

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**“INTERPRETACIÓN Y DESARROLLO DE LA TEORÍA DE
INFRACCIÓN DE DEBER PARA DELIMITAR LA INTERVENCIÓN DE
LOS INTRANEUS Y EXTRANEUS EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y
PECULADO”**

TESIS

PRESENTADA POR:

ELISBAN DAVID CCALLO CHAVEZ

MAURO TICONA CALCI

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PROMOCIÓN XXXVII

Puno – Perú

2017

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

“INTERPRETACIÓN Y DESARROLLO DE LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER PARA DELIMITAR LA INTERVENCIÓN DE LOS INTRANEUS Y EXTRANEUS EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y PECULADO”

TESIS

PRESENTADA POR:

ELISBAN DAVID CCALLO CHAVEZ

MAURO TICONA CALCI

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

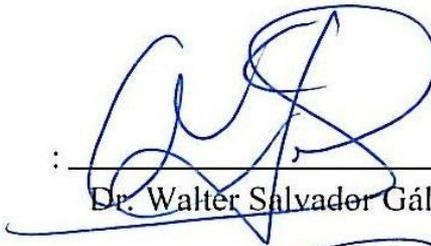
ABOGADO

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 21 DE SETIEMBRE DE 2017

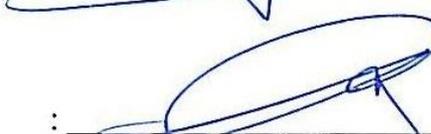
APROBADO POR EL JURADO REVISOR CONFORMADO POR:



Presidente

: 
Dr. Walter Salvador Gálvez Condori

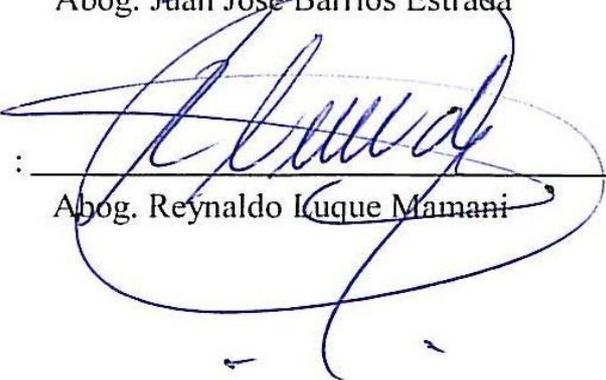
Primer Miembro

: 
M. Sc. René Raúl Deza Colque

Segundo Miembro

: 
Abog. Juan José Barrios Estrada

Director

: 
Abog. Reynaldo Luque Mamani

Área : Derecho Público

Línea : Derecho Penal

Tema : Teoría General del Delito

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	8
ABSTRACT	9
I. INTRODUCCIÓN	10
II. REVISIÓN DE LITERATURA	12
2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	12
2.1.1.- A nivel internacional	12
2.1.2.- A nivel nacional	13
2.1.3.- A nivel local	19
2.2.- SUSTENTO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
2.2.1.- LA DOCTRINA DEL DELITO DE INFRACCION DEL DEBER	20
2.2.2.- La concepción de Roxin sobre el delito de infracción de deber.	22
2.2.3.- Los delitos de infracción de deber según Jakobs.....	26
2.2.4.- EL NÚCLEO DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER.....	33
2.2.4.1.- TIPO DE DEBER.....	33
2.2.5.- LOS FUNDAMENTOS DE LA INFRACCION DE DEBER.....	36
2.2.5.1.- La infracción de deber general (deberes negativos)	36
2.2.5.2.- Infracción de deber especial (deberes positivos).....	38
2.2.6.- LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA	38
2.2.7.- DELITO DE COLUSIÓN: ASPECTOS GENERALES.....	39
2.2.7.1.- Configuración del tipo penal.	39
2.2.7.3.- La autoría y la participación en el delito de colusión.....	44
2.2.7.4.- Razón del cargo.....	46
2.2.7.6.- El tercero interesado como participe extraneus del delito.	47
2.2.7.8.- El bien jurídico en el delito de colusión.....	48
2.2.7.10.- JURISPRUDENCIA DEL DELITO DE COLUSIÓN	49
2.2.8.- DELITO DE PECULADO	51
2.2.8.1.- Comportamientos Típicos.....	51
2.2.8.1.1.- La relación funcional: "por razón de su cargo"	51

2.2.8.1.2.- La percepción, administración y custodia	53
2.2.8.2.- AUTORÍA	54
2.2.8.3.- SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	57
2.2.8.4.- JURISPRUDENCIA DEL DELITO DE PECULADO.....	57
2.2.9.- MARCO JURÍDICO-NORMATIVO	59
2.2.9.1.- NORMATIVA NACIONAL.....	59
2.3.- MARCO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN	63
2.3.1.- INFRACCIÓN DEL DEBER	63
2.3.2.- COLUSIÓN	64
2.3.3.- PECULADO	65
2.3.4.- EXTRANEUS	68
2.3.5.- INTRANEUS	69
2.3.6.- INTERPRETACIÓN	69
2.4.- HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	70
2.4.1.- HIPÓTESIS GENERAL	70
2.4.2.- HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	71
2.5. OPERACIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN.....	72
III. MATERIALES Y MÉTODOS	73
3.1.- TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	73
3.1.1.- Tipo y/o enfoque de Investigación.....	73
3.1.2.- Diseño de Investigación	74
3.2. Objeto de Estudio.....	75
3.3. Universo de Estudio.	75
3.3.1.- La población.....	76
3.3.2.- La muestra.....	76
3.4. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	77
3.4.1. Metodología en la investigación jurídica.	77
3.4.2.1.- El Método Dogmático.	78
3.4.2.2.- El Método Sistemático.	80
3.4.2.3.- Método de argumentación jurídica.....	81
3.4.2.4.- Estudio de Casos	82
3.4.3. <i>La Técnica en la Investigación Jurídica.</i>	82
3.4.4. <i>Instrumentos de la Investigación</i>	83

3.4.5. Unidad y Ejes Temáticos de la Investigación.	84
3.4.6. Procedimiento de Investigación (Plan de Recolección de Datos).....	84
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	87
4.1.- PRIMER COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN	87
4.1.1.- <i>Analizar los presupuestos y criterios que plantea la teoría de infracción del deber para determinar la autoría y participación en los delitos de colusión y peculado.....</i>	87
4.1.2.- Sistematización de presupuestos y criterios que plantea la teoría de infracción del deber para determinar la autoría y participación.....	94
4.1.3.- JURISPRUDENCIA SOBRE DELITOS DE INFRACCION DE DEBER.	97
4.2.- SEGUNDO COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN.....	101
4.2.1.- <i>Determinar y analizar como interpretan y desarrollan la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de colusión, los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno.</i>	101
4.3.- TERCER COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN.....	114
3.4.- CONTRASTACION DE LAS HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN	126
V. CONCLUSIONES	130
VI. RECOMENDACIONES.....	132
BIBLIOGRAFÍA	133
ANEXOS	135

ÍNDICE DE CUADROS

CUADRO 1: Operación de la Unidad de Investigación.....	72
CUADRO 2: Interpretación	81
CUADRO 3: Unidad y ejes temáticos de la investigación.....	84

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

CP	: Código Penal
NCPP	: Nuevo Código Procesal Penal
DCA	: Delito de Colusión Agravada
DPD	: Delito de Peculado Doloso
Exp.	: Expediente
JIP	: Juzgado de Investigación Preparatoria
TC	: Tribunal Constitucional
PNP	: Policía Nacional del Perú
Ibidem.	: Ahí mismo
D. L.	: Decreto Legislativo
Art.	: Artículo
Const.	: Constitución
Ob. Cit.	: Obra citada
Cfr.	: Confróntese
pp.	: Páginas
p.	: Página
F.J.	: Fundamento Jurídicos
Sic.	: Así está

RESUMEN

La problemática del estudio surgió a partir de la revisión de los requerimientos de acusación que emiten los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno, donde se advierte la deficiente interpretación y en muchas veces ni siquiera un desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y la participación en los delitos contra la administración pública. Teniendo en cuenta, que los delitos de Peculado y Colusión a nivel de la doctrina autorizada y la jurisprudencia son denominados delitos de infracción del deber, es así, que el presente estudio parte con esa tesis, en consecuencia, postulamos que los operadores del Ministerio Público al momento acusar deben aplicar la teoría de infracción del deber para imputar la autoría y participación. **OBJETIVO:** analizar cómo interpretan y desarrollan la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación en los delitos de colusión y peculado. **METODOLOGÍA:** La investigación tuvo un enfoque cualitativo y cuantitativo (paradigma mixto) y se utilizó el diseño **DOGMÁTICO y ESTUDIO DE CASO** (estudio de casos). Resultados esperados: (i) La teoría de infracción del deber, recurre a la norma extrapenal, para analizar los deberes infringidos de base administrativa, calidad especial del sujeto y la vinculación funcional para delimitar la autoría y participación en los delitos de la administración pública. (ii) Los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno, en una gran mayoría no interpretan ni desarrollan adecuadamente la teoría infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de colusión y peculado.

Palabras claves:

Infracción, deber, colusión, peculado.

ABSTRACT

The problem of the study arose from the review of the accusation requirements issued by the prosecutors of the prosecution specialized in corruption offenses of Puno officials, where the poor interpretation is noticed and in many cases not even a development of the theory of infringement of duty to delimit authorship and participation in crimes against public administration. Bearing in mind, that the crimes of Peculado and Collusion at the level of authorized doctrine and jurisprudence are denominated offenses of violation of duty, it is thus, that the present study starts with this thesis, consequently we postulate that the Public Ministry operators at At the moment to accuse must apply the theory of infraction of duty to impute authorship and participation. **OBJECTIVE:** to analyze how they interpret and develop the theory of duty infringement to delimit the authorship and participation in the crimes of collusion and embezzlement. **METHODOLOGY:** The research had a qualitative and quantitative approach (mixed paradigm) and the **DOGMATIC** design and **CASE STUDY** (case study) were used. Expected results: (i) The theory of infraction of duty, resorts to the extra-penal norm, to analyze the infringed duties of administrative basis, special quality of the subject and the functional linkage to delimit the authorship and participation in the crimes of the administration public. (ii) Prosecutors of the office of the public prosecutor specializing in corruption offenses of Puno officials, in a great majority do not interpret or adequately develop the theory of the infraction of duty to delimit the authorship and participation in the crime of collusion and embezzlement.

Keywords:

Infringement, duty, collusion, embezzlement.

I. INTRODUCCIÓN

El asunto central que se desarrolló mediante la investigación es la teoría de infracción de deber, ello para delimitar la intervención del intraneus y extraneus en los delitos contra la administración Pública, específicamente en los delitos de colusión y peculado, los delitos de infracción del deber son delitos que restringen autoría y participación, la restringen en función a la existencia de los deberes especiales que ostenta el autor, deberes especiales que lo vinculan (relación funcional y fáctica) con el bien jurídico protegido; ya sea administración pública, orden económico, vida o el patrimonio, estos delitos hacen mención en su primer componente a la existencia de los deberes (entre el sujeto y el bien jurídico) de base administrativa y el segundo componente de esta tipología tiene que ver con la calidad especial que asume el sujeto activo, es decir, el agente debe ser portadora de un deber positivo, que ha adquirido en forma previa a la comisión del delito, estos dos elementos son los que configuran la mayoría de los delitos contra la administración pública desde la teoría de infracción del deber, específicamente los delitos de colusión y peculado.

Los delitos contra la administración pública, no se puede imputar con deberes genéricos infringidos, sino imputar a través de roles (competencias y atribuciones) y deberes especiales infringidos, en suma, sujetos con condición especial, así determinar y fundamentar la autoría y participación en este tipo de delitos, los deberes positivos o los roles, se encuentran reguladas en los instrumentos de gestión pública, ROF, MOF, PAT, Directivas, Ley Orgánica de Municipalidades, etc.

La investigación tuvo como su **objetivo general**, encontrar una respuesta coherente y adecuada a la siguiente interrogante: ¿Los fiscales de la fiscalía especializada en corrupción de funcionarios de Puno, interpretan y desarrollan la teoría de infracción

del deber para delimitar la autoría y participación en los delitos contra la administración pública de colusión y peculado? Y como **objetivos específicos** tenemos: a) ¿Cuáles son los presupuestos y criterios que plantea la teoría de infracción del deber para determinar la autoría y participación en los delitos contra la administración pública de colusión y peculado?; b) ¿De qué manera interpretan y desarrollan la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de colusión, los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno? Y; c) ¿De qué manera interpretan y desarrollan la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de peculado, los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno?

Para dar respuesta a estas interrogantes se ha revisado la doctrina, jurisprudencia, derecho comparado y carpetas fiscales (requerimientos de acusación), cuyo resultado exponemos al final de este trabajo de investigación.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1.- A nivel internacional

A nivel internacional (derecho comparado) no se encontró estudios materializados en tesis científicas y/o jurídicas, referidos al tema materia de estudio, pero si se encontró trabajos materializados en artículos jurídicos y monografías publicados en la página virtual de internet, las cuales se citó y se tomó como punto de referencia para realizar el presente estudio:

1.- Artículo jurídico presentado por Urs Kindhäuser, con el título: “INFRACCIÓN DE DEBER Y AUTORÍA – UNA CRÍTICA A LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO”, cuyos planteamientos fueron: El artículo revisa críticamente la así llamada “teoría del dominio del hecho” (Tatherrschaftlehre), sosteniendo que ésta no puede ofrecer un criterio plausible para la atribución de responsabilidad a título de autoría. Después de sentar las bases para una propuesta conceptual diversa, fundada en las nociones de norma, deber y acción, el artículo examina la manera en que semejante modelo puede contribuir a clarificar la estructura de formas más complejas de responsabilidad jurídico-penal, incluido aquí no sólo el ámbito de la intervención delictiva en su conjunto, sino también de la imprudencia. (Kindhauser, 2011).

Llegando a las siguientes conclusiones: Finalmente, es necesario que exista una conexión entre el déficit que afecta al hombre de adelante y la imputación de su comportamiento al hombre de atrás. Tiene que existir una razón para la imputabilidad de este comportamiento. En la dogmática alemana se afirma a veces que como fundamento para esta imputación sería suficiente un saber superior de parte del hombre de atrás. Pero de ser así, en este mundo los mejores informados tendrían que cargar responsabilidad por

los desinformados, con lo cual dejaría de ser posible una distribución de ámbitos de responsabilidad fundada en la idea normativa de igualdad. Un mero saber superior sólo puede obligar a una solidaridad social mínima, y en derecho penal esto quiere decir: en el sentido de los delitos de omisión de socorro o de omisión de denuncia de la comisión inminente de un hecho punible. En la autoría mediata, como fundamento de la imputación sólo viene en consideración una intervención no permitida en la esfera de responsabilidad del hombre de adelante, ya sea a través de coacción, a través del condicionamiento o sostenimiento de un error, o en virtud de un vínculo de solidaridad especial en el sentido de una posición de garante. Así por ejemplo, yo soy autor mediato si vierto veneno en el coñac de mi enemigo E. Pues el hecho de que E yerre acerca de la cualidad de su bebida se debe a mi manipulación del objeto de su representación. (Kindhauser, 2011)

2.1.2.- A nivel nacional

Los antecedentes directos e indirectos que se han revisado para realizar la presente investigación son los siguientes:

1.- Artículo jurídico presentado por Manuel Abanto Vázquez, con el título: “AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN Y LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER”, cuyos planteamientos fueron: Debe resaltarse, por lo demás, que el problema que se va a analizar no solamente tiene un mero interés teórico; su enorme relevancia práctica se hace patente una y otra vez en la tarea jurisprudencial y recién ha adquirido especial atención en la dogmática penal latinoamericana “gracias” a sonados casos judiciales contra exfuncionarios de regímenes corruptos, pues precisamente muchos tipos penales de delitos contra la administración pública tienen la estructura de “delitos especiales” (o de “infracción del deber”). (Abanto Vasquez, 2004)

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) Hasta la actualidad no se ha encontrado todavía una solución plenamente satisfactoria para tratar con justicia todos los casos de autoría y participación en delitos especiales (o de “infracción del deber”). La teoría del “dominio del hecho”, por sí sola, ha demostrado ser insuficiente pues, aplicada consecuentemente, llega a soluciones político-criminalmente intolerables, en especial: la impunidad para intraneus y extraneus, cuando este último ejecute los hechos como un “instrumento doloso no cualificado”, o la impunidad del extraneus que emplee al intraneus como “instrumento cualificado no doloso”. Las tesis que modifican el entendimiento del “dominio del hecho” para lograr la punibilidad de ambos sujetos tienden a desnaturalizar el concepto y más bien dan la impresión de ser “soluciones de emergencia”. La tesis de ROXIN de la “infracción del deber” se está imponiendo tanto por su sencillez como por ofrecer mejores soluciones prácticas. Pero también ha tenido críticas no despreciables, si bien los últimos trabajos de los seguidores de esta tesis la han reforzado considerablemente. En todo caso, por ahora, ya puede considerarse doctrina dominante la aceptación de la existencia de “delitos de deber” (diferentes de los “delitos de dominio”) y la aplicación de principios distintos para definir la autoría y la participación en estos. La discusión continúa en cuanto a la definición y delimitación misma de los “delitos de infracción del deber”: ¿cuáles son? ¿Abarcan a todos los delitos especiales impropios? ¿Qué sucede cuando el tipo prevé – además de la cualidad - una conducta típica determinada? En el período de transición, debido a las peculiaridades de la realidad latinoamericana, resulta recomendable preferir por ahora la “solución mixta” (admisión parcial de tipos puros de “infracción del deber”, sin renunciar, en otros casos, al “dominio del hecho” cuando el tipo penal lo exija). (ii) Indica que de lo analizado se puede constatar que todavía queda mucho camino por recorrer para desentrañar el gran problema teórico y práctico que representa la autoría y la participación en los delitos

especiales (comoquiera que se los defina). Como acertadamente decía BOTTKE al analizar críticamente las tesis de Roxin: “Si, pese a la teoría pionera de Roxin del dominio del hecho, la queja de que la teoría de la participación punible sería ‘el capítulo más oscuro y difuso de la ciencia penal alemana’ todavía albergara una pizca de verdad, ello ocurriría en el caso de la teoría de la autoría y la participación en los delitos especiales”. (Abanto Vasquez, 2004)

2.- Artículo jurídico presentado por José Antonio Caro John, con el título: “ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER”, cuyos planteamientos fueron: en un contexto en el que la autoría era explicada únicamente a través del dominio del hecho, hizo su aparición la categoría de los delitos de infracción de deber (Pflichtdelikten) y como era de esperarse, la incursión de este grupo de delitos en un panorama de la autoría gobernado por el dominio del hecho no podría haber sido pacífica. Con el terreno ganado por el dominio del hecho como signo distintivo que caracteriza a la autoría, se hizo inevitable levantar algunos reparos contra los delitos de infracción de deber, pues no en vano el dominio del hecho había conseguido para sí el peso de la tradición. Pero, al mismo tiempo, la presencia de este nuevo concepto sugería de alguna forma un examen del estado de la cuestión en la autoría, porque quizá el dominio del hecho como único criterio ya no estaba en condiciones de resolver toda la problemática en torno de la autoría. Y, en efecto, esto fue así. La existencia de regulaciones típicas cuya autoría no podía ser explicada convincentemente mediante la categoría del dominio del hecho era la muestra más evidente. (Caro John, 2004)

Este autor llega a la siguiente conclusión: “Quizá el modo de ver el problema de la autoría y la participación desde el prisma de los delitos de infracción de deber provoque algunos reparos en algún sector de la doctrina nacional. Lo que ocurre es que como nos

hemos acostumbrado a resolver la problemática de la autoría enfocándola a menudo solamente desde el lado de los delitos de dominio - en lo básico mediante el concepto del dominio del hecho - es lógico que ahora incomode las propuestas de solución de la nueva categoría. No en vano el dominio del hecho había ganado para sí el peso de la tradición, pero la bondad de la construcción de los delitos de infracción de deber no radica en la novedad de sus propuestas sino en que, con su surgimiento, los problemas que se suscitan en el terreno de la autoría ahora tienen la posibilidad de obtener una solución sistemática más satisfactoria, sobre todo en los ámbitos en que el dominio del hecho no tiene ninguna fuerza explicativa, dicho de un modo más directo: en el ámbito de los delitos cometidos por personas portadoras de -deberes especiales -". (Caro John, 2004) – Perú.

3.- Artículo jurídico presentado por Juan E.C Torres Alzamora, con el título: “LA PARTICIPACION EN LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER”, cuyos planteamientos fueron: Examinar los diferentes puntos que abordan los delitos de infracción de deber, es decir, sus propuestas y consecuencias en la solución práctica y se extraerán unas conclusiones, debe resaltarse, que la figura en cuestión en este trabajo es la de extraneus y así mismo algunas críticas a la teoría de la infracción de deber. (Torres Alzamora, 2011)

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) Indica que, la categoría de los delitos de infracción de deber constituye una construcción muy criticada, que no se ha impuesto ni en Alemania ni en España ni, menos aún, en nuestro país. Los principales reparos de que es objeto dicen relación con una transgresión de los principios de legalidad y lesividad, así como que constituye una categoría superflua que no aporta nada nuevo frente a la ya consagrada distinción entre delitos comunes y especiales, y ve cada una de estas cuestiones. (ii) Que, en cuanto al principio de legalidad y en relación con este

principio existen dos objeciones imprescindibles desde su punto de vista: En primer lugar, que los delitos quedan configurados sobre la base de deberes que adolecen de una gran vaguedad, poniendo en peligro el principio de legalidad. Aunque en ocasiones ello puede ser cierto, cabe replicar que la institución positiva no es más imprecisa, por ejemplo, que construcciones como la del riesgo permitido en los delitos de dominio, salvo en cuanto esta última ha sido objeto de una mayor preocupación doctrinal en su delimitación. En segundo término, por sus consecuencias también estaría en contradicción con este principio, que prohíbe considerar a las acciones de inducción o cooperación como acciones de autoría, salvo que la ley lo diga expresamente. Sin embargo, tras esta crítica existe una suerte de confusión. Porque con los delitos de infracción de deber no se pretende sancionar acciones de inducción o complicidad de un sujeto especialmente obligado como si fuesen de autoría, sino que lo que se intenta es determinar si estamos ante una inducción o complicidad o ante auténticos comportamientos de autoría. Por lo demás, cuando existe algún comportamiento de la persona obligada que aparentemente no configura más que una inducción o complicidad, se configura al mismo tiempo una omisión en la protección del bien jurídico, suficiente para sancionar por la autoría del delito. (iii) La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, por el contrario, recoge una diferenciación material reflejo de la propia realidad social. La interpretación de una figura como delito de dominio o de infracción de deber no está determinada por la forma de tipificación, sino que depende de la institución, positiva o negativa, que le sirve de fundamento. Así, aun cuando los delitos de infracción de deber se expresan típicamente como delitos especiales, en casos excepcionales pueden no serlo. Es lo que sucede, por ejemplo, con el delito de omisión del deber de socorro, delito común de infracción de deber, en cuanto sería expresión de un deber institucional común a todos los ciudadanos: la solidaridad. Otro tanto ocurre, más en general, en los supuestos de tipos

formulados como delitos comunes que se convierten en delitos de infracción de deber cuando el interviniente es un obligado especial. A la inversa, también existen delitos especiales que siguen siendo delitos de dominio porque no responden a la configuración de un deber institucional. Es el caso, por ejemplo, de los delitos de apropiación indebida o quiebra. En suma, la categoría de los delitos de infracción de deber no coincide con la de los delitos especiales porque responde a diversos criterios de clasificación. Por lo tanto, no es posible afirmar que ellas resulten categorías absolutamente coincidentes o superpuestas. Al obedecer, la primera, a criterios materiales de configuración, no sólo puede conducir a consecuencias diversas de las que permite adoptar el criterio de los delitos especiales, sino también más acordes con la realidad social a la que ofrece respuesta. (Torres Alzamora, 2011)

4.- Artículo jurídico presentado por Percy García Caveró, con el título: “LA PENA DEL PARTÍCIPE EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES”, cuyos planteamientos fueron: “La complicidad en la comisión de delitos especiales (...) es posible, puesto que la calidad especial que exige el tipo legal (...) es requerida para el autor, pero no para los partícipes”. Y con estas palabras deja entrever su posición a favor de la posibilidad dogmática de castigar como cómplices de un delito especial a los partícipes extraneus. Sin embargo, pese a la claridad de su planteamiento, la determinación de la pena a imponer a aquellas personas que, sin tener la calidad exigida por el tipo penal, han participado en la realización de un delito especial, constituye un tema que ha suscitado un fuerte debate dogmático tanto en los escritos doctrinales como en la jurisprudencia de los tribunales penales. (García Caveró, 2009)

Llegando a la siguiente conclusión: La disputa entre la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación, en relación con la

cuestión de la pena a imponer al partícipe extraneus de un delito especial, debe solucionarse en función de las estructuras de imputación penal que informan el delito especial. Si el delito especial es un delito de dominio deberá seguirse lo establecido por la teoría de la unidad del título de imputación, mientras que si el delito especial es un delito de infracción de un deber, habrá que seguir lo dispuesto por la teoría de la ruptura del título de imputación. Esta solución requiere, sin embargo, una doble matización. En el caso de la inducción, es posible castigar la conducta de determinar a otro a cometer un delito, tanto si el delito es de dominio como si es de infracción de un deber, pues la inducción tiene una estructura autónoma al injusto de los autores y los cómplices. Por otro lado, si es que se admite la existencia de delitos de infracción de un deber con elementos de dominio, entonces respecto de este componente organizativo es posible una participación del extraneus en el delito especial, aunque la pena a imponerle deberá necesariamente atenuarse de manera relevante. (García Caveró, 2009)

2.1.3.- A nivel local

En la Región de Puno y más precisamente en la facultad Ciencias Jurídicas y Políticas en la Escuela Profesional de derecho de la Universidad Nacional del Altiplano-Puno, a la fecha, no existen investigaciones en el que se sistematice y desarrolle con amplitud el tema materia de investigación.

Las investigaciones antes mencionadas, son los que sirvieron de base y cimiento de la presente investigación que proponemos a la comunidad jurídica.

