por bien jurídico genérico proteger el correcto desenvolvimiento de la Administración Pública porque con ello se garantiza el logro de sus fines; empero, a un nivel más concreto el ilícito penal de peculado doloso es pluriofensivo, por cuanto busca “garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad o probidad” (Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, Fundamento Jurídico 7).

En otros términos, en el ilícito de peculado se protege el patrimonio del estado y el regular ejercicio de las funciones o deberes inherentes al cargo que ostenta el sujeto cualificado dentro de la Administración Pública. Desde esa perspectiva, el bien jurídico específico se caracteriza por la lesión o puesta en peligro del aspecto material y funcional contenido en el tipo penal.

Ahora bien, antes de continuar es necesario aclarar que una cosa es el bien jurídico y otra muy distinta es el objeto de protección. Abanto (2014) señala que, el bien jurídico es un valor ideal protegido que se representa físicamente en el mundo naturalístico a través de un objeto, por tanto, el ataque a este objeto implica la afectación normativa del bien jurídico.

En ese sentido, el objeto de protección del ilícito de peculado constituye el patrimonio (Salinas (2019), el mismo que tiene correlato con uno de los aspectos del bien jurídico específico, esto es el patrimonio público; sin embargo, no deben confundirse, dado que, el ataque del objeto material del delito se produce a nivel fenomenológico y la afectación al bien jurídico se realiza normativamente.

Bajo ese contexto, conviene precisar que el patrimonio público en el delito de peculado se encuentra representado por los efectos y caudales. Al respecto, la jurisprudencia en el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 indica que, “los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables” (Fundamento jurídico 7). En otras palabras, se entiende por caudales los bienes muebles e inmuebles, y, por efectos a todos aquellos documentos de crédito negociable emitidos por el Estado, como son: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc. (Salinas, 2019, p. 425).

Por otro lado, una cuestión más para tener en cuenta respecto al objeto de protección es que según Rojas (2021) lo determinante del patrimonio público no viene dado por su origen y disponibilidad estatal, sino por su funcionalidad, la cual opera en un doble escenario. En primer orden, lo funcional se concibe “por su subordinación a determinados fines de carácter económico social o solamente administrativos que vienen impuestos jurídicamente”; y, en segundo orden, lo funcional “posibilita aplicarla no solo a los destinos de interés general, sino igualmente a los que dan cuenta de la organización, infraestructura y funcionalidad interna de las entidades de la Administración Pública” (p. 675).

Sin embargo, la teoría funcional del patrimonio público no es completamente eficaz, porque en algunas situaciones existe la posibilidad que los bienes nunca ostenten una función social o administrativa como es el caso del patrimonio de los particulares. Además, puede suceder que los bienes directa o indirectamente pierdan la finalidad social; empero, ello no significa que abandonen la condición de público, como es el caso paradigmático de los viáticos, los bienes obsoletos, etc.

Entonces, en la presente investigación se asume que, el carácter público del objeto de protección del ilícito de peculado doloso no solo se determina por la función de los bienes, sino

también por su origen y disponibilidad. Desde ese punto de vista, los efectos y caudales salen de las arcas del Estado e ingresan a la esfera de dominio de la institución del Estado para cumplir los fines para los cuales fueron destinados; y, en el supuesto que los bienes provengan de los particulares estos ingresan al poder de la Administración Pública por determinadas vinculaciones jurídicas como es la administración o custodia.

En ese escenario, respecto al origen de los efectos y caudales se tiene que anualmente salen del tesoro público a través de la Ley de Presupuesto del Sector Público, el cual se encuentra integrado a los sistemas conformantes de la Administración Financiera del Sector Público; de ahí que, a través de varias normas extrapenales se delimita la naturaleza pública de los bienes.

