

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

Tesis

**Infracción del deber en la formulación de acusaciones
del delito de peculado doloso-4.º Despacho de la
Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018**

Indira Sadi Palacios Paucarcaja

Hugo Soto Paucar

Para optar el Grado Académico de
Maestro en Derecho con Mención en Derecho Penal y Derecho Procesal
Penal

Huancayo, 2024

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



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

INFORME DE CONFORMIDAD DE ORIGINALIDAD DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

A : Mg. JAIME SOBRADOS TAPIA
Director Académico de la Escuela de Posgrado
DE : Ma. Lucio Raúl Amado Picón
Asesor del Trabajo de Investigación
ASUNTO : Remito resultado de evaluación de originalidad de Trabajo de Investigación
FECHA : 04 de diciembre de 2024

Con sumo agrado me dirijo a vuestro despacho para saludarlo y en vista de haber sido designado Asesor del Trabajo de Investigación titulado "**INFRACCIÓN DEL DEBER EN LA FORMULACIÓN DE ACUSACIONES DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO -4to DESPACHO DE LA FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN DE HUANCAYO, 2018**", perteneciente a **Bach. Palacios Paucarcaja, Indira Sadit** y **Bach. Soto Paucar, Hugo**, de la **MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL**; se procedió con la carga del documento a la plataforma "Turnitin" y se realizó la verificación completa de las coincidencias resaltadas por el software dando por resultado 17 % de similitud (informe adjunto) sin encontrarse hallazgos relacionados a plagio. Se utilizaron los siguientes filtros:

- Filtro de exclusión de bibliografía SI NO
- Filtro de exclusión de grupos de palabras menores (Nº de palabras excluidas: 20 palabras) SI NO
- Exclusión de fuente por trabajo anterior del mismo estudiante SI NO

En consecuencia, se determina que el trabajo de investigación constituye un documento original al presentar similitud de otros autores (citas) por debajo del porcentaje establecido por la Universidad.

Recae toda responsabilidad del contenido de la tesis sobre el autor y asesor, en concordancia a los principios de legalidad, presunción de veracidad y simplicidad, expresados en el Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales – RENATI y en la Directiva 003-2016-R/UC.

Esperando la atención a la presente, me despido sin otro particular y sea propicia la ocasión para renovar las muestras de mi especial consideración.

Atentamente,



Ma. Lucio Raúl Amado Picón
DNI. N° 22504858

Arequipa
Av. Los Incas S/N,
José Luis Bustamante y Rivero
(054) 412 030

Calle Alfonso Ugarte 607, Yanahuara
(054) 412 030

Cusco
Urb. Manuel Prado - Lote B, N° 7 Av. Collasuyo
(084) 480 070

Sector Angostura KM. 10,
carretera San Jerónimo - Saylla
(084) 480 070

DECLARACIÓN JURADA DE AUTENTICIDAD

Yo, PALACIOS PAUCARCAJA INDIRA SADIT, identificada con Documento Nacional de Identidad N° 45866020, egresada de la MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL, de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental, declaro bajo juramento lo siguiente:

1. La Tesis titulada "INFRACCIÓN DEL DEBER EN LA FORMULACIÓN DE ACUSACIONES DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO -4to DESPACHO DE LA FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN DE HUANCAYO, 2018", es de mi autoría, la misma que presento para optar el Grado Académico de MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL.
2. La Tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente, para lo cual se han respetado las normas internacionales de citas y referencias para las fuentes consultadas, por lo que no atenta contra derechos de terceros.
3. La Tesis es original e inédita, y no ha sido realizada, desarrollada o publicada, parcial ni totalmente, por terceras personas naturales o jurídicas. No incurre en autoplagio; es decir, no fue publicada ni presentada de manera previa para conseguir algún grado académico o título profesional.
4. Los datos presentados en los resultados son reales, pues no son falsos, duplicados, ni copiados, por consiguiente, constituyen un aporte significativo para la realidad estudiada.

De identificarse fraude, falsificación de datos, plagio, información sin cita de autores, uso ilegal de información ajena, asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a las acciones legales pertinentes.

Lima, 12 de Junio de 2024.



PALACIOS PAUCARCAJA INDIRA SADIT
DNI. N° 45866020



Huella

Arequipa

Av. Los Incas S/N,
José Luis Bustamante y Rivero
(054) 412 030

Calle Alfonso Ugarte 607, Yanahuara
(054) 412 030

Huancayo

Av. San Carlos 1980
(064) 481 430

Cusco

Urb. Manuel Prado - Lote B, N° 7 Av. Colla
(084) 480 070

Sector Angostura KM. 10,
carretera San Jerónimo - Saylla
(084) 480 070

Lima

Av. Alfredo Mendiola 5210, Los Olivos
(01) 213 2760

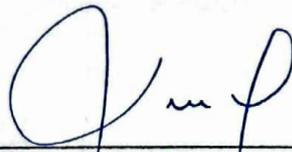
DECLARACIÓN JURADA DE AUTENTICIDAD

Yo, SOTO PAUCAR HUGO, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 40824208, egresado de la MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL, de la Escuela de Posgrado de la Universidad Continental, declaro bajo juramento lo siguiente:

1. La Tesis titulada "INFRACCIÓN DEL DEBER EN LA FORMULACIÓN DE ACUSACIONES DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO -4to DESPACHO DE LA FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN DE HUANCAYO, 2018", es de mi autoría, la misma que presento para optar el Grado Académico de MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL.
2. La Tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente, para lo cual se han respetado las normas internacionales de citas y referencias para las fuentes consultadas, por lo que no atenta contra derechos de terceros.
3. La Tesis es original e inédita, y no ha sido realizada, desarrollada o publicada, parcial ni totalmente, por terceras personas naturales o jurídicas. No incurre en autoplagio; es decir, no fue publicada ni presentada de manera previa para conseguir algún grado académico o título profesional.
4. Los datos presentados en los resultados son reales, pues no son falsos, duplicados, ni copiados, por consiguiente, constituyen un aporte significativo para la realidad estudiada.

De identificarse fraude, falsificación de datos, plagio, información sin cita de autores, uso ilegal de información ajena, asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a las acciones legales pertinentes.

Lima, 12 de Junio de 2024.



SOTO PAUCAR HUGO
DNI. N° 40824208



Huella

Arequipa

Av. Los Incas S/N,
José Luis Bustamante y Rivero
(054) 412 030

Calle Alfonso Ugarte 607, Yanahuara
(054) 412 030

Huancayo

Av. San Carlos 1980
(064) 481 430

Cusco

Urb. Manuel Prado - Lote B, N° 7 Av. Collasuyo
(084) 480 070

Sector Angostura KM. 10,
carretera San Jerónimo - Saylla
(084) 480 070

Lima

Av. Alfredo Mendiolá 5210, Los Olivos
(01) 213 2760

Jr. Junín 355, Miraflores
(01) 213 2760

Informe Final de Tesis

INFORME DE ORIGINALIDAD

17%

INDICE DE SIMILITUD

18%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

8%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	4%
2	repositorio.upla.edu.pe Fuente de Internet	4%
3	Submitted to Universidad Continental Trabajo del estudiante	1%
4	doku.pub Fuente de Internet	1%
5	repositorio.unasam.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	tesis.unap.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	<1%
8	idoc.pub Fuente de Internet	<1%
9	qdoc.tips Fuente de Internet	<1%

10	repositorio.unsa.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
11	repositorio.uladech.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
12	Submitted to Universidad Peruana Los Andes Trabajo del estudiante	<1 %
13	ri.ues.edu.sv Fuente de Internet	<1 %
14	repositorio.continental.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
15	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
16	cybertesis.unmsm.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
17	repositorio.unap.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
18	silo.tips Fuente de Internet	<1 %
19	alanjannerlopez.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
20	repositorio.unjfsc.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
21	informatica.upla.edu.pe Fuente de Internet	<1 %

22	www.repositorioacademico.usmp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
23	Submitted to Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga Trabajo del estudiante	<1 %
24	Submitted to Higher Education Commission Pakistan Trabajo del estudiante	<1 %
25	www.iwsrusr.de Fuente de Internet	<1 %
26	derechojusticiaverdadyabogados.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
27	perso.unifr.ch Fuente de Internet	<1 %
28	lpderecho.pe Fuente de Internet	<1 %
29	bdigital.uexternado.edu.co Fuente de Internet	<1 %
30	jalayo.blogspot.com Fuente de Internet	<1 %
31	ro.scribd.com Fuente de Internet	<1 %
32	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	<1 %

33	idehpucp.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
34	www.repositorio.upla.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
35	repositorio.unc.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
36	repositorio.uca.edu.ni Fuente de Internet	<1 %
37	repositorio.unu.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
38	idus.us.es Fuente de Internet	<1 %
39	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Trabajo del estudiante	<1 %
40	www.usmp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
41	www.dspace.unitru.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
42	ficp.es Fuente de Internet	<1 %
43	repositorio.pucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
44	Submitted to usmp	

<1 %

45

docta.ucm.es

Fuente de Internet

<1 %

46

revistas.uexternado.edu.co

Fuente de Internet

<1 %

47

www.adaja.org

Fuente de Internet

<1 %

48

Fiorenka Jara Pacheco, Luis Alberto Ramírez Tipacti. "El delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales a la luz la teoría del deber y la administración pública", Saber Servir: revista de la Escuela Nacional de Administración Pública, 2021

Publicación

<1 %

Excluir citas

Apagado

Excluir coincidencias < 20 words

Excluir bibliografía

Activo

Asesor

Mg. Lucio Amado Picón

Dedicatoria

El presente trabajo va dedicado a nuestros padres, quienes son el motor y motivo de nuestras aventuras académicas.