2.2.- SUSTENTO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1.- LA DOCTRINA DEL DELITO DE INFRACCIÓN DEL DEBER

Los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikten*) son una categoría específica de hechos punibles, en los cuales el autor quebranta deberes especiales, identificándoseles por ello con los delitos especiales. No se trata entonces de la infracción de cualquier deber, sino deberes con específicas características. Siendo así, no todos los delitos podrían considerarse como de infracción de deber. Solo el que tuviera determinadas atribuciones podría ser autor de estos delitos, no cualquier sujeto. (Figueroa Ortega, 2007)

Quien primero habló de estos hechos fue Claus Roxin en su libro *Täterschaft und Tatherrschaft*. Según este autor, en algunos delitos la autoría no podía ser determinada a partir del “dominio del hecho”, sino con base en la mera infracción de un deber especial. Sin embargo, Roxin no profundizó mucho respecto de estas incriminaciones. Quienes han ahondado más respecto del fundamento de los delitos de infracción deber, han sido Günther Jakobs, y su discípulo Javier Sánchez Vera, sentando las bases para una teoría general sobre los mismos, con consecuencias muy importantes en materia de participación criminal. Estos autores parten de una clasificación bifronte de los hechos punibles, distinguiendo entre “delitos de responsabilidad por organización” y “delitos de infracción de deber”. Dicha clasificación es sustentada a su vez en la distinción entre “deberes negativos” y “deberes positivos”. Los delitos de responsabilidad por organización consistirían en la infracción de un deber negativo, mientras que los delitos de infracción de deber en el quebrantamiento de un deber positivo. En los primeros se infringiría un deber de abstención, una obligación de inhibirse de realizar ciertos hechos, mientras que, en los segundos, se vulnerarían deberes de ayuda o solidaridad. Por consiguiente, no cualquiera podría cometer un delito de infracción de deber, sino sólo

ciertas personas, las cuales, en virtud de su asociación a una institución positiva, tendrían deberes especiales de ayuda o solidaridad, deberes de edificar un mundo en común con otras personas (por ejemplo, relaciones familiares padre hijo, funcionarios públicos, etc.). En cambio, los delitos de responsabilidad podrían ser ejecutados por cualquiera, ya que abstenerse de dañar a otro es lo mínimo que se exige a los que viven en sociedad. En síntesis, en los delitos de responsabilidad por organización se quebrantarían órdenes de abstención, prohibiciones de realizar ciertas conductas. En cambio, en los delitos de infracción de deber se violarían deberes de realizar determinadas prestaciones en favor de otro, de ayudarlo, cooperar con él, etc. (Figueroa Ortega, 2007) Para clasificar los delitos de esta manera, ha llevado aquella separación de los deberes jurídicos al Derecho Penal, basándose en el fundamento institucional que le asigna a la responsabilidad penal. Para este autor, la responsabilidad penal tiene como base siempre instituciones sociales, las cuales podrán ser “negativas” o como “positivas” dependiendo de si tienen como contenido o finalidad el meramente separar las distintas esferas de derechos, o la construcción de un “mundo en común” entre varios sujetos. (Jakobs, Actuar y Omitir, 2003)

La sociedad es vista por Jakobs como la conjunción de diversas instituciones. De allí que apele a las mismas para dar base al sistema de responsabilidad penal. Desde su enfoque, de las instituciones negativas procederán los deberes negativos, los cuales darán contenido a los delitos de responsabilidad por organización. En cambio, de las instituciones positivas se desprenderán los deberes positivos, y de estos los delitos de infracción de deber. Jakobs enlaza de esta forma el concepto de delito con el conjunto de la imputación jurídico penal. (Figueroa Ortega, 2007)

La tesis de Roxin no concuerda con esta posición, limitando el concepto de delito de infracción de deber a los delitos especiales y a los delitos de omisión, pero sin sustentarlo en la distinción entre deber negativo y deber positivo, aunque igualmente destacando el carácter extrapenal del deber quebrantado en los delitos de infracción de deber. (Figueroa Ortega, 2007)

2.2.2.- La concepción de Roxin sobre el delito de infracción de deber.

ROXIN distingue entre “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber”. En los delitos de infracción de deber el círculo de autores estaría restringido a ciertas personas, es decir, no cualquiera podría ser autor, lo cual los equipararía a los delitos especiales. Por ejemplo, el delito de tortura, el cual únicamente puede ser ejecutado por “funcionarios públicos” (artículo 343 StGB). En cambio, en los “delitos de dominio” no existirían cualificaciones para la autoría, la cual sólo dependería del “dominio del hecho”, es decir, de la posibilidad fáctica del sujeto de acelerar, retrasar o impedir la producción del resultado. La diferencia entre unos y otros delitos sería entonces meramente formal, dependiendo de las características exigidas para ser autor. En los delitos de infracción de deber la autoría la determinaría el quebrantamiento de un deber extrapenal de impedir la consumación, asignado específicamente a ciertas personas. Se trataría de delitos en que son infringidos deberes de protección y de conservación derivados del Derecho Civil, del Derecho Público o de la costumbre, a los cuales se les valora como infracción normativa penal (por ejemplo, la administración desleal y el quebrantamiento de condena por funcionario público). En cambio, en los delitos de dominio, el deber quebrantado emanaría de la misma norma penal, por lo cual la autoría dependería simplemente del “dominio del hecho”, no de la cualidad o capacidad para infringir el deber. (Figueroa Ortega, 2007)

Sobre esta base, de acuerdo con Roxin, todo delito especial sería delito de infracción de deber, siempre y cuando la cualidad exigida en el tipo se fundamente en un deber extrapenal. Pero dicho deber no se correspondería simplemente con el deber general de respetar la norma penal, sino que se trataría de realidades previas al tipo, como deberes antepuestos en el plano lógico de la norma, los cuales derivarían de otras ramas jurídicas. Por ejemplo, los deberes jurídico - públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de brindar alimentos y de lealtad.

De la clasificación entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, Roxin extrae importantes consecuencias en materia de autoría y participación criminal. Como en los delitos de infracción de deber, únicamente puede ser autor el que reúna las condiciones para la autoría, si el agente no cumpliera con tales requerimientos, independientemente de la importancia de su aporte para la realización del hecho, sólo podría llegar a ser partícipe. En otras palabras, como la posibilidad de infringir el deber en estos casos estaría reservada a aquellos sujetos con las características especiales requeridas por el tipo, sólo podría ser autor el *intraneus*, es decir, aquél que reúna la característica especial requerida por el tipo. (Roxin, 1998)

La tesis de Roxin puede resumirse del modo siguiente:

- a) Los conceptos de dominio y de infracción de deber existen como “realidades previas”;
- b) El legislador investiga, cuando reflexiona acerca de la lesión de bienes jurídicos, si el contenido criminal de un delito está influido por una posición de deber y valora la misma en relación a su influencia;

- c) En caso de que tal influencia se considere esencial, opta por crear legalmente un delito de infracción de deber y, de este modo, se formula el tipo correspondiente; y
- d) La existencia o no de un delito de infracción de deber se infiere de la interpretación del correspondiente tipo penal.

Por otra parte, Roxin encuentra una estrecha relación entre los delitos de omisión y los delitos de infracción de deber, considera a todos los delitos de omisión como delitos de infracción de deber, en virtud de la naturaleza extrapenal del deber de evitar el resultado; no todo aquél que omite viene en consideración como autor, sino exclusivamente al que le incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo. En otros términos, todos los delitos de omisión serían delitos especiales por ser delitos de infracción de deber. La posición de garante, el deber de evitar el resultado, al tener naturaleza extrapenal, restringiría notablemente el campo de posibles autores, es decir, no cualquier podría ser autor de estos delitos, sólo determinadas personas, tratándose por ello de delitos especiales. (Figueroa Ortega, 2007)

Roxin considera además que el “dominio del hecho” es inconciliable con la omisión, lo cual apuntala su naturaleza de delito de infracción de deber. Dice este autor, que el que omite no es autor por su eventual “dominio del hecho”, sino por quebrantar el deber de impedir la consumación, ya que “no haciendo nada, no cabe dirigir, configurándolo, el curso de la acción”. Desde su punto de vista, la dirección, con dominio, del acontecer presupone entre el resultado producido y la persona del autor una relación basada en conducta rectora activa, lo que justamente falta en aquel que se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso. (Figueroa Ortega, 2007)

Asimismo, ha concluido Roxin, que los delitos de dominio se convierten en delitos de infracción de deber, en la medida que puedan realizarse por omisión. En tal forma, la

comisión por omisión transformaría todo delito de dominio en delito de infracción de deber; en las omisiones todas las lesiones de bienes jurídicos, que en los supuestos comisivos eran delitos de dominio, se transforman en delitos de infracción de deber, de manera que todos los delitos sometidos al concepto general de autor, en tanto son ejecutables por omisión, presentan una estructura doble: son delitos de dominio como de infracción de deber, y por eso, en función de si se trata de un hacer o un omitir, están sujetos a una delimitación completamente distinta de las formas de participación. (Figuroa Ortega, 2007)

También ha resaltado Roxin, que en los delitos de infracción de deber existe una total equivalencia entre acciones y omisiones, es decir, que no puede distinguirse entre mandatos y prohibiciones. Se trataría entonces de delitos en que es totalmente irrelevante la forma en que se quebrante el deber; “es indiferente para el quebrantamiento del deber que este consista en un deber o en un omitir”, por lo cual no existirán diferencias “entre el hecho comisivo y el omisivo desde la perspectiva de la autoría”. Para Roxin, “allí donde el propio hacer positivo es punible sólo como delito de infracción de deber (...) no surgen diferencias estructurales entre cometer y omitir, debiendo subsumirse ambas formas de conducta en un tipo unitario”. Por ejemplo, “el que yo como obligado a velar por un patrimonio ajeno, dañe a mi mandante omitiendo deliberadamente una acción necesaria o bien llevando a cabo una acción perjudicial, no supone típicamente diferencia alguna; al igual que tampoco puede entrañar diferencias, desde la perspectiva típica, el que el funcionario de prisiones omita conscientemente cerrar con llave la puerta o, para posibilitar la fuga de los internos, deje la llave puesta (o sea, hacer positivo).

En conclusión, para Roxin, en los delitos de infracción de deber:

- 1.- La autoría está fundamentada en la infracción de un deber extrapenal.

2.- Se quebranta un deber especial, por lo cual son delitos especiales. Sólo será autor quien cumpla con los requisitos establecidos en el tipo (el *extraneus* a lo sumo podrá llegar a ser partícipe).

3.- No hay diferencias con los delitos de omisión. Los delitos de dominio pasan a ser delitos de infracción de deber al realizarse por omisión.

4.- Son equivalentes actuar y omitir.

2.2.3.- Los delitos de infracción de deber según Jakobs.

Para JAKOBS - como ya se anticipó - el fundamento de la responsabilidad es siempre institucional. Esto significa que tras toda norma jurídica se encuentra una institución social dándole basamento. Tales instituciones serán negativas o positivas, dependiendo de si ellas emanan deberes de abstención o deberes de ayuda o solidaridad, es decir, deberes negativos o deberes positivos. Las *instituciones negativas* tendrían como función delimitar las esferas de derechos de cada persona. En cambio, las *instituciones positivas*, vendrían a ser formas de relación permanentes y jurídicamente reconocidas, sustraídas a la disponibilidad de los particulares, las cuales contribuirían a constituir a la persona individual, implicando la formación de relaciones de apoyo y solidaridad entre varias personas, por ejemplo, el Estado, la paternidad, etc. Estas instituciones estarían reguladas por el Derecho en general, y no por el Derecho Penal específicamente, y serían disponibles hasta ciertos límites. (Jakobs, La Imputacion Penal de la Accion y de la Omision , 1996)

Desde este punto de vista, en los delitos de infracción de deber el autor es un obligado especial, es decir, una persona que tiene un deber específico de garante, de actuar o de omitir. En estos casos, el autor desempeñaría un rol especial, distinto al rol general de persona o ciudadano. De acuerdo con Jakobs, en la sociedad todas las personas entran

en contacto ejerciendo un rol, es decir, un determinado papel, el cual tiene asociado ciertos derechos y deberes jurídicos. Más técnicamente se entiende por rol un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables, orientado en atención a las personas, esto es, un conjunto de expectativas recíprocas y de sus correspondientes posibilidades de reacción. (Jakobs, La Imputacion Penal de la Accion y de la Omision , 1996)

Así visto, en todo delito se configurará el quebrantamiento de un rol social, de las expectativas o deberes asociados con los mismos. Dichos roles en última instancia estarán predeterminados por las instituciones sociales de las cuales derivan los deberes que les son inherentes, deberes que, como hemos anticipado, pueden ser negativos o positivos. Dicho de otro modo, las personas serán responsables penalmente en la medida que quebranten deberes jurídicos inherentes al rol social que cumplen en la sociedad. Por lo tanto, aquél que se mantenga dentro de los límites de su rol, no tiene por qué tener ninguna responsabilidad penal, no responderá de un curso lesivo aun cuando hubiera podido evitarlo. En tales hipótesis no habrá infracción de la norma, independientemente de que se hubiera producido un resultado. Por ejemplo, el médico debe curar la enfermedad del paciente si este así lo desea; si el paciente no quiere, lo que le suceda lo será a su propio riesgo. El médico, además, sólo ha de dominar el riesgo derivado de la enfermedad; que el paciente se incline demasiado hacia fuera al mirar por la ventana, o que sea amenazado con un arma de fuego por una visitante iracunda, no es asunto del médico, al menos no en cuanto médico. Y finalmente, está obligado a preservar al paciente de los riesgos de enfermedades sólo en la medida en que ello se corresponda con un buen estándar. Ningún médico está obligado a realizar semanalmente a sus pacientes revisiones generales. (Jakobs, La Imputacion Penal de la Accion y de la Omision , 1996)

Es importante destacar, que hablar de roles “especiales” y de roles “generales”, como indicamos, parte de la base de que existen ciertos deberes que conciernen únicamente a determinadas personas, así como también, otros deberes que atañen a todos los individuos, por el mero hecho de ser persona. Los roles generales son los roles que competen a cualquiera, mientras que los roles especiales son roles que competen sólo a algunos sujetos, por tener deberes especiales, como garantes, de la tutela institucionalmente asegurada de un bien determinado. Cuando el rol infringido es especial el delito será de infracción de deber, mientras que cuando el rol es de carácter general el delito será de responsabilidad por organización.

En los casos de delitos de infracción de deber con independencia del hecho existe una relación entre el autor y el bien, status que estaría relacionado estrechamente a contextos regulados preformados disponibles dentro de estrechos límites (como el caso de padres, tutores, funcionarios, etc.). Para él, en estos casos la relación autor - bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no lesionar, sino positivamente por medio de un status del autor en relación con el bien. (Jakobs, Derecho Penal (parte general), 1997)

Desde ésta perspectiva, los delitos de infracción de deber no tendrían relación alguna con la lesión o peligro de un bien jurídico, sino esencialmente con el quebrantamiento de un deber. Se trataría entonces de delitos en los cuales la teoría del bien jurídico no tendría absolutamente nada que decir, ya que lo esencial en ellos no será el daño o peligro para un bien, sino que una institución social no funcionó en el caso concreto, que un apoyo o ayuda fue negado. Según Jakobs, para describir esta situación el término lesión de un bien jurídico, resultaría insuficiente, debiendo más bien explicársele como la infracción de un rol, como el quebrantamiento de un deber especial,

para el autor, “lo que protege el derecho penal es en sentido global: no bienes, sino la vigencia de la norma”. (Jakobs, Actuar y Omitir, 2003)

A continuación, se muestra más detalladamente la tesis de Jakobs, a partir de las características que él asigna a los delitos de infracción de deber, a saber: a) La inobservancia de un “rol especial”; b) La equivalencia entre acción o por omisión; c) El obligado especial siempre tendrá la condición de autor.

a) La inobservancia de un “rol especial”

De acuerdo con Jakobs, los roles “especiales” obligan a configurar un “mundo en común” con el favorecido, esto es, exigen hacer llegar a un ámbito de organización ajeno determinadas prestaciones, siempre que sean necesarias y con independencia de donde resida la causa de la necesidad.

Lo particular de estos roles, es que los deberes que les son inherentes procederán de instituciones positivas, por lo cual sólo podrían infringirlos algunos sujetos, que serán aquellos vinculados con la institución. Tales deberes consistirán en la obligación de ayudar o ser solidarias, de hacer determinadas prestaciones respecto de ciertas personas o bienes, por ejemplo, los padres en cuanto a sus hijos, los funcionarios públicos en relación de los ciudadanos, etc. En estas hipótesis especiales, según explica Jakobs, el autor no determinaría mediante una organización libre la extensión de sus deberes, sino los tendría impuestos como consecuencia del rol especial, que ostenta dentro de la institución, la cual anticipadamente establecería las expectativas que recaen sobre él como garante, asignándole así la existencia de la institución y los bienes vinculados con la misma. (Jakobs, La Imputación Penal de la Acción y de la Omisión, 1996)

Las instituciones positivas no se limitarían entonces a asegurar la no lesión, sino que además garantizarían jurídicamente la expectativa de ayuda positiva, originando

deberes de salvamento en sentido estricto, por ejemplo, el deber de los padres de ocuparse de sus hijos, o las prestaciones elementales de protección por parte del Estado, etc. (Figueroa Ortega, 2007)

En ese orden de ideas se puede concluir que, en los delitos de infracción de deber se defraudarán expectativas inherentes a un rol especial, deberes específicamente atribuidos a ciertas personas, derivados de instituciones positivas. Las instituciones positivas se diferenciarán de las instituciones negativas, entre otras cosas, por su diferente objetivo. Las instituciones negativas a diferencia de las positivas no persiguen la edificación de un “mundo en común”, buscan solamente mantener separadas las diferentes esferas de derechos.

El principio del *nemiden laede*, la obligación general de no causar daño, es considerado la institución negativa por excelencia. De dicho deber general es que emanarían la mayoría de los deberes jurídicos, y, por tanto, la mayor parte de los delitos. Jakobs incluso habla de “relaciones negativas”, para referirse precisamente ha dicho deber que tienen todas las personas de inhibirse de afectar otras esferas de derechos, de dañar otros ámbitos de organización, del *nemiden laede* es que derivaría el “rol básico” o “general” de *persona* (o de ciudadano), de acuerdo con el cual cada quien tiene el deber de no dejar que del propio ámbito de organización emanen procesos causales dañinos que afecten al de los demás. En cambio, los “roles especiales” derivarán de instituciones positivas, por lo cual sólo incumbirán a determinadas personas, a las vinculadas a dichas instituciones, por ejemplo, los funcionarios públicos respecto del Estado, los padres respecto de la paternidad, etc. En estos casos la relación no será “negativa” sino “positiva”, deberá cumplirse un deber de edificar un “mundo en común”, una prestación positiva de ayuda o solidaridad. (Figueroa Ortega, 2007)

Resumidamente, en los delitos de infracción de deber, la institución asignará cuotas especiales de responsabilidad, más allá de la obligación originaria de no dañar, quebrantándose deberes inherentes a roles especiales. En cambio, en los delitos de responsabilidad por organización, la institución restringirá la responsabilidad a la defraudación de la expectativa de no dañar, configurando de este modo el *status* general de todos los miembros de la sociedad, la suma de las prohibiciones que rigen la sociedad, el respeto del derecho del otro y el respeto del otro por el propio derecho. (Figueroa Ortega, 2007)

b) La equivalencia entre acción o por omisión.

Al igual que Roxin, Jakobs considera que los delitos de infracción de deber pueden realizarse indistintamente mediante acción u omisión, para este autor, en virtud de que la responsabilidad en estos casos sería determinada por el status, según el rol desempeñado, la diferencia entre acción y omisión sería simplemente una diferencia natural carente de una importancia estrictamente jurídica, por lo tanto, que un tutor por sí mismo “eche mano” al patrimonio del pupilo, o que, sin una aportación activa, no impida a su amigo el acceso al patrimonio del pupilo, es siempre lo mismo, a saber, la lesión del deber de cuidar el patrimonio ajeno si es que la persona que entra en consideración como posible autor es garante del mantenimiento del patrimonio del pupilo y su comportamiento es también por lo demás objetivamente imputable. Igualmente, “el director de un orfanato será responsable como autor si los niños sufren daños en la salud por la pésima calidad de la comida independientemente de cual haya sido su efectiva contribución, o incluso sin aporte alguno (esto es por omisión)”. (Figueroa Ortega, 2007)

El cumplimiento de un rol especial, o el del rol general, se compondrá idénticamente por mandatos y prohibiciones; en el concepto de deber se encuentran

prohibiciones y mandatos en un mismo haz. La infracción de la norma podrá producirse idénticamente actuando que, omitiendo desacatando una prohibición que desobedeciendo un mandato. Será irrelevante para el derecho penal la modalidad asumida por la conducta en el plano natural; “el corte entre actuar y omitir es una distinción fenotípica”, por el contrario, “el corte genotípico existe entre los deberes que competen a todos en la relación negativa, es decir, los deberes correspondientes al rol general de ciudadano (de persona), y los deberes especiales en la relación positiva, es decir, los deberes de los titulares de un status especial”.

c) El obligado especial siempre tendrá la condición de autor.

En la concepción de Jakobs además de ser irrelevante la distinción entre acción y omisión (lo esencial no es la organización del sujeto, sino la expectativa defraudada), el obligado por el deber positivo, independientemente de su aporte al suceso, siempre tendrá la condición de autor, como la relación con el bien es siempre directa, sin mediación accesoria, en todo caso se actuará u omitirá en concepto de autor. (Jakobs, Imputacion Objetiva en el Derecho Penal, 1997)

Jakobs entiende que el obligado por un deber positivo tiene un deber personalísimo, el cual sólo puede infringirse directamente, incluso en aquellos casos en que infringiendo la prohibición, lo que hace es colaborar con otro sujeto; “el médico responsable del tratamiento ordena o tan sólo permite la administración de medicamentos nocivos por una enfermera, es autor como si el mismo los hubiera administrado” Conforme a este criterio, en estos delitos, la autoría se superpone a la eventual participación mediante acción: la madre que entrega el medio para matar a su hijo, no es partícipe sino autora del delito de homicidio. El garante será autor aunque simplemente

se limite a no impedir que se produzca el resultado en un hecho ejecutado directamente por otro. (Jakobs, Derecho Penal (parte general), 1997)

Pero además, desde este punto de vista, los delitos en que no se infringe un deber especial y que pueden ser ejecutados por cualquiera, para los garantes se convierten en delito de infracción de deber, por ejemplo, el homicidio del hijo menor de edad será delito de infracción de deber para los padres, el policía que no impide al ladrón que robe la cartera de un tercero, es autor también del delito de robo por omisión, ya que dicho delito en tales circunstancias, sería para él de infracción de deber, incluso, al obligado especial podrá imputársele el resultado a pesar de la atipicidad del hecho principal, por ejemplo, si los padres no impiden el suicidio de su hijo menor, sujeto a su cuidado, serán autores de homicidio, igual si le aportan un medio para suicidarse, serán autores de homicidio, aunque tal acto para cualquier otro sea de participación. (Jakobs, Derecho Penal (parte general), 1997)

En conclusión, en los delitos de infracción de deber, la autoría estará limitada al *intraneus*, esto es, a la persona cualificada. La conducta sólo podrá imputarse al que desempeñe el rol especial, es decir, a quien incumba el deber positivo.

2.2.4.- EL NÚCLEO DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER

2.2.4.1.- TIPO DE DEBER

La entrada en escena de los delitos de infracción de deber obliga a clasificar la autoría delictiva en dos grandes grupos: a) autoría mediante delitos de dominio, y b) autoría mediante delitos de infracción de deber. De este modo, la aparición de los delitos de infracción de deber viene a quebrar la hegemonía del dominio del hecho como único

criterio útil para determinar la autoría delictiva. Pero la pregunta ahora a responder es ¿cómo opera la categoría de los delitos de infracción de deber y a qué deber se refiere?

En los delitos de infracción de deber responde como autor aquél que lesiona un deber específico, un deber que lo identifica como “obligado especial”. Por esta razón, en este grupo de delitos el acontecer causal en el mundo exterior dominado por el autor no posee ninguna relevancia jurídica penal a los efectos de la determinación del título de la imputación. Visto con un ejemplo: el juez - intraneus - que encarga indebidamente a una de las partes - extraneus - la redacción de la sentencia infringe su deber especial a título de autor a pesar de no dominar personalmente el hecho de la redacción; y, viceversa, el extraneus tampoco responde como autor, no obstante obrar con el pleno dominio del acontecer porque, sencillamente, él no es portador del deber propio de un obligado especial, o, mejor dicho, porque él no es juez. De este modo, el fundamento de la responsabilidad penal para el obligado especial no se basa en el dominio de una situación lesiva para el bien jurídico, sino en su actitud contraria al deber manifestada por medio de su conducta.

La lesión del deber es contemplada en el ámbito de la valoración -abstracta - y no en el nivel del suceso - fáctico - del mundo exterior. Con tal de que el autor sea portador de un deber, da lo mismo lo que él domine fácticamente.

La cuestión es determinar el tipo de deber a que se refiere la categoría de los delitos de infracción de deber. Pero esta determinación ha de hacerse subrayándose en primer término que en el plano de los deberes existe una diferencia entre los deberes que afectan a los delitos de dominio y los deberes que aluden a los delitos de infracción de deber. En principio, el delito de dominio se refiere al deber general de “no dañar” a los demás en sus bienes - *neminem laede* - Este deber alcanza a todas las personas, sin

excepciones ni diferencias, y su configuración originaria tiene un contenido negativo porque este deber no obliga a la persona a permitir a los demás hacer determinada cosa, sino que más bien la obligación es de “no lesionar” a los demás, es decir, de configurar el propio ámbito de organización sin que de él se deriven consecuencias lesivas para los demás. En este grupo de delitos la relación que se establece entre las personas posee entonces un contenido negativo: “cuida de que tu organización no se convierta en ninguna razón para la merma de la posesión de un derecho de otra persona”. Hegel aporta probablemente la más clara fundamentación filosófica en este punto. Según este autor todas las personas se encuentran sujetas a cumplir un deber determinado. El reconocimiento recíproco de los hombres como personas exige que cada quien sea tratado por el otro respectivamente como un ser libre: “en tanto que cada uno sea reconocido como un ser libre, él es una persona”. Por eso el mandato jurídico general reza: “sé una persona y respeta a los otros como personas”. Este mandato representa el deber más general que recae sobre todas las personas, el de no lesionar a los demás mediante la configuración de la propia organización, o lo que es lo mismo, el de respetar a los demás en sus derechos. Pawlik lo dice aún en términos más claros: “tú, persona en Derecho, organiza tu esfera jurídica no para la lesión de otras personas en Derecho”. Conforme a este principio, en una sociedad civil no se debe lesionar a los otros, con los que se lleva a cabo una vida en común. Quiere decir que cada cual, especialmente en el contacto con esferas de organización ajenas, es competente individualmente para administrar su propio ámbito de organización en el marco del deber general. Este criterio rige tanto para los delitos comisivos como para los omisivos. La organización del portador del deber, con independencia de si el comportamiento es activo u omisivo, debe mantenerse dentro del riesgo permitido. Visto con un ejemplo: el propietario de un perro no solamente “no debe” azuzar al animal contra unos transeúntes, sino que “debe” sujetarlo cuando el perro por sí

mismo amenaza con morder a los transeúntes. En ambas situaciones se aprecia que el deber de no dañar se corresponde con la obligación originaria de respetar a los demás como personas. Cómo ha de cumplir la persona aquél deber jurídico, es su propio asunto. Aquí es irrelevante cómo el deber finalmente resulta infringido, sea mediante una acción (azuzando al perro) o a través de una omisión (no sujetando al perro). Entonces el fundamento de la responsabilidad en este grupo de delitos se basa solamente en la infracción del deber general de “no dañar” a los demás en sus bienes, a lo que Hegel se refiere con respetar a los demás como personas. (CARO, p. 5-6, recuperado el 05-05-2017, disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf)

2.2.5.- LOS FUNDAMENTOS DE LA INFRACCION DE DEBER

2.2.5.1.- La infracción de deber general (deberes negativos)

En el mundo las personas se organizan en base a las normas y en razón a ello existen la expectativa de que todos mantengan en orden su esfera de actuación para que no se produzcan efectos exteriores de los que podrían resultar daños a otras personas. Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente negativo, la libertad de organización obliga a cuidar que de ese ámbito no surjan procesos causales dañosos, ello como consecuencia de la relación libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias. La decepción de esta expectativa conduce a la imputación de los delitos de dominio. La libertad de organización de la persona en derecho lo obliga a suprimir todo acto lesivo con el que pueda perturbar a otras personas en derecho. Y ello con indiferencia de que se trate de conductas de acción u omisión, lo que sólo refleja un detalle de técnica de administración del propio ámbito de organización. Es decir que una persona con su acto no debe causar el mal o la otra persona. Frente a ello afirma Sánchez Vera: “en ambas ocasiones se trata de no quebrantar la prohibición de dañar y respetar la

obligación originaria de toda persona. Cómo la misma logre cumplir con el deber respecto a las otras personas es irrelevante”, de esto se concluye la identidad normativa entre acción y omisión, pero cabe aclarar que Jakobs, nunca ha prescindido de estos conceptos, pues sólo a través de ellos podrá incumplirse el deber de incumbencia que fundamenta la imputación normativa. (Sanchez Vera, 2002)

Sánchez Vera nos dice que el delito es una construcción teleológica, de allí que acción y omisión son conceptos normativos ayunos de todo naturalismo físico, conceptos transformados por el código jurídico en función de su relevancia para el derecho penal. Como sostiene este autor remitiendo a Kelsen, mandar y prohibir no son dos funciones diferentes, sino que son lo mismo; el prohibir puede ser formulado como mandar y el mandar como prohibir, dependiendo de si se parte de la acción o de su opuesto contradictorio, la omisión; una acción mandada es una omisión prohibida y una omisión mandada es una acción prohibida. (Sanchez Vera, 2002)

Se desprende de lo expuesto que muchos no comparten, que en el caso del funcionario se pueda reprochar que el castigo de la omisión implique una ilícita moralización del derecho, entonces cuál sería la falta de precisión en quien tiene un rol asignado como funcionario público cuando el único camino posible es el correcto, los funcionarios públicos no pueden pretender las ventajas del cargo y exonerarse de los deberes y responsabilidades que ello conlleva, cuando se presta consentimiento para desempeñar el cargo se asumen los deberes inherentes a él. Entonces de ello se tiene que el derecho penal protege bienes jurídicos frente a la producción de cambios desfavorables o frente a la no producción de cambios favorables por la sanción de normas, ello a través de prohibiciones se proscriben formas de comportamientos que producen cambios desfavorables o impiden cambios favorables y a través de los mandatos se proscriben

formas de comportamiento que producen cambios favorables o impiden cambios desfavorables. Todo lo vertido en los párrafos anteriores es pues una explicación somera de los deberes negativos, en el ámbito de los deberes generales que ostenta toda persona en la sociedad.