Tabla 2

La naturaleza pública del objeto de protección del delito de peculado doloso

Norma	Disposición
Decreto Legislativo N.º 1440, Sistema Nacional de Presupuesto Público	Presupuesto (art. 13), Los ingresos públicos (art. 18), Percepción de menores ingresos públicos (art. 30).
Decreto Legislativo N.º 1441, Sistema Nacional de Tesorería	Gestión de ingresos (art. 15).
Decreto Legislativo N.º 1436, Marco de la Administración Financiera del Sector Público	Fondos públicos (art. 4.6).

Nota: Elaboración propia

Así pues, se advierte que el objeto material del ilícito de peculado forma parte de los fondos del Estado, por tanto, su naturaleza pública se debe a su origen, pero también a los fines sociales o administrativos que persiguen los bienes, dado que, en las citadas normas se precisa que los ingresos públicos se orientan al cumplimiento de las políticas nacionales, regionales y locales. En cuanto a la disponibilidad, esta se evidencia en las funciones específicas asignadas al funcionario a través de normas, directivas o reglamentos como se detallará en el siguiente apartado.

En resumen, en el tipo de peculado el bien jurídico se encuentra en la institución, que es la Administración Pública y a un nivel más específico protege el patrimonio del Estado y los deberes de probidad y lealtad del funcionario público. En cambio, el objeto de protección del delito constituye los efectos y caudales, los cuales son de naturaleza pública debido a su origen, disponibilidad o función que persiguen.

b. La relación funcional específica

Para configurar el ilícito de peculado doloso se requiere determinar la relación funcional, la misma que se verifica cuando el sujeto cualificado, en virtud de los deberes o

facultades que le atribuye el cargo, ostenta la posesión mediata o inmediata del objeto de protección (caudales o efectos) bajo un escenario de percepción, administración o custodia. (Salinas, 2019).

De lo expuesto, cabe resaltar que, la posesión, no solo hace referencia a la tenencia material, sino aquella disponibilidad jurídica que tiene el sujeto activo sobre el objeto de protección; es decir, la posibilidad de disponer libremente en razón de la competencia funcional específica (Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, Fundamento Jurídico 6). Bajo ese criterio, se evidencia que dicha disponibilidad se encuentra intrínsecamente relacionada a las responsabilidades específicas que asume el agente para con los bienes públicos, por eso resulta necesario identificar la norma que habilita la disposición de los efectos o caudales.

Según Arismendiz (2018) la competencia específica, generalmente, deriva de un mandato legal extra típico de base administrativa, como puede ser una ley, directiva, reglamento, instructivo, etc. De otro modo, la relación funcionarial también puede surgir de un acto de delegación desconcentrada de funciones dada por la autoridad competente.

En el caso de estudio la relación funcionarial específica se encuentra vinculada a las siguientes normas extrapenales:

Tabla 3

La relación funcionarial específica en el delito de peculado doloso

Norma	Disposición
Decreto Legislativo N.º 1440, Sistema Nacional de Presupuesto Público	Titular de la entidad (art. 7), Unidad Ejecutora (art. 9), Responsable de programas presupuestales (art. 10), Capítulo II Ejecución presupuestaria (Subcapítulo I, II y III).
Decreto Legislativo N.º 1441, Sistema Nacional de Tesorería	En el nivel descentralizado u operativo (art. 6), Subcapítulo IV Gestión de Tesorería, Subcapítulo V Gestión de riesgos fiscales.
Ley N.º 28563, Sistema Nacional de Endeudamiento Público	Capítulo III Proceso de concertación.
Decreto Legislativo N.º 1439, Sistema Nacional de Abastecimiento	Áreas involucradas en la gestión de la Cadena de Abastecimiento Público (art. 9), Subcapítulo IV Administración de bienes.
Reglamento de Organización y Funciones (ROF)	En las disposiciones que determina las funciones generales y específicas del funcionario sobre los efectos y caudales.
Manual de Organización y Funciones (MOF)	En las disposiciones que describe las funciones generales y específicas del puesto del funcionario, así como las relaciones de autoridad, dependencias jerárquicas y otros que tengan relación con la administración, percepción y custodia de los efectos y caudales.
Directiva de Tesorería de la entidad pública	En las disposiciones que determina la percepción o recaudación de los ingresos públicos y el procedimiento para la ejecución financiera del gasto, así como el procedimiento de pagos y manejo de cuentas bancarias.
Instructivos y otras directivas	En las disposiciones que establece la relación entre el funcionario y la administración, percepción o custodia de los efectos y caudales.