Agradecimiento

En primer lugar, agradecer infinitamente la generosidad y paciencia, sobre todo, el tiempo dedicado a nuestra investigación de parte de nuestro asesor, quien, desde un inicio nos ha brindado sus recomendaciones; en segundo lugar, agradecer a los señores fiscales de la Cuarta Fiscalía, por permitirnos tener acceso a los requerimientos de acusación.

ÍNDICE

Dedicatoria	3
AGRADECIMIENTO.....	4
ÍNDICE	5
ÍNDICE DE CUADROS	8
Resumen.....	9
Abstract.....	10
Introducción.....	11
CAPÍTULO I	16
PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO	16
1.1. Planteamiento y formulación del problema.....	16
1.1.1. Planteamiento del problema	16
1.1.2. Formulación del problema.....	19
1.2. Determinación de objetivos	20
1.2.1. Objetivo general.....	20
1.2.2. Objetivos específicos	20
1.3. Justificación e importancia del estudio	20
1.3.1. Justificación teórica	20
1.3.2. Justificación social.....	22
1.3.3. Justificación metodológica	22
1.4. Limitaciones de la presente investigación	22
CAPÍTULO II	24
MARCO TEÓRICO.....	24
2.1. Antecedentes de la investigación.....	24
2.2. Bases teóricas	28
2.2.1. Estructura teórica y científica.....	32
2.2.2. Instituciones negativas.....	62
2.2.3. Instituciones positivas	64
2.2.4. Autoría y participación	65
2.2.5. Aplicación de la infracción del deber en la jurisprudencia nacional	67
2.2.6. Marco lega	70
2.2.7. Delito de peculado doloso	71

2.2.8. Delito de peculado culposo	73
2.2.9. Acusación.....	75
2.3. Definición de términos básicos	79
CAPÍTULO III	82
HIPÓTESIS Y VARIABLES	82
3.1. Hipótesis.....	82
3.1.1. Hipótesis general	82
3.1.2. Hipótesis específicas	82
3.2. Operacionalización de variables.....	82
3.2.1. Variable independiente	82
3.2.2. Variable dependiente	82
3.2.3. Operacionalización de variables	83
CAPÍTULO IV	85
METODOLOGÍA DEL ESTUDIO.....	85
4.1. Método y tipo de la investigación	85
4.1.1. Método general	85
4.1.2. Métodos particulares	86
4.1.3. Tipo o alcance	87
4.2. Diseño de la investigación.....	88
4.3. Población y muestra	88
4.3.1. Población	88
4.3.2. Muestra.....	89
4.3.3. La técnica de muestreo	89
4.4. Técnicas e instrumento de recolección de datos.....	90
4.5. Técnicas de análisis de datos	91
CAPÍTULO V	92
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	92
5.1. Resultados y análisis.....	92
5.1.1. Presentación de resultados.....	92
5.1.2. Contrastación de hipótesis.....	105
5.2. Discusión de resultado.....	107
CONCLUSIONES.....	130
RECOMENDACIONES	131

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133
REFERENCIA JURISPRUDENCIAL	140
ANEXOS	144
Anexo A: Matriz de consistencia	145
Anexo B: Matriz de Operacionalización de las variables	147
Anexo C: Matriz de Operacionalización del instrumento	149
Anexo D: Validación de juicio de experto	151

Índice de Cuadros

Tabla 1	92
Figura 1	93
Tabla 2	94
Figura 2	95
Tabla 3	96
Figura 3	96
Tabla 4	97
Figura 4	98
Tabla 5	99
Figura 5	99
Tabla 6	101
Figura 6	101
Tabla 7	102
Figura 7	103
Tabla 8	103
Figura 8	104

Resumen

Problema general: ¿En qué medida la aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación del requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la 4ta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018?; y como **Objetivo general:** Determinar en qué medida la aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación del requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la 4ta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018. Teniendo como Tipo de investigación: El tipo básico o pura; asimismo la presente investigación presenta el nivel **Descriptivo-Explicativo**; se utilizará para contrastar la hipótesis, los **métodos**, inductivo-deductivo; análisis-síntesis; asimismo, se empleó el método exegético y sistemático. Con un diseño No experimental transeccional, con una muestra conformada por 50 acusaciones y con un tipo de muestreo No probabilístico intencional. Para la recolección de información se aplicó, el **análisis documental**; como conclusión los señores fiscales no vienen aplicando los aportes de la dogmática penal de la teoría de la infracción del deber en la fundamentación de sus acusaciones, particularmente de los aportes teóricos de Jakobs.

Palabras Claves: infracción de deber, instituciones generales, instituciones positivas, peculado doloso, autoría, participación.

Abstract

General problem: To what extent does the application of the criteria of the theory of breach of duty influence the substantiation of the accusation requirement in the crime of intentional embezzlement, in the 4th Anti-Corruption Prosecutor's Office of Huancayo, 2018?; and as a general objective:: Determine to what extent the application of the criteria of the theory of breach of duty influences the basis for the accusation requirement in the crime of intentional embezzlement, in the 4th Anti-Corruption Prosecutor's Office of Huancayo, 2018. Having as Type Research: The basic or pure type; Likewise, this research presents the Descriptive-Explanatory level; It will be used to contrast the hypothesis, the methods, inductive-deductive; analysis-synthesis; Likewise, the exegetical and systematic method was used. With a non-experimental transectional design, with a sample made up of 50 accusations and with a type of intentional non-probabilistic sampling. For the collection of information, documentary analysis was applied; In conclusion, the prosecutors have not been applying the contributions of the criminal dogmatics of the theory of breach of duty in the substantiation of their accusations, particularly the theoretical contributions of Jakobs.

Keywords: breach of duty, general institutions, positive institutions, fraudulent embezzlement, authorship, participation.

Introducción

Desde la década del noventa la postura teórica de la infracción del deber ha ido evolucionando, a través de monografías y trabajos que han sido traducidos. Los aportes teóricos han sido, en sus inicios muy poco profundizados, situación que hoy en la actualidad, reviste un cambio absoluto, por cuanto, son trabajos más acabados, más sistematizados y profundos conceptualmente; asimismo, de mejoramiento metodológico por diferentes autores.

La presente tesis tiene como finalidad describir el problema factual, para ello, nos remitiremos a los aportes teóricos de las escuelas alemanas, y desde luego, también a los juristas peruanos. La importancia que tiene la presente investigación, radica en que nos da a conocer el poco manejo conceptual, dogmático, teórico y metodológico que se tiene sobre las cuestiones teóricas de la infracción del deber en los requerimientos acusatorios del delito de peculado doloso

Para los alcances de la dogmática penal, tienen una vital relevancia, pues, nos permite examinar si las acusaciones, contienen una correcta atribución del grado de intervención en el hecho delictivo. Nos referimos si, en lo que concierne a la atribución de cargos penales, el fiscal, procede a desarrollar de manera ordenada y coherente la calificación jurídico penal, sea a título de autor o de partícipe, en otras palabras, del sujeto que ostenta la cualidad exigida por la ley o, del sujeto que participa en dicha comisión delictiva.

Ya en el análisis de las acusaciones, evidenciamos que, aún los señores fiscales, al momento de atribuir el grado de intervención, llámese, autor o partícipe, hacen uso de los alcances dogmáticos de la escuela dominante, nos referimos al dominio del hecho. Hacer tales descripciones, desde luego, tienen grandes alcances o efectos. Pues lo que se estaría generando sería impunidad. En este caso, para los funcionarios y particulares que incurrir en la comisión de un hecho delictivo.

Por tal razón, creemos que, la presente tesis jurídica, nos ofrecerá, en adelante, que los operadores jurídicos, apliquen y desarrollen de manera correcta y

sistemática los fundamentos axiológicos de la infracción del deber, para evitar en lo concerniente con la investigación yerros al momento de resolver un caso y, con ello generar impunidad. Cabe precisar que, la propuesta dogmática a la cual nos adherimos es la escuela funcionalista normativa. Y bajo ese alcance se ha llevado adelante el desarrollo de la presente tesis. Dado que, existen en el mundo jurídico, diversidad de corrientes dogmáticas, las cuales ofrecen resultados distintos, ello por cuanto, basan su explicación y fundamentación a partir de ciertas bases filosóficas y jurídicas. Sin embargo, se mantienen distantes de nuestra realidad jurídica.