2.2.5.2.- Infracción de deber especial (deberes positivos)

En los delitos de infracción de deber se defraudarán expectativas inherentes a un rol especial, deberes específicamente atribuidos a ciertas personas, derivados de instituciones positivas. Las instituciones positivas se diferenciarán de las instituciones negativas, entre otras cosas, por su diferente objetivo. Las instituciones negativas a diferencia de las positivas no persiguen la edificación de un “mundo en común”, buscan solamente mantener separadas las diferentes esferas de derechos. En los delitos de infracción de deber, la institución asignará cuotas especiales de responsabilidad, más allá de la obligación originaria de no dañar, quebrantándose deberes inherentes a roles especiales. (Sanchez Vera, 2002)

2.2.6.- LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA

Administración es ante todo organización, es decir ordenar económicamente los medios de que se dispone y usar convenientemente de ellos para proveer a las propias necesidades, y si se le adiciona el adjetivo público, se estará vinculando a la idea de manejo, gestión o gobierno, esto es, el concepto de poder público o actuación del Estado a través de sus diversos organismos para vincularse con los particulares o para desarrollar sus propios planes o proyectos de desarrollo. (ÁNGELES GONZÁLES, Fernando: p. 345)

Resumiendo la idea de Fidel Vargas la Administración pública comprende a las funciones y competencias específicas de los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo, electoral, organismos autónomos del Estado (Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Banco Central de Reserva, Gobierno Locales y Regionales), y demás instituciones especializadas donde se desarrolle función pública a cargo de agentes oficiales (funcionarios y servidores públicos). Obviamente que queda fuera del ámbito de la administración pública las funciones privadas ejercidas por bancos y empresas mixtas y estatales al régimen jurídico privado. (Rojas Vargas, Delitos Contra la Administracion Publiva, 2007)

Consecuentemente la administración pública es entendida como un sistema social dinámico, que genera relaciones interpersonales entre los que integran la misma con los administrados, es decir entre los funcionarios y los administrados, en donde la primera tiene deberes que tienen que cumplir en favor de los segundos, todos ellas justificado en razón a un Estado Constitucional de Derecho.

En el presente trabajo, solo estudiaremos los delitos de colusión y peculados, por ser los delitos más recurrentes en nuestra región de Puno. Sin embargo, es preciso señalar que no solo se da la participación de los extraneus en estos dos delitos, se puede presentar en todos los delitos de infracción de deber.

2.2.7.- DELITO DE COLUSIÓN: ASPECTOS GENERALES

2.2.7.1.- Configuración del tipo penal.

¿En qué consiste el delito de colusión? Nuestro ordenamiento penal sustantivo ha previsto en su artículo 384° la tipificación del delito de Colusión, prescribiendo como uno de sus elementos típicos, que debe ser cometido por funcionarios o servidores públicos,

es decir, se trata de un delito especial por la calidad que se exige al sujeto activo, debiendo identificarse como tales, a aquellos que se encuentran dentro de los alcances del artículo 425° del Código Penal.

Este tipo penal acoge como verbos rectores dos comportamientos ilícitos: el “concertar” y el “defraudar” al Estado.

Respecto a la concertación, está referida a que el funcionario público se concierte con los interesados con la finalidad de defraudar los intereses del Estado. Esta concertación debe tratarse de un acuerdo ilegal en los contratos, licitaciones, suministros, entre otras operaciones, como por ejemplo, un pacto ilícito entre los funcionarios miembros de un comité especial y los postores de una adjudicación o licitación, donde las condiciones de contratación beneficien a estos particulares o interesados en un momento en el que se pudo lograr mejores condiciones para el Estado (1), siendo necesario que la conducta del funcionario sea lesiva. (García Caveró Percy, Castillo Alva José Luis, 2008)

Salinas Siccha, sostiene: la tipicidad objetiva del delito de colusión tanto simple como agravada presenta diversos elementos que hacen de las figuras delictivas de estructura compleja. Las diferencias entre una y otra tienen que ver con dos aspectos. Primero, sobre el verbo rector que como ya hemos mencionado en la simple es el término CONCERTAR en tanto que en la agravada es el término DEFRAUDARE. Y segundo, sobre el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado. En la simple, el peligro de afectación al patrimonio es potencial, en tanto que, en la agravada, el perjuicio es real y efectivo. (Salinas Siccha, 2016)

La conducta típica del delito de colusión desleal requiere que el funcionario público competente se concierte con los particulares en la celebración o ejecución de un contrato derivado de un proceso de selección con la finalidad de defraudar los intereses

del Estado, como puede apreciarse el primer elemento de la conducta típica es la concertación, lo que significa en el contexto de la colusión desleal, la exclusión de toda negociación entre las partes (el Estado y los particulares), de manera tal que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado. (Garcia Cavero Percy, Castillo Alva Jose Luis, 2008)

El tipo penal de colusión desleal requiere además que el acuerdo entre el funcionario público y el particular resulte defraudatorio de los intereses del Estado, esta particularidad significa que el acuerdo al que se llega con el particular debe ser idóneo para perjudicar el patrimonio del Estado.

El tipo objetivo del delito de colusión ilegal cuenta con dos elementos estructurales: a) La defraudación de los intereses del Estado y como elemento rector: b) La concertación de funcionarios encargados de intervenir de cualquier forma en los contratos con los particulares. (Garcia Cavero Percy, Castillo Alva Jose Luis, 2008)

2.2.7.2.- La concertación del funcionario y los interesados como núcleo típico del delito de colusión ilegal.

La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en el marco subrepticio y no permitido por la ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa. (Salinas Siccha, 2016)

REÁTEGUI, sostiene, la concertación no es otra cosa que ponerse de acuerdo el funcionario con el interesado, es la conjunción de voluntades con la finalidad de defraudar al ente público. No basta, pues, la mera solicitud o proposición dirigida a obtener un

acuerdo, sino que es preciso que efectivamente se haya logrado el mismo (...). (Reategui Sanchez, 2015)

El elemento central en el delito de colusión ilegal es que debe existir por imperativo legal (artículo 384°) una concertación entre los funcionarios públicos y los interesados en la suscripción de convenios, contratos, suministros o licitaciones. La defraudación por sí solo no basta para realizar el delito, pues no todo daño al patrimonio del Estado como consecuencia de la suscripción o cumplimiento de un contrato, obedece a un acuerdo colusorio o a una concertación defraudatoria entre las partes.

El perjuicio que puede sufrir una entidad del Estado por el no cumplimiento total o incumplimiento parcial de un contrato no solo deriva de la existencia de acuerdos colusorios, sino de múltiples factores como una inadecuada negociación, negligencia en buscar una mejor optimización cuidado en el manejo de los recursos del Estado ubicando un mejor postor, un precio más idóneo o una mejor calidad que asegure, por ejemplo, una duración mayor del producto.

La concertación entre los interesados solo viene a ser una fuente concreta y determinada de otra categoría más amplia referida a usar cualquier artificio. De las posibles conductas y peligros que la norma puede prohibir solo interesa: una concertación. En tal virtud la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio patrimonial en el delito bajo estudio; de tal manera que si el perjuicio de los intereses del Estado deriva de otras causas y no precisamente por la concertación podemos estar frente a la comisión de otro delito v. gr. Peculado o frente a una infracción administrativa grave, pero no ante el delito de colusión ilegal, por ello, es correcta la afirmación que no hay delito de colusión sin

concertación previa de los interesados. (García Cavero Percy, Castillo Alva José Luis, 2008)

El delito de colusión ilegal es un delito que refleja una modalidad típica referenciada en la medida que solo se castiga una exclusiva modalidad comisiva como es la concertación entre los interesados. Asimismo, se trata de un delito de convergencia, plurisubsistente o de un precepto incriminador de carácter pluripersonal, ya que para su realización se requiere la existencia de más de dos voluntades: la de los funcionarios públicos y los terceros participantes.

La jurisprudencia peruana en pronunciamientos reiterados ha señalado la necesidad que el acuerdo sea clandestino entre dos o más partes y no permitido por la ley. Pese a lo correcto de la aseveración se ha de observar que la clandestinidad del acuerdo sólo se produce respecto a terceros, o respecto a la entidad Estatal, pero no necesariamente abarca el proceder de quienes conciertan.

Antes de un contrato, convenio, suministro, licitación o concurso de precios hay una serie de tratativas y conversaciones en donde las partes fijan sus posiciones o hacen sus propuestas. Es normalmente en esta etapa inicial, de tratativas y de negociación en la que se produce la concertación entre los agentes públicos y privados; de tal forma que cuando se llega al acuerdo o convenio definitivo ya se ha precisado el beneficio y el beneficiario concreto. El contrato es consecuencia del arreglo y la conversación amañada que se acordó previamente en donde se define el modo, el cómo y cuándo de la defraudación al Estado.

La concertación puede dar lugar a más de un pacto ilícito o puede estar compuesta de una serie de prestaciones y contraprestaciones. Supone la privatización de la función

pública que lejos de representar los intereses del Estado beneficia a los funcionarios y a terceros.

La doctrina penal distingue la concertación de la mera propuesta o la simple solicitud o el ofrecimiento que realiza ya sea el particular o el funcionario, pues la propuesta todavía no importa el acuerdo o la acción de concertar. Incluso, aceptación de la propuesta no implica que haya habido colusión o concertación para defraudar al Estado. (Garcia Cavero Percy, Castillo Alva Jose Luis, 2008)

“El tipo penal mismo dice que ese fraude debe consistir en la concertación ilegal mismo, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública, siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la concertación no habría aparentemente nada; que el delito se consuma con la simple colusión o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial, ni que se verifique materialmente la obtención de ventaja del funcionario”. (R. N. Nro. 1512-2005-CUSCO-SALA PENAL PERMANENTE de fecha 08 de febrero de 2006).

2.2.7.3.- La autoría y la participación en el delito de colusión.

La configuración típica se fundamenta en la infracción por parte del funcionario de los deberes específicos derivados del cargo en lo que concierne a la adecuada gestión de los intereses y bienes públicos. (CASTILLO, 2008)

El delito se convierte tanto en el momento de la contratación como en el momento de la ejecución o ampliación de los contratos u operaciones estatales. Pese a ello no es necesario que el funcionario posea funciones específicas para contratar bienes públicos.

No se requiere que el funcionario posea de manera general un poder de decisión o forme parte de la alta estructura organizativa de la entidad estatal correspondiente. La ley solo exige que se actúe en razón al cargo o en base a una comisión especial. En todo caso, el poder de decisión debe derivar necesariamente del cargo o de la comisión especial; de tal forma que el funcionario puede que no ejerza ni desarrolle un poder de decisión, pero se le conceda amplias facultades para llevar a cabo la negociación de un determinado contrato estatal. La exigencia de la norma supone una valoración normativa y no fáctica.

Sin embargo, no basta con que se reúna la condición de funcionario para que se cumpla con la tipicidad objetiva del delito. Es necesario, además, que el funcionario reúna una condición específica como es que por razón de su cargo o comisión especial se encuentre facultado para participar en los “contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante”. Cualquier funcionario no puede ni está en condiciones de cometer el delito de colusión ilegal.

El tipo penal impone una segunda y más importante restricción: la de exigir que el encargado de la función pública se encuentre autorizado para participar en los contratos o en el negocio o, en general, los actos jurídicos patrimoniales que interesen a la administración pública. Por tanto, el funcionario debe contar con un título habilitante o con una mínima representación para intervenir en aquellos actos jurídicos de carácter económico patrimonial en los que la administración tiene interés de concretar. Lo decisivo, entonces, es la razón del cargo, la competencia específica o la comisión especial más que la calidad de funcionario, lo que deberá determinarse, las más de las veces con la ayuda de las leyes administrativas que regulan las actividades públicas.

De allí que no puede ser considerado como autor de colusión ilegal quien, pese a ser funcionario no tiene marco funcional, competencia (razón del cargo), o autorización especial para participar en los contratos o convenios de la administración. Lo que determina la incriminación típica y constituye en fundamento de la infracción es no tanto el cargo de funcionario, sino el estar habilitado normativamente (Ley, Reglamento, MOF, Estatuto, etc.) o contar con una autorización especial –si es que no se cumple con este requisito- para intervenir en el acto o los negocios jurídicos. Si este requisito falta nos encontramos frente a un caso de falta de tipicidad objetiva relativa o ante un autor idóneo. (CASTILLO: 2008)

2.2.7.4.- Razón del cargo.

Salinas Siccha, Indica: Otro elemento importante del delito en hermenéutica jurídica (agravado como simple) lo constituye la siguiente circunstancia: el agente que realiza los actos de concertación y defraudatorios en perjuicio patrimonial del Estado tiene que actuar en razón de su cargo, es decir, el agente debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas) en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo establecidas ya sea en la Ley, reglamentos o directivas de la empresa u organismo estatal. El agente se aprovecha de su beneficio personal de las atribuciones que el Estado u organismo estatal le ha confiado para que lo represente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Ello significa que si en un hecho concreto, el funcionario o servidor público no estaba facultado o, mejor, no estaba dentro de sus funciones participar en representación del Estado (...). (Salinas Siccha, 2016)

2.2.7.6.- El tercero interesado como partícipe extraneus del delito.

En principio, resulta pertinente establecer que a los “interesados”, que conciertan con los funcionarios o servidores públicos de modo alguno, se les puede imputar el delito a título de autores. Por dos razones: no tienen la relación funcional que exige el tipo penal; y segundo, no tienen el deber funcional específico de cautelar y respetar el normal funcionamiento de la administración pública. Sin embargo, no significa que su conducta queda impune. (Salinas Siccha, 2016)

Aquellos tienen la calidad de cómplices del delito, pues sin ellos, por la forma como está construida la fórmula legislativa-penal, sería impracticable la tipicidad del delito. A tal conclusión, se llega aplicando la teoría de los delitos de infracción del deber sustentada por Roxín en el sentido de que sólo el sujeto público intraneus infringe un deber especial, en tanto que el extraneus no infringe deber alguno, por lo tanto, es cómplice. (Salinas Siccha, 2016)

Respecto del particular interesado que contrata con el Estado, la jurisprudencia es relativamente uniforme al admitir la teoría de la unidad del título de imputación, castigándolo como partícipe extraneus con el marco penal previsto para el delito de colusión desleal. Así, por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema R.N. Nro. 124-2005-Ancash del 06 de julio de 2005, se dice textualmente lo siguiente: “el ilícito previsto en el artículo 384° del código penal toda vez que al haberse cometido irregularidades en el proceso de adquisición referida, entramos a la esfera de los delitos contra la administración pública” en sus diversas modalidades, los mismos que si bien es cierto por tratarse delitos especiales solo lo cometen los funcionarios o servidores públicos quienes jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismo o entidad pública y como consecuencia de la infracción del deber se lesiona el patrimonio del estado, siendo por

ello menester señalar que los de la materia están referidos a aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos –intraeus-; también lo es que en el ejercicio de sus actividades funcionariales participen en algunas ocasiones como en el caso de autos son particulares en su condición de extraneus que de manera individual o colaborando con estos logran que los caudales sean extraídos de manera ilícita de la esfera de protección de estos últimos, actuando los primeros a título de autor y los segundos como partícipes. (GARCÍA, 2008)

En principio resulta pertinente establecer que a los “interesados”, que conciertan con los funcionarios o servidores públicos de ningún modo, se les puede imputar el delito de título de autores debido a que no tiene valor funcional que cautelar y respetar, por el hecho de que no son funcionario o servidores públicos con directa relación funcional al patrimonio estatal; sin embargo, esto no significa que su conducta sea atípica. Aquellos “interesados” tienen la calidad de partícipes primarios del delito, pues si ellos por la forma como está construida la tipificación, sería impracticable la tipicidad del delito. A tal conclusión, se llega aplicando la teoría de los delitos de infracción del deber sustentada por Roxin en el sentido que solo el sujeto publico intraeus infringe el deber especial, en tanto el extraneus no infringe deber alguno, por lo tanto, es un cómplice.

2.2.7.8.- El bien jurídico en el delito de colusión.

El bien jurídico protegido en el delito de colusión desleal es la asignación de recursos públicos en las operaciones contractuales que el Estado lleve a cabo, o en cualquier tipo de operaciones a cargo de este. GUIMARAY, 2011: citado en: (Salinas Siccha, 2016)

Ahora bien, “del primer párrafo del tipo penal podemos observar que este se refiere a la concertación que busca defraudar al Estado en sentido amplio o general

(modalidad de peligro), mientras que en el segundo alude específicamente a la defraudación al patrimonio del Estado, para lo cual aumenta el rango de pena (modalidad agravada)”.

El tipo penal en el primer párrafo señala “cualquier operación a cargo del Estado”; es decir, se admite la posibilidad de que la colusión se puede dar en “el marco de todo contrato administrativo o civil que tenga naturaleza económica con intervención o suscripción del Estado”. (Rojas Vargas, Delitos Contra la Administracion Publiva, 2007)

2.2.7.10.- JURISPRUDENCIA DEL DELITO DE COLUSIÓN

1.- Sumilla: LOS CONCIERTOS COLUSORIOS DEBEN TENER IDONEIDAD PARA AFECTAR EL PATRIMONIO PÚBLICO

Fundamento 3.- “la lógica defraudatoria, del delito de colusión, puede plasmarse precisamente cuando se evita una licitación, pese a que su realización era legalmente necesaria, es decir cuando se subvierten total o parcialmente las reglas de la licitación – de modo que se impide precisamente escoger opciones más favorables y efectuar comparaciones efectivas y razonables o cuando en el contrato – como consecuencia del acuerdo o concierto previo- se incorporan en desmedro del estado clausulas irrazonablemente favorables para el ganador o cuando en su ejecución se permiten incumplimientos o irregularidades que vulneran los fines, modos y plazos del contrato. Lo que es evidente, y por tanto necesario desde la perspectiva del tipo penal, de ahí el peligro potencial, es que se requiere que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del estado y comprometer indebida y lesivamente los recursos públicos, pues ese es el ámbito de actuación del funcionario y lo que el tipo penal busca es tutelar la correcta gestión de los procesos vinculados al gasto público. Si la defraudación no tiene entidad, por su objeto, por los medios utilizados o por los

resultados perseguidos, para afectar el patrimonio público obviamente no es punible. La colusión, en estricto sentido no es un delito propiamente patrimonial o común de organización o de dominio, sino esencialmente es un delito de infracción de deber vinculada a la correcta actuación dentro de los cánones constitucionales del estado de derecho, de la función administrativa” (Sentencia del 03 de agosto del 2005, de la sala penal especial de la corte suprema de la Republica, Exp. N° 25-2003-A-V. Juez supremo Ponente: San Martin Castro).

2.- Sumilla: EL EXTRANEUS EN EL DELITO DE COLUSIÓN DESLEAL

Fundamento 4.- “El ministerio publico efectuó un inadecuado juicio de subsunción al calificar la conducta del encausado bajo el tipo penal de colusión en calidad de cómplice. Sin bien se observa que este participo en la elaboración de una serie de documentos de significativa importancia en el proceso de selección, también lo es que no formo parte del proceso de selección, no formo parte del comité ni ostento alguna posición de autoridad. La figura del extraneus en el delito de colusión se refiere a aquel particular que no tiene la condición especial de funcionario público con capacidad de contratar a nombre del estado, pero que interviene en las tratativas lo que no sucedió respecto del mencionado acusado, quien solo participo en los trámites administrativos del concurso; por ende, su absolución se encuentra arreglada a ley”. (Ejecutoria Suprema del 12-05-2010, R.N. N° 702-2009-LIMA, Gaceta Penal, N° 31, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2012, p. 200. Núcleo rector típico del delito de colusión desleal).

2.2.8.- DELITO DE PECULADO

2.2.8.1.- Comportamientos Típicos

Los verbos rectores del peculado son APROPIAR Y UTILIZAR, los mismos que configuran las dos modalidades de peculado contenidos en el Art. 387° Peculado por Apropiación y Peculado por Utilización o uso y con la reciente modificatoria el peculado por omisión.

Los elementos materiales del tipo penal son las siguientes: a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; b) La percepción, administración o custodia; c) Modalidades de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma; d) Destinatario, para sí o para otro; y e) objeto de la acción: los caudales o efectos. Hay que anotar que el alejamiento del caudal o efecto del lugar donde se encuentra no es necesariamente un elemento del tipo penal y tampoco lo es formalmente, característica que lo aleja del comportamiento de sustracción propio de los delitos patrimoniales de apoderamiento.

2.2.8.1.1.- La relación funcional: "por razón de su cargo"

No cualquier funcionario o servidor puede incurrir en delito de peculado. Es presupuesto necesario de partida, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo. Si es que no existe esta vinculación funcional de estricta base jurídica, el hecho será imputable, como indica correctamente MANZINI, a título de hurto o apropiación ilícita común pero no de peculado o de estafa, de existir engaño. Esto es lo que ha permitido sostener, a nivel doctrinario, que el peculado trasciende la simple esfera patrimonial siendo más una violación flagrante a los deberes de garantía y confianza

asumidos por el funcionario o servidor en razón a su cargo (tipo pluriofensivo o uniofensivo). Lo que explica que su inclusión se halle en el capítulo de los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública y no en aquellos que lesionan el patrimonio. (Rojas Vargas, Delitos Contra la Administracion Publiva, 2007)

La posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos). Dicha posesión puede ser directa o indirecta, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos o dada por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional. Es interesante destacar que la norma peruana del peculado utiliza la frase "por razón de cargo" y no "por razón o en razón de sus funciones", conforme la fórmula española de peculado. Este dato tiene significativas implicancias, por cuanto con base a la norma penal española la vinculación funcional puede tener ya un sentido estricto como un sentido amplio, para connotar en esta segunda dirección, como anota Muñoz Cuesta, "que basta que los caudales o efectos hayan llegado al poder del funcionario con ocasión de las funciones que concreta y específicamente realice en mérito a sus atribuciones generales, con independencia de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al cuerpo al que pertenezcan". La frase "por razón de sus funciones", nexos funcional más genérico y abierto que la descripción normativa peruana, ha permitido que la jurisprudencia española extienda el círculo de autores a quienes no se hallen necesariamente vinculados con los caudales por el específico ámbito de competencia reglada. (San Martín Castro, 2014)

La relación funcional es un componente típico que casi todas las legislaciones latinas incluyen en el delito de peculado para limitar o restringir la relevancia penal de

los actos de dicho delito, siguiendo el ejemplo del Art. 168 del Código Penal Italiano de 1889 (Código Zanardelli) que fue el primero que lo enunció. Ello sirve así de marco de referencia obligado para delimitar penalmente el comportamiento del funcionario o servidor público, así como para precisar si nos encontramos ante un sujeto activo vinculado, es decir de un funcionario o servidor público obligado por la razón del cargo, sobre quien es factible esbozar hipótesis de responsabilidad penal por delito de peculado; si éste se apropiara, sustrajera o utilizara bienes de propiedad o en posesión de los entes estatales, y no poseyera dicha vinculación, simplemente estaría incurriendo en delito común de hurto, robo, defraudación o apropiación ilícita. El contenido de la relación funcional pasa a ser así el más importante componente típico del delito de peculado, pudiendo ser resumido en los siguientes aspectos: 1) existencia de competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar; 2) relación de confianza de la administración pública derivada de los roles especiales asumidos institucionalmente por dicho sujeto en virtud a las atribuciones de su cargo. Se produce aquí lo que se denomina las expectativas legítimas depositadas en el funcionario o servidor de un comportamiento fiel a la función y a derecho; 3) poder de vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos; y 4) deber de garantizar la posesión (percepción, administración o custodia) a nombre del Estado. Es esta relación funcional en su gama múltiple de componentes la que legitima la entrega de los caudales y efectos que hace el Estado a los funcionarios y servidores públicos en expresión de confianza y la que posibilita la imputación por delito de peculado.