Código de ética	En las disposiciones que establece el deber del uso adecuado de los bienes del estado, así como otros roles especiales que se le asigna al funcionario respecto a la administración o custodia del patrimonio del estado.
------------------------	---

Nota: Elaboración propia

Las citadas normas evidencian que la relación funcional es un elemento que interrelaciona o vincula normativamente al sujeto cualificado con los bienes públicos. De ahí que, el reproche jurídico penal en el peculado trasciende la esfera patrimonial, toda vez que, lo que lesiona al funcionario no solo se circunscribe al objeto de protección; sino, sobre todo, a la infracción de su “deber específico de respeto, probidad y honestidad” con el Estado (Reátegui, 2017).

En ese sentido, la relación funcional específica en el ilícito de peculado es un elemento normativo intenso y estricto. Por un lado, es el requisito sin el cual no se podría fundamentar el injusto penal; y, por otro lado, es un mecanismo para restringir el radio de autores, toda vez que, no es posible imputar autoría sin esa específica vinculación.

c. El encuentro concertado

El peculado en el extremo “para otro” se caracteriza por la presencia de un interesado o comúnmente denominado *extraneus*, quien interviene en la comisión del delito, concretamente, su conducta se une fácticamente con la del funcionario con la finalidad de lesionar la adecuada administración del estado. Sin embargo, de acuerdo con los lineamientos de la teoría de los delitos de infracción de deber resulta necesario fundamentar normativamente la participación del *extraneus* y el *intraneus*, pero en el caso de estudio debe realizarse bajo los criterios configuradores de los delitos de encuentro.

Desde esa perspectiva se tiene que, en los delitos de infracción de deber, según Jakobs y Sánchez-Vera se distingue “dos títulos de responsabilidad penal: responsabilidad por organización y responsabilidad por institución” (Gómez, 2014, p. 133). En otros términos, la visión dualista de imputación implica una relación de dependencia entre las instituciones que sostienen los delitos de organización y de institución, dicha relación consiste en que el quebranto de la institución positiva encierra en sí misma la institución negativa (Sánchez-Vera, 2014).

En lo referente a la institución negativa ésta se resume en la sentencia “no dañar”; de ahí que, desobedecer tal prohibición configura los llamados delitos de organización o de dominio, por tanto, autor es aquel que organiza defectuosamente su esfera de libertad. En contraste, la institución positiva impone deberes positivos de fomento y salvamento frente al

bien jurídico, por lo que ante el incumplimiento de ese mandato se fundamentan el injusto de los denominados delitos de infracción de deber (Sánchez-Vera, 2014).

Sánchez-Vera (2014) precisa que, el deber positivo de fomento se presenta al sujeto cualificado como la obligación de edificar un mundo en común; es decir, de crear un ambiente a favor del bien jurídico encomendado. Asimismo, el deber positivo de salvamento exige al sujeto activo una prestación de ayuda; es decir, se encuentra obligado a proteger o defender el bien jurídico ante un ataque.

Bajo esas consideraciones se advierte que el peculado en el extremo “para otro”, se encuentran dos esferas de organización, la conducta del funcionario, la cual se vincula directamente a la institución positiva con el deber de fomento y salvamento; por otro lado, la conducta del tercero interesado se relaciona con la institución negativa, toda vez, el *extranei* es un sujeto común que no ostenta un deber positivo, por lo que, lo único que se le prohíbe es dañar al bien jurídico.

Entonces, cuando el funcionario infringe el deber de fomento y salvamento que se encuentra en la institución (Administración Pública) se fundamenta el injusto penal con un doble contenido, pues la realización efectiva de la institución positiva reclama la existencia de la institución negativa, ello debido a que la norma de mandato engloba o contiene a la norma de prohibición. Por ese motivo, la intervención delictual del interesado en el injusto del tipo de peculado confirma fáctica y normativamente la trasgresión al deber genérico de no dañar.