En este punto salta a la vista el presente caso, en el cual, bajo una interpretación normativa funcionalista, aunque claro, con ciertas carencias dogmáticas, se establece quien es autor y quien participe. Así se tiene el Exp. 01216-2018-63-1501-JR-PE-05); estando al caso citado, se desprende lo siguiente, se atribuye al señor Juan quien cumplía el papel de jefe del área de abastecimiento, así mismo, sobre el recaía la presidencia del comité de adquisiciones, siendo sus funciones la de comprar y adquirir los productos esenciales que el programa de vaso de leche requería, tales como la kiwicha, arvejas partida entre otros productos. Que ha llegado a establecer que, tales productos presentan un sobre costo; por su parte, se ha establecido que el señor Salas quien asumiendo el papel de tesorero y miembro del comité especial, era quien ejercía el rol de comprar y adquirir los productos para dicho programa estatal. Existiendo un sobre costo en la paga de los productos a favor de la empresa "X"; también está inmerso en el exceso de pago el asesor legal.

En el caso descrito, acontecido en la vida real, la fiscalía estableció los grados de participación de cada sujeto; en cuanto a los funcionarios, se ha determinado que son autores, claro, no se precisa si dicha calificación encuentra fundamento dogmático en la escuela de Roxin o de Jakobs, sin embargo, se infiere que, de una interpretación dogmática, ésta encontraría su fundamento en la escuela funcionalista.

Ante tales cuestiones, consideramos apropiado formularnos la siguiente interrogante ¿En qué medida la aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación del requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la 4to Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018? Dicho trabajo presenta como justificación teórica lo siguiente: La importancia que tiene el estudio dogmático del Derecho Penal, más específicamente, la teoría del deber, es que, nos brindó los instrumentos conceptuales e interpretativos para fundamentar y resolver los casos de la vida real. Ahora bien, para la presente investigación científica, conocer los alcances teóricos y dogmáticos de la infracción, es de suma importancia, por cuanto, en la vida práctica, esto es, en la imputación de cargos penales, los señores fiscales, aún vienen confundiendo los institutos del dominio del hecho y, lo que ello implica, con los alcances de la teoría de la infracción del deber.

Su justificación social, se fundamenta en lo siguiente: La aplicación de una teoría mejor elaborada, mejor sistematizada, al menos, lo que va del tiempo actual, permiten que no se cometan a nivel judicial, excesos o impunidad en la persecución del delito.

Pues lo que ofrece la teoría por competencia institucional a nivel fiscal y judicial, está en que, aquellos que intervienen en un ilícito penal respondan penalmente o, que sujetos que no presentan ninguna vulneración a sus deberes sean excluidos de cualquier atribución penal. En ese sentido, la justificación social, recae precisamente en que, tanto a nivel fiscal y judicial, los que intervienen en un hecho delictivo, sean procesados de manera correcta y los que no tengan o presenten alguna responsabilidad penal, sean declarados o excluidos de cualquier acto de investigación. De tal manera que, se privilegie y se tutele los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La justificación metodológica se fundamenta en que, en la consecución de ciertas metas o propósitos, en el presente trabajo se ha de emplear la técnica de del análisis documental. Ya que, por intermedio de ella, se ha de examinar de manera directa, si las acusaciones están o no bien elaboradas.

El Marco Teórico, está estructurada según las variables independiente y dependiente, así como sus dimensiones, entre otros aspectos. También, está conformado por los antecedentes, bases teóricas, y las definiciones conceptuales.

Asimismo, como hipótesis se ha planteado que, aplicar los fundamentos de la teoría de la competencia institucional afecta significativamente a la hora de elaborar las acusaciones, por cuanto, se precisa quién es autor y quién es participe de un delito funcional, todo ello bajo los alcances de la intervención única. Y con ello se evitarían que dichos delitos se queden impunes. Dentro de este punto también se ha identificado a las variables independientes y dependientes.

En el capítulo correspondiente a la metodología se tiene lo siguiente: i. en cuanto al tipo, es básica; pues su propósito es la generación de nuevos conocimientos para ser aplicados a la vida práctica; en cuanto al **Nivel de investigación**, es **Descriptivo-explicativo**; mientras que, en lo referido al diseño se está ante uno de corte NO Experimental transeccional. Mientras que, los métodos de investigación tanto generales como particulares, son, en primer orden: inductivo-deductivo, mientras que, los métodos particulares son el exegético y el sistemático. Nuestra población cuenta con 50 requerimientos de acusación sobre el delito de peculado doloso. Las mismas que han sido presentadas por la 4ta Fiscalía anticorrupción de Junín, en el periodo 2018 ante el Poder Judicial.

Habiendo señalado los aspectos más relevantes de la presente investigación, se debe precisar de manera clara y concreta, la estructura de la presente tesis, esto es, qué temas se encuentran en su contenido. Se debe señalar que, la presente investigación está conformada por cinco aspectos.

En primer orden está el capítulo referido al planteamiento del estudio. En este capítulo se estudian los temas referidos a la formulación del problema, objetivos y otros.

En segunda línea está el capítulo denominado marco teórico, en ella se lleva a cabo el desarrollo de los antecedentes, así como de las bases teóricas de la investigación, esto es, sobre qué teorías se funda la investigación.

En otro capítulo, se lleva a cabo la descripción y propuesta de la hipótesis junto a sus variables. Esto es, la respuesta que nos hemos planteado en el desarrollo del presente trabajo.

Se tiene también el cuarto capítulo, designado con el nombre de metodología de estudio, en este punto se precisa cada uno de los aspectos intrínsecos empleados por los tesisistas tanto para el recojo de la información, para mencionar el tipo de investigación al que nos encontramos, el nivel, y otros puntos más.

Por último, el presente trabajo tiene en su interior al capítulo quinto, en el que se menciona los resultados que se ha obtenido y, de su discusión a nivel teórico y práctico.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1. Planteamiento y formulación del problema

1.1.1. Planteamiento del problema

El tema dogmático de mayor pasión durante tantos años, incluso, ha rebasado el poder del tiempo y que presenta cabida en los tiempos actuales; el que ha teñido los libros de un sinfín de fundamentos de todos los calibres, es el referido a la autoría y participación. A nivel histórico su importancia es impensable sin el tratamiento que le dieron los juristas alemanes, pues, fueron y siguen siendo, la cúspide del derecho penal. Ahora bien, en su oportunidad, los aportes del profesor Roxin, en la explicación de la figura jurídica de la autoría bajo el escrutinio de la teoría del dominio, fue un aporte de gran trascendencia, tanto que, hoy en día se viene usando su teoría, como una de las teorías mejor explicadas.

Si bien, con la clara presencia del profesor Jakobs, dichos fundamentos sobre el fenómeno del dominio, ello, como objeto que explica los delitos comunes, ha permitido, hoy en día, comprender al amparo de la teoría de los roles. Ello trae como consecuencia, que también, se traslade a otros campos del derecho penal. En un primer momento, ante la fortuna de explicar la responsabilidad penal de quienes tienen el dominio del hecho y, de quienes contribuyen en su realización, se creía haber resuelto el problema, sin embargo, ello dio origen a que se busque una explicación para los delitos en donde el sujeto ostentaba una cualidad única, de modo que, apelar a los aportes del dominio del hecho representó una idea débil, pueril e ineficaz.

Ante tal evento Roxin, propuso como posible solución la infracción de un deber, cuyo fundamento dogmático residía en el deber especial que poseía el

agente. Cabe señalar que, que dicho deber especial no se encontraba descrito en la norma penal, sino, tal como lo propuso Roxin, se tenía que ir a normas extrapenales, las mismas que se debía su existencia previamente a la configuración del tipo penal.

Dicha explicación no recibió de parte de Roxin mayor ahondamiento jurídico, no explicó qué se ha de entender por tales deberes extrapenales, cuál es su contenido jurídico-penal de tales deberes, deberes que, según la postura roxiniana, deben su existencia a realidades previas al tipo penal. Muy por el contrario, tal como se desprende de sus argumentos, se dejó en plena libertad al legislador la configuración de la norma penal, en razón a si son delitos de dominio o si, estamos frente a delitos de infracción del deber.

Ante tal suceso, se abre camino la corriente funcionalista cuyo padre fundador y arquetipo del derecho penal, en otras palabras, de la teoría que acá se defiende, es la denominada como competencia institucional, cuyo fundamento reside en la vulneración o quebrantamiento de un rol positivo. Aquí el fundamento se centra no en la vulneración de un deber general, sino, todo lo contrario, en la inobservancia de un deber especial. Ahora bien, cabe señalar que, dentro de esta teoría, el fundamento no se da en la cualidad del agente, en otras palabras, de si estamos ante un funcionario o servidor público, sino, en la relación institucional entre el sujeto y el bien jurídico puesto a su cargo.

De esta manera, consideramos que, la existencia de ambas posturas si bien, en nuestro medio jurisdiccional ha traído grandes aportes, también, ha traído consigo algunas disquisiciones de orden teórico, pues, aún hoy se sigue empleando categorías jurídicas propias de la teoría del dominio, como, por ejemplo,

el referido a la participación primaria y secundaria; tales diferenciaciones pertenecen y se aplican a los delitos comunes, como, por ejemplo, el robo, hurto, violación sexual, entre otros.