2.2.8.1.2.- La percepción, administración y custodia

El contenido de la posesión que por su cargo ejerce el funcionario o servidor sobre los caudales o efectos se materializa a través de las tres únicas formas (o modos) de poseer establecidas en el tipo penal, las mismas que pueden darse juntas o separadamente y que

objetivan de tal manera la relación funcional y lo diferencian del tipo penal común de apropiación ilícita, donde la fuente productora y vinculante de la posesión puede ser cualquier título al margen del nexo por razón del cargo público. La naturaleza jurídica de la posesión a tomar en cuenta en el derecho penal, como se ha indicado ya, hace mención tanto al poder de hecho sobre la cosa (tenencia) como también a la facultad de su disposición jurídica. (Pariona, 2011)

2.2.8.2.- AUTORÍA

Tanto en el delito doloso como culposo de peculado sólo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos) de los que se apropia o utiliza para sí o para otro. El particular que entra en posesión de bienes del Estado y se los apropia o utiliza no comete delito de peculado, tampoco el usurpador del cargo, razón por la cual carecen de la calidad de autores de dicho delito. El funcionario o servidor público que sustrae, se apropia o usa de los bienes, sin poseer el citado vínculo funcional con la cosa, no podrá ser igualmente autor de peculado. Tampoco puede ser autor de peculado el detentor de hecho de caudales o efectos, así tenga el control de facto o el dominio funcional no legitimado de algún sector público o de toda la administración pública. Muy debatible es la tesis que trata de ver en el administrador de facto un sujeto activo del delito, dado lo especial y específico del autor del peculado; para admitir tal propuesta de autoría tendría que efectuarse modificaciones en el tipo de peculado o en la formulación descriptiva del artículo 425 del Código Penal (cuestión pendiente). En esta línea de interpretación y argumentación es de considerar errónea por forzada y analógica la posición asumida en recientes sentencias de salas penales superiores de Lima, convalidadas por votos mayoritarios de la Corte

Suprema y el Tribunal Constitucional, de ver en el administrador de facto un funcionario de hecho susceptible de ser informado por los alcances de tipicidad normativa recogida en el tipo penal de peculado. No es esa la forma de respetar el principio de legalidad y de construir un derecho penal coherente y racionalizador. La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado (funcionario o servidor público que por razón de su cargo administra caudales o efectos) con el patrimonio público vincula inexorablemente la tipicidad del delito. Conforme a como ha sido redactado el tipo penal peruano de peculado no es posible derivar autoría a quien carece de dicha estricta y específica vinculación, salvo que se varíe sustancialmente el tipo de peculado.

Distintas perspectivas de análisis sobre autoría se pueden derivar de las regulaciones establecidas en otras legislaciones penales, como por ejemplo la española, la que luego de regular varias hipótesis de malversación apertura el tipo mediante el artículo 435 para señalar que "Las disposiciones de este capítulo (Capítulo VII de la Malversación) son extensivas: 1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas", con lo que permite articular hipótesis de administración de hecho de los caudales y por lo mismo da luz verde a la configuración de la tesis del funcionario material (cuestión pendiente).

Como atinadamente indica ABANTO, entrar en posesión de los caudales o efectos no puede suponer, desde la lectura normativa del delito de peculado, "una simple entrega de bienes basada en una cuestión personal de confianza en el funcionario, o derivada de la costumbre o de cualquier otra circunstancia ajena" a la referenciada del cargo. La restricción acentuada de la tipicidad por autoría que se colige de la lectura del tipo penal imposibilitan argumentar por una lectura extensiva en esta materia, mucho menos por un

desbordamiento analógico que rompa los diques de la razonabilidad abriendo las compuertas a la analogía in malam partem.

La calidad de sujeto activo no se pierde por el hecho que la organización empresarial asuma características o formalidades propias del sector privado, en la medida que el patrimonio siga siendo público, esto es, del Estado o de las administraciones locales; esto posibilita entender que los funcionarios de empresas mixtas, en las cuales bajo formas de sociedades comerciales coexisten y cumplen sus cometidos con capitales de origen y naturaleza pública, se hallan bajo los alcances preventivos y sancionadores del delito de peculado. Claro que en este punto queda latente el tema de si éstos son funcionarios públicos desde una lectura administrativa, lo cual sin embargo no resulta relevante para negar o discutir su interés para el derecho penal. El tema sin embargo está lejos de haber concluido, pues presenta al análisis más difíciles de responder desde una estricta perspectiva penal, como por ejemplo el argumento del destino de los caudales en el marco de la actividad empresarial de la sociedad de economía mixta, en el entendido que el espíritu de lucro y no el servicio público es el que impulsa la gestión de dicha entidad comercial, industrial o de servicios, vale decir, no es directamente el interés general -contenido directo o indirecto de toda función pública- el que referenciaría las operaciones o negocios de dichas entidades. Tesis que igualmente puede ser objeto de cuestionamiento si se aborda el problema desde una perspectiva globalizadora en la cual y a la postre el manejo de los recursos del Estado en las sociedades de economía mixta no estaría necesariamente alejado de los fines públicos.

En la perspectiva del ámbito de tutela del tipo penal de peculado y de la amplitud de la noción penal de funcionario público contenida en el artículo 425 del Código Penal, no es imprescindible exigir del sujeto activo que reúna estrictamente las calidades

formales derivadas del concepto administrativo de funcionario público, pues basta que se halle desempeñando función pública y que exista vinculación funcional entre el cargo y los caudales o efectos que posee en cualquiera de las expresiones modales que la norma contempla. (Pariona, 2011)

2.2.8.3.- SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El objeto genérico de la tutela penal es proteger el normal desarrollo de las actividades de la administración pública. Por tratarse el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: (a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, y (b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, garantizando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos a que están obligados los funcionarios y servidores. (Rojas Vargas, Delitos Contra la Administracion Publica, 2012)

2.2.8.4.- JURISPRUDENCIA DEL DELITO DE PECULADO

1.- Sumilla: GARANTIZAR LA NO LESIVIDAD DEL PATRIMONIO PÚBLICO Y EVITAR EL ABUSO DE PODER.

Fundamento 18.- “en el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de actividades de la administración Publica, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad”. (Ejecutoria Suprema del 23-01-2003, Exp. N° 3620-2001-UCAYALI.

SALAZAR SANCHEZ, Nelson, Delitos contra la administración Pública. Jurisprudencia penal, 2004).

2.- Sumilla: EXIGENCIAS DE TIPIFICACIÓN OBJETIVA Y FUNCIONAL DEL DELITO DE PECULADO

Fundamento 19.- “El delito de peculado doloso se configura cuando el sujeto activo – funcionario o servidor público- 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. La particularidad de este delito es que tanto el objeto de percepción, como de administración o custodia son los caudales o bienes pertenecientes al estado; y, además, el deber positivo del funcionario de preservarlos se origina en base a una relación funcional específica derivada del cargo encomendado; por ello, no cualquier funcionario o servidor público puede incurrir en delito de peculado sino que es necesario, para que opere el comportamiento típico de apropiación o utilización ilegítimas, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo (Acuerdo Plenario N° 04-2005); por tanto, la conducta desplegada por el agente debe generar desmedro o perjuicio patrimonial al estado o a sus instituciones”. (Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (Sala Penal Permanente) del 23-08-2010, AV. N° 05-2008, Juez supremo Ponente: Santa María Murillo)

3.- Sumilla: PRECISIONES DE VINCULADORES FUNCIONALES EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO

Fundamento 22.- “Para determinar la comisión del delito de peculado, además de establecerse la relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos del Estado, cuando nos referimos a los otros elementos materiales del tipo, debemos entender por percepción la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa

pero siempre lícita, por administración, debemos deducir que corresponde a las funciones activas de manejo y conducción; y por custodia la típica posesión, que implica la protección, conservación y vigilancia debida de los caudales y efectos públicos, lo cual se desprende incluso de los criterios establecidos por el acuerdo plenario N° 04-2005”. (Ejecutoria Suprema del 09-10-2010 (Sala Penal Transitoria), R. N. N° 4310-2008-MADRE DE DIOS, Juez Supremo Ponente: Rodríguez Tineo).

4.- «[...] el delito de peculado se configura cuando el sujeto activo — funcionario o servidor público— 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; la particularidad de este delito es que tanto el objeto de percepción, administración o custodia son los caudales o bienes pertenecientes al Estado y además el deber positivo se origina en base a una relación funcional específica por razón del cargo encomendado, por ello, no cualquier funcionario o servidor público puede incurrir en delito de peculado, sino que es necesario, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo [...]». (R. N. 4894-2208, Ejecutoria Suprema emitida el 23 de marzo de 2010)

2.2.9.- MARCO JURÍDICO-NORMATIVO

2.2.9.1.- NORMATIVA NACIONAL

Respecto a la autoría:

Código penal parte general artículo 23° establece: *“El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.”*

Respecto a la participación:

El código penal en el artículo 25 establece: Artículo 25°.- *“El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.*

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.” (Párrafo incorporado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1351, del 07/01/2017).

Artículo 26° del código penal establece: *“Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.”*

Respecto al delito de peculado:

Código Penal: parte especial, Artículo 387. Peculado doloso y culposo

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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho

ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa”.

Artículo 388. Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

Artículo 392.- Extensión del tipo

Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

RESPECTO AL DELITO DE COLUSIÓN:

Código Penal: parte especial, Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

2.3.- MARCO CONCEPTUAL DE LA INVESTIGACIÓN

2.3.1.- INFRACCIÓN DEL DEBER

El análisis de la teoría del delito de infracción de deber permite concluir que es compatible con diversas líneas de pensamiento científico y se halla presente de manera dispersa en las legislaciones penales. Se evidencia que resuelve algunos inconvenientes de la praxis, fundamentalmente en lo atinente a la autoría principal y accesoria, permitiendo acotar el alcance de la punibilidad en la medida que los criterios de utilicen racionalmente, como debe ser con todo instrumento jurídico.

Lo que se entiende por delito de infracción de deber no es precisamente eso, sino —al decir de ROXIN— uno extrapenal que no abarca al partícipe, sino a quien no cumple el deber que le compete y por ello es lisa y llanamente autor, sin perjuicio de que el grado de punibilidad dependerá de su conducta: el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. El autor es quien posee una específica posición en relación al bien jurídico, estando obligado a custodiar ese bien, sea como funcionario público, garante o

administrador. Es autor quien incumple el deber especial que le incumbe independientemente de si ha tenido dominio del hecho.

2.3.2.- COLUSIÓN

En el Código Penal se describe que si: El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

El objeto de protección en el delito de colusión está dado por el patrimonio público, por la legalidad en el ejercicio funcional y por los deberes de lealtad institucional.

Es preciso indicar que el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber». Cabe mencionar la Ejecutoria que según el expediente N° 20-2003-A.V, Ejecutoria Suprema emitida el 18 de octubre de 2005, que todo ello es un delito de infracción de deber, porque cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por la Administración Pública, en su ámbito objetivo incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto.

Entonces en ese orden de ideas conforme lo expresan los tratadistas, el bien jurídico tutelado lo encontraríamos en la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de

la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales de parte de los funcionarios o servidores públicos. En consecuencia, siguiendo esa idea la Corte Suprema de Justicia de la República ha referido que, en el Delito de Colusión, son dos los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional. Como también hacemos referencia la Ejecutoria Suprema de fecha 12 de diciembre del 2007 se precisa que el bien jurídico protegido en el delito de Colusión es el patrimonio administrado por la administración pública, y en tal sentido constituye un delito de infracción de deber.

Siguiendo la idea de Jakobs concluimos que ello es un delito de infracción de deber integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional.

2.3.3.- PECULADO

Según lo establecido por la norma penal en este delito: 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, será reprimido (...).

Este delito es un delito pluriofensivo, pues afecta los intereses patrimoniales del Estado y el deber de lealtad o probidad que se espera de los funcionarios o servidores públicos. En efecto, el texto original del artículo 387 reprimía con pena privativa de libertad de dos a ocho años al 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.

En este delito por cierto se aprecia la vinculación funcional que debe unir al funcionario o servidor público con los caudales o efectos que constituyen el objeto material, es decir entonces los caudales o efectos le deben estar confiados por razón de su cargo al funcionario o servidor público, y cuando ello no es así, el funcionario o servidor público que se apropie de los caudales responderá como cualquier persona particular por las figuras comunes de apropiación ilícita o hurto, ha de aclararse que el delito de peculado, como se sabe es un delito especial impropio, pues permite reconducir el delito a una figura común ante la ausencia de la condición específica exigida para ser autor del delito.

Ahora desde la jurisprudencia cabe citarse el hecho real objeto de la ejecutoria suprema del 26 de junio de 2003. Allí se argumenta que “conforme se aprecia de las pruebas actuadas se ha establecido la responsabilidad del procesado en los hechos instruidos, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora; asimismo recibió dinero de la unidad de tesorería para abrir una cuenta corriente para la compra de omnibuses, sin embargo, dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante descuento de las remuneraciones que percibía, empero quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento, entonces con dichas conductas el

funcionario ha infringido su deber, consecuentemente para nuestra jurisprudencia está claro lo que es una infracción de un deber especial que le asistía a este funcionario

En estos tipos de delito es condición sine qua non que el bien público, objeto de la apropiación o utilización esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña al interior de la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de la institución pública. He aquí claramente la jurisprudencia hace referencia de la infracción del deber de funcionario o servidor

Este elemento objetivo del delito de peculado permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por el funcionario o servidor público en virtud del cargo que desempeña en la administración pública. No le falta razón a Abanto Vásquez, cuando enseña que el bien jurídico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados, descartándose de ese modo una lesión a deberes generales del cargo.

Amoretti Pachas, analizando el Acuerdo Plenario N° 4-2005 de modo particular, sostiene que el funcionario o servidor de facto o de hecho no puede ser autor del delito de peculado, debido a que “no incurre en una infracción de deber cuando se apropia de los bienes que percibió, al no ser desleal o infiel con el Estado, porque no tiene la competencia en el cargo, ni la obligación de vigilar o custodiar o administrar lo que recibe.

2.3.4.- EXTRANEUS

La doctrina explica la participación de extraneus en delitos especiales a partir de la tradicional "teoría del dominio del hecho", distinguiendo las tesis que se decantan por la ruptura del título de imputación de las que se pronuncian por la unidad del título de imputación, y de la "teoría de los delitos de infracción del deber" (Pflichtdelicte), cuya formulación originaría se la debemos a Roxin.

Según la tesis de ruptura del título de imputación, los tipos penales de delitos especiales se refieren exclusivamente a los intraneus, comunes homologables o subyacentes a los especiales. Es esta forma, el particular que colabora dolosamente con un funcionario público en la comisión de un delito de peculado, responderá como autor de un delito de hurto, más no por el tipo de complicidad en peculado, Nótese que para atribuir el grado de responsabilidad, esta tesis recurre al dominio del hecho, pues el intraneus será autor del delito especial y el extraneus partícipe del delito común subsidiario, en tanto aquél posea el dominio del hecho. Por el contrario, si es el extraneus quien detenta el dominio del hecho, el intraneus será partícipe del delito especial, mientras que el extraneus será autor del delito común. En el Perú, es tesis sólo puede ser sostenida en la medida que se entienda que la regla del art. 26 del CP consagra la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de responsabilidad como de los elementos típicos. Empero, conforme sostiene Quintero Olivares, tal interpretación carece de base, pues rompería con el principio de accesoriadad de la participación, ya que se arribaría a la solución artificial de imputar al extraneus e intraneus delitos distintos, cuando en puridad se trata de un solo hecho punible.

En los últimos años ha tenido mayor dominio la teoría de la "unidad del título de imputación", para esta teoría el extraneus si puede ser partícipe del delito especial, pues

si bien no es ni puede ser considerado como autor, nada impediría que pueda ser abarcado como cómplice o instigador de un delito de infracción de deber.

2.3.5.- INTRANEUS

El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino solo aquel que cumple un rol o posee un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber positivo que le corresponde.

Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

2.3.6.- INTERPRETACIÓN

La interpretación es el hecho de que un contenido material, ya dado e independiente del intérprete, sea “comprendido” o “traducido” a una nueva forma de expresión.

Es una actividad que consiste en establecer el significado o alcance de las normas jurídicas y de los demás estándares que es posible encontrar en todo ordenamiento jurídico y que no son normas, como, por ejemplo, los principios. En consecuencia, hablar de interpretación del derecho es igual a referirse a una actividad que comprende a todas las normas jurídicas, y no únicamente a las normas legales que produce el órgano

legislativo. De ahí que la interpretación de la ley sea una especie de interpretación jurídica.

La interpretación es una actividad que tiene lugar cuando el lenguaje en que se expresa el derecho (Constitución, ley, etc.) es interpretado por los órganos encargados de su creación a fin de crear los materiales jurídicos que los completan. Esto es lo que se conoce como interpretación auténtica. En otras palabras, en esta clase de interpretación el mismo órgano que se encarga de crear la norma jurídica va a determinar su alcance o sentido. La interpretación auténtica se realiza sobre una "norma genérica". En el caso de aplicación del Derecho, el órgano que aplica la norma al caso concreto también realiza una interpretación, caso de una decisión administrativa tratándose de una autoridad o una sentencia en el caso de un tribunal.

2.4.- HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

La hipótesis es aquella respuesta preliminar que se construye cuando se inicia con la investigación; es decir, es una probabilidad (no certeza) muy cercana a la verdad; algunos autores lo conceptúan como aquella respuesta tentativa, (conjetura científica) que se plantea para responder concretamente a la pregunta central de la investigación y sirve como guía para llegar a las conclusiones.

Por estas consideraciones, en el caso concreto, la hipótesis de la investigación se construye en los siguientes términos:

2.4.1.- HIPÓTESIS GENERAL

Los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno, no interpretan ni desarrollan adecuadamente la teoría infracción del deber para delimitar la autoría y participación en los delitos de colusión y peculado, es así que en las acusaciones no delimitan en forma coherente el título de autor y los partícipes.

2.4.2.- HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.

- a) La teoría de infracción del deber, recurre a la norma extra-penal, para analizar los deberes positivos infringidos de base administrativa, calidad especial del sujeto y la vinculación funcional para delimitar la autoría y participación en los delitos de la administración pública.
- b) Los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios no desarrollan ni interpretan adecuadamente la teoría infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de colusión, es así que en las acusaciones no identifican en forma coherente el título de autor y los partícipes en la concertación para defraudar al estado.
- c) Los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios no desarrollan ni interpretan adecuadamente la teoría infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de peculado, es así que en las acusaciones no identifican adecuadamente el título de autor y si admite la participación del extraneus.

2.5. OPERACIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

UNIDAD DE ESTUDIO	DIMENSIONES	INDICADORES	MÉTODO	TÉCNICA	INSTRUMENTO
<p>“Teoría de INFRACCIÓN DEL DEBER para delimitar AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN”.</p>	<p>1.- Fundamentos de la teoría de INFRACCIÓN DEL DEBER.</p>	<p>1.1. Fundamentos. 1.2. Componentes.</p>	<p>1.- Método Sistemático</p>	<p>-Análisis de contenido</p>	<p>Fichas bibliográficas.</p>
	<p>2.- AUTORÍA y PARTICIPACIÓN en el delito de Peculado.</p>	<p>2.1. Autor. 2.2. Coautoría. 2.3. Instigador. 2.4. Complicidad.</p>	<p>2.- Método Dogmático</p>	<p>-Argumentación -Parfraseo</p>	<p>-Fichas de análisis de contenido</p>
	<p>3.- AUTORÍA y PARTICIPACIÓN en el delito de Colusión.</p>	<p>3.1.- Autor. 3.2.- Coautoría. 3.2.- Instigador 3.3.- Complicidad</p>	<p>3.- Método de Interpretación jurídica</p>	<p>-Interpretación -Citas textuales</p>	<p>-Ficha de Resumen -ficha de citas textuales.</p>
			<p>4. Método de estudio de casos</p>	<p>-Revisión Documental.</p>	

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1.- TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

3.1.1.- Tipo y/o enfoque de Investigación

La presente investigación está enmarcado dentro del enfoque mixto, predominantemente cualitativo, por cuanto se recolectan, analizan datos cualitativos y cuantitativos, y la interpretación es producto de toda la información en su conjunto. Ambos enfoques se entremezclan o combinan en todo el proceso de investigación teniendo en consideración las teorías.

La introducción al enfoque mixto es un proceso que recolecta, analiza y vincula datos cuantitativos y cualitativos en un mismo estudio, en una serie de investigaciones para responder a un planteamiento del problema, o para responder a preguntas de investigación de un planteamiento del problema. Se usan métodos de los enfoques cualitativo y cuantitativo y pueden involucrar la conversión de datos cualitativos en cuantitativos y viceversa, implica desde el planteamiento del problema hasta el uso combinado de la lógica inductiva y la deductiva, es en el planteamiento del problema, la recolección y análisis de los datos, y el informe del estudio (Gómez, 2006).

En el caso concreto, la investigación sigue la línea cualitativa, para el primer componente de la investigación, dado que, analizamos e interpretamos nuestra unidad de estudio *“Teoría de INFRACCIÓN DEL DEBER para delimitar AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN en los delitos contra la Administración Pública, específicamente en los delitos de colusión y peculado”*, para tal efecto desarrollamos el siguiente aspecto (i) Se analiza los presupuestos y criterios que plantea la teoría de infracción del deber para determinar la autoría y participación en los delitos contra la administración pública.

Para determinar el segundo y tercer aspecto de la investigación se utilizó el enfoque cuantitativo, ya que se cuantifican los casos dados en la fiscalía anticorrupción de Puno, para determinar: (ii) Como interpretan y desarrollan la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de colusión, los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno y (iii) Finalmente se analiza como interpretan y desarrollan la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de peculado, los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno.

3.1.2.- Diseño de Investigación

En resumen para KERLINGER, un diseño expresa la estructura del problema así como el plan de la investigación, para obtener evidencia empírica sobre las relaciones buscadas. (Recuperado en fecha 03 de Abril del año 2017, y disponible en: <http://mey.cl/apuntes/disenosunab.pdf>).

En tal sentido, para desarrollar la investigación se siguió el diseño ANÁLISIS DE CASO CUALITATIVO (Diseño mixto), el diseño aplicado, nos sirvió para analizar la interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber por parte de los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno, para delimitar la intervención de intraneus y extraneus en los delitos de colusión y peculado. Para tal efecto, se analizó las disposiciones de formalización de Investigación preparatoria y los requerimientos de acusación fiscal correspondiente al año 2016.

Ahora bien, refiriéndonos a los planos de la investigación, primero nos hemos enfocamos al plano teórico; al análisis de las teorías, doctrinas, jurisprudencia y la legislación, y por otro lado, se enfocó en el plano factico, análisis de las disposiciones de

formalización de investigación preparatoria y los requerimientos de acusación fiscal emitidas por la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno.

3.2. Objeto de Estudio.

El objeto de la tesis está constituido por aquella parcela de la realidad jurídica procesal y material sobre la cual concentramos nuestra atención para describir, comparar, analizar, proyectar o detectar la evolución de una institución o problema jurídico específico. Al objeto de la tesis se le suele llamar tema o asunto de la misma. Es el eje sobre el que gira la investigación, desde el inicio hasta el final. Pero la investigación nos conduce a un resultado que no era conocido en el punto de partida, puesto que al finalizarla hemos logrado encontrar nuevas cualidades o nuevas determinaciones acerca del objeto jurídico, que era desconocida o confusa, antes de iniciar su indagación sistemática. En consecuencia, la tesis permite incrementar nuestro conocimiento acerca de la institución o problema (tema) que hemos adoptado como materia de ella.

En consecuencia, el objeto de la tesis planteada es: Teoría de INFRACCIÓN DEL DEBER para delimitar LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN en los delitos de COLUSION y PECULADO.

3.3. Universo de Estudio.

El ámbito de estudio de la investigación está conformado, por las teorías, doctrina, jurisprudencia referido a la teoría de infracción del deber aplicado a los delitos contra la administración pública, para ello se recurrió a los libros, revistas especializadas, artículos científicos, artículos jurídicos, ensayos jurídicos y opiniones relevantes, tanto de los autores nacionales e internacionales.

En la misma línea, para desarrollar la base fáctica del problema de investigación, se recurrió al estudio y análisis de las disposiciones de formalización de investigación preparatoria y los requerimientos de acusación fiscal emitidas por los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno.

3.3.1.- La población

La población de la presente investigación está constituida por carpetas fiscales (disposición de formalización y requerimientos de acusación) relacionados con los delitos de colusión y peculado, tramitados en el año 2016, distribuidos de la siguiente manera:

POBLACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN: Carpetas fiscales (acusaciones: Colusión y Peculado)

CASOS	COLUSIÓN	PECULADO	TOTAL
Acusaciones	10	16	26
Formalizaciones	12	30	42

FUENTE: Datos extraídos de la base de datos del ministerio público FPCEDCF-PUNO (NCPP) – Reporte detallado de carga fiscal.
ELABORACIÓN: Los tesistas.

3.3.2.- La muestra

La muestra de la presente investigación (tesis) está por carpetas fiscales (disposiciones de formalización y requerimientos de acusaciones) relacionados con los delitos de colusión y peculado, tramitados en el año 2016, distribuidos de la siguiente manera.

MUESTRA DE LA INVESTIGACIÓN: Expedientes Judiciales (acusaciones: Colusión y Peculado).

CASOS	COLUSIÓN	PECULADO	TOTAL
Acusaciones	05	05	10
Formalizaciones	05	05	10
			20

FUENTE: Datos extraídos de la base de datos del ministerio público FPCEDCF-PUNO (NCP) – Reporte detallado de carga fiscal.

ELABORACIÓN: Los ejecutores.

PROCEDIMIENTO: El procedimiento que se utilizó para escoger la muestra de la investigación fue la selección de carácter aleatoria.

3.4. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

3.4.1. Metodología en la investigación jurídica.

En el derecho al referirnos a la metodología nos estamos centrando en el estudio de las diferentes corrientes del pensamiento jurídico, las que determinarán posiciones doctrinarias, por ejemplo: el positivismo, el iusnaturalismo, el marxismo, etc. En cambio, las técnicas se refieren más a la operatoria de los medios auxiliares del método, por otra parte, la técnica es un procedimiento particular al objeto de estudio y a la ciencia específica.

Y la metodología de la investigación científica se concibe como el estudio y la aplicación del conjunto de métodos, técnicas y recursos en el proceso de la investigación.

En esta misma línea, citando al profesor Héctor Fix-Zamudio la investigación jurídica es: “La actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas, adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más

dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aun cuando formalmente parezca anticuado” (1995, p. 416).

3.4.2. Método en la investigación jurídica.

Históricamente se ha concebido al método como la vía para alcanzar una meta, es decir, un conjunto de procedimientos que permiten investigar y obtener el conocimiento. Técnicamente es un conjunto ordenado y sistematizado de procedimientos que nos posibilitan desarrollar la tarea de adquirir nuevos conocimientos o de perfeccionar los ya obtenidos.

Métodos que se utilizaran en la presente investigación:

3.4.2.1.- El Método Dogmático.

“La dogmática es el método constructivo del sistema de interpretación jurídica que procede por pasos; (a) análisis gramatical (exégesis del texto legal) (b) descomposición del texto legal hasta llegar a los elementos primarios (‘ladrillos’ del futuro edificio) (c) Construcción del sistema (con los ladrillos).” (Zaffaroni, 2009)

“La construcción dogmática es un proyecto de jurisprudencia, el cual se dirige a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores). Es decir, el científico propone a los operadores jurídicos un sistema de solución coherente para aplicarlo a los casos particulares.” (Zaffaroni, 2009: 18). En el texto de Zaffaroni puede leerse que primero se hace una exégesis, después un análisis de las leyes penales manifiestas y, finalmente, se elabora una construcción sintética en forma de teoría o sistema. Con otras palabras, actualmente los dogmáticos siguen tres etapas, como pasos diferenciables del llamado método dogmático de la interpretación de la ley: la conceptualización de los textos

legales, la dogmatización jurídica (la elaboración de las proposiciones, categorías y principios obtenidos a partir de los conceptos jurídicos, extraídos de los textos legales) y la sistematización.