Ahora bien, en el peculado en el extremo “para otro”, la conducta típica exige la intervención de varios sujetos, funcionario e interesado, para fundamentar el injusto. En tal sentido, el *extrenus* no es un elemento más de las formas de ampliación del tipo penal (autoría, complicidad primaria, secundaria e instigación), sino por el contrario, es un elemento constitutivo del tipo, sin el cual no se podría configurar el injusto de participación necesaria; pues, desde una posición jurídica distinta dirige su accionar hacia un encuentro con la conducta del *intraneus*, ello con el objetivo de realizar el delito de peculado.

Por tanto, se comprende que fácticamente se despliegan dos conductas enfrentadas, las cuales se unen, acoplan o ensamblan, bajo la figura del “acuerdo” u otra modalidad según indica Carrasco (2002). Situación que también advierte Manzini (1961) pues señala que, entre los sujetos intervinientes existe un “acuerdo” dirigido a obtener una ventaja común. Es decir, fenomenológicamente, la participación del *intraneus* y la del *extraneus* en el ilícito de peculado se acoplan por un acuerdo de voluntades.

Sin embargo, en el peculado “para otro” no se ha consignado de manera expresa o implícita un elemento que evidencie tal acuerdo, por lo que siguiendo la teoría de en un delito

especial de deber, el *extraneus* no tendría responsabilidad penal; empero, para solucionar ese problema Robles (2003) sostiene en función al principio de autorresponsabilidad que “el injusto típico no solo es injusto del autor, sino que también pertenece al partícipe. Lo único que los diferencia es la forma en que cada uno de ellos responde por el injusto típico” (p. 178). En otras palabras, para configurar el injusto penal se manejan dos dimensiones: el injusto de intervención delictual (autoría y participación) y el injusto del delito.

En esa línea de pensamiento, cada sujeto que interviene responde por su propio injusto; no obstante, el injusto del *intraeus* y el injusto del *partícipe* se unen o vinculan con el injusto delictivo a través de un nexo objetivo que permite normativamente distinguir una relación entre la conducta de intervención y el hecho típico, por tanto, si este último constituye en típico y antijurídico se configura también la intervención delictual (Robles, 2014). Así pues, resulta claro que la fundamentación del injusto del *extraneus* no depende de la conducta del *intraeus*, sino de su propio accionar, dado que, su intervención siempre estará ligado al hecho punible por medio de un elemento normativo.

La situación expuesta se evidencia en el delito de colusión, toda vez que, el injusto del funcionario y del interesado están enlazados con el injusto delictual por el verbo concertar cuyo contenido jurídico penal es entendido desde dos enfoques.

La tesis natural señala que la concertación consiste en el acuerdo de voluntades en un escenario oculto y no permitido por la ley; de ahí que, resulta de difícil probanza ya que se exige acreditar que fácticamente los sujetos dialogaron o concretaron un acuerdo con un apretón de manos o un brindis, etc. Por otro lado, la tesis normativa, sostiene que la concertación es la comunicación entre el funcionario y el interesado, pero esta no resulta ser las expresiones propias del lenguaje corporal humano, sino por el contrario es el proceso de interacción desplegados por los sujetos intervinientes según su rol en la sociedad, dicho rol aparece materializado en el ejercicio de deberes y derechos que emanan de la institución positiva o negativa, por tanto, para probar el incumplimiento de los roles asignados al funcionario e interesado se deberá verificar la defraudación de las expectativas sociales de naturaleza normativas (Arismendiz, 2018).

Así pues, en la presente investigación se acoge el criterio normativo de la concertación, por cuanto de manera objetiva conecta los injustos diferenciados, del funcionario y del interesado, con el hecho punible, fundamentando de ese modo no solo el injusto de intervención delictual; sino, sobre todo, el injusto penal de peculado ya sea como delito de infracción de deber y a la vez como delito de encuentro.