O, como, por ejemplo, la diferenciación de deberes especiales propios, y, deberes especiales impropios. Ambas categorías son empleadas, utilizadas en los delitos de dominio, ello para buscar imputar la comisión de un injusto penal, a la persona que, haciendo un uso antijurídico de su libertad, afecta o pone en peligro bienes jurídicos.

Tales inconvenientes han traído consigo que, se traslade ciertas categorías propias de los delitos de dominio; a los delitos de competencia institucional, con clara mención este último, a la terminología acuñada por Jakobs. En base lo antes argumentado, citamos la siguiente sentencia casatoria N. °102-2016, Lima, con fecha once de julio de dos mil diecisiete.

En dicha casación, los jueces supremos en lo penal, emplean términos que pertenecen de manera tajante a los delitos de dominio, como, por ejemplo, las categorías de la complicidad, en sus diversas vertientes, sean primarias o secundarias, precisamente en la que analizan sobre un delito de infracción. Cabe indicar que, si bien, los fundamentos jurídicos y conceptuales de cada variable son importantes, sea cuando estamos ante un aporte preponderante o a un aporte de menor intensidad, estos son útiles a la hora de resolver los delitos comunes y, no así, según nuestra postura, deben ser extrapolados a los delitos de competencia institucional. En dicha sentencia, los jueces precisan de las etapas de los aportes de los cómplices y según ello, midiendo los niveles de aporte, se lleva a cabo la diferenciación y ubicación en uno u otro.

Tal como se denota de la presente sentencia casatoria, se emplea de manera indiscriminada, de manera confusa, elementos que explican de mejor manera los delitos comunes y, no así, deben ser llevados o derivados como fundamentos legales a delitos de deberes positivos, más cuando se está frente a delitos contra la administración pública, como se ha analizado en dicho proceso, nos referimos al delito de peculado

Tal ha sido nuestra necesidad, de que, si se ha de hablar de teoría de la infracción del deber, ésta emplee sus propias categorías, tal como lo proponemos; y, si se ha de hablar de delitos de dominio, pues, que tales fundamentos sean empleados en dichos casos, y, que no se traslade argumentos, posturas para explicar delitos completamente diferentes. Ello trae coherencia, sistematicidad y sobre todo, prevención.

1.1.2. Formulación del problema

1.1.2.1. Problema general

¿De qué manera la aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación del requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la Cuarta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018?

1.1.2.2. Problemas específicos

¿De qué manera la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación de la intervención delictiva del intraneus en el requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la Cuarta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018?

¿De qué forma la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación de la intervención delictiva del extraneus en el requerimiento de acusación en el

delito de peculado doloso, en la Cuarta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018?

1.2. Determinación de objetivos

1.2.1. Objetivo general

Determinar de qué manera la aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación del requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la Cuarta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018.

1.2.2. Objetivos específicos

1. Establecer de qué manera la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación de la intervención delictiva del *intraneus* en el requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la Cuarta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018.

2. Establecer de qué forma la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación de la intervención delictiva del *extraneus* en el requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la Cuarta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018.

1.3. Justificación e importancia del estudio

1.3.1. Justificación teórica

La importancia que tiene el estudio dogmático del Derecho Penal, específicamente, de uno de los temas que trata la autoría y participación en delitos funcionariales, reside en que, nos brinda los instrumentos conceptuales e interpretativos para fundamentar y resolver los casos de la vida real. Ahora bien, para la presente investigación científica, saber de la relevancia conceptual y teórica de cada instituto dogmático, es gran importancia, por cuanto, en la vida práctica,

esto es, en el ejercicio de la función por los representantes del Ministerio Público, los señores fiscales, aún vienen trasladando categorías, elementos jurídicos que han nacido en el seno de la teoría del dominio y que, por razones prácticas o de desconocimiento, aún aplican tales criterios a los delitos de infracción.

Tales fundamentos o razones, ya sea la teoría del dominio o, la teoría del deber, al momento de atribuir el grado de intervención de los sujetos, presentan grandes diferencias prácticas. Pues, algunos fiscales al momento de fundamentar el grado de imputación de los intervinientes en el hecho criminal, excluyen la participación del extraneus en la realización del hecho, pues vienen fundamentando tales criterios a partir de la teoría del dominio, la misma que, presentan algunas posturas para imputar al sujeto cualificados. A fin de resolver dichas controversias, la ciencia penal ha trabajado teorías más contemporáneas como lo es los delitos por competencia institucional.

Consideramos que, el presente trabajo ofrece un aporte teórico, pues permite que los señores fiscales al momento de formular sus requerimientos de acusación, deben de motivar como señala el estatuto procesal el art. 349, inciso 1, fundamenten con criterios facticos y jurídicos, asimismo teóricamente a partir de los márgenes de la infracción del deber. Entiéndase, la postura que aquí seguidos, la postura del profesor Jakobs. Esto porqué, a nivel dogmático, sus fundamentos son más sólidos y congruentes, toda vez que, permite entender un ámbito social a partir de los roles que ostentan las personas en un mundo normativizado. Y, porque, además, establece una clara diferencia entre los fundamentos de Roxin sobre quién es autor y quién es partícipe de un delito de infracción de deber. Y, finalmente porque la escuela funcionalista ofrece una relación muy estrecha entre

la dogmática penal y los delitos funcionariales a partir de la individualización de las funciones que cada persona ostenta en un mundo normativo.

1.3.2. Justificación social

La aplicación de una teoría dogmática mejor elaborada, mejor sistematizada, al menos, lo que va del tiempo actual, permiten que, no se cometan, a nivel judicial, excesos o impunidad en la persecución del delito. Pues lo que ofrece la base teórica de la infracción del deber a nivel fiscal como judicial, radica en que, los sujetos que intervienen en un ilícito penal respondan penalmente o, que sujetos que no presentan ninguna vulneración a sus deberes sean excluidos de cualquier atribución penal. En ese sentido, la justificación social, recae precisamente en que, tanto a nivel fiscal y judicial, los que intervienen en un hecho delictivo, sean procesados de manera correcta y los que no tengan o presenten alguna responsabilidad penal, sean declarados o excluidos de cualquier acto de investigación. De tal manera que, se privilegie y se tutele los derechos fundamentales de los ciudadanos.

1.3.3. Justificación metodológica

Las razones que conllevan a un trabajo a ser uno de gran importancia y de gran seriedad, es su aspecto metodológico. En tal sentido, consideramos que, con la finalidad de recopilar información de calidad, se ha propuesto como técnica de gran interés, el análisis documental. Por medio de ella, se ha recogido información precisa y concreta.

1.4. Limitaciones de la presente investigación

La presente tesis, como posiblemente mucho de los trabajos, que tienen como fundamento dogmático, teorías trabajadas o desarrolladas, en el caso en particular, en Alemania, en este sentido estamos impedidos de conocer de primera

frente los trabajos que se vienen discutiendo en la actualidad, así mismo, y por cuestiones idiomáticas, se tiene limitaciones en el acceso a la información. Por tanto, nuestra única limitación, radica en el campo bibliográfico internacional. No obstante, ello se posee bibliografía de gran relevancia, tanto, de juristas peruanos como extranjeros. Asimismo, se posee algunas traducciones.

Por otro lado, en lo referido al acceso a la información de corte jurisdiccional, entiéndase por ella a las acusaciones que son examinadas por las partes, consideramos que no hay inconvenientes pues, por el ejercicio de nuestro trabajo se ha accedido sin contratiempos.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Antecedentes internacionales

Gómez, (2021). Tesis de investigación titulada: *“El interviniente”*. Trabajo que fuera presentado con la finalidad de optar la maestría, ante la **Universidad Externado de Colombia**. El autor se plantea como objetivo el uso de concepciones teóricas sobre la autoría y la coparticipación con el fin de imputar de manera correcta a cada uno de los que intervienen en el delito.

En dicho trabajo no se ha podido ingresar a los aspectos metodológicos, de modo que, resulta complicado citarlos y analizarlos en ese extremo. Sin embargo, a nivel teórico se tiene como dato relevante, la forma en la que se ha sistematizado el tema de la autoría, se ha recurrido para ello, a la legislación internacional, para comparar la operatividad de cada teoría.

Por la presente tesis, se ha podido extraer como marco comparativo, algunos aspectos puntuales de la legislación colombiana, el cual, precisa de aspectos problemáticos similares a nuestra legislación, en primer lugar, está, las diferentes definiciones sobre la responsabilidad de terceros no cualificados que lleva a cabo la comisión de un delito de infracción; en segundo lugar, se extrae algunos aspectos relevantes en torno a las sentencias expedidas por la máxima instancia judicial de Colombia.

Frías (2021). Trabajo de investigación titulada: *“El injusto penal en el delito de interés indebido en la celebración de contratos”*. El presente trabajo ha servido para optar el grado de Maestro; la misma que fuera sustentada en la Universidad

Externado de Colombia. El autor se plantea como objetivo lo siguiente: determinar que los servidores públicos se beneficien de actividades contractuales con el Estado.

Se llega a la conclusión siguiente: el derecho penal como garante de los bienes jurídicos, ha de imputar responsabilidad penal en la medida que el autor infrinja con su deber, de modo que, se excluya cualquier contenido subjetivo que posea el servidor público.