Aplicación del método de la dogmática Jurídica en la investigación:

A.- En el estudio ejecutado, el tipo penal objeto de análisis fue el artículo 384° del Código Penal, esto es el delito de colusión, el procedimiento que se sigue para la interpretación de esta norma Penal fue el siguiente: 1) lectura literal de la norma: *El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, (...).* 2) Descomposición de la norma extrayendo los elementos típicos del delito; concertar, autor: funcionario público, partícipe: proveedor, defraudación patrimonial al estado. 3) Construcción de la argumentación de acuerdo al caso concreto.

B.- Asimismo, el tipo penal objeto de análisis fue el artículo 387° del Código Penal, esto es el delito de **Peculado doloso**, el procedimiento que se sigue para la interpretación de esta norma Penal fue el siguiente: 1) lectura literal de la norma: *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, (...).* 2) Descomposición de la norma extrayendo los elementos típicos del delito; Apropiar y utilizar, autor: funcionario público, partícipe por extensión: tercero particular sin calidad de funcionario Público, relación funciona y fáctica, defraudación patrimonial concreta. 3) Construcción de la argumentación de acuerdo al caso concreto.

3.4.2.2.- El Método Sistemático.

El método sistemático recurre para interpretar e investigar el derecho a los siguientes elementos: a) tipificar la institución jurídica a la cual debe ser referida la norma para su análisis e interpretación, y b) determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece. (WITKER, 1985).

En palabras del profesor Víctor Emilio Anchondo Paredes en su trabajo titulado *Métodos de interpretación Jurídica*, define a la interpretación sistemática como: esta interpretación es la que busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte.

La razón es que el sentido de una norma no solo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas. (Recuperado en fecha 05 de Abril de 2017, y disponible en:

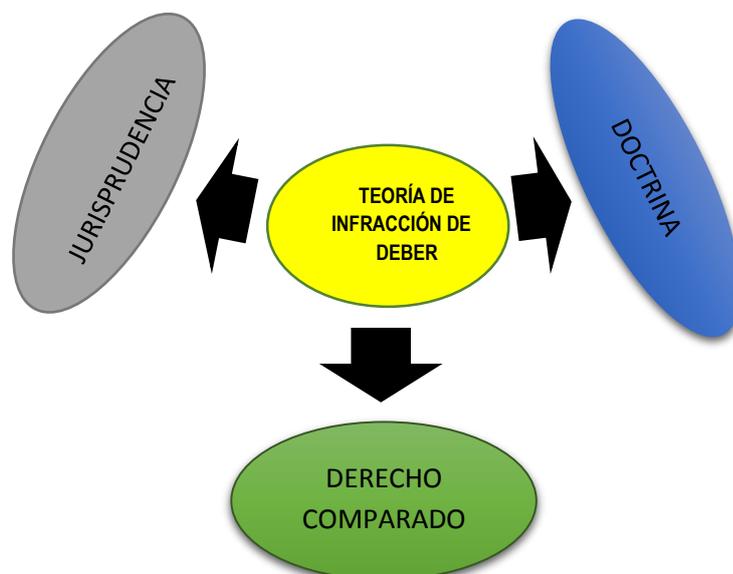
<file:///G:/2017/METODOLOGIA/metodos%20de%20la%20interpretacion%20juridica.pdf>).

En la investigación desarrollada el método de interpretación sistemática se utilizó para alcanzar el primer objetivo específico, esto es *analizar los presupuestos y criterios que plantea la teoría de infracción del deber para determinar la autoría y participación en los delitos contra la administración pública*; dado que para analizar esta teoría se recurrió a las opiniones planteadas por los juristas, asimismo, la jurisprudencia desarrollada por los jueces de la Corte Suprema.

Asimismo, el método de interpretación sistemática se utilizó para alcanzar el primer y segundo objetivo específico realizando el mismo procedimiento para analizar el delito de peculado regulada en el artículo 387° del Código Penal y el tipo penal de

colusión regulada en el artículo 384° del Código Penal, ello justamente para establecer la autoría y participación respectivamente, en el marco de la teoría de infracción del deber.

CUADRO N° 2 : Interpretación



Fuente: Elaboración propia de los tesisistas.

3.4.2.3.- Método de argumentación jurídica

“La argumentación como método permite suplir la falta de pruebas cuantitativas y la verificación experimental respecto de la veracidad o falsedad de una información producto de la investigación científica” (ARANZAMENDI, 2010, p. 186.). Su rol de conocimiento al servicio de la actividad cognoscitiva, consiste en hacer uso de razonamientos y construcciones lógicas, al racionalizar la experiencia y no limitándose simplemente a describirla y cuantificarla.

Básicamente la función práctica o técnica de la argumentación, dado que facilita una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar derecho. Función

metodológica, denota amplitud como enfoque epistemológico para la construcción, interpretación y aplicación del derecho.

3.4.2.4.- Estudio de Casos

(...) EISENHARDT (1989) conciba un estudio de caso contemporáneo como “una estrategia de investigación dirigida a comprender las dinámicas presentes en contextos singulares”, la cual podría tratarse del estudio de un único caso o de varios casos, combinando distintos métodos para la recogida de evidencia cualitativa y/o cuantitativa con el fin de describir, verificar o generar teoría. Eisenhardt (citado por MARTÍNEZ, 2006).

Mediante este método se analizó los casos (casos de proceso inmediato), más precisamente analizando las sentencias de procesos por flagrancia; los medios probatorios, imputación necesaria, para verificar los la vulneración de las garantías procesales.

Otros métodos:

- 1) Dogmático - argumentativo**
- 2) Analítico – sintético.**
- 3) Interpretación – sistemático**

3.4.3. La Técnica en la Investigación Jurídica.

La técnica de la investigación jurídica, es el resultado del saber empírico-técnico persigue la aprehensión de datos para el conocimiento sistemático, genético o filosófico del Derecho, a cuyo efecto dota al sujeto cognoscente con todas las nociones y habilidades atinentes a la búsqueda, individualización y empleo de las fuentes de conocimiento jurídicas, de forma de obtener de ellas los datos concretos para su ulterior elaboración metodológica. Es un saber práctico al servicio de un saber científico.

Las técnicas utilizadas en la presente investigación:

1. Análisis de contenido
2. Revisión documental
3. Análisis del discurso jurídico

3.4.4. Instrumentos de la Investigación

BERNARDO y CALDERERO (2000), consideran que los instrumentos es un recurso del que puede valerse el investigador para acercarse a los fenómenos y extraer de ellos información. Dentro de cada instrumento pueden distinguirse dos aspectos diferentes: una forma y un contenido. La forma del instrumento se refiere al tipo de aproximación que establecemos con lo empírico, y las técnicas que utilizamos para esta área. En cuanto al contenido, este queda expresado en la especificación de los datos concretos que necesitamos conseguir; se realiza, por tanto, en una serie de ítems que no son otra cosa que los indicadores bajo la forma de preguntas, de elementos a observar, etc. (recuperado en fecha 07 de mayo del año 2017, y disponible en: <https://es.slideshare.net/oscarlopezregalado/instrumentos-de-investigacin-9217795>).

Es así, que para alcanzar los objetivos propuestos en la investigación tanto de primer, segundo y tercer componente se utilizó los siguientes instrumentos:

1. Fichas bibliografías
2. Fichas de análisis de contenido
3. Fichas de Revisión Documental

3.4.5. Unidad y Ejes Temáticos de la Investigación.

CUADRO N° 3: Unidad y ejes temáticos de la investigación

Unidad de Estudio	Ejes temáticos
<p align="center">“Teoría de INFRACCIÓN DEL DEBER para delimitar AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN”.</p>	<p>1.- Fundamentos de la teoría de INFRACCIÓN DEL DEBER.</p>
	<p>2.- AUTORÍA y PARTICIPACIÓN en el delito de Peculado.</p>
	<p>3.- AUTORÍA y PARTICIPACIÓN en el delito de Colusión.</p>

Fuente: Elaboración propia

3.4.6. Procedimiento de Investigación (Plan de Recolección de Datos)

El procedimiento que se adoptó para la recolección de datos es el siguiente:

Primero: Se seleccionó las fuentes (directas e indirectas) tanto bibliográficas como hemerográficas necesarias para proceder con la recolección de los datos requeridos, de las cuales se consideró las principales fuentes legislativas de nuestro ordenamiento jurídico peruano, iniciando con el análisis de la Constitución Política del Estado referido a la administración pública, Código Penal parte general y especial, y los instrumentos internacionales pertinentes, asimismo teorías, doctrina y jurisprudencia, así como textos de renombrados juristas en el tema objeto de la presente investigación.

Segundo: En el segundo paso como parte del desarrollo de la investigación, se elaboró los instrumentos de investigación jurídica, los mismos que ayudaron a almacenar los datos recabados a través de las técnicas de investigación, estos datos recabados nos

sirvieron para construir el marco teórico de la investigación (base teórica) así como también se elaboró instrumentos para analizar y sistematizar la base fáctica del estudio.

Tercero: Se seleccionó y aplicó las técnicas de investigación jurídica, de las cuales tenemos: análisis de contenido para analizar los datos recabados en los textos y páginas virtuales sobre los planteamientos teóricos de la teoría de infracción del deber.

Asimismo, se aplicó el método denominado estudio de caso, el cual os permitió analizar diez casos tramitados en la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno, más precisamente en las disposiciones de formalización y continuación de la investigación preparatoria y los requerimientos de acusación fiscal.

Cuarto: Los procedimientos antes señalados se realizaron con la única finalidad de conseguir los objetivos de la investigación, primeramente *analizar los presupuestos y criterios que plantea la teoría de infracción del deber para determinar la autoría y participación en los delitos contra la administración pública*; ello justamente se utilizó la técnica y los instrumentos para sistematizar la información de los libros y las páginas virtuales al marco teórico u los resultados de la investigación; para el segundo componente se planteó el siguiente objetivo; *determinar y analizar como interpretan y desarrollan la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de colusión, los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno*, para este último se siguió el mismo procedimiento que lo establecido para el primer objetivo.

Asimismo, para el tercer componente se planteó el siguiente objetivo; *determinar y analizar como interpretan y desarrollan la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de peculado, los fiscales de la fiscalía especializada*

en delitos de corrupción de funcionarios de Puno; de la misma manera, para este último se siguió el mismo procedimiento que lo establecido para el primer objetivo.

Quinto.- Finalmente se procedió al análisis e interpretación de los datos obtenidos, esto considerando como parámetros, el sistema de unidades y componentes, por tratarse de una investigación de corte cualitativa y cuantitativa.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este CUARTO CAPÍTULO de la investigación jurídica nos permitimos analizar los casos, dado que el estudio se enmarca en el análisis de los REQUERIMIENTOS DE ACUSACIÓN FISCAL, tramitadas en la fiscalía especializada de corrupción de funcionarios de Puno, determinando el estudio en diez casos, referidos a los delitos de colusión y peculado, además se revisaron las teorías, doctrina y la jurisprudencia, a efectos de analizar la naturaleza de la teoría de infracción y su aplicación en los delitos de colusión y peculado (finalidad teórica).

Ello con la finalidad concreta de verificar como los fiscales de la fiscalía especializada de corrupción de funcionarios de Puno, interpretan y desarrollan la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación en los delitos de colusión y peculado.

SUB CAPITULO 01

4.1.- PRIMER COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

4.1.1.- *Analizar los presupuestos y criterios que plantea la teoría de infracción del deber para determinar la autoría y participación en los delitos de colusión y peculado.*

4.1.1.1.- Análisis de los presupuestos y criterios que plantea la teoría de infracción del deber para determinar la autoría y participación.

Discusión:

UNO. - *Determinar el tipo de delito para aplicar la teoría de infracción del deber o la teoría del dominio del hecho*; ROXIN, en el ámbito de la autoría y participación, define al autor del hecho punible como la figura central del suceso acaecido. Pero para él, la

investigación de quien haya de ser considerado esa figura central del ilícito no se lleva a cabo en todos los delitos, ni de igual manera, ni de la mano de los mismos criterios. Muy al contrario, hay que diferenciar dos tipos de delitos: en aquellos donde es autor quien domina el hecho descrito en el tipo (dominio del hecho) y los delitos de infracción de deber donde el autor tiene deberes especiales que son predeterminadas por el legislador. Donde el dominio del hecho es irrelevante ha señalado Roxin. La categoría dogmática de los delitos de infracción de deber no se orienta al resultado del mundo exterior, o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor. (ROXIN por TORRES, 2011)

Asimismo, Roxin subraya que no se está refiriendo al deber general de respetar la norma, deber propio de todo delito y que también alcanza cómplices e inductores, sino a la lesión de un deber extrapenal, que no alcanza necesariamente a todos los intervinientes en el delito, pero que es absolutamente necesario para la realización del tipo en esta clase de delitos. El legislador se basa en deberes que existan entre los diversos intervinientes, ya con anterioridad e independencia del delito. Roxin llega, por tanto, a la siguiente definición: delitos de infracción de deber son los tipos penales, en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesione un deber especial extrapenal que existe ya con anterioridad. (ROXIN por TORRES, 2011)

DOS. - *Pensamiento de ROXIN en cuatro pautas;* En suma, la opinión de Roxin, se puede resumir de la siguiente manera: 1) los conceptos de dominio del hecho y de infracción de deber existen como realidades previas ya conformadas. 2) el legislador investiga, en el marco de su reflexión sobre la lesión de bienes jurídicos, si el contenido criminal de un delito se ve influido por una posición de deber y valora está en la relación de su influencia. 3) en caso de tal influencia se considera esencial, se opta por positivizar

un delito de infracción de deber y, de este modo, es formulado el tipo correspondiente. 4) por tanto, la existencia o no de un delito de infracción de deber se infiere de la interpretación del correspondiente tipo penal. (ROXIN por TORRES, 2011)

TRES. - *La teoría de infracción del deber para establecer la autoría y participación;* El análisis de la teoría del delito de infracción de deber permite concluir que es compatible con diversas líneas de pensamiento científico y se halla presente de manera dispersa en las legislaciones penales. Se evidencia que resuelve algunos inconvenientes de la praxis, fundamentalmente en lo atinente a la autoría principal y accesoria, permitiendo acotar el alcance de la punibilidad en la medida que los criterios se utilicen racionalmente, como debe ser con todo instrumento jurídico.

En efecto, porque la infracción de deber es la realización de la conducta típica e incuestionablemente dicha infracción compromete el contenido del tipo penal de referencia sin corresponder extender el campo de la punibilidad más allá del pertinente al autor de la conducta típica imputable. (ALLER, 2009).

Y la tesis más atinada es la que sostiene Nelson Salazar Sánchez, quien concluye:

- A) Los delitos de infracción de deber, encuentran su fundamento filosófico en los planteamientos de la filosofía comunitaria (Hegeliana), propia del Estado Social, Es decir, la razón y la libertad individual –que habían caracterizado al Estado y a los filósofos liberales- ya no son las que configuran la estructura y naturaleza de la persona, el Estado, la sociedad y el Derecho. En este nuevo escenario, la persona, el Derecho, la sociedad y el Estado son concebidos como instituciones creadas en comunidad; es decir, como entes que –por ser expresión de la razón colectiva- son tales mientras cumplen con los deberes que la sociedad, el derecho y el Estado les han encomendado. Es en este nuevo contexto donde surge la

institucionalización de los procesos comunicativos entre el Estado, la sociedad o la persona; es en estas circunstancias, cuando surgen los deberes institucionales especiales y, por tanto, la responsabilidad penal por la infracción de deberes positivos especiales. (Salazar Sanchez, 2007)

B) Si, por un lado, no todos los ciudadanos son portadores de deberes positivos especiales y, por otro, los delitos de infracción de deber se fundamentan en la infracción de los deberes institucionales, entonces no todos los ciudadanos pueden ser autores de dichos delitos. Si únicamente los intraneus son portadores de los deberes institucionales especiales, luego solo estos pueden ser autores de los delitos de infracción de deber, pues nadie más que ellos pueden quebrantar dichos deberes. No obstante, los extraneus que concurren con un intraneus en la infracción del deber institucional de este último no quedan impunes, porque, si bien no pueden ser autores, si pueden ser partícipes de dichos delitos, esto porque tanto en los delitos de dominio como en los delitos de infracción de deber no requiere que el participe configure los elementos normativos que pertenecen al autor, sin que infrinja un deber especial. Para la participación solo es suficiente que se quebrante el deber general de no dañar (*neminem laede*) y, esto es, lo que realiza el extraneus. (Salazar Sanchez, 2007)

C) Los deberes institucionales son directos y personales, es decir, no se pueden delegar ni comportar. Por eso, su quebrantamiento también es de la misma naturaleza, esto es, solo puede realizarlo el intraneus. En esa línea los delitos de infracción de deber, no tienen cabida la autoría mediata ni la coautoría, porque si los deberes positivos especiales no se pueden delegar ni compartir, entonces la infracción no se puede realizar de manera mediata ni compartida. (Salazar Sanchez, 2007)

CUATRO. - Respecto al obligado especial-Intraneus.- En primer lugar, el obligado especial o intraneus va a responder sólo y siempre como autor del delito, con independencia de la entidad de su contribución o del dominio que tenga sobre el hecho. El fundamento de su punibilidad es la infracción de un deber personal, que sólo puede tener lugar de modo individual y que no es cuantificable. En suma, “el obligado especial ha nacido para ser sólo autor directo, y no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe (instigador o cómplice)” (OSSANDÓN por TORRES, 2011).

En definitiva, cuando estamos ante un delito de infracción de deber no hay lugar para una diferenciación entre delito propio e impropio. En todos ellos la calidad especial del sujeto lo obliga, y la infracción del deber es lo que fundamenta el ilícito. “O bien no existe una lesión de los deberes de una institución positiva y, entonces, no estamos ante un delito de infracción de deber —tampoco “impropio”— o bien existe tal lesión, pero la misma fundamenta también siempre la punibilidad del obligado especialmente”. (SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLEZ. por TORRES, 2011).

QUINTO. - Delitos especiales de infracción de un deber; El delito especial es, por el contrario, un delito de infracción de un deber si el fundamento de la imputación no está en el dominio del riesgo, sino en la infracción de un deber positivo institucional. Si el padre deja morir ahogado a su hijo de apenas seis años de edad en la piscina, la imputación penal no se hará por el dominio del riesgo prohibido, sino por la infracción de un deber especial de auxilio que surge de la relación paterno-filial constituida por la institución social de la familia. Al obligado institucional se le hace penalmente responsable por haber dejado de cumplir con el deber específico impuesto por la institución social correspondiente que, en este caso, consiste en el cuidado de la persona y patrimonio de los hijos que se encuentran bajo la patria potestad. (GARCÍA, 2009)

SEXTO. - *La infracción del deber como base para sostener la responsabilidad penal;*

La responsabilidad penal se determinará con base en la infracción de la competencia institucional si el deber positivo especial engloba el deber negativo de no hacer daño. Por ejemplo, el deber institucional de un funcionario público de custodiar el patrimonio administrado incluye evidentemente el deber negativo de no apropiárselo. En este sentido, el delito de peculado debe ser interpretado como un delito de infracción de un deber, aun cuando la lesión del patrimonio del Estado se haya producido a través de un acto organizativo de apropiación del funcionario público. Por el contrario, si es el deber negativo general el que engloba al deber positivo institucional, entonces será la competencia por organización la que informe a la imputación penal. Así, por ejemplo, queda claro que la conducta organizativa de acabar con la vida de la víctima implica necesariamente no auxiliarla en la situación de peligro, por lo que en este caso la responsabilidad penal se determinará con base en la competencia organizativa. (GARCÍA, 2009).

SÉTIMO. - *La intervención del extraneus en los delitos de infracción de deber;* Para

tal efecto se plantearon dos tesis diversas. Una sostenía que para mantener el principio de unidad del título imputación del injusto el intraneus respondía como autor y el extraneus como cómplice de delito de infracción de deber; así, por ejemplo, si el recaudador de impuestos, en desarrollo del plan común, de manera simultánea con un particular, realizaba el acto de apropiación de los bienes estatales el recaudador (intraneus) era autor y el particular (extraneus) era cómplice.

La otra tesis abogaba por el concurso de hechos punibles, al ser el intraneus autor de delito de infracción de deber (delitos contra la administración pública) y el extraneus autor de delito común (delito contra el patrimonio económico) (SUÁREZ, 2012).

Jurisprudencialmente se ha impuesto en nuestra patria, la posición de considerar que por el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de la participación de unidad del título de imputación y accesoriedad los particulares o extraneus responden por la comisión del delito especial cometido por el sujeto obligado autor, pero como cómplices. Incluso, así se ha previsto como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116. En efecto en esta jurisprudencia entre otros aspectos se precisó que: “los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores”.

Mas antes tenemos la jurisprudencia del 11 de octubre de 2004, aquí, la ejecutoria suprema sostuvo “que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la accesoriedad de la participación, es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que corresponde al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas extraneus que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien si posee tal calificación.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo 25° del Código Penal, establece: *“El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.”*

Párrafo que fue incorporado por el Decreto Legislativo N° 1351, publicada el 07 de enero de 2017, en ese sentido el legislador peruano también ya ha acogido expresamente la teoría de la unidad del título de imputación.

4.1.2.- Sistematización de presupuestos y criterios que plantea la teoría de infracción del deber para determinar la autoría y participación.

PRESUPUESTOS PARA IMPUTAR LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER	
1.- Respecto al tipo penal	a) Determinar el tipo de delito descrito en la norma penal ¿delito de dominio o infracción de deber?
2.- Respecto a la calidad del agente	b) Delimitar la calidad del sujeto activo: especial o común.
3.- Respecto al deber especial	c) Si estamos frente a un delito de infracción de deber, establecer el deber específico emanado de la norma extra-penal (Ley especial, manual, reglamentos, o institución positiva reconocida, etc.)
4.- Respecto a la relación funcional	d) Establecer la relación funcional o fáctica del intraneus y extraneus con el bien jurídico protegido en razón al deber que ostenta.
5.- Imputar la autoría y participación	e) Imputar y fundamentar la responsabilidad penal del autor o participe en base al delito imputado.

<p>6.- El obligado especial – intraneus</p>	<p>f) El obligado especial o intraneus va a responder sólo y siempre como autor del delito, con independencia de la entidad de su contribución o del dominio que tenga sobre el hecho.</p>
<p>7.- El partícipe o extraneus</p>	<p>g) En el Perú, se ha adoptado la teoría de la unidad del título de imputación jurisprudencialmente y legislativamente artículo 25° del Código Penal: <i>“El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.”</i></p>
<p>Y en este marco construir las proposiciones fácticas en los requerimientos de acusación fiscal para atribuir responsabilidad penal en todos los delitos de infracción de deber.</p>	

Sistematización sobre la intervención de los sujetos en los delitos de infracción de deber, en comparación con los delitos de dominio.

<p>DELITOS DE DOMINIO</p>	<p>DELITOS DE INFRACCION DE DEBER</p>
----------------------------------	--

<p>1.- AUTORIA DIRECTA O INMEDIATA.- Es autor quien domina y ejecuta el hecho delictivo.</p>	<p>1.- AUTORIA DIRECTA O INMEDIATA.- Es autor quien infringe un deber especial emanado en una norma extra-penal.</p>
<p>2.- AUTORIA MEDIATA.- Es autor mediato el hombre de atrás, quien tiene el dominio de la voluntad del hombre que ejecuta el hecho y no responde penalmente.</p>	<p>2.- AUTORIA MEDIATA.- No admite este tipo de autoría, los deberes positivos que afectan al obligado especial son unipersonales, directos e intransmisibles, lo cual significa, que jurídico-penalmente solo importa la infracción del deber positivo, independientemente de la forma fáctica como se realice.</p>
<p>3.- COAUTORIA.- Son coautores los que ejecutan conjuntamente el hecho punible, mediando un reparto funcional del suceso delictivo.</p>	<p>3.- COAUTORIA.- No admite la coautoría, Los deberes institucionales son directos e individuales, es decir, los intraneus no se encuentran vinculados en forma colectiva, sino en forma personal.</p>
<p>4.- COMPLICIDAD PRIMARIA Y SECUNDARIA.- Es cómplice primario quien realiza un aporte esencial sin el cual no se hubiere perpetrado el hecho punible y cómplice secundario quien de cualquier forma aporta dolosamente al</p>	<p>4.- COMPLICIDAD PRIMARIA Y SECUNDARIA.- No admite esta división, ya que la responsabilidad penal se fundamenta en aspectos cualitativos del agente. El extraneus responde solo como cómplice, por infringir el principio</p>

<p>hecho delictuoso. El criterio de diferenciación entre ambas es cuantitativa.</p>	<p><i>nemimen laede</i>, la pena a imponerse siempre será menor a la del autor.</p>
---	---

4.1.3.- JURISPRUDENCIA SOBRE DELITOS DE INFRACCION DE DEBER.

1.- ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116 (NUEVOS ALCANCES DE LA PRESCRIPCIÓN)

En el considerando 9° precisa: “El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-

Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito –de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración

Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.”

Y en el considerando 10° señala: “Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.”

También la misma sentencia analiza la participación del *extraneus*, en el considerando 11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “*extraneus*” que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “*extraneus*”.

Esta posición, sostiene lo siguiente:

- A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.
- B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

CASACIONES:

Tres casaciones y un Recurso de Nulidad pusieron en evidencia los límites del normativismo (moderado o radical) para fundamentar la autoría y la participación. Fieles a una postura idealista de “si la realidad no se adecua a la dogmática, peor para la realidad”, impusieron esa dogmática quietista a la realidad y determinaron la irresponsabilidad de autores y partícipes materiales.

El debate idealista entre normativistas no avizora soluciones. La realidad del dominio, como fundamento y límite infranqueable de la autoría, se impone como alternativa para resolver esas aporías normativistas.

SENTENCIAS

1.- Casación N° 841-2015, Ayacucho de fecha 21 junio de 2016

El particular extraneus por regla general es impune en los delitos de infracción de deber, sin embargo, la única posibilidad de su inclusión como partícipe se da si es que su conducta es comprendida en el tipo penal, es decir, si el delito regula la figura de la participación necesaria. En ese orden, podrán ser responsables los particulares en el delito de peculado a favor de tercero, o en el delito de colusión.

2.- Casación N° 782-2015, Del Santa (vinculante) de fecha 6 julio de 2016

Los extraneus no pueden responder como partícipes en los delitos de infracción de deber en virtud del artículo 26° del CP (incomunicabilidad de las circunstancias) que regula la ruptura del título de imputación. Ello hundiría sus raíces a que en los delitos de infracción de deber nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales.

Es así que en el considerando 10 de la citada casación señala: *El artículo 26 del código penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que en los delitos especiales, el estatus del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta a él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad*

3.- Recurso de Nulidad N° 615-2015, Lima (Diarios Chicha) de fecha 16 agosto de 2016

En los delitos de infracción de deber, como el delito de peculado, rige el criterio del autor único. Además, en la vinculación directa del funcionario con el deber institucional, basta la relación funcional para fundamentar directamente la autoría. Para el delito de peculado, la relación funcional específica (contenida en la expresión “por razón de su cargo”) debe de tomarse en cuenta las normas del sector establecidas en las disposiciones del ROF o del MOF. En ese orden, la atribución presidencial de “administrar la Hacienda Pública es genérica y, por lo tanto, no es relevante para establecer la relación funcional específica.