En otras palabras, se asume que en el ilícito de peculado doloso “para otro”, la conducta del funcionario y el accionar del interesado se vinculan a través de la concertación, toda vez que, la interacción desplegada por el *intraneus* y el *extraneus* en el mundo real comunica en automático, ya sea el cumplimiento o defraudación de sus roles asignados por la sociedad.

Subsecuentemente, se entiende que el injusto del funcionario se configura cuando infringe el deber positivo de fomento y salvamento que tiene frente al bien jurídico que es la correcta Administración del Estado y que en un nivel específico se concretiza en el deber de probidad y lealtad respecto a la percepción, administración y custodia de los efectos y caudales confiados en razón del cargo.

En cambio, el injusto del interesado se configura cuando quebranta su deber genérico de no dañar la correcta administración del erario público, esto en la medida que su rol se encuentre vinculado normativamente a la institución positiva contenida en el hecho punible. Visto de esta forma, si el rol genérico del *extraneus* se enlaza a través de la concertación al injusto de peculado doloso, se comunica automáticamente la defraudación de las expectativas sociales impuesto a todo sujeto frente a la adecuada administración del estado.

3.2.2. La construcción de la concertación como elemento normativo en el delito de peculado

a. La concertación como indicador configurativo del peculado por apropiación

La modalidad típica de apropiación consiste en aquella conducta por la cual el sujeto cualificado se adueña, apodera, hace suyo el patrimonio del Estado apartándolo de la función pública o de la esfera de custodia de la administración a través de actos de disponibilidad como son la venta, el préstamo, la donación, etc. Cabe aclarar que, la apropiación puede darse sobre los efectos y caudales; sin embargo, respecto a este último solo es posible la apropiación de bienes muebles y no así de los bienes inmuebles.

Entonces, la concertación en esta modalidad delictiva enlaza el injusto del *intraneus* con el injusto del delito de peculado, cuando el funcionario ejerce sobre los efectos y caudales actos de disposición ajenos a la administración, custodia o la función que persiguen, quebrantando de esa forma los deberes positivos de fomento y salvamento que fluyen de la institución de la Administración Pública, así como el deber especial de probidad y lealtad que se le atribuye con la administración del Estado. En ese escenario, el funcionario responde penalmente por su propio injusto a título de autor.

Por otro lado, la concertación vincula el injusto del *extraneus* con el injusto del ilícito de peculado, cuando el interesado realiza actos contrarios a la correcta administración del

patrimonio público, vulnerando así la norma de prohibición de no dañar el bien jurídico, la misma que se encuentra contenida en la institución positiva de la Administración Pública. En ese contexto, el tercero interesado responde por su propio injusto a título de cómplice.

Así pues, el injusto del funcionario y del interesado se encuentran separados y diferenciados, pues debido a su rol específico y genérico se ubican en plataformas jurídicas distintas; sin embargo, el injusto de intervención delictual se enlaza a través de la concertación con el injusto de peculado por apropiación cuando el *intraneus* y el *extraneus* despliegan una conducta dirigida a defraudar las expectativas sociales sobre la correcta administración de los efectos y caudales. De esta manera se fundamenta el injusto del delito de peculado, ya sea como delito de infracción de deber y como delito de encuentro.

b. La concertación como indicador configurativo del peculado por utilización

La utilización se entiende como aquella conducta por la cual el sujeto cualificado disfruta de las bondades o cualidades que tienen los efectos y caudales otorgándoles temporalmente una finalidad disímil a la administración pública, por consiguiente, se advierte que en esta figura delictual el funcionario no tiene el *animus* de apropiación y tampoco se requiere que se verifique una separación física del bien, sino simplemente una desvinculación de los fines públicos.

En ese sentido, la concertación enlaza el injusto del funcionario con el injusto de peculado por utilización cuando el sujeto cualificado se aprovecha o usa indebidamente los efectos o caudales que le fueron entregados en función del cargo, infringiendo de ese modo con el deber positivo de fomento y salvamento que tiene frente al bien jurídico, así como deberes específicos de probidad y lealtad con la Administración Pública. Desde ese punto de vista, el funcionario configura su propio injusto y responde penalmente a título de autor.