La presente tesis de posgrado, nos ha ofrecido un panorama teórico de orden comparativo, esto, en el sentido de que, nos ha permitido contar con información conceptual, sobre los delitos cometidos por terceros en una relación funcional de agente. O, en su defecto de ser ellos mismos, esto es, en calidad de funcionario o servidor público, llevar a cabo una relación contractual con el Estado. Ejemplos que nos han permitido comparar con nuestro derecho nacional.

Rodríguez (2021). Trabajo de investigación titulada: *“El principio de tipicidad en la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual del Estado: el caso de la causal del numeral 31 del artículo 48 del C.D.U”*. Tesis que fuera sustentada para optar el grado de Maestro, ante la Universidad Externado de Colombia. Se tiene el siguiente objetivo, establecer los límites entre el sistema administrativo sancionador y la flexibilización de las garantías constitucionales.

El autor arriba a la siguiente conclusión, de que, el principio de legalidad resulta compatible con las causales existentes sobre la figura la sanción disciplinaria, en tanto y en cuanto, se precise de los contornos previamente determinados por la norma para su cumplimiento.

Podemos extraer el siguiente aporte teórico, según el cual, como marco internacional, como aspecto comparativo de la responsabilidad de quien interviene en un contrato entre el Estado y un particular. Tal referencia se denota en sí, se debe imputar una responsabilidad administrativa o en su defecto, ha de ser tratado como una responsabilidad penal. Teniendo presente los efectos que ella demanda.

Antecedentes nacionales

Añanca, (2018). Investigación que lleva por título: *Dominio del hecho e infracción del deber en la determinación de la autoría y participación en delitos contra la administración pública, Ayacucho-2017*. El cual ha servido para optar el grado de maestro, en la Universidad de San Martín de Porres. Se tiene como objetivo lo siguiente: determinar el grado de afectación e influencia que presenta la teoría del dominio y la de infracción de deber en la identificación de autoría o participación en los delitos funcionariales.

En lo concerniente a la metodología, el autor ha propuesto que, es de tipo no experimental; con un diseño correlacional causal de corte transversal; en cuanto a los métodos se está ante el deductivo e inductivo. Con una población conformada por 20 operadores de justicia; se ha empleado el cuestionario, así mismo se hizo uso de sistema SPSS V23. Llegándose a la conclusión de que, ambas teorías sobre la autoría y participación contribuyen de manera significativa a la identificación de la figura jurídica de la autoría.

Esta tesis, contribuye en nuestra investigación de la siguiente manera: nos da alcances de la diversidad de fundamentos o bases teóricas que usan los operadores de justicia para motivar y fundamentar quién debe responder como autor y quién como partícipe, según los niveles de aporte realizado en el hecho

criminal. La dogmática penal contribuye sobre todo según la teoría que uno asume, en la resolución de los conflictos penales. Para ello se ha recurrido a las dos corrientes más vigentes, de un lado está Roxin y del otro Jakobs, ambos autores ofrecen razones según su postura filosófica y jurídica.

Molina (2018). Trabajo de investigación titula: *La responsabilidad penal de los funcionarios y/o servidores públicos que por razón de su cargo cometen el delito de peculado de uso*: para acceder la maestría, en la Universidad Nacional Federico Villareal. Se ha planteado como objetivo determinar la responsabilidad penal de los funcionarios y servidores públicos que hace uso de los vehículos motorizados dados a su cargo.

Metodológicamente el presente trabajo es de tipo histórica o descriptiva-retrospectiva, sin mayores alcances sobre los diferentes aspectos, ni tipo y nivel, menos conclusiones.

De esta Tesis se puede extraer lo siguiente: primero, nos permite identificar el comportamiento ilícito que despliega el funcionario público o servidor público; en segundo lugar, delimita los alcances de la teoría de la infracción del deber aplicada a los delitos funcionariales. De tal manera que, ello nos da algunos rasgos teóricos para identificar los alcances de la teoría de la infracción del deber aplicada al delito de peculado doloso.

Pérez y Gonzales (2015). Trabajo de investigación titulada: *Criterios doctrinarios para calificar la participación del extraneus en el delito de colusión en 2003-2014*: para Optar el Grado de Maestro, en Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, Cajamarca. Se propuso el siguiente objetivo: determinar que el

funcionario o servidor público responde no por el dominio sobre hecho sino, por ocupar un estatus especial.

Se ha recurrido a las fichas de análisis documental, se ha empleado los gráficos para explicar y describir de manera clara los resultados obtenidos; se ha tomado como muestra las sentencias expedidas por los magistrados de la corte suprema de justicia de la república y de la sala penal liquidadora de la corte superior de justicia de Cajamarca; concluyéndose en que, los jueces emplean cada vez más la teoría de la unidad del título de imputación.

Esta tesis, nos permite colegir lo siguiente: el campo de acción de la teoría de la infracción del deber y de los grados de intervención que ella presenta, nos permite entender que, la teoría más racional que debe aplicarse a los delitos funcionariales es la teoría de infracción del deber, por cuanto, ella, regula la teoría de la intervención única, sea en la modalidad de autoría o participación.

2.2. Bases teóricas

Antes de dar comienzo en propiedad, con las bases teóricas, es necesario dar algunos alcances históricos, en tal sentido debemos decir que: para la presente investigación se partió por señalar la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1351, el cual incorpora al Código Penal, la famosa postura de la unidad del título de imputación, ello para, justificar la responsabilidad del extraneus. En ese sentido, tenemos el punto 3.1. de la Exposición de motivos dicha norma, en ella se encuentra que, en un hecho no solo participa una sola persona, sino, que pueden existir contribuciones, como el ejecutor o ejecutores; también se tiene la presencia de aquellos que ayudan de manera accesorio, entre otros.

Tales actuaciones son denominadas participantes. Su rol complementario o accesorio hace que aquellas estrechamente vinculadas con la imputación que se carga al autor del delito; así, la denuncia, la calificación jurídica, el procesamiento, la sanción penal, entre otras situaciones, se encuentran conectadas por los sucesos materiales.

Una de las problemáticas más álgidas dentro de este eje temático es la imputación penal de los cómplices cuando el delito solo puede ser cometido por autores con algunas condiciones especiales; entre ellas, un vínculo con la víctima (familiar), una encargatura (funcionario público) o una condición jurídica (testigo procesal). A saber, existe una imprecisión en cuanto a la capacidad de imputar responsabilidad penal a los partícipes del delito en tanto no posean la condición especial que exige la norma penal (*extraneus*).

Dentro de la teoría de la dogmática penal, dicho escenario ha sido abordado por dos vertientes; por un lado, la teoría de la “unidad del título de imputación” y, por otro, la teoría “de la ruptura de la unidad del título de imputación”. La primera sugiere imputarle al *extraneus* el mismo delito del autor, y la segunda, desacreditando la anterior, señala que ello no es posible en tanto dicho cómplice no cumple con la condición especial requerida.

Al respecto se hace evidente que la teoría de la unidad no presenta inconvenientes en la afirmación de la responsabilidad del *extraneus* pues la deriva de la imputación realizada al autor. Distinta situación se advierte con la teoría de la ruptura que necesita encontrar una imputación penal distinta.

Dicho escenario se vuelve compleja aún más, cuando el delito especial imputable no posee un delito subyacente que posibilite responsabilizar al *extraneus*

al menos subsidiariamente. Delitos como el parricidio o el peculado tienen en el homicidio y en el hurto, respectivamente, delitos bases que permiten desvalorar la conducta de un eventual extraneus e imputarle responsabilidad al menos desde estas regulaciones básicas. Sin embargo, delitos como la malversación de fondos o los condicionamientos crediticios no tienen figuras penales análogas, con lo que se genera un espacio de impunidad para extraneus que colaboran con dichas conductas (testaferros, destinatarios, etc.).

Por lo señalado, a efectos de cubrir los espacios de impunidad ante una eventual posición judicial o fiscal, de hacer uso de la teoría de la ruptura del título de imputación, se considera pertinente adoptar expresamente la unidad de imputación como principio básico del Código Penal. De este modo, se suma a su artículo 25° un tercer párrafo que afirma el vínculo de responsabilidad entre el cómplice y el autor del delito.

Ahora bien, dentro de un modelo de Estado como el nuestro, en el que se ha proteger los derechos fundamentales de todas las personas, se hace exigente una correcta aplicación de las diversas teorías penales, ya sea para establecer qué norma penal se aplica al caso en concreto, ya sea la pena a imponer (puede ser una pena suspendida, una pena privativa o una limitativa de derechos), o en su defecto, imponer una pena según las reglas del artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis.

Dentro de ese modelo de sociedad, también se ha de aplicar las teorías vigentes referente a los delitos comunes y especiales o de infracción de un deber. Tal como se ha reseñado líneas arriba, nuestro sistema penal ha incorporado un

párrafo en el que se establece la responsabilidad de quien, sin ostentar una relación funcional con el bien jurídico, responde penalmente junto al autor.