4.- Casación N° 160-2014, Santa de fecha 4 de noviembre de 2016

A diferencia del Recurso de Nulidad N° 615-2015 LIMA, la superioridad jerárquica no constituye una causal para poder excluir de responsabilidad penal al sujeto activo, pues la relación funcional específica no se explica en la relación directa que tiene el funcionario con los efectos o caudales, pues esta también puede ser mediata. Más bien la relación funcional específica se encuentra en las atribuciones establecidas por ley, sin

cabida a la exclusión de competencia por parte de los subalternos. De esta manera establece como doctrina vinculante que “El hecho de ser presidente o gobernador regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta la acreditación de la presencia”. (Recuperado el 30-07-2017, en: <http://legis.pe/la-implosion-la-teoria-la-infraccion-deber-4-sentencias-la-corte-suprema-este-2016/>)

SUB CAPITULO 02

4.2.- SEGUNDO COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

4.2.1.- Determinar y analizar como interpretan y desarrollan la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de colusión, los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno.

ANÁLISIS DE CASO I

EXPEDIENTE : N° 00169-2015-59-2113-JR-PE-01

CASO:

“Suscripción del contrato de exoneración N° 001-2011-MPY, entre el alcalde WALKER CHALCO RONDON y el Gerente General de la Empresa Inversiones y Representaciones FRITZ EIRL Edwin Visurraga Villegas, con el visto bueno de Sub - Gerente de Administración Alejandro Gutiérrez Flores, Asesor Legal Yony Flores Calumani y del jefe del Área de Abastecimiento Miller Roberto García Huanca, mediante el cual la empresa Fritz E.I.R.L., se obliga a prestar asesoría tributaria, en fiscalización y cobranza a la Municipalidad Provincial de Yunguyo, los funcionarios de la municipalidad exoneraron del proceso de selección, adjudicándolo de manera directa, sin el cumplimiento de la normativa vigente, el alcalde Walker Chalco Rondón, de oficio, en

fecha 23 de marzo de 2011, mediante resolución de alcaldía N° 144-2011/MPY/A, declara procedente el recurso de reconsideración presentada por Telefónica del Perú S.A., rebajando la multa de S/. 8'500,000.00 a S/. 86,812.00” permitiendo el pago de la suma por parte de Telefónica del Perú S.A. y beneficiando de esta manera a la empresa Fritz E.I.R.L., quien de acuerdo al contrato suscrito hizo efectivo el cobro del 33% del monto supuestamente recuperado, sin que haya realizado gestión alguna.

Delimitación de los imputados (autores y partícipes):

A.- WALKER CHALCO RONDON, Alcalde y presidente del concejo Municipal de la Municipalidad Provincial de Yunguyo. (Haber concertado con EL REPRESENTANTE empresa FRITZ E.I.R.L.), se le imputa como autor DIRECTO, del delito de colusión agravada.

B.- JOSÉ DAVID VILLAVICENCIO SALINAS, Gerente Municipal, EDGAR UBERTO PARIENTE LOAYZA, Sub Gerente de Administración Tributaria de la Municipalidad, ELISBAN DANTE MAMANI LAURENTE, Secretario del Concejo Municipal y EDWIN YSMAEL VISURRAGA VILLEGAS, Gerente General de Inversiones y representaciones FRITZ E.I.R.L., se les imputa como COMPLICES PRIMARIOS, del delito de COLUSION AGRAVADA.

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

En el análisis del presente caso no se advierte la aplicación de la teoría de infracción del deber, dado que justamente no menciona cual es la norma extra-penal infringida, mucho menos hace mención al deber específico vulnerado por los imputados.

No se fundamenta, porque, JOSÉ DAVID VILLAVICENCIO SALINAS, EDGAR UBERTO PARIENTE LOAYZA, EDWIN YSMAEL VISURRAGA VILLEGAS, son cómplices primarios, dado que los dos primeros son funcionarios públicos, y el último es extraneus, respecto a los primeros, no ha señalado cual es el deber infringido, y respecto al último no señala bajo que título o teoría de imputación, se le considera su participación en un delito especial como es el caso de colusión agravada.

Asimismo, respecto a la autoría no menciona la relación funcional y fáctica. Al parecer el fiscal ha recurrido a la teoría del dominio del hecho, para determinar la autoría y participación.

Lo correcto según la teoría de infracción de deber, habría sido imputar a los funcionarios públicos como autores del delito de colusión agravada, por haber infringido sus deberes especiales (impuesto en el ROF, MOF y Ley de contrataciones con el Estado y su reglamento), mientras que el extraneus responde como cómplice.

ANÁLISIS DE CASO II

EXPEDIENTE : N° 00522-2016-23-2101-JR-PE-02

CASO:

“Sobre el Proyecto de “Desarrollo de capacidades humanas para la conservación y uso sostenible de los recursos Naturales de la Región Puno”, en fecha 11 de noviembre del 2011, el jefe de la oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares Ubaldo Apaza Acero y la Jefa de la Unidad de Adquisiciones Elizabeth Ojeda Mestas, del Gobierno Regional de Puno, otorgaron la BUENA PRO a 05 profesionales, que según términos de referencia estos debían realizar 20 ponencias, de los cuales solo dos ponentes realizaron 03

capacitaciones y 02 capacitaciones respectivamente; sin embargo se han tramitado los pagos como si se hubiera cumplido con el servicio”

Delimitación de los imputados (autoría y participación):

LUIS ADONIRAM RONQUILLO ATENCIO, Jefe de proyecto “Desarrollo de Capacidades Humanas para la Conservación y Uso Sostenible de los Recursos Naturales de la Región de Puno”. (Ha otorgado la conformidad a la prestación del servicio a los ponentes, a pesar que los ponentes no habían presentado los informes de capacitación que acrediten su cumplimiento), y JOSÉ ZENON ROGER CAHUA VILLASANTE, Gerente Regional de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente del Gobierno Regional (Se le imputa haber solicitado anticipadamente el pago de los servicios de los ponentes Mediante Memorándum N° 469-2011-G.R.-PUNO/GRRNyGMA) habrían infringido los artículos 10°, 11°, 26°, 35°, 55° de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, artículo 9° de la directiva de tesorería N° 001-2007-EF/77, numeral 3 de las normas del sistema de administrativo de contabilidad, aprobada por Resolución Ministerial N° 801-81-efc/76. Incumplimiento del deber específico establecida en el Cuadro N° 4.- Funciones y ubicación del personal en el Proyecto del Expediente Técnico (...) *El jefe del proyecto dirige, organiza y monitorea la ejecución del proyecto en su integridad es responsable de cada uno de los componentes. Asimismo de la ejecución física y financiera del proyecto*” (LUIS RONQUILLO ATENCION) y literal a) y h) del artículo 90° del Reglamento de Organización y Funciones, aprobado por Ordenanza Regional N° 008-2008, en donde señala: “...Aprobar, dirigir y controlar los planes, políticas en materia ambiental, áreas protegidas....” En su calidad de funcionarios públicos, se les imputa como AUTORES DEL DELITO DE COLUCION AGRAVADA.

DAVID DANZ CRUZ, HUGO LLANO MAMANI, BEATRIZ CUTIPA LLANQUE, CESAR CONCEPCIÓN RODRIGUEZ AGUILAR, CESAR CONCEPCIÓN RODRIGUEZ AGUILAR, EDWIN NELSON MAMANI VILCAPAZA, en su calidad de ponentes y extraeos, previa concertación con los funcionario públicos, se habrían apropiado de caudales del Estado. Se les imputa en calidad de PARTICIPES DEL DELITO DE COLUSION AGRAVADA.

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

La autoría en el presente caso está dada por LUIS ADONIRAM RONQUILLO ATENCIO y JOSÉ ZENON ROGER CAHUA VILLASANTE, los cuales están imputados, según el cargo que ostentaban, deber general infringido, y deber específico vulnerado. Y con respecto a los extraneos también se encuentra determinada la participación.

La acusación cumple con los presupuestos mínimos que exige la teoría de infracción de deber en este tipo de delito.

ANÁLISIS DE CASO III

EXPEDIENTE : N° 00274-2015-10-2108-JR-PE-01

CASO:

“La buena PRO a la empresa Compañía Importadora VAL S.A. representado por Luis Demetrio Vilca Luza, procediendo suscribir el contrato el Alcalde Atilio Rodo Huamán Tapara con Luis Demetrio Vilca Luza, en fecha 28 de abril del 2010 por un monto de S/. 691,000.00 soles, cuando el precio del vehículo según tasación se

encontraría en un menor valor, además de no cumplir con las especificaciones técnicas requeridas por el área correspondiente”.

Delimitación de los imputados (autores y partícipes):

ATILIO RODO HUAMAN TAPARA (Alcalde), MAGNO PEPE PERALTA BARRAGAN (jefe de unidad de abastecimientos y control patrimonial), JULIO ALVAREZ ARONI (Sub Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano y Rural), JUAN ROGER QUINTANILLA ANYAIPOMA (Miembro del Comité Especial), MAURO QUISPE PACO (Jefe de maquinaria), se les atribuye haber concertado con el proveedor, y se les imputa como AUTORES del delito de Colusión Agravada.

LUIS DEMETRIO VILCA LUZA, Representante legal de la Compañía Importadora VAL S.A. se le atribuye haber concertado con los funcionarios públicos para que se le otorgue la buena pro y finalmente beneficiarse económicamente, se le imputa en calidad de COMPICE PRIMARIO, del delito de Colusión Agravada.

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

En el presente caso objeto de análisis, se advierte que en el requerimiento de acusación fiscal no se observa la imputación y atribución de cargos a cada uno de los comprendidos en la presente investigación, únicamente se expone la imputación general de todo el caso.

En este marco no se puede establecer, cual es el deber incumplido, no precisa cual es la norma extra-penal vulnerada, asimismo, tampoco señala porque se imputa como autores a todos los funcionarios públicos. La debilidad del Ministerio Público, es muy notoria, al no realizar la atribución de hechos concretos a cada uno de los imputados.

Respecto a los funcionarios públicos, se le imputa haber concertado con el representante de la empresa Importadora VAL S.A., pero, se debe tener en cuenta que no todos tienen la condición de ser integrantes de comité de proceso de selección, dado que justamente esta función está reservado para los miembros de comité, y otros funcionarios públicos, no pueden intervenir, en el proceso de contratación, puesto que no son competentes para ello.

Más aun en el caso, no se señala porque se le imputa al alcalde, y no señala puntualmente cual es el deber infringido.

Asimismo, respecto a la autoría no menciona la relación funcional y fáctica.

Lo correcto, es imputar autores del delito de colusión agravada a los integrantes del comité especial, ya que ellos son los que han infringido su deber especial, mientras que el alcalde si fuera probada su participación ya que también habría declarado nulo algunos actos administrativos por resolución, debe imputársele también como autor. A los demás funcionarios que no se advierte haber vulnerado ningún deber especial, se les debe excluir de la acusación fiscal. Con respecto al extraneus, solo se le debe acusar como partícipe, ya que la teoría de infracción de deber no admite participación primaria y secundaria.

ANÁLISIS DE CASO IV

EXPEDIENTE : N° 00034-2012-10-2108-JR-PE-01

CASO:

“Marcial Huanca Mamani (Alcalde del distrito de Sina), conjuntamente con José Luis Pari Machaca (Administrador de la Municipalidad Distrital de Sina) y en concierto con la acusada Irene Turpo Paye (Representante de la empresa PAMAX

CONTRATISTAS GENERALES EIRL) han simulado el proceso de selección para la ejecución de la obra construcción del centro Perimétrico del Centro de Salud de SINA, por cuanto el comité especial nunca se instaló, ni sesiono ni tampoco fueron notificados, se le otorga la buena pro a la empresa PAMAX CONTRATISTAS GENERALES E.I.R.L, a pesar de no estar inscrito en el registro nacional de proveedores, además de que esta habría sido constituido solo con la finalidad de participar en el proceso de selección, y la titular de la empresa seria la conviviente del alcalde”.

Delimitación de los imputados (autores y participes):

La acusación fiscal señala literalmente: *“Los acusados MARCIAL HUANCA MAMANI, JOSÉ LUIS PARI MACHACA e IRENE TURPO PAYE, son COAUTORES de la comisión del delito de COLUSION, en agravio de la Municipalidad Distrital de Sina.”*

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

El requerimiento de acusación no contiene una imputación específica a cada uno de los imputados, tanto autores como participes. En el caso materia de análisis se imputa como coautores al señor alcalde MARCIAL HUANCA MAMANI, al administrador de la Municipalidad y a la Proveedora, pero no señala porque son autores de colusión; la teoría de infracción del deber, exige para imputar la autoría la infracción directa de un deber como funcionario público, y analizando el presente caso no se observa esa infracción del deber, y la vulneración de la norma extra-penal.

En el marco de esta teoría de infracción del deber, para identificar la autoría se debe partir por identificar las facultades y competencias del sujeto activo, segundo

establecer los deberes que tiene, y finalmente determinar y esos deberes tienen relación con la irregularidad cometida en el proceso de selección de los postores, (proceso de contratación pública).

En el delito de colusión los actos colusorios de inician siempre desde la fase de elaboración de bases del concurso, es desde ese momento que se direcciona para que gane una determinada empresa, y los responsables de esa fase son justamente, los miembros de comité especial, las cuales tienen la función de seleccionar al postor, verificando adecuadamente los requisitos y asignándoles puntajes que corresponda, y finalmente declarando ganador al postor con mejores propuestas económicas.

Lo que más llama la atención en el presente caso es que se imputa como coautor a la señora IRENE TURPO PAYE, cuando esta señora no tiene esa cualidad de ser funcionario público, cometiéndose una aberración jurídica digno de reproche, únicamente tenía la condición de ser representante de la empresa constructora empresa PAMAX CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

Lo correcto es imputar como autores del delito de colusión a los funcionarios públicos, por haber infringidos sus deberes especiales, mientras a la extraneus se le debe imputar como partícipe del delito de colusión, en base a la teoría de la unidad del título de imputación prevista en el artículo 25° del código penal.

ANÁLISIS DE CASO V

EXPEDIENTE : N° 000062-2015-10-2108-JR-PE-01

CASO:

“La Municipalidad de Coasa, ha ejecutado la obra “Construcción y Equipamiento de la Planta Lechera de la Comunidad Campesina de Coasa del Distrito de Coasa – Carabaya - Puno”, por la modalidad contrata con un presupuesto de S/. 528.203.78 soles”.

Se les imputa a los denunciados ANGEL AGUILAR HANCCO (Alcalde de la municipalidad distrital de Coasa), OCTAVIO PACCO LLUICHO (regidor de obras), OSCAR CHAMBI CARACELA (presidente del Miembro del Comité Especial) PATRICIO ABRAHAM APAZA LARICO (miembro del comité especial), PEDRO MARTINEZ TICONA (miembro del comité especial), haberse coludido con la imputada EVANGELINA RAMOS ZAPATA (Gerente de la empresa “Tecnología de viguetas Pretensadas SCRL - VIPRETEC S.R.L.”), en la operación proceso de selección de adjudicación directa selectiva N° 002-2012-MDC/CE, para direccionar a que la empresa obtenga la buena pro para ejecutar la obra, y suscrita el contrato de ejecución de obra, defraudando de esta manera a la municipalidad distrital de Coasa, colusión y direccionamiento que se evidencia con el hecho de que dicha empresa ya se encontraba realizando labores de construcción desde los meses de setiembre, octubre y noviembre del 2010, empero esta ha sido firmado el contrato de ejecución de obra recién el 13 de diciembre del 2010.

Delimitación de los imputados (autores y participes):

La acusación fiscal señala: *“Los imputados ANGEL AGUILAR HANCCO, OCTAVIO PACCO LLUICHO, OSCAR CHAMBI CARACELA, PATRICIO ABRAHAM APAZA LARICO, PEDRO MARTINEZ TICONA, tienen la calidad de AUTORES del delito de COLUSION, y por el delito contra la administración pública NEGOCIACION INCOMPATIBLE CON EL CARGO.*

La imputada EVANGELINA RAMOS ZAPATA, tiene la calidad de COMPICE PRIMARIO del delito contra la administración pública (...) COLUSION.”

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

En el presente requerimiento de acusación no existe la atribución concreta de cargos a los imputados, es así que no se puede establecer los cargos por las que afronta cada uno de los investigados, ello dificulta para establecer con claridad quienes son los autores, y si estas tienen la facultad y competencia para participar activamente en la contratación pública.

Únicamente se puede verificar una imputación genérica de cargos, donde se señala que los funcionarios públicos concertaron con la empresa ganadora encargada de construcción y equipamiento de la planta lechera.

En esta línea de análisis, debemos señalar con claridad que no se aplicó ni mucho menos se desarrolló la teoría de infracción del deber para delimitar la intervención de los intraneus y los extraneus en el delito de colusión, y justamente la no aplicación de esta teoría genera muchas deficiencias a la acusación fiscal, porque esta teoría nos conduce a la identificación de los deberes infringidos, y a través de estos deberes infringidos establecer la autoría y consecuentemente la imputación.

Asimismo, respecto a la autoría no menciona la relación funcional y fáctica.

Se determina **correctamente** la calidad de autores de los funcionarios públicos, sin embargo para los extraneus, se aplicó la teoría del dominio del hecho (cómplice primario), lo que no es admitido por la teoría de infracción de deber.

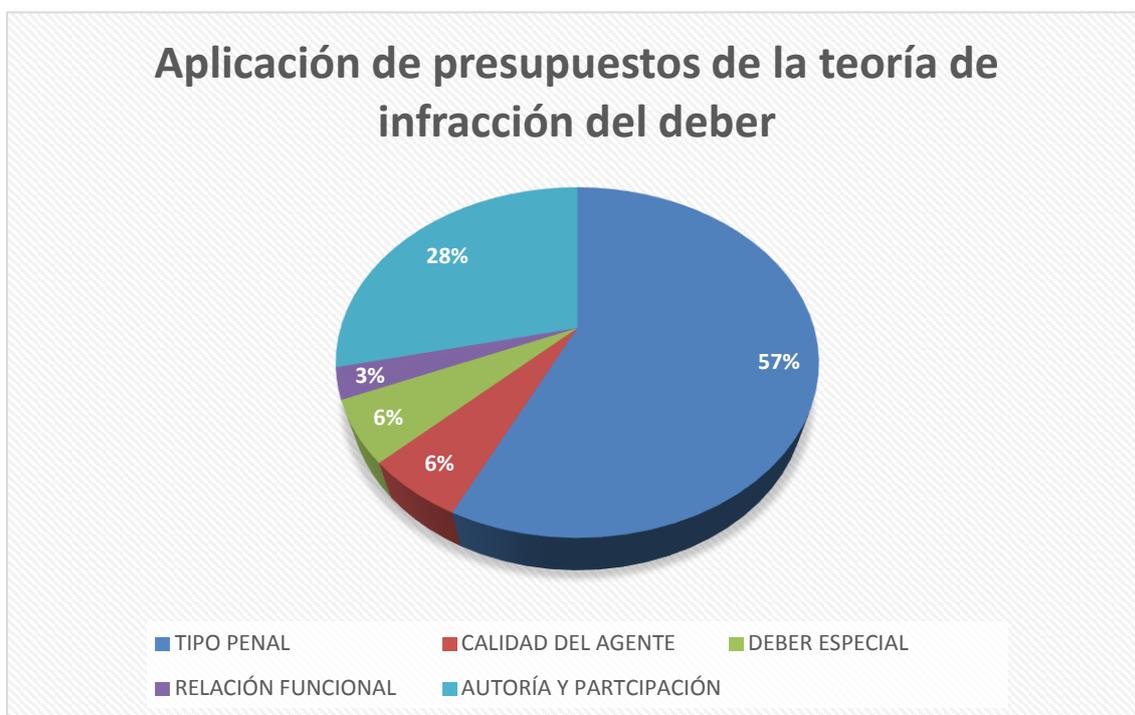
Aplicación de presupuestos de la teoría de infracción del deber a los requerimientos de acusación en el delito de COLUSIÓN.

PRESUPUESTOS PARA IMPUTAR LA AUTORÍA O PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER	
1.- Tipo penal	a) <u>Artículo 384. Colusión simple y agravada</u> , estamos ante un delito de infracción de deber, dado que la autoría siempre recaerá en un funcionario Público, a quien previamente se le ha encomendado ciertos deberes.
2.- Calidad del agente	b) En el presente caso objeto de análisis no se delimita adecuadamente esta categoría, cual es la cualidad especial del agente. Asimismo, respecto a la participación, si bien el particular no es portador de un deber especial, el fiscal no señala a este respecto.
3.- Deber especial	c) En el presente caso no se establece cual es el deber especial infringido, ello es una exigencia en los delitos de infracción de deber.
4.- Relación funcional	d) En el presente caso no se establece cual es la relación funcional o fáctica del autor con el bien jurídico protegido, y
5.- Autoría y participación	e) En la acusación fiscal se advierte la imputación de la autoría, sin embargo no

	desarrolla adecuadamente esta imputación a partir de los deberes inobservados.
OBSERVACIÓN.- En los casos analizados el fiscal del caso postula la coautoría, pese a que la teoría de infracción de deber no admite tal categoría.	

GRÁFICO N° 01

Aplicación de presupuestos de la teoría de infracción del deber a los requerimientos de acusación en el delito de COLUSIÓN



INTERPRETACION DEL GRAFICO

En el grafico 1 se puede observar que en las acusaciones analizadas sobre el delito de colusión en un 57% se determina el tipo penal adecuadamente, en un 28% determina adecuadamente la autoría y participación, solo en un 6% de determina la calidad del agente, en un 6% se determina el deber especial infringido y en un 3% se determina la relación funcional.

SUB CAPITULO 02**4.3.- TERCER COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN**

4.1.1.2.- Analizar como interpretan y desarrollan la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de peculado, los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno.

DISCUSIÓN. -

La discusión en este tercer componente de estudio se centra en el análisis de los casos referidos al delito de peculado regulado en el artículo 387 del Código Penal, para tal efecto siguiendo la línea de la investigación trazada, hemos seleccionado 5 casos, quienes constituyen objeto de análisis.

En los casos se analiza la interpretación y el desarrollo de la teoría de infracción del deber, como el Ministerio Público establece la autoría en un caso concreto, cuales son los presupuestos que utiliza, teniendo en cuenta que peculado es un delito de infracción del deber, entonces, cual es el tratamiento que el fiscal del caso le da a esta teoría tan importante para delimitar la intervención de intraneus y el extraneus.

Como se señaló en el marco teórico del estudio; Los delitos contra la Administración Pública, no se puede imputar con deberes genéricos infringidos, sino imputar a través de roles (competencias y atribuciones) y deberes especiales infringidos, en suma, sujetos con condición especial, así determinar y fundamentar la autoría y participación en este tipo de delitos.

ANÁLISIS DE CASO I**EXPEDIENTE****: N° 00015-2015-10-2108-JR-PE-02**

CASO:

“Desembolso de fondos públicos a través de cheques por la suma de S/. 6 000.00 y S/. 2 000.00 soles correspondientes a la municipalidad a nombre de JAIME RODOLFO ABARCA HUANCA (Gerente de desarrollo y servicios municipales), con cheques Nro. 49171591 y 49171593 respectivamente, correspondiente a la municipalidad provincial de Huancané, autorizados por OMAR MIGUEL TELLEZ ARIAS (Gerente municipal), por motivos de cargo interno para afrontar los gastos que generarían las actividades de las tradiciones fiestas de carnaval en Huancané, en el año 2012, y pese haber trascurrido más de dos años, el imputado nunca ha rendido las cuentas, por lo que se imputa haberse apropiado de los caudales públicos”

DELIMITACIÓN DE LOS IMPUTADOS (autores y partícipes):

Se le imputa en CALIDAD DE AUTOR a JAIME RODOLFO ABARCA HUANCA, de la comisión del delito contra la administración pública, en su modalidad de delitos cometidos por funcionarios públicos, en su forma de PECULADO, en su sub forma PECULADO DOLOSO POR APROPIACION, ilícito previsto en el PRIMER PARRAFO del artículo 387° del Código Penal.

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

En el presente caso al señor JAIME RODOLFO ABARCA HUANCA se le imputa el delito de peculado, en la modalidad de apropiación de caudales consistentes en dinero, asimismo se señala que el mencionado imputado tenía la calidad de Gerente de Desarrollo y Servicios Múltiples de la Municipalidad Provincial de Huancané, sin embargo no señala

el deber infringido, cuál es ese deber contenido en la norma extra-penal inobservado y la relación funcional que vincula con el bien jurídico protegido.

La teoría de infracción del deber señala como base de imputación penal, haber establecido el deber infringido, como su primer presupuesto, y luego haberse establecido la relación funcional o fáctica con el bien jurídico protegido.

No basta ser funcionario público para ser imputado por el delito de peculado, más importante es señalar con claridad cuál es el rol quebrantado, y en que instrumento está regulado ese rol; en el caso se habla de desembolso de dinero a favor de JAIME RODOLFO ABARCA HUANCA, pero que responsabilidad tiene la persona o el funcionario que ha girado el dinero o la persona que ha depositado el dinero, lo más saltante sería cual es el grado de responsabilidad tiene ese sujeto.

Más aun en el caso, no se señala porque no establecen la responsabilidad del Gerente Municipal, quien autoriza el desembolso de dinero, y no señala puntualmente cual es el deber infringido.

ANÁLISIS DE CASO II

EXPEDIENTE : N° 000116-2015-10-2108-JR-PE-01

CASO:

“Apropiación de los caudales del estado (Municipalidad de Azángaro) a través de la modalidad de encargos internos por la cantidad total de S/. 103, 490.00, Encargos internos a seis planes de trabajo en el año 2012 a LUIS ALBERTO YUCRA CHUPA (Jefe de la Oficina de Desarrollo Social de la Municipalidad Provincial de Azángaro entre los años 2012 y 2013) en los siguientes planes: PRODUCCION Y

COMERCIALIZACION DE PRODUCTOS PESQUEROS, DIA DEL MESTRO AZAGARINO, DIA DEL ESTUDIANTE AZAGARINO, AYUNDANDO CON PROTESIS DENTALES TOTALES GRATUITAS A LOS MAYORES DE LA TERCERA EDAD, CELEBRACION DIA INTERNACIONAL DE LA MUJER Y DIA DE LA MADRE, los mismos que según la comisión auditora de la contraloría general de la república, no tendrían documentos sustentatorios sobre los gastos incurridos, por lo que de concluye que este se habría apropiado contando con la colaboración de NOLBERTO MAMANI QUISPE y ALBERTO HERNAN LANZA VASQUES, funcionarios de la Municipalidad Provincial de Azángaro, ya que ”

DELIMITACIÓN DE LOS IMPUTADOS (autores y partícipes):

Se le imputa a LUIS ALBERTO YUCRA CHUPA (Jefe de la Oficina de Desarrollo Social de la Municipalidad Provincial de Azángaro entre los años 2012 y 2013), como AUTOR DIRECTO, de la comisión del delito contra la administración pública, en su forma de PECULADO, en su sub forma de PECULADO DOLOSO POR APROPIACION, ilícito previsto en el PRIMER PARRAFO del artículo 387° del código penal.