Por su parte, la concertación conecta el injusto del *extraneus* con el injusto de peculado por utilización, cuando el interesado despliega una conducta contraria a la correcta administración del patrimonio estado, lesionando de ese modo el deber genérico de no dañar, el cual se encuentra comprendido dentro de la institución positiva de la Administración Pública. Así, el sujeto no cualificado configura su propio injusto por lo que se le atribuye responsabilidad penal a título de partícipe.

En consecuencia, la concertación vincula el injusto de intervención delictual con el injusto de peculado por utilización en la medida que el *intraneus* y el *extraneus* desde posiciones jurídicas enfrentadas dirigen su conducta a quebrantar la institución positiva y negativa contenida en el injusto delictual, defraudando así las expectativas sociales respecto a la correcta administración de los efectos y caudales.

3.2.3. Toma de postura

El peculado doloso en el extremo para otro suscita a nivel doctrinario y jurisprudencial distintas interpretaciones respecto a la categoría delictual y la configuración del injusto penal, lo cual a la vez desencadena problemas prácticos en la imputación y punibilidad del *extraneus*.

Precisamente, se advierte que la cláusula “para otro” desde una perspectiva fenomenológica es un elemento descriptivo que hace referencia a un tercero que determina la finalidad del sujeto cualificado, de ahí que, se entiende como un elemento subjetivo que va más allá del dolo. Por otro lado, desde un enfoque normativo, la expresión “para otro” denota que es un delito de participación necesaria; sin embargo, debido a la naturaleza de los delitos de infracción de deber y a las posiciones jurídicas enfrentadas de los sujetos intervinientes resulta indispensable ensamblar la conducta del funcionario con la del interesado a través de un elemento de connotaciones normativas.

Ante ese escenario, en la presente investigación se asume que el peculado en el extremo “para otro” constituye un delito de encuentro, toda vez que, de manera expresa se ha previsto la intervención del *intraneus* y *extraneus*, quienes actúan con el objetivo común de lesionar o poner en peligro la correcta administración del patrimonio público y además porque la intervención del funcionario e interesado es un elemento necesario para la configuración del injusto penal.

Asimismo, se considera que la conducta del funcionario e interesado se vinculan normativamente a través de la concertación, por cuanto es un verbo de acto bilateral que comunica de manera objetiva la defraudación de las expectativas sociales de los sujetos intervinientes. Esa afirmación se sustenta en los juicios de valor que determinan la naturaleza pública del objeto de protección, la relación funcional específica entre el sujeto público y el patrimonio del Estado, y sobre todo en la relación de dependencia que existe entre el injusto de intervención delictual y el injusto delictivo, los cuales se comunican a través del encuentro concertado.

Desde esa perspectiva, el injusto de peculado doloso ya sea como delito de infracción de deber y como delito de encuentro se fundamenta cuando el funcionario configura su propio injusto a través de la infracción del deber positivo de fomento y salvamento que tiene frente al bien jurídico que es la correcta Administración del Estado y que en un nivel específico se concretiza en el deber de probidad y lealtad respecto a la percepción, administración y custodia de los efectos y caudales que le son confiados en razón del cargo, por tanto se le imputa responsabilidad penal a título de autor.

Del mismo modo, el injusto de peculado doloso se fundamenta cuando el interesado configura su propio injusto, esto es, cuando despliega una conducta contraria a la correcta administración del patrimonio público, lesionando de ese modo la norma de prohibición contenida en la institución de la Administración Pública, por tanto, responde penalmente a título de partícipe.