Ambos sistemas parten de fuentes diferentes, contrarios en forma y esencia, parten en sus reflexiones por bases jurídica, filosóficas completamente diferentes; eso se puede apreciar en sus resultados, pues, a pesar que se explique bajo ciertos criterios teóricos, lógicos, racionales, se llega a resultados nada halagüeños. De un lado la corriente defendida por Roxin, parte de criterios políticos criminales, y, como base filosófica toma las ideas desarrolladas por Kant, ello trae consigo ciertas dificultades, pues, al ser ideado para una sociedad de respeto, donde la persona cumple con ser ciudadano de derecho; extrapolarlo a nuestra realidad a tenido sus reparos, sin embargo, ha sabido adecuarse, muestra de ello es, la teoría que ahora se viene discutiendo, la infracción del deber.

De otro lado, también está con ideas más frescas, actuales y de moda, el sistema desarrollado por Jakobs, quien con un olor algo diferente a nivel jurídico penal, con frescuras en la forma de fundamentar y desde ya, con tal poder a la hora de encarar los problemas del derecho penal, ha dado saltos de gigante en la evolución y manejo de las categorías del delito. Con su teoría de los roles, de la imputación objetiva, y de los delitos de competencia por organización y los delitos de competencia institucional, se ha ido apoderando de las salas judiciales.

Es así que, nos adentramos en la lucha de ambas posiciones una que pretende explicar la responsabilidad penal de quien, según el tipo penal ha de responder y, de otro, de quien, sin tener esa relación directa, tiene el control sobre la ejecución del hecho. Ciertamente se puede apreciar que se emplea expresiones

de dominio para explicar los delitos de infracción, ello se da bajo cuestiones muy puntuales. Ello no justifica en sí la posición adoptada por los investigadores.

2.2.1. Estructura teórica y científica

Antes de desarrollar las bases teóricas del tema, es menester hacer una breve evolución conceptual respecto de la autoría y participación. Pues dicha categoría no sería posible si no se describe de manera ordenada y sistemática. De tal manera que, una vez, desarrollado dicho aspecto, llegaremos a la teoría del dominio del hecho como teoría que permite la atribución de la intervención del sujeto al hecho delictivo. Cabe señalar que dicha teoría es de aceptación, es decir, es de recibo por nuestra judicatura para delitos de dominio y no así para delitos de infracción de deber.

Villavicencio (2018) señalaba que, el injusto penal ha de ser valorado según la importancia que juega cada interviniente, así como determinar el juicio de reproche que ha cometido con su actuar. Para llevar a cabo tal empresa, el derecho penal a identificado dos sistemas, de un lado tenemos al sistema unitario y del otro, al sistema diferenciador, (p.461). Tales propuestas sistemáticas, serán en seguida desarrolladas.

2.2.1.1. Sistema unitario

Villavicencio (2018) afirma que, se considera interviniente a todo aquel que haya contribuido de manera causal en la concreción del injusto penal, sea como autor o como partícipe, de manera que, se excluye de ella, cualquier contribución que no se subsumen al tipo penal, (p.461). Para tal caso, bajo esta teoría, todas las conductas que intervienen en la realización del hecho delictivo tienen la misma responsabilidad, no encontrándose ninguna diferenciación, tanto del autor como

del partícipe. Todos los partícipes en sí mismos responden de la misma manera frente al hecho delictivo. La autoría halla su fundamento en la causalidad (bajo los parámetros de la teoría de la equivalencia de condiciones).

2.2.1.2. Sistema diferenciador

El profesor peruano Villavicencio (2018) precisa que, teniendo como base el modelo de un Estado, el derecho penal ha de llevar a cabo un proceso de diferenciación entre ambas figuras, de un lado el autor y de otro la participación (p.463). A partir de esta propuesta se ha podido construir una serie de teorías que han permitido una evolución sobre la autoría y participación. Así estaban en su momento la figura teórica de la extensión, también regía la figura restrictiva de quién se solía identificar como autor

2.2.1.3. Concepto extensivo de autor

Villavicencio (2018) menciona que, a esta teoría se le ha cuestionado porque lleva a cabo la reducción del autor, por medio el proceso de exclusión contenida en la norma penal. Esto es, de no cumplir con las cualidades que el tipo exige. Esta teoría también ha presentado ciertas críticas, pues, ha subjetivado al autor y partícipe, recurriendo para ello, a fundamentos internos, propios de la postura subjetiva de la participación (p.464).

Según esta concepción, el agente imputable de un hecho ilícito será quien presenta las características propias exigidas por la norma penal, caso contrario, su responsabilidad se verá excluida.

2.2.1.4. Concepto restrictivo de autor

Siguiendo los planteamientos de Villavicencio (2018), respecto a esta teoría, se puede decir que, a modo de cuestionamiento de la teoría extensiva, precisa que,

no será entendido como autor aquel que haya creado las condiciones causales para ello, por cuanto no se lleva a cabo la realización del tipo, (pp.464-465). De tal manera que, solamente se identificará como autor aquel que comete lo descrito por el tipo penal (García, 2012). Así las cosas, autor para esta teoría es aquel que lleva a cabo lo descrito por la norma penal.

Esta concepción propone dos teorías, de un lado, tenemos a la teoría objetivo-formal; y del otro, a la teoría objetivo-material. Respecto a la primera postura, es comprendida como, se concibe el cómo está descrito la acción realizada por la persona en el tipo penal. Se entiende a ella como, el comportamiento que rebasa los límites de lo socialmente adecuado, para ello, debe subsumirse en lo señalado por la norma penal. Mientras que, el papel del partícipe se reduce a una intervención casual, de menor relevancia. Esta postura ha sido cuestionada en el sentido de que, no presentaba mayores argumentos para la identificación y determinación de las otras formas de autoría, la autoría mediata y la coautoría.

En cuanto a la segunda postura, se tiene como argumento que, se analiza el grado de peligro que ejerce la persona con su acción, algo que sucede completamente opuesto al comportamiento de quien no es autor, ósea, del partícipe.

2.2.1.5. Teoría del dominio del hecho

En palabras de Roxin (2000) se puede afirmar que, se debe atribuir a Hegler la terminología del dominio del hecho, pues, fue él quien la utilizó en primer término (p.81). Expresión que no alcanzó en su momento la importancia que hoy representa en el ámbito del derecho penal. Hoy, en el ámbito jurisdiccional, como a nivel

científico, la teoría del dominio del hecho, se ha consolidado, siendo la postura que más aporte dogmático ha presentado en la solución de casos penales.

Asimismo, lo precisa el profesor Caro, uno de los personajes al que se le debe los avances de la moderna dogmática penal y en particular, de la teoría que explica de mejor manera la autoría y participación es sin duda Hegler, quien, en el año 1915, introduce la figura del dominio del hecho el cual es vinculado con la autoría, (p.53).

Así queda claro que, la teoría del dominio del hecho, terminológicamente hablando tuvo su partida de nacimiento en el año 1915, con clara y marcadamente argumentos diferentes a como se la entiende al día de hoy.

Roxin (2000) precisa que, bien es verdad que considera ya el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o, más exactamente, del sujeto del delito, pero lo entiende referido sólo a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, o sea, imputabilidad, dolo e imprudencia, así como la ausencia de causas de exculpación. (p.81)

En este punto es pertinente indicar que nuestro Poder Judicial, se ha pronunciado sobre el dominio del hecho, así mismo, se han pronunciado en sentido contrario con su par la infracción del deber.

Recurso de nulidad N. ° 636-2008- Lima, cuyo ponente fuera el juez supremo Ponente Rodríguez Tineo, en palabras del autor, para llevar a cabo la resolución de los casos, se ha de limitar o poner parámetros que permitan diferenciar cuándo se está ante delito de dominio o comunes y cuándo ante delitos de infracción; en los casos comunes, rige el principio del no dañar al otro, esto es, de ser respetuoso

como persona de derecho. En otras palabras, no afectar la libertad ajena; mientras que, en los delitos de infracción de un deber, se analiza el quebrantamiento de un rol positivo, de un deber que vincula al sujeto con la función que ejerce. De modo que, ella hace posible que los contornos de actuación de cada sujeto queden debidamente configurados. Siendo los receptores de tales deberes el funcionario o servidor público. Dichas personas asumen una relación directa entre el bien jurídico y la función que se ejerce.

A razón del profesor alemán, la teoría del dominio del hecho se ha estructurado en tres formas de autoría: a) la autoría directa; b) la autoría mediata y, c) la coautoría. La primera se sustenta en la ejecución directa del sujeto, pues, es él quien, de manera directa, sin intervención de terceros cumple con los elementos que integran el tipo penal, en su conjunto. Dicho parecer es refrendado por lo siguiente: se considera autor a aquella persona que realiza el hecho ilícito por y para sí mismo, (Wessels, Beulke, Satzger, 2018, p.366). De tal manera que, autor es solo quien dirige el hecho criminal y la llega a materializar por sí mismo.