Se le imputa en calidad de COMPLICES PRIMARIOS a NOLBERTO MAMANI QUISPE (Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Azángaro) y ABERTO HERNAN LANZA VASQUEZ (Gerente de Administración de la Municipalidad Provincial de Azángaro), del delito de Peculado, en su sub forma de PECULADO POR APROPIACION.

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

El requerimiento de acusación respecto al imputado LUIS ALBERTO YUCRA CHUPA, señala en primer lugar cual es el cargo desempeñado, Jefe de la Oficina de Desarrollo Social de la Municipalidad Provincial de Azángaro entre los años 2012 y 2013, asimismo señala cual sería la normatividad infringida, y el deber genérico infringida, hasta aquí en asunto esta medianamente claro, aunque no señala el deber especial vulnerado, así también no señala con mucha claridad cuál es la relación funcional o fáctica respecto al bien jurídico protegido, el patrimonio objeto de apropiación, de que se imputa.

La teoría de infracción del deber señala como base de imputación penal, haber establecido el deber infringido, como su primer presupuesto, y luego haberse establecido la relación funcional o fáctica con el bien jurídico protegido.

Ahora bien, el asunto que no está claro es respecto a los supuestos cómplices a la que se refiere la acusación fiscal, NOLBERTO MAMANI QUISPE y ALBERTO HERNAN LANZA VASQUEZ, teniendo en cuenta que estos dos últimos tienen la calidad de funcionarios públicos, pero no señala cual es el deber infringido, ni la norma entra-penal vulnerada.

Hay serios problemas de delimitación, e imputar de acuerdo a las infracciones del deber, más aun confunden categorías jurídicas, el fiscal imputa coautoría, sin embargo la teoría infracción del deber no admite esta categoría.

Lo correcto es imputar como autores del delito de colusión a los funcionarios públicos, previamente haber establecido sus deberes infringidos, mas no existe en este caso complicidad.

ANÁLISIS DE CASO III

EXPEDIENTE

: N° 000146-2015-10-2108-JR-PE-02

CASO:

“Apropiación de los caudales del estado por un monto de S/. 10,000.00 soles, factura N° 000738 de serie 003, emitida por el proveedor CHANO MOTORS S.A.C, por concepto de mantenimiento y reparación de motor y otros de la camioneta NISSAN FRONTIER de placa rodaje PIL-191, asignado a IGNACIO FLORES PEREZ, quien habría presentado ante el nuevo director de AGRORURAL Puno, el informe N° 004-2014-AG-AGRORURAL-IFP/CHOFER, en el cual informa que el administrador de la dirección zonal LUIS ENRIQUE GODOY LAZO, lo llamo a su despacho para indicarle que existe una factura por concepto de mantenimiento y reparación de motor y otros a la camioneta, asimismo señala que dicho administrador de dijo que debía firmar la conformidad de la reparación para presentar la rendición de cuentas y posteriormente se hará su reparación respectiva por que la referida camioneta está a responsabilidad del chofer. No obstante el chofer no tenía conocimiento que había presupuesto para tal reparación. Posteriormente se habrían realizado diversos actos, para finalmente emitir comprobante de pago N° 3194, suscrito por LUIS ENRIQUE GODOY LAZO, con el visto bueno de CLEMENTE LIMACHE RIVAS, y no teniendo evidencias de la reparación realizada al vehículo, es que se presume que estos se habrían apropiado de los caudales del Estado”.

DELIMITACIÓN DE LOS IMPUTADOS (autores y partícipes):

Se les atribuye en calidad de AUTORES DIRECTOS a JUAN CLEMENTE LIMACHE RIVAS (Director de la Dirección Zonal AGRORURAL) y LUIS ENRIQUE GODOY LAZO (Administrador de la Dirección Zonal AGRORURAL), del delito contra la administración pública, en su modalidad de delitos cometidos por funcionarios públicos,

en su forma de PECULADO, en su sub forma PECULADO DOLOSO POR APROPIACION, previsto en el artículo 387° del código penal.

Como COMPLICE PRIMARIO a ZACARIAS HALLASI QUISPE (Gerente General de la empresa CHANO MOTORS S.A.C.), del delito de PECULADO.

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

La teoría de infracción del deber señala como base de imputación penal, haber establecido el deber infringido, como su primer presupuesto, y luego haberse establecido la relación funcional o fáctica con el bien jurídico protegido.

En este orden debemos señalar que en el caso concreto requerimiento de acusación fiscal objeto de análisis, se establece el cargo de los imputados JUAN CLEMENTE LIMACHE RIVAS y LUIS ENRIQUE GODOY LAZO, sin embargo no señala cual es el deber infringido, exigencia básica de la teoría de infracción del deber, o sino medianamente debió de señalar otra teoría (como es la teoría del dominio del hecho) para establecer la autoría y participación, aunque esta última teoría no es viable aplicar a los delitos especiales como el delito de peculado.

Ahora bien, el asunto más grave en el presente caso es no haber establecido porque un particular puede ser cómplice en el delito de peculado, en todo caso cuál es su deber infringido o su aporte para la configuración.

ANÁLISIS DE CASO IV

EXPEDIENTE : N° 000961-2015-10-2108-JR-PE-01

CASO:

“Apropiación de los bienes (materiales de escritorio) faltantes respecto de la dotación de Útiles de Escritorio del Tercer Trimestre 2014 conforme el pedido interno de almacén PIA N° 601, dotación de bienes provenientes de la sede central de la fiscalía de la nación - Lima, que fueron destinadas para el distrito fiscal de Puno, el día 30 de noviembre de 2014, el imputado EDWIN SENEN QUEA JUANITO, habría recepcionado los materiales de escritorio transportados por DENISSE CORPORACION S.A.C., sin realizar la verificación de los bienes recibidos, y LUCIO ARMANDO TICONA GORDILLO, en su condición de administrador firmó el documento de pedido interno de almacén en el rubro recibí conforme, permitiendo de esta manera por parte de ambos imputados y ELIDIO TEMISTOCLES SERPA MORALES (Gerente general de la empresa DENISSE CORPORACION S.A.C.), se apropien de los bienes faltantes ”.

DELIMITACIÓN DE LOS IMPUTADOS (autores y partícipes):

Se le imputa como AUTORES DIRECTOS de la comisión del delito de PECULADO, en su sub forma PECULADO DOLOSO POR APROPIACION a LUCIO ARMANDO TICONA GORDILLO y EDWIN SENEN QUEA JUANITO.

Se imputa como COMPLICE PRIMARIO (EXTRANEUS) a ELIDIO TEMISTOCLES SERPA MORALES (Gerente General de la empresa DENISSE CORPORACIÓN S.A.C.).

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

La teoría de infracción del deber señala como base de imputación penal, haber establecido el deber infringido; en este orden debemos señalar que en el caso concreto requerimiento

de acusación fiscal objeto de análisis, se establece el cargo de los imputados LUCIO ARMANDO TICONA GORDILLO y EDWIN SENEN QUEA JUANITO, sin embargo no señala cual es el deber infringido, exigencia básica de la teoría de infracción del deber.

Ahora bien, el asunto más grave en el presente caso es no haber establecido porque un particular puede ser cómplice en el delito de peculado, en todo caso cuál es su deber infringido o su aporte para la configuración.

ANÁLISIS DE CASO V

EXPEDIENTE : N° 000067-2015-10-2108-JR-PE-02

CASO:

“Apropiación de caudal consistente en dinero que fue producto de la venta de terreno propiedad de la municipalidad distrital de San Juan del Oro, por parte del señor alcalde GREGORIO LUQUE APAZA, a favor de su sobrino ERNESTO CHOQUE CHALCO, Venta realizada por la suma total de S/. 6.000.00 soles, el mismo que ha sido objeto de apropiación”

DELIMITACIÓN DE LOS IMPUTADOS (autores y partícipes):

A.- GREGORIO LUQUE APAZA, tenía la condición de alcalde de la Municipalidad Distrital San Juan del Oro. (Se le imputa haberse apropiado de los bienes consistente en dinero la suma de S/. 6.000.00 soles).

B.- ERNESTO CHOQUE CHALCO, No tiene la condición de funcionario Público, únicamente tiene la condición de comprador del bien inmueble de parte de la Municipalidad Distrital San Juan del Oro. (Se le imputa complicidad en el delito de peculado).

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

La teoría de infracción del deber señala como base de imputación penal, haber establecido el deber infringido, como su primer presupuesto, y luego haberse establecido la relación funcional o fáctica con el bien jurídico protegido.

En este orden debemos señalar que en el caso concreto requerimiento de acusación fiscal objeto de análisis, se establece el cargo del imputado GREGORIO LUQUE APAZA, sin embargo no señala cual es el deber infringido, exigencia básica de la teoría de infracción del deber, o sino medianamente debió de señalar otra teoría (como es la teoría del dominio del hecho) para establecer la autoría y participación, aunque esta última teoría no es viable aplicar a los delitos especiales como el delito de peculado.

Ahora bien, el asunto en el presente caso también es no haber establecido porque un particular puede ser cómplice en el delito de peculado, en todo caso cuál es su deber infringido o su aporte para la configuración y consumación de un delito especial, no negamos pueda tener esa condición, pero debe expresar bajo que fundamentos se le imputa complicidad (teoría de la unidad del título de imputación).

Aplicación de presupuestos de la teoría de infracción del deber a los requerimientos de acusación en el delito de PECULADO.

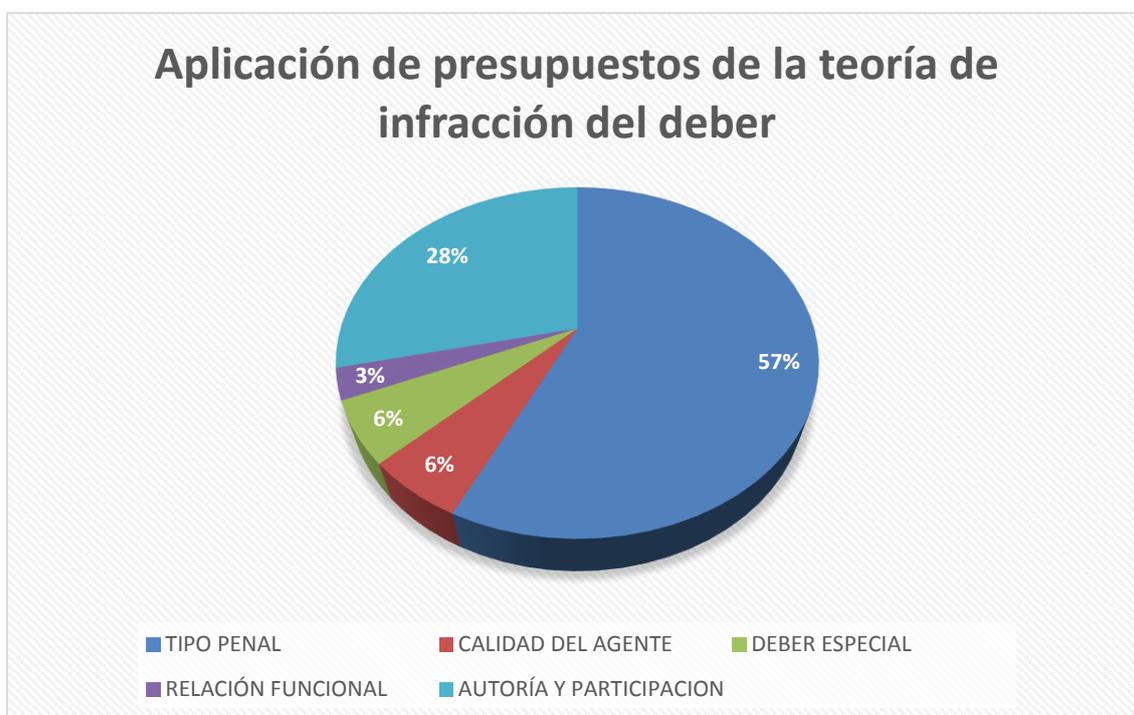
PRESUPUESTOS PARA IMPUTAR LA AUTORÍA O PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCION DE DEBER	
1.- Tipo penal	a) <u>Artículo 387. Peculado doloso y culposo</u> , estamos ante un delito de infracción de deber,

	<p>puesto que el autor siempre será un funcionario público.</p>
2.- Calidad del agente	<p>b) En los casos objeto de análisis no se delimita adecuadamente esta categoría, cual es la cualidad especial del agente.</p> <p>Asimismo, respecto a la participación, si bien el particular no es portador de un deber especial, la fiscal no señala bajo que fundamentos está imputando.</p>
3.- Deber especial	<p>c) No se establece cual es el deber especial infringido, ello es una exigencia obligatoria en los delitos de infracción de deber. Peor aún en la complicidad no establece una debida imputación.</p>
4.- Relación funcional	<p>d) Otro punto importante, es que en los casos no se establece cual es la relación del autor con los bienes o efectos, funcional o fáctica, ello debe ser delimitado claramente en las acusaciones fiscales.</p>
5.- Autoría y participación	<p>e) En la acusación penal se advierte la imputación de la autoría, sin embargo no desarrolla adecuadamente esta imputación a partir de los deberes inobservados, ni de la relación funcional o fáctica advertida.</p>

OBSERVACIÓN.- En los casos objeto de análisis se advierte una problemática grave, en el sentido que no señalan bajo que fundamentos de imputa al tercero particular, en todo caso deberían de señalar si aplican la unidad de título de imputación o ruptura de título de imputación.

GRÁFICO N° 02

Aplicación de presupuestos de la teoría de infracción del deber a los requerimientos de acusación en el delito de PECULADO



INTERPRETACION DEL GRAFICO

En el gráfico 2 se puede observar que en las acusaciones analizadas sobre el delito de peculado en un 57% se determina el tipo penal adecuadamente, en un 28% determina adecuadamente la autoría y participación, solo en un 6% de determina la calidad del agente, en un 6% se determina el deber especial infringido y en un 3% se determina la relación funcional.

3.4.- CONTRASTACION DE LAS HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

PARA LA HIPÓTESIS I

1.- La teoría de infracción del deber, recurre a la norma extra-penal, para analizar los deberes infringidos de base administrativa, calidad especial del sujeto y la vinculación funcional para delimitar la autoría y participación en los delitos de colusión y peculado.

La hipótesis N° 01 se ha verificado positivamente (se ha probado relativamente), toda vez de que en la hipótesis se ha señalado tres aspectos como elementos nucleares de la teoría de infracción del deber (deberes infringidos, calidad del sujeto y vinculación), sin embargo en la investigación se ha establecido y determinado más elementos, razón por la cual se ha probado relativamente.

Es así que mediante la investigación se estableció los siguientes presupuestos que sustentan la teoría de infracción del deber, los mismos son: (i) determinar el tipo de delito descrito en la norma penal, (ii) delimitar la calidad del sujeto activo: especial o común, (iii) establecer el deber específico emanado de la norma extra-penal, (iv) establecer la relación funcional o fáctica del intraneus y extraneus con el bien jurídico protegido en razón al deber que ostenta, y (v) Imputar y fundamentar la responsabilidad penal del autor o participe en base al delito imputado.

No solamente ello sino también se advirtió la problemática que se presenta en esta teoría, los mismos que sea clasificado de la siguiente forma: 1.- Respecto a Coautoría. 2.- Respecto a la complicidad. 3.- Respecto al deber. 4.- Autoría mediata. 5.- Bien jurídico

PARA LA HIPÓTESIS II

2.- Los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno en un 90% no interpretan ni desarrollan la teoría infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de colusión, es así que en las acusaciones no identifican en forma coherente el título de autor y los partícipes en la concertación para defraudar al estado.

La hipótesis N° 02 se ha verificado con certeza, dado que los argumentos señalados en la presente hipótesis se han comprobado y fortalecido en las conclusiones que corresponden a este componente de estudio.

En los casos analizados en un 90% los fiscales de la especializada en los delitos de corrupción de funcionarios no hace un adecuado desarrollo ni interpretación de la teoría de infracción del deber, ello obedece a que los fiscales a cargo de las investigaciones tratan de aplicar la teoría del dominio del hecho, desnaturalizando esta teoría, (forzando la aplicación), y es que justamente en los delitos especiales no se puede aplicar una teoría que sirve para imputar la autoría en los delitos de organización.

En los delitos contra la administración pública, y más precisamente en el delito de colusión, para imputar la autoría y participación se debe recurrir a la teoría de infracción del deber.

Finalmente hay que señalar que el universo de la investigación para este componente estaba constituido por 10 casos, materializado en diez acusaciones por el delito de colusión, los mismos que han sido analizados, llegando a establecerse que en 90% los fiscales no desarrollan ni en lo mínimo la teoría de infracción del deber.

PARA LA HIPÓTESIS III

3.- Los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno en un 90% no interpretan ni desarrollan adecuadamente la teoría infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de peculado, es así que en las acusaciones no identifican adecuadamente el título de autor y si admite la participación del extraneus.

La hipótesis N° 03, en el mismo sentido que la hipótesis anterior, se ha verificado positivamente, puesto que se ha acreditado en los casos analizados en un 90% los fiscales de la fiscalía especializada en los delitos de corrupción de funcionarios, no interpretan ni desarrollan adecuadamente la teoría de infracción del deber, la razón principal es que la imputación lo hacen con una mirada de la teoría de dominio del hecho, pero hemos aclarado en los delitos especiales la teoría que corresponde ser aplicada es la teoría de infracción del deber, y la imputación se debe realizar bajos los parámetros y presupuesto de esta teoría.

El problema en el delito de peculado no está en si interviene o no el particular en este delito, el asunto central está en cómo imputar al tercero extraneus, como plantear la acusación, porque decir cómplice y porqué decir instigador si fuera el caso, cual es la teoría bajo el cual se imputa. En los cinco casos analizados no se observa nada de eso, y como consecuencia de ello los procesos en la etapa de juicio oral muchos de ellos han fracasado por tener un defecto en la imputación.

Finalmente hay que señalar que el universo de la investigación para este componente estaba constituido por 10 casos, materializado en diez acusaciones por el delito de colusión, los mismos que han sido analizados, llegando a establecerse que en 90% los fiscales no desarrollan ni en lo mínimo la teoría de infracción del deber.

COMENTARIOS:

Los factores que influyen para la deficiente interpretación y desarrollo de la teoría de infracción de deber, reflejado en las acusaciones analizadas, están entre otros el desconocimiento de las bondades de la teoría de infracción de deber para determinar la autoría y participación, y la falta de tiempo de los fiscales ya que según los datos obtenidos desde la fiscalía especializada, los fiscales vienen afrontando sobrecarga en su trabajo (72 casos aproximadamente por fiscal), el fiscal debe realizar un trabajo arduo, sacrificando sus tiempos libres y descuidando a su familia, ya que los casos asignados responden a toda la región de Puno, trasladándose a las provincias más lejanas como Sandía y Carabaya, para asistir a las diligencias y audiencias programadas por el Poder Judicial.

Se sugiere urgentemente al gobierno como políticas de lucha contra la corrupción reorganizar las fiscalías especializadas en corrupción de funcionarios, dotándolos de las herramientas necesarias (personal necesario, capacitación constante, y materiales adecuadas).

V. CONCLUSIONES

PRIMERA: La teoría de infracción del deber, es un planteamiento que sustenta la responsabilidad penal en la infracción de un deber positivo específico que ostenta una personal en la sociedad y en una situación concreta, y para imputar la autoría o participación establece los siguientes presupuestos: a) determinar el tipo de delito descrito en la norma penal, b) delimitar la calidad del sujeto activo: especial o común, c) establecer el deber específico emanado de la norma extra-penal, d) establecer la relación funcional o fáctica del intraneus y extraneus con el bien jurídico protegido en razón al deber que ostenta, y e) Imputar y fundamentar la responsabilidad penal del autor o participe en base al delito imputado. Y en este marco construir las proposiciones fácticas en las disposiciones y requerimientos de acusación fiscal para atribuir responsabilidad penal.

SEGUNDA: Los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Puno en un 90% no interpretan ni desarrollan adecuadamente la teoría infracción del deber para delimitar la autoría y participación en el delito de colusión, es así que en las acusaciones no identifican adecuadamente el título de autor y si admite la participación del extraneus. únicamente en los requerimientos de acusación se observa una operación de inferencia del cargo del sujeto y los actos realizados para imputar autoría, y participación a los sujetos activos. Teniendo en cuenta que el delito de colusión es un delito de participación necesaria donde se exige la intervención del extraneus, y la imputación en este delito se debe desarrollar en base a la teoría de unidad de título de imputación.

TERCERA: En los casos estudiados; referido al delito de peculado, los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios del distrito fiscal de Puno, en un 90%, no interpretan ni desarrollan la teoría infracción del deber para delimitar la

autoría y participación. Ahora bien, en el delito de peculado el autor es aquel funcionario que tiene la relación funcional o fáctica con el bien jurídico protegido, sin embargo, la participación es un asunto discutible, dado que la admisión de un extraneus no es sencilla determinar ni imputar, básicamente porque estamos ante un delito de infracción del deber donde para determinar la participación tenemos que verificar su intervención y recurrir a la teoría de unidad de título de imputación.

CUARTA: Los fiscales de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios del Distrito fiscal de Puno, (en los casos analizados) en un alto porcentaje no interpreta ni se desarrolla expresamente la “teoría de infracción del deber” para delimitar la intervención del intraneus como autor y el extraneus como participe en los delitos de colusión y peculado regulados en el artículo 384 y 387 del Código penal respectivamente, es así que en los requerimientos de acusación no expresan los presupuestos del porque un funcionario público es autor del delito de peculado o colusión y porque el particular es participe en un delito especial en los casos concretos.

VI. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se sugiere a los operadores del derecho, a efectos de analizar y determinar la autoría y participación en los delitos contra la administración pública, más específicamente en los delitos de colusión y peculado se debe recurrir a la teoría de infracción del deber planteado por el jurista Claus Roxin, siguiendo la siguiente secuencia a) determinar el tipo de delito descrito en la norma penal, b) delimitar la calidad del sujeto activo: especial o común, c) establecer el deber específico emanado de la norma extra-penal, d) establecer la relación funcional o fáctica del intraneus y extraneus con el bien jurídico protegido en razón al deber que ostenta, y e) Imputar y fundamentar la responsabilidad penal del autor o participe en base al delito imputado.

SEGUNDA: Se sugiere, analizar la naturaleza de cada delito de infracción de deber, y establecer si admite participación del extraneus o se prescinde de esa participación necesaria, ello en el marco de la teoría de infracción del deber, dado que una de las exigencias y presupuestos básicos de ésta teoría es establecer si la intervención del tercero particular es necesario para la configuración del tipo penal, dado que en el delito de colusión esa intervención es imprescindible para la configuración del delito.

TERCERA: Se sugiere que, en la aplicación de la teoría de infracción del deber para determinar la autoría y participación en el delito de peculado se debe tener en cuenta como paso previo; determinar en qué supuesto este delito admite la participación del extraneus para su configuración, dado que uno de los presupuestos de la teoría de infracción del deber es analizar la morfología del delito especial a efectos de analizar la participación de un tercero.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Vasquez, M. (2004). *Autoria y Participacion y la Teoria de Infraccion de Deber*.
- Caro John, J. A. (2004). *Algunas Consideraciones Sobre los Delitos de Infraccion de Deber*.
- Figueroa Ortega, Y. (2007). *Delitos de Infraccion de Deber*. En Y. Figueroa Ortega, *Delitos de Infraccion de Deber*. Madrid: Idemsa.
- Garcia Cavero Percy, Castillo Alva Jose Luis. (2008). *Delitos Contra la Administracion Publica*. Lima: Jurista Editores.
- Garcia Cavero, P. (2009). *La Pena del Participe Extraneus en los Delitos Especiales*.
- Jakobs, G. (1996). *La Imputacion Penal de la Accion y de la Omision*. Madrid: Indemsa.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal (parte general)*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Jakobs, G. (1997). *Imputacion Objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires: AD-HOC.
- Jakobs, G. (2003). *Actuar y Omitir*. Madrid.
- Kindhauser, U. (2011). *Infraccion de deber y autoria*.
- Morales, F. D. (2017). *Código Penal y Jurisprudencia Actualizada al 2017*. Lima: Ediciones Legales.
- Reategui Sanchez, J. (2015). *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Lima: Instituto Pacifico.
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos Contra la Administracion Publiva*. Lima: Grijley.
- Rojas Vargas, F. (2012). *Delitos Contra la Administracion Publica*. Lima: Grijley.
- Roxin, C. (1998). *Autoria y Dominio del Hecho*. Madrid.
- Salazar Sanchez, N. (2007). *"Dogmatica Actual de la Autoria y Participacion Criminal"*. Lima: Indemsa Editorial.
- Salinas Siccha, R. (2016). *Delitos Contra la Administracion Publica*. Lima: Jurista Editores.
- San Martin Castro, C. (2014). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Grijley.
- San Martín, C. C. (2016). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima: Jurista Editores.

Sanchez Vera, T. (2002). *Delito de Infraccion de Deber y Participacion Delictiva*.
Madrid: Civitas.

Torres Alzamora, J. E. (2011). La Participacion en los delitos de infraccion de deber.

Zafaroni, E. R. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

ANEXOS

ÍNDICE DE LOS ANEXOS

ANEXO A : Ficha Textual

ANEXO B : Ficha de Resumen

ANEXO C : Ficha de análisis de contenido.

ANEXO D : Ficha de análisis de caso.

ANEXO A

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA TEXTUAL

Tema: INFRACCIÓN DEL DEBER

Ficha No 015.

Autor: SALINAS, R. (2012).

Pág: 115

“(…) Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un “deber especial de carácter penal” que no recae en todas las personas, sino en aquellos sujetos calificados que pueden cometer estos delitos. De modo que el fundamento no es el deber general que surge del tipo penal, cuya infracción provoca la sanción prevista en el tipo”.

Nota: Este es uno de los tópicos que se desarrollan en la investigación, en el marco de la investigación.

ANEXO B

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE RESUMEN

<p>.....</p>
--

ANEXO N° C

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

“INTERPRETACIÓN Y DESARROLLO DE LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DEL DEBER PARA DELIMITAR LA INTERVENCIÓN DE LOS INTRANEUS Y EXTRANEUS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

I.- IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

- 1.1. Título de contenido: *“Teoría de Infracción del deber”*
- 1.2. Autor: Giovanni F. Priori Posada.
- 1.3. Lugar de edición:..... Año:..... Editorial:.....

II.- CRITERIOS DE ANÁLISIS

ARGUMENTOS
.....
ANÁLISIS
.....
OBSERVACIÓN
.....