Así pues, si bien el injusto del funcionario y del interesado se encuentran separados y diferenciados, dado que se encuentran en plataformas jurídicas distintas; no obstante, el injusto de su intervención delictual se enlaza a través de la concertación con el injusto de peculado ya sea en la modalidad delictiva de apropiación y utilización, esto en el sentido que su conducta tiene la finalidad común de lesionar el bien jurídico defraudando las expectativas sociales sobre la correcta administración de los efectos y caudales. De esta manera se fundamenta el injusto del delito de peculado, ya sea como delito de infracción de deber y como delito de encuentro.

Entonces, en la presente investigación se plantea como solución al problema la incorporación del elemento normativo “concierta con otro”, propuesta de *lege ferenda* que implica la modificación del tipo base de peculado doloso en los siguientes términos:

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

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

Conclusiones

En el sistema jurídico penal peruano no se sigue a cabalidad la génesis de la técnica legislativa de los delitos de encuentro, precisamente en el ilícito penal de peculado doloso en el extremo “para sí o para otro”, el legislador, no ha establecido un elemento que vincule normativamente la conducta del *intraneus* y del *extraneus*, lo cual ocasiona problemas en la interpretación y aplicación como delito de infracción de deber especial.

La configuración del ilícito de peculado doloso como un delito de encuentro requiere de la intervención del *intraneus* y *extraneus*, los cuales desde plataformas jurídicas distintas desarrollan una determinada conducta con la finalidad común de lesionar el bien jurídico, pero sobre todo que la pluralidad de conductas sea un elemento constitutivo sin el cual no se podría configurar el injusto penal; de ahí que, se exige que en la estructura típica se consigne de manera expresa un verbo constitutivo de connotaciones normativas que fundamente y enlace de manera objetiva el injusto de intervención con el injusto delictual o hecho punible.

Recomendaciones

Se sugiere implementar la propuesta de *lege feranda*, toda vez que, la concertación es un verbo de acto bilateral que comunica de manera objetiva la defraudación de las expectativas sociales de los sujetos intervinientes y a la vez es el nexo normativo que une el injusto del funcionario y del interesado con el injusto de peculado doloso, ya sea en la modalidad de apropiación y utilización.

Referencias

- Abanto, M. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.
- Arenas, R. (2018). *Del primer al segundo Niklas Luhmann. Las consecuencias del giro autopoietico en su teoría sociológica del derecho*. [Tesis de Grado de la Universidad Externado de Colombia]. <https://bit.ly/3CiKKoe>
- Arias, M. (s.f). *Bases sociológicas del funcionalismo penal contemporáneo*. <https://acortar.link/g5Fg3a>
- Arismendiz, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Perú: Instituto Pacífico.
- Cabrera, J. (2020). *Criterios para aplicar la concertación como elemento normativo en el delito de colusión*. [Tesis para optar por el título de abogado de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. <https://acortar.link/IEuS2F>
- Carrasco, M. (2002). *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*. Granada: Comares.
- Chanjan, R; Solis, E. y Puchuri, F. (2018). *Sistema de Justicia. Delitos de Corrupción y Lavado de Activos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Díaz-Fustamante, A. (2017). *La imputación en el delito de Peculado*. [Tesis de Maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Penal y Procesal. Universidad de Piura]. <https://acortar.link/GsYYi9>
- Espinoza, A. (2018). Razones dogmáticas que justifican y solucionan la controversia sobre la punibilidad del “cómplice” interesado en el delito de tráfico de influencia. *Vox Juris* 2 (36), 121-137. <https://acortar.link/JKoSkA>
- Feijóo, B. (2013). *Normativización del derecho penal y la realidad social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- García, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. 3ª Edición. Lima: Ideas Solución.
- Gálvez, T. & Rojas, R. (2017). *Derecho penal. Parte especial*. Lima: Jurista Editores.
- Gallardo, H. (2020). Participación del interesado en la responsabilidad penal del delito de tráfico de influencias en el ordenamiento jurídico peruano. [Tesis de Doctorado en Derecho y Ciencia Política. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. <https://acortar.link/74Lp6T>