En torno a la segunda división de la autoría (autoría mediata) la voluntad del ejecutor se halla subordinada a la del hombre de atrás, a quien se le titula como señor del hecho. En dicho sentido se tiene la siguiente ejecutoria suprema que valida su utilidad. Por otro lado, el recurrente plantea que el Colegiado Superior, al aplicar al caso en análisis la teoría desarrollada por el Jurista Roxin, habría establecido su responsabilidad penal como autor mediato en los hechos imputados, bajo criterio de responsabilidad objetiva, lo que se encuentra proscrito por la ley penal.

Sin embargo, esta alegación no es de recibo, toda vez que, en los delitos de autoría directa quien realiza el hecho es el sujeto interesado, mientras que, en los delitos de autoría mediata, quien lleva a cabo la realización del hecho es otra persona, de modo que no se cumpliría con el estamento de ser directo, sino que, como pasa en la autoría a través de aparatos organizados de poder, son personas que se encuentran subordinadas a una idea, a un titular del poder.

Ello se puede ver también en sendas resoluciones judiciales, precisamente una de ellas es el R.N. N.º 2308-2013, Lima. Ponente: Príncipe Trujillo. A juicio del autor, se tiene que, uno de los requisitos que exige la autoría mediata es precisamente que, la organización se haya constituido previamente, cuyo estamento se encuentre regulado por la división de roles, en la que cada persona que la integra actúa de acuerdo a sus funciones. Para ello, la norma exige que se identifique lo siguiente: que exista un poder de mando; también se requiere que dicho aparato se encuentre reglado a derecho y, también se requiere que los componentes tengan la capacidad de ser fungibles; finalmente, que se encuentren predispuestos a cumplir con las ordenes que emita el sujeto que posee el poder. Siendo ello así, se puede evidenciar que uno de los criterios que hace posible la diferenciación de las personas, y que permite su imputabilidad es identificar el tipo de participación que tiene la persona.

La presente teoría de la autoría mediata, ha servido de pronto en los casos más mediáticos de nuestra comunidad. Se ha aplicado en el caso Abimael Guzmán, cabe indicar que, dicha persona, ha representado desde la década del ochenta un serio peligro para nuestra sociedad, afectando y dañando seriamente nuestra endeble sociedad, sembrando temor, odio, miedo entre todos los peruanos.

Así, en el recurso de nulidad N.º 5385-2003, en la que se condena al mas grande terrorista de nuestro tiempo, la corte suprema a aplicado la teoría del dominio del hecho, ello para fundamentar la responsabilidad de quien solo había dado ordenes y otros eran los que ejecutaban las muertes. En ese caso, se habla de un dominio funcional del hecho en la medida que cada interviniente tiene en sus manos el control, el dominio del hecho, esto en tanto se presente una división de trabajos. A este respecto se tiene la siguiente ejecutoria suprema que adopta la coautoría.

En dicha sentencia se cuestiona la forma en la que se ha comprendido la intervención del sujeto, en un primer momento se le imputó autoría, según fue avanzando la investigación, se le atribuyó a título de cómplice secundario, sin mencionar ni precisar las razones para ello. No se tomó en cuenta los contornos previos que rodearon la acción criminal, no tomaron en cuenta las coordinaciones previas de los sujetos, de suerte que ambos responderían a título de coautores. R.N. N.º 5385-2003.

En ese sentido, en atención a señalado por los jueces supremos, se está de un lado ante la presencia de la posición del dominio para los partícipes, sin embargo, según la naturaleza del delito, merecen ser calificados como coautores. R.N. N.º 626-2018, Lima Sur. Ponente el Juez Supremo Prado Saldarriaga.

Otro caso que demuestra la importancia de esta teoría al momento de identificar el grado de intervención de las personas en el hecho delictivo, es el siguiente, según la sentencia en comento, se condena a los acusados como coautores del delito de robo agravado, con subsecuencia muerte. A tenor de la figura delictiva, se requiere que quienes intervengan lleven a cabo coordinaciones

desde el momento de la ejecución de los hechos, entendiéndoseles a ellos como coejecutores, toda vez que tiene el dominio. En este tipo de delitos se evalúa el carácter de domino del hecho, de quién aporta mucho o poco, a nivel fenomenológico sirve para medir la pena. R.N. N.º 2015-2011, Lima. Ponente: Lecaros Cornejo.

Como se puede apreciar, la importancia de esta teoría radica en la hora de intervención de las personas, de un lado, de quienes participan, de quienes planifican, ninguna persona que integre dicho proyecto criminal, se verá exento de imputación. Por cuanto, el único papel que permite identificar a los intervinientes es la planificación conjunta, la división de trabajo para la comisión del injusto.

Lo que se ha querido demostrar con las sentencias antes citadas, es que, la teoría del dominio tiene acogida en nuestro medio, y su importancia radica en la solución de los delitos comunes, en los que, además permite identificar las diversas formas de la autoría.

2.2.1.6. Teoría de la infracción del deber de Roxin

El concepto de infracción de deber fue introducido al derecho penal por el jurista alemán Claus Roxin. De tal manera que, desde su aparición dicha categoría fue objeto de muchos cuestionamientos, algunos a favor y otros en completa oposición.

Caro (2014) afirma, cualquier tipo de iniciación en la reflexión jurídica, no sería posible sin la intervención en el ruedo histórico de la dogmática penal, sino tomar en cuenta los aportes de la autoría desde antaño, de cómo se dio su origen aplicado a los delitos de infracción de un deber. (p.184)

Ello significa que, el derecho penal moderno no se puede concebir sin la existencia de la escuela político criminal del derecho penal, esto es, la escuela jurídica del profesor Roxin, y, con ello, también se ha de valorar su aporte en la dogmática penal.

A decir del profesor Salinas (2019), para explicar de mejor manera quién es autor y quién participe en los delitos funcionariales, debemos remitirnos a los aportes hecho en 1963 por quien fuera considerado uno de los más grandes penalistas del mundo, Roxin. (p.22)

Como se puede ver, toda reflexión teórica y dogmática, se inicia con la propuesta del profesor Roxin, pues es quien introdujo el tema de la teoría de la infracción del deber, para resolver los casos en los que, por cuestiones funcionariales, o cualidades especiales, no se podía atribuir responsabilidad al autor. Con dicha propuesta, se construyó mejores lineamientos teóricos, a fin de atribuirles responsabilidad penal. Trabajo que no fue profundizado por su creador después de su propuesta. Tal como refiriera el mismo autor, de esto se tiene fecha exacta en la que se ha introducido al mundo penal el tema de la autoría y participación, hace ya 50 años, en mi obra "autoría y dominio del hecho", introduce por vez primera los vericuetos de la infracción de un deber, (Roxin, 2016, p.305).

Roxin, lleva a cabo la explicación de por qué un intraneus, puede responder como autor por un delito funcional. Pues bien, la autoría no se fundamenta a partir del estatus de funcionario, mucho menos de la descripción normativa, sino de la infracción de un deber extrapenal.

En palabras del profesor Caro (2014), cuestionando lo antes señalado, considera que, hoy por hoy, no se hace responsable penalmente por el delito funcional a quien ocupa ese puesto en sí mismo, ni porque tenga el dominio de

la acción típica, sino, más bien, por haber infringido un deber positivo, de comportarse como persona en derecho. (p.185).

Tal como lo refiera el profesor Roxin, para imputar un hecho típico al sujeto, se requiere que este haya infringido un deber, cuyo fundamento, según el propio autor, es materia de investigación, si es penal o extrapenal. (Roxin, 2000, p.387). Pues bien, dicho deber que fundamenta la responsabilidad penal de un funcionario, no se haya en una norma penal, sino, en una norma de orden administrativo, o extrapenal.

A decir, del profesor Roxin (2000), según su tiempo, el fundamento jurídico para atribuir a una persona la calidad de autor era precisamente haber vulnerado o infringido un deber extrapenal, que no es aplicada a todos los que intervienen, sino, sirve de fundamento para lo dispuesto en el tipo penal. Son deberes que representan la otra cara del derecho penal, quizá el administrativo u otras ramas del derecho. (Roxin, p. 387)

De tal manera que, portar dicho deber lo hace a uno autor del delito de infracción de deber. Un sujeto que porta dicho deber, según nuestro autor, será identificado como autor del delito funcional. Una crítica que se le ha hecho al profesor, es que, no ha fundamentado en qué consiste tales deberes extrapenales, cuál es el contenido de tales deberes extrapenales.

Pues bien, resulta oportuno indicar en este punto, las diferencias que presenta la tesis de Roxin, frente a la posición de Jakobs. De acuerdo a Roxin, la infracción de deber no solo se aplica así mismo, sino, que ha sido extendido a los delitos comunes por Jakobs, de modo que, estaríamos frente a un solo concepto. (Roxin, 2016, p.315). En tanto, estos delitos comunes se hayan cometido por sujetos que ostentan un deber de garante frente a la víctima. Por ejemplo, la

relación filial o marital. Esta sería la primera diferencia que encontraría el profesor alemán sobre los planteamientos dogmáticos del profesor Jakobs. En segundo lugar, tenemos otra diferencia, se limita la intervención de los delitos de infracción solo a temas de competencia institucional (Roxin, 2016, p.316). En tercer lugar, se tiene la siguiente diferencia,

Tampoco quiere reconocer como delitos de infracción del deber a aquellos delitos en los cuales se restringe el círculo de autores solo porque al autor, una determina persona posee todas las cualidades para atentar, dañar, lesionar y vulnerar el bien jurídico tutelado por la norma penal. (Roxin, 2016, p.316)

Según el profesor Pariona (2014), se tiene que, una de las teorías que más vigencia y acogida tiene es pues, la teoría de la infracción, pues, contribuye en la solución referido a los problemas de autoría y participación, (p.107). Con ello se consolida la idea aún más, pues, resulta ser una teoría de gran importancia al momento de ver casos en donde los sujetos que cometen el hecho delictivo, son portadores de obligaciones especiales. En casos en los que el sujeto portador de un deber especial infringe su deber de custodiar y salvaguardar el bien jurídico dejado a su cargo.

Pariona (2014), dos formas de intervención se dan, de un lado, se tiene al intraneus y del otro, al extraneus; el primero, es concebido como autor mediato, toda vez que, es el único quien puede infringir su deber especial; mientras que, del otro lado, está el extraneus, quien no posee un deber especial, sin embargo, a pesar de que éste tenga el dominio de la acción típica, solo responde como cómplice de quien ha vulnerado su deber especial. (Pariona, 2014, p.110)

Este autor nacional sostiene mediante una interpretación de la postura del Roxin, lo siguiente, en la medida de que, quienes intervengan en la realización del

delito, sean varias personas, sino será apreciado como autor, quien ha lesionado el deber especial (Pariona, 2014, p.111). Con ello se decantaría de la teoría de la infracción del deber por establecer que, tanto en los delitos de acción como en los delitos de omisión, el portador, el obligado especial siempre responderá como autor del delito de infracción de deber. De modo que, será comprendido como autor, pues es el único que ha puesto en peligro el deber especial extrapenal, (Pariona, 2014, p.111).

Por otro lado, para llevar a cabo la diferenciación entre este tipo de delito y los delitos comunes, es precisamente saber qué tipo de deber especial se ha vulnerado, de modo que, con ello se haría posible la identificación del autor, este es un deber especial, que, por las características del sujeto, solo él responderá ante la justicia (Pariona, 2014, p.112)

Según nuestro autor, esta teoría se ha tornado en una teoría de gran importancia en la actualidad, por cuanto, se ha ido consolidando científicamente, y ser de recibo en el mundo de la judicatura. Asimismo, dicha teoría, presentan algunos cuestionamientos, como bien no lo señala, Pariona (2014), aún hoy no es unánime la posición de reducir a cero la importancia de recurrir a normas extrapenales para fundamentar y explicar un deber funcional. (p.113)

A modo de epílogo sobre el aporte del profesor Roxin, se tiene la reflexión del profesor peruano Abanto Vásquez, quien refiere lo siguiente, en estos tipos de delitos, es intrascendente empezar cualquier forma de análisis por el dominio del hecho que alguno de ellos tuviera, lo más importante para explicar estos delitos es saber quién ha infringido su deber especial. A dicha persona la dogmática penal la denomina intraneus, mientras que, cualquier otro que haya contribuido a su

realización es comprendido como extraneus del delito de infracción de deber. (Abanto, 2004, p.9)

En dicho contexto, para ser más gráficos, debemos realizar un ejemplo, el funcionario (intraneus) que llama a un tercero (extraneus) para que éste recoja un monto de dinero perteneciente a la Administración Pública, a fin de que le deposite en su cuenta. En este caso, según la teoría del profesor Roxin, obra dolosamente el autor pues es quien realiza el tipo penal, mientras que, aquel que ha colaborado, solo será comprendido como partícipe. (Abanto, 2004, p.9)

Lo antes dicho, debe ser entendido en su evolución teórica y jurídica, pues, tal como se evidencia, el pensamiento del profesor Roxin, ha sufrido un desarrollo cronológico. A modo de síntesis, se tiene que, en un primer momento, se fundamentaba como cualidades externas, o también como rol social, que se fundamenta en deberes extrapenales; también se concibió en el 2003 como la infracción de un deber específico al tipo referido al resultado; durante el año 2006, el fundamento de la infracción del deber, residía en la lesión de un deber especial específico al tipo. El cual, tanto en el año 2016 como en el año 2019 sufre un nuevo cambio en su fundamentación, quedando como el abuso o descuido del deber que resulta de su rol social.

Así queda señalado por el autor Apaza (2022), considera que la estructura de los delitos comprendidos como infracción reciben mejor tratamiento en tanto se parta por los bienes jurídicos protegidos por la norma penal. (p.501). Con lo cual, se incorpora a los fundamentos de Roxin, el elemento del rol social, el mismo que tiene vigencia antes de la comisión del delito. Sin duda alguna, ya se puede evidenciar la evolución del pensamiento final del profesor alemán. El mismo que fuera propalado por sus discípulos y mejorados con el devenir el tiempo.

Esta idea se puede reforzar con las reflexiones plasmadas por el autor Bello, juez de investigación preparatoria del Distrito Judicial de Junín, quien, señalara lo siguiente:

“Al respecto, se observa una suerte de “inconsistencias” en cuanto a la evolución del planteamiento de Roxin en relación a los delitos de infracción del deber. Roxin con anterioridad desde 1970 hasta 2003 tenía la postura de que los delitos de infracción del deber se fundamentaban por la infracción a una norma de naturaleza extra penal. En 2006 cambia dicha postura y sostiene que el fundamento de los Delitos de infracción de deber consiste en la infracción de un deber específico ubicable en el tipo correspondiente. Luego, en 2014, Roxin nuevamente cambia su postura e indica que el fundamento de los Delitos de Infracción de Deber, surge por la infracción al deber que se encuentra en un rol social. Finalmente, en 2019 —en su último libro de parte general— Roxin mantiene su postura asumida en 2014 y crea una “cuarta categoría” adicional para la autoría en ciertos delitos [falsa información, declaraciones personales punibles y fraude de inversiones de capital, entre otros].

Asimismo, Roxin establece una nueva reestructuración para los delitos cometidos por garantes —en el que se apoya por su discípulo Frister—. En ella, afirma la posibilidad de establecer que tales delitos no necesariamente deben ser delitos especiales, de tal manera que es posible imputar en calidad de autor —por ejemplo— “a aquel padre que presta las llaves de su casa para que unos sujetos secuestren a su menor hijo”. En este supuesto, el padre responderá en calidad de autor, dado que, las reglas en esta reestructuración en los delitos de garantes no rigen por el dominio del hecho, sino por las reglas de los delitos de infracción del

deber; así la conclusión a la que arriba Roxin es a la siguiente: las reglas de los delitos de infracción de deber se extienden a las reglas de los delitos comunes”.

Tales reflexiones concretizan lo ya vertido líneas arriba por los investigadores, de tal manera que, estos cambios encontrados en el pensamiento de Roxin, ayudan a fundamentar actualmente los delitos de infracción. Idea que es sometida a consideración en el mundo académico, más no así, en la judicatura.

2.2.1.7. Infracción del deber en la tesis de Jakobs

En lo que sigue se desarrollará los aportes de la escuela del profesor Jakobs, toda vez que, ésta se distancia en cuanto a los primeros aportes que hiciere el profesor Roxin, asimismo, se diferencia en cuanto a las bases dogmáticas y filosóficas. Así, se tiene que, durante estos últimos años, el sistema normativo del derecho penal se ha visto robustecido, brindando mayores argumentos a la explicación de los delitos funcionariales. (Caro, 2014, p.186)

De tal manera que, nos vemos en los albores de una nueva concepción, de un nuevo sistema penal. De una nueva concepción del derecho penal más completo, no tan parcializado como el sistema del profesor Roxin.

El Profesor Polaino (2015) afirma, entra en el gran escenario una nueva forma de ver y comprender la dogmática penal, pues, no es hasta la aparición de Jakobs, quien ofrece ideas revolucionarias sobre las distintas áreas del derecho penal, con sus ideas prístinas, coherente, y un modelo de pensamiento crítico, lleva a cabo la gran empresa de analizar los delitos de resultado, abstracto entre otros. (p.33)

Sin lugar a dudas, el profesor alemán reviste una gran expectativa intelectual en el campo jurídico. No sin razón su maestro Welzel, le encargo la revisión y continuación de su tratado. Más, sin embargo, esta nunca vio la luz.

Polaino (2015) señala al respecto lo siguiente, resulta como dato histórico e informativo, se pone en conocimiento a Jakobs la gran tarea de actualizar la obra cumbre de su maestro Welzel, durante dicha travesía, el autor se da con la sorpresa de que tal encargo será difícil de continuar, pues, al ser un ser de espíritu crítico, renuncia a dicha tarea; más bien, decide enfrentarse en la dura travesía de elaborar su propio sistema penal, el cual no vería la luz varios años después. (p.34)

El carácter sistemático y crítico que ostentó en su momento como discípulo del profesor Welzel, lo llevaron a distanciarse muy pronto del sistema de su maestro, características propias de una persona brillante, que, para traslucir el espíritu de su maestro, tuvo que afligirle el mayor de los castigos, esto es, matar al profesor a partir de la creación de