ANEXO D
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CASO CUALITATIVO

ANÁLISIS DE CASO I

EXPEDIENTE	: N° 00169-2015-59-2113-JR-PE-01	
Órgano jurisdiccional:	1° JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA – Sede Yunguyo.	
DELITO:	1.- COLUSIÓN AGRAVADA, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	
Imputado: WALKER CHALCO RONDON y otros.	Agraviado: Municipalidad Provincial de Yunguyo– representado por la Procuraduría Pública.	
Condición	COAUTORÍA	
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION	
Estado	Acusación – Etapa Intermedia	
CASO:		
<p><i>“Suscripción del contrato de exoneración N° 001-2011-MPY, entre el alcalde WALKER CHALCO RONDON y el Gerente General de la Empresa Inversiones y Representaciones FRITZ EIRL Edwin Visurraga Villegas, con el visto bueno de Sub- Gerente de Administración Alejandro Gutiérrez Flores, Asesor Legal Yony Flores Calumani y del jefe del Área de Abastecimiento Miller Roberto García Huanca”.</i></p> <p>Delimitación de los imputados (autores y partícipes):</p> <p>A.- WALKER CHALCO RONDON, Alcalde y presidente del concejo Municipal de la Municipalidad Provincial de Yunguyo. (Haber concertado con EL REPRESENTANTE empresa FRITZ E.I.R.L.)</p> <p>B.- JOSÉ DAVID VILLAVICENCIO SALINAS, Gerente Municipal (Haber prestado auxilio de manera dolosa para la realización del ilícito penal)</p>		

C.- EDGAR UBERTO PARIENTE LOAYZA, Sub Gerente de Administración Tributaria de la Municipalidad, (Haber prestado auxilio de manera dolosa para la realización del ilícito penal).

D.- ELISBAN DANTE MAMANI LAURENTE, Secretario del Concejo Municipal de Yunguyo. (haber insertado una declaración falsa en el Acuerdo de Concejo N° 019-2011-CM-MPY de fecha 28 de febrero del 2011)

E.- EDWIN YSMAEL VISURRAGA VILLEGAS, Gerente General de Inversiones y representaciones FRITZT EIRL, (Haberse concertado con los funcionario de la Municipalidad Provincial del Yunguyo)

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

En el análisis del presente caso no se advierte la interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber, dado que justamente no menciona cual sería el deber positivo insitucional o al decir de Roxin la norma extra-penal infringida, mucho menos hace mención al deber específico vulnerado por los imputados.

No se fundamenta, porque, **JOSÉ DAVID VILLAVICENCIO SALINAS, EDGAR UBERTO PARIENTE LOAYZA, EDWIN YSMAEL VISURRAGA VILLEGAS**, son cómplices primarios, dado que los dos primeros son funcionarios públicos, y el ultimo es extraneus, respecto a los primeros, no ha señalado cual es el deber infringido, y respecto al último no señala bajo que título o teoría de imputación, se le considera su participación en un delito especial como es el caso de colusión agravada.

Asimismo, respecto a la autoría no menciona la relación funcional y fáctica.

OBSERVACIONES: Ninguna

ANÁLISIS DE CASO II

EXPEDIENTE	: N° 00522-2016-23-2101-JR-PE-02
Órgano jurisdiccional:	3° JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA – Sede Central-Puno.
DELITO:	1.- COLUSIÓN AGRAVADA, previsto en el artículo 384° del Código Penal.

Imputado: ZENON ROGER CAHUA VILLASANTE y otros.	Agraviado: Gobierno Regional de Puno– representado por la Procuraduría Pública.
Condición	COAUTORÍA
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION
Estado	Acusación – Etapa Intermedia
CASO:	
<p>“sobre el Proyecto <i>de</i> “Desarrollo de capacidades humanas para la conservación y uso sostenible de los recursos Naturales de la Región Puno”, en fecha 11 de noviembre del 2011, el jefe de la oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares Ubaldo Apaza Acero y la Jefa de la Unidad de Adquisiciones Elizabeth Ojeda Mestas, otorgaron la BUENA PRO”</p> <p>Delimitación de los imputados (autoría y participación):</p> <p>A.- LUIS ADONIRAM RONQUILLO ATENCIO, Jefe de proyecto “Desarrollo de Capacidades Humanas para la Conservación y Uso Sostenible de los Recursos Naturales de la Región de Puno”. (Haber otorgado la conformidad a la prestación del servicio a los ponentes, a pesar que los ponentes no habían presentado los informes de capacitación que acrediten su cumplimiento)</p> <p>B.- JOSÉ ZENON ROGER CAHUA VILLASANTE, Gerente Regional de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente del Gobierno Regional (Haber solicitado anticipadamente el pago se los servicios de los ponentes Mediante Memorándum N° 469-2011-G.R.-PUNO/GRRNyGMA)</p> <p>C.- EDGAR UBERTO PARIENTE LOAYZA, Sub Gerente de Administración Tributaria de la Municipalidad, (Haber prestado auxilio de manera dolosa para la realización del ilícito penal).</p> <p>D.- DAVID DANZ CRUZ, Ponente. (haber concertado y haberse beneficiado con S/. 10,400.00 soles)</p> <p>E.- HUGO LLANO MAMANI, Ponente. (haber concertado y haberse beneficiado con S/. 10,400.00 soles)</p> <p>F.- BEATRIZ CUTIPA LLANQUE, Ponente. (haber concertado y haberse beneficiado con S/. 10,400.00 soles)</p> <p>G.- CESAR CONCEPCIÓN RODRIGUEZ AGUILAR, Ponente. (haber concertado y haberse beneficiado con S/. 10,400.00 soles)</p>	

H.- EDWIN NELSON MAMANI VILCAPAZA, Ponente. (haber concertado y haberse beneficiado con S/. 10,400.00 soles)

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

La coautoría en el presente caso está dada por **LUIS ADONIRAM RONQUILLO ATENCIO** y **JOSÉ ZENON ROGER CAHUA VILLASANTE**, los cuales están imputados, según el cargo que ostentaban y el deber general infringido, pero no se menciona cual es el deber específico vulnerado para sustentar la responsabilidad penal. Ahora bien, respecto a los **EXTRANEUS** es preocupante la imputación, dado que estamos hablando de un delito que exige como elemento típico la concertación, sin embargo no señala como y en qué circunstancias ocurrió la concertación por lo menos con mínimo detalle.

En el presente caso, ellos únicamente tienen la calidad de ponentes, más no representan intereses, por ende la responsabilidad no está adecuadamente delimitada.

OBSERVACIONES: Ninguna

ANÁLISIS DE CASO III

EXPEDIENTE : N° 00274-2015-10-2108-JR-PE-01	
Órgano jurisdiccional: 1° JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA – Sede Ayaviri.	
DELITO: 1.- COLUSIÓN AGRAVADA, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	
Imputado: ATILIO RODO HUAMAN TAPARA y otros.	Agraviado: Municipalidad Distrital de Nuñoa– representado por la Procuraduría Pública.
Condición	COAUTORÍA
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION

Estado	Acusación – Etapa Intermedia
<p style="text-align: center;">CASO:</p> <p>“La buena PRO a la empresa Compañía Importadora VAL S.A. representado por Luis Demetrio Vilca Luza, procediendo suscribir el contrato el Alcalde Atilio Rodo Huamán Tapara con Luis Demetrio Vilca Luza, en fecha 28 de abril del 2010 por un monto de S/. 691,000.00 soles”.</p> <p>Delimitación de los imputados (autores y partícipes):</p> <p>A.- ATILIO RODO HUAMAN TAPARA, alcalde. (haber concertado)</p> <p>B.- MAGNO PEPE PERALTA BARRAGAN, jefe de unidad de abastecimientos y control patrimonial (Haber concertado)</p> <p>C.- JULIO ALVAREZ ARONI, Sub Gerente de Infraestructura y Desarrollo Urbano y Rural, (Haber concertado).</p> <p>D.- JUAN ROGER QUINTANILLA ANYAIPOMA, Miembro del Comité Especial. (Haber concertado)</p> <p>E.- MAURO QUISPE PACO, Jefe de maquinaria. (Haber concertado)</p> <p>F.- LUIS DEMETRIO VILCA LUZA, Representante legal de la Compañía Importadora VAL S.A. (Haber concertado con los funcionarios)</p>	
<p>Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación</p> <p>En el presente caso objeto de análisis, se advierte que en el requerimiento de acusación fiscal no se observa la imputación y atribución de cargos a cada uno de los comprendidos en la presente investigación, únicamente se expone la imputación general de todo el caso.</p> <p>En este marco no se puede establecer, cual es el deber incumplido, no precisa cual es la norma extra-penal vulnerada, asimismo, tampoco señala porque se imputa coautoría. La debilidad del Ministerio Publico, es muy notoria, al no realizar la atribución de hechos concretos a cada uno de los imputados.</p> <p>Respecto a los funcionarios públicos, se le imputa haber concertado con el representante de la empresa Importadora VAL S.A., pero, se debe tener en cuenta que no todos tienen la condición de ser integrantes de comité de proceso de selección, dado que justamente esta función está reservada para los miembros de comité, y otros funcionarios públicos, no pueden intervenir, en el proceso de contratación, puesto que no son competentes para ello.</p>	

Más aun en el caso, no se señala porque se le imputa al alcalde, y no señala puntualmente cual es el deber infringido.

Asimismo, respecto a la autoría no menciona la relación funcional y fáctica.

OBSERVACIONES: Ninguna

ANÁLISIS DE CASO IV

EXPEDIENTE	: N° 00034-2012-10-2108-JR-PE-01	
Órgano jurisdiccional:	1° JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA – Sede Ananea - Sina.	
DELITO:	1.- COLUSIÓN AGRAVADA, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	
Imputado: MARCIAL HUANCA MAMANI y otros.	Agraviado: Municipalidad Distrital de SINA– representado por la Procuraduría Pública.	
Condición	COAUTORÍA	
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION	
Estado	Acusación – Etapa Intermedia	
CASO:		
<p>“Marcial Huanca Mamani, conjuntamente con José Luis Pari Machaca y en concierto con la acusada Irene Turpo Paye han simulado el proceso de selección para la ejecución de la obra construcción del centro Perimétrico del Centro de Salud de SINA, por cuanto el comité especial nunca se instaló, ni sesiono ni tampoco fueron notificados”.</p>		
Delimitación de los imputados (autores y partícipes):		
<p>A.- MARCIAL HUANCA MAMANI, alcalde de SINA en el periodo 2007 - 2010. (en razón de sus funciones ha tenido el manejo de los bienes y efectos de la Municipalidad)</p>		
<p>B.- JOSÉ LUIS PARI MACHACA, Administrador de la Municipalidad Distrital de Sina (Haber concertado)</p>		
<p>C.- LUIS EUDIS CONDORI MENDOZA, Supervisor de la obra Construcción del Cerco Perimétrico del Centro de Salud de SINA.</p>		

D.- IRENE TURPO PAYE, Representante de la empresa PAMAX CONTRATISTAS GENERALES EIRL, (Haber concertado).

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

El requerimiento de acusación no contiene una imputación específica a cada uno de los imputados, tanto autores como partícipes. En el caso materia de análisis se imputa como autores al señor alcalde **MARCIAL HUANCA MAMANI**, al administrador de la Municipalidad y al supervisor de la obra, pero no señala porque son autores de colusión; la teoría de infracción del deber, exige para imputar la autoría o la coautoría la infracción directa de un deber como funcionario público, y analizando el presente caso no se observa esa infracción del deber, y la vulneración de la norma extra-penal.

En el marco de esta teoría de infracción del deber, para identificar la autoría se debe partir por identificar las facultades y competencias del sujeto activo, segundo establecer los deberes que tiene, y finalmente determinar y esos deberes tienen relación con la irregularidad cometida en el proceso de selección de los postores, (proceso de contratación pública).

En el delito de colusión los actos colusorios de inician siempre desde la fase de elaboración de bases del concurso, es desde ese momento que se direcciona para que gane una determinada empresa, y los responsables de esa fase son justamente, los miembros de comité especial, las cuales tienen la función de seleccionar al postor, verificando adecuadamente los requisitos y asignándoles puntajes que corresponda, y finalmente declarando ganador al postor con mejores propuestas económicas.

Lo que más llama la atención en el presente caso es que se imputa como coautor a la señora **IRENE TURPO PAYE**, cuando esta señora no tiene esa cualidad de ser funcionario público, cometiéndose una aberración jurídica digno de reproche,

únicamente tenía la condición de ser representante de la empresa constructora empresa PAMAX CONTRATISTAS GENERALES EIRL.

OBSERVACIONES: Ninguna

ANÁLISIS DE CASO V

EXPEDIENTE	: N° 000062-2015-10-2108-JR-PE-01	
Órgano jurisdiccional:	2° JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA – Sede Carabaya.	
DELITO:	1.- COLUSIÓN AGRAVADA, previsto en el artículo 384° del Código Penal.	
Imputado: ANGEL AGUILAR HANCCO y otros.	Agraviado: Municipalidad Distrital de Coasa– representado por la Procuraduría Pública.	
Condición	COAUTORÍA	
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION	
Estado	Acusación – Etapa Intermedia	
CASO:		
<p>“La Municipalidad de Coasa, ha ejecutado la obra “Construcción y Equipamiento de la Planta Lechera de la Comunidad Campesina de Coasa del Distrito de Coasa – Carabaya - Puno”, por la modalidad contrata con un presupuesto de S/. 528.203.78 soles”.</p> <p>Delimitación de los imputados (autores y partícipes):</p> <p>A.- ANGEL AGUILAR HANCCO, alcalde de la Municipalidad Distrital de Coasa. (haber concertado, juntamente con los demás funcionarios con la empresa contratista)</p> <p>B.- OCTAVIO PACCO LLUICHO, Regidor de obras del año 2010. (Haber concertado)</p> <p>C.- OSCAR CHAMBI CARACELA, Presidente del Miembro del Comité Especial, (Haber concertado).</p> <p>D.- PATRICIO ABRAHAM APAZA LARICO, primer Miembro del Comité Especial. (Haber concertado)</p>		

E.- PEDRO MARTINEZ TICONA, Segundo Miembro del Comité Especial. (Haber concertado)

F.- EVANGELINA RAMOS ZAPATA, Gerente de la empresa “Tecnología de viguetas Pretensadas SCRL - VIPRETEC S.R.L.”. (Haber concertado con los funcionarios)

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

En el presente requerimiento de acusación no existe la atribución concreta de cargos a los imputados, es así que no se puede establecer los cargos por las que afronta cada uno de los investigados, ello dificulta para establecer con claridad quienes, con autores, y si estas tienen la facultad y competencia para participar activamente en la contratación pública.

Únicamente se puede verificar una imputación genérica de cargos, donde se señala que los funcionarios públicos concertaron con la empresa ganadora encargada de construcción y equipamiento de la planta lechera.

En esta línea de análisis, debemos señalar con claridad que no se aplicó ni mucho menos se desarrolló la teoría de infracción del deber para delimitar la intervención de los intraneus y los extraneus en el delito de colusión, y justamente la no aplicación de esta teoría genera muchas deficiencias a la acusación fiscal, porque esta teoría nos conduce a la identificación de los deberes infringidos, y a través de estos deberes infringidos establecer la autoría y consecuentemente la imputación.

Asimismo, respecto a la autoría no menciona la relación funcional y fáctica.

OBSERVACIONES: Ninguna

ANÁLISIS DE CASO VI

EXPEDIENTE : N° 00015-2015-10-2108-JR-PE-02

Órgano jurisdiccional:

1° JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA – Sede Huancané.

DELITO:

1.- PECULADO DOLOSO POR APROPIACION, previsto en el artículo 387° del Código Penal.

Imputado: JAIME RODOLFO ABARCA HUANCA.	Agraviado: Municipalidad Provincial de Huancané – representado por la Procuraduría Pública.
Condición	AUTOR
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION
Estado	Acusación – Etapa Intermedia
CASO:	
<p><i>“Desembolso de fondos públicos a través de cheques por la suma de S/. 6 000.00 y S/. 2 000.00 soles correspondientes a la municipalidad a nombre de JAIME RODOLFO ABARCA HUANCA”</i></p>	
DELIMITACIÓN DE LOS IMPUTADOS (autores y partícipes):	
<p>A.- JAIME RODOLFO ABARCA HUANCA, Gerente de Desarrollo y Servicios Múltiples de la Municipalidad Provincial de Huancané. (haberse apropiado de los caudales de la Municipalidad)</p>	
Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación	
<p>En el presente caso al señor JAIME RODOLFO ABARCA HUANCA se le imputa el delito de peculado, en la modalidad de apropiación de caudales consistentes en dinero, asimismo se señala que el mencionado imputado tenía la calidad de Gerente de Desarrollo y Servicios Múltiples de la Municipalidad Provincial de Huancané, pero lo que no se señala cual es el deber infringido, cuál es ese deber contenido en la norma extra-penal inobservado y la relación función que vincula con el bien jurídico protegido.</p> <p>La teoría de infracción del deber señala como base de imputación penal, haber establecido el deber infringido, como su primer presupuesto, y luego haberse establecido la relación funcional o fáctica con el bien jurídico protegido.</p>	

No basta ser funcionario público para ser imputado por el delito de peculado, más importante es señalar con claridad cuál es el rol quebrantado, y en que instrumento está regulado ese rol; en el caso se habla de desembolso de dinero a favor de **JAIME RODOLFO ABARCA HUANCA**, pero que responsabilidad tiene la persona o el funcionario que ha girado el dinero o la persona que ha depositado el dinero, lo más saltante sería cual es el grado de responsabilidad tiene ese sujeto.

Más aun en el caso, no se señala porque no establecen la responsabilidad del Gerente Municipal, quien autoriza el desembolso de dinero, y no señala puntualmente cual es el deber infringido.

OBSERVACIONES: Ninguna

ANÁLISIS DE CASO VII

EXPEDIENTE : N° 000116-2015-10-2108-JR-PE-01	
Órgano jurisdiccional: 1° JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA – Sede Azángaro.	
DELITO: 1.- PECULADO DOLOSO POR APROPIACION, previsto en el artículo 387° del Código Penal.	
Imputado: LUIS ALBERTO YUCRA CHUPA y otros.	Agraviado: Municipalidad Provincial de Azángaro – representado por la Procuraduría Pública.
Condición	AUTOR
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION
Estado	Acusación – Etapa Intermedia
CASO:	

“apropiación de los caudales del estado (Municipalidad de Azángaro) a través de la modalidad de encargos internos por la cantidad total de S/. 103, 490.00, encargos internos a seis planes de trabajo”

DELIMITACIÓN DE LOS IMPUTADOS (autores y partícipes):

A.- LUIS ALBERTO YUCRA CHUPA, Jefe de la Oficina de Desarrollo Social de la Municipalidad Provincial de Azángaro entre los años 2012 y 2013. (haberse apropiado de los caudales de la Municipalidad)

B.- NOLBERTO MAMANI QUISPE, Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Azángaro. (Se le atribuye la complicidad).

C.- ABERTO HERNAN LANZA VASQUEZ, Gerente de Administración de la Municipalidad Provincial de Azángaro. (Se le atribuye la complicidad).

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

El requerimiento de acusación respecto al imputado **LUIS ALBERTO YUCRA CHUPA**, señala en primer lugar cual es el cargo desempeñado, Jefe de la Oficina de Desarrollo Social de la Municipalidad Provincial de Azángaro entre los años 2012 y 2013, asimismo señala cual sería la normatividad infringida, y el deber genérico infringida, hasta aquí en asunto esta medianamente claro, aunque no señala el deber especial vulnerado, así también no señala con mucha claridad cuál es la relación funcional o fáctica respecto al bien jurídico protegido, el patrimonio objeto de apropiación, de que se imputa.

La teoría de infracción del deber señala como base de imputación penal, haber establecido el deber infringido, como su primer presupuesto, y luego haberse establecido la relación funcional o fáctica con el bien jurídico protegido.

Ahora bien, el asunto que no está claro es respecto a los supuestos cómplices a la que se refiere la acusación fiscal, **NOLBERTO MAMANI QUISPE** y **ABERTO HERNAN LANZA VASQUEZ**, teniendo en cuenta que estos dos últimos tienen la calidad de

funcionarios públicos, pero no señala cual es el deber infringido, ni la norma entrapenal vulnerada.

OBSERVACIONES: Ninguna

ANÁLISIS DE CASO VIII

EXPEDIENTE	: N° 000146-2015-10-2108-JR-PE-02	
Órgano jurisdiccional:	1° JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA – Sede Central – Puno.	
DELITO:	1.- PECULADO DOLOSO POR APROPIACION, previsto en el artículo 387° del Código Penal.	
Imputado: JUAN CLEMENTE LIMACHE RIVAS y otros.	Agraviado: Estado Peruano – representado por la Procuraduría Pública.	
Condición	AUTOR	
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION	
Estado	Acusación – Etapa Intermedia	
CASO:		
<p><i>“Apropiación de los caudales del estado por un monto de S/. 10,000.00 soles, factura N° 000738 de serie 003, emitida por el proveedor CHANO MOTORS S.A.C, por concepto de mantenimiento y reparación de motor y otros de la camioneta NISSAN FRONTIER de placa rodaje PIL-191”</i></p>		
DELIMITACIÓN DE LOS IMPUTADOS (autores y partícipes):		
<p>A.- JUAN CLEMENTE LIMACHE RIVAS, Director de la Dirección Zonal AGRORURAL de la ciudad de Puno. (haberse apropiado de los caudales de AGRORURAL)</p>		
<p>B.- LUIS ENRIQUE GODOY LAZO, Administrador de la Dirección Zonal AGRORURAL de la ciudad de Puno. (Se le atribuye la autoría).</p>		
<p>C.- ZACARIAS HALLASI QUISPE, Gerente General de la empresa CHANO MOTORS S.A.C. (Se le atribuye la complicidad por haber emitido la factura N° 000738 de serie 003, por un monto de S/. 10,000.00 soles).</p>		

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

La teoría de infracción del deber señala como base de imputación penal, haber establecido el deber infringido, como su primer presupuesto, y luego haberse establecido la relación funcional o fáctica con el bien jurídico protegido.

En este orden debemos señalar que en el caso concreto requerimiento de acusación fiscal objeto de análisis, se establece el cargo de los imputados **JUAN CLEMENTE LIMACHE RIVAS** y **LUIS ENRIQUE GODOY LAZO**, sin embargo no señala cual es el deber infringido, exigencia básica de la teoría de infracción del deber, o sino medianamente debió de señalar otra teoría (como es la teoría del dominio del hecho) para establecer la autoría y participación, aunque esta última teoría no es viable aplicar a los delitos especiales como el delito de peculado.

Ahora bien, el asunto más grave en el presente caso es no haber establecido porque un particular puede ser cómplice en el delito de peculado, en todo caso cuál es su deber infringido o su aporte para la configuración.

OBSERVACIONES: Ninguna

ANÁLISIS DE CASO IX

EXPEDIENTE	: N° 000961-2015-10-2108-JR-PE-01
Órgano jurisdiccional:	2° JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA – Sede Central – Puno.
DELITO:	1.- PECULADO DOLOSO POR APROPIACION, previsto en el artículo 387° del Código Penal.

Imputado: JUAN CLEMENTE LIMACHE RIVAS y otros.	Agraviado: Estado Peruano – Ministerio Publico de Puno, representado por la Procuraduría Pública.
Condición	COATORIA
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION
Estado	Acusación – Etapa Intermedia
CASO:	
<p><i>“Apropiación de los bienes (materiales de escritorio) faltantes respecto de la dotación de Útiles de Escritorio del Tercer Trimestre 2014 conforme el pedido interno de almacén PIA N° 601, dotación de bienes provenientes de la sede central de la fiscalía de la nación - Lima, que fueron destinadas para el distrito fiscal de Puno”</i></p>	
<p>DELIMITACIÓN DE LOS IMPUTADOS (autores y partícipes):</p> <p>A.- LUCIO ARMANDO TICONA GORDILLO, tenía la condición de Administrador del Ministerio Publico, es decir funcionario Público. (se le imputa haberse apropiado de los bienes destinados para el ministerio público)</p> <p>B.- EDWIN SENEN QUEA JUANITO, tenía la condición de Analista del Ministerio Publico, es decir servidor Público. (Se le imputa haberse apropiado de los bienes destinados para el ministerio público).</p> <p>C.- ELIDIO TEMISTOCLES SERPA MORALES, Gerente General de la empresa DENISSE CORPORACIÓN S.A.C. (Se le atribuye la complicidad por el delito de Peculado).</p>	
<p>Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación</p> <p>La teoría de infracción del deber señala como base de imputación penal, haber establecido el deber infringido; en este orden debemos señalar que en el caso concreto requerimiento de acusación fiscal objeto de análisis, se establece el cargo de los imputados LUCIO ARMANDO TICONA GORDILLO y EDWIN SENEN QUEA JUANITO, sin embargo no señala cual es el deber infringido, exigencia básica de la</p>	

teoría de infracción del deber, o sino medianamente debió de señalar otra teoría (como es la teoría del dominio del hecho) para establecer la autoría y participación, aunque esta última teoría no es viable aplicar a los delitos especiales como el delito de peculado.

Ahora bien, el asunto más grave en el presente caso es no haber establecido porque un particular puede ser cómplice en el delito de peculado, en todo caso cuál es su deber infringido o su aporte para la configuración.

OBSERVACIONES: Ninguna

ANÁLISIS DE CASO X

EXPEDIENTE : N° 000067-2015-10-2108-JR-PE-02	
Órgano jurisdiccional: 1° JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA – Sede: Sandia	
DELITO: 1.- PECULADO DOLOSO POR APROPIACION, previsto en el artículo 387° del Código Penal.	
Imputado: GREGORIO LUQUE APAZA y otros.	Agraviado: Municipalidad Distrital San Juan del Oro, representado por la Procuraduría Pública.
Condición	AUTOR
Pieza procesal objeto de análisis	ACUSACION
Estado	Acusación – Etapa Intermedia
CASO:	
<i>“Apropiación bien consistente en dinero que fue producto de la venta por parte del señor alcalde GREGORIO LUQUE APAZA, a favor de su sobrino ERNESTO CHOQUE CHALCO, Venta realizada por la suma total de S/. 6.000.00 soles, el mismo que ha sido objeto de apropiación”</i>	

DELIMITACIÓN DE LOS IMPUTADOS (autores y partícipes):

A.- GREGORIO LUQUE APAZA, tenía la condición de alcalde de la Municipalidad Distrital San Juan del Oro. (Se le imputa haberse apropiado de los bienes consistente en dinero la suma de S/. 6.000.00 soles).

B.- ERNESTO CHOQUE CHALCO, No tiene la condición de funcionario Público, únicamente tiene la condición de comprador del bien inmueble de parte de la Municipalidad Distrital San Juan del Oro. (Se le imputa complicidad en el delito de peculado).

Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción del deber para delimitar la autoría y participación

La teoría de infracción del deber señala como base de imputación penal, haber establecido el deber infringido, como su primer presupuesto, y luego haberse establecido la relación funcional o fáctica con el bien jurídico protegido.

En este orden debemos señalar que en el caso concreto requerimiento de acusación fiscal objeto de análisis, se establece el cargo del imputado **GREGORIO LUQUE APAZA**, sin embargo no señala cual es el deber infringido, exigencia básica de la teoría de infracción del deber, o sino medianamente debió de señalar otra teoría (como es la teoría del dominio del hecho) para establecer la autoría y participación, aunque esta última teoría no es viable aplicar a los delitos especiales como el delito de peculado.

Ahora bien, el asunto más grave en el presente caso es no haber establecido porque un particular puede ser cómplice en el delito de peculado, en todo caso cuál es su deber infringido o su aporte para la configuración y consumación de un delito especial, no negamos pueda tener esa condición, pero debe expresar bajo que fundamentos se le imputa complicidad.

OBSERVACIONES: Ninguna