- Gómez, V. (2014). Los delitos especiales en el art. 65.3 del Código Penal Español. En R. Robles, *La responsabilidad en los delitos “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad* (pp.99-229). Editorial Montevideo y Euros Editores.
- Hugo, J. y Huarcaya, B. (2018). *Delitos contra la administración pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencia y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Manzini, V. (1961). *Tratado del Derecho Penal*, Tomo VIII, Volumen III. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Editorial EDIAR.
- Mesa, J. (2008). *El Funcionalismo radical de Jakobs en Colombia*. Colombia: Universidad La Gran Colombia.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2019). *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Quinta Edición. Lima: IDEMSA.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2019). *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo II. Quinta Edición. Lima: IDEMSA.
- Pérez, A. (s.f). Breves apuntes sobre la configuración imputación empresarial e imputación objetiva. *Urbe et ius*. Recuperado el 13 de noviembre de 2021, de <https://acortar.link/OOhKVg>
- Real Academia de la Lengua Española. (s.f.). Diccionario de la Lengua Española. Recuperado el 13 de noviembre de 2021, de <https://dle.rae.es/>
- Reátegui, J. (2019). *Código Penal comentado. Volumen 1*. Lima: Ediciones Legales.
- Reátegui, J. (2017). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2^{da} Ed. Lima: Jurista Editores.
- Robles, R. (2014). *La responsabilidad en los delitos “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad*. Buenos Aires: Editorial Montevideo y Euros Editores.
- Robles, R. (2003). *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons.
- Rubio, M. y Arce, E. (2019). *Teoría del ordenamiento jurídico peruano*. 1^a Ed., 1^{era} Reimpresión. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salinas, R. (2020). *La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales*. [Tesis para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. <https://acortar.link/zLDdaN>
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. 5^{ta} Ed. Lima: Editorial Iustitia.
- Salinas, R. (2018). *Derecho Penal Parte Especial*. Volumen 1. 7^{ma} Ed. Lima: Editorial Iustitia.

- Sánchez-Vera, J. (2014). Delito de infracción de deber. En R. Robles, *La responsabilidad en los delitos “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad* (pp.287-316). Editorial Montevideo y Euros Editores.
- Sotomayor, J. (2020). *La necesidad de regular el delito de colusión activo en el código penal peruano*. [Tesis de pregrado para optar el título de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción. Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://acortar.link/GVLR4>
- Villavicencio, F. (2019). *Derecho Penal Básico*. Segunda reimpresión, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Wessels, J.; Beulke, W. y Satzger, H. (2018). *Derecho Penal. Parte General*. (46° Ed. Alemana) (R. Pariona Arana, Trad.). Lima: Instituto Pacífico.

Norma Legal

- Decreto Legislativo N.º 635, Código Penal. (08 de abril de 1991).
- Decreto Legislativo N.º 1440, del Sistema Nacional de Presupuesto Público. (16 de septiembre de 2018). <https://acortar.link/AvJqJ8>
- Decreto Legislativo N.º 1441, del Sistema Nacional de Tesorería. (16 de septiembre de 2018). <https://acortar.link/IStIW0>
- Decreto Legislativo N.º 1439, del Sistema Nacional de Abastecimiento. (16 de septiembre de 2018). <https://acortar.link/wbnOus>
- Decreto Legislativo N.º 1436, Marco de la Administración Financiera del Sector Público. (16 de septiembre de 2018). <https://acortar.link/9UZ3aM>
- Ley N.º 28563, del Sistema Nacional de Endeudamiento Público. (1 de junio de 2005). <https://acortar.link/JDR3Hr>

Jurisprudencia

- Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-116 (Lima). (30 de setiembre de 2005). Corte Suprema de Justicia: Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. <https://acortar.link/29NiX0>
- Recurso de Nulidad N.º 615-2015 (Lima). (16 de agosto de 2016). Corte Suprema de Justicia: Sala Penal Permanente. <https://acortar.link/E3t9Dv>
- Casación N.º 841-2015 (Ayacucho). (24 de mayo de 2016). Corte Suprema de Justicia: Sala Penal Permanente. <https://acortar.link/a9qhE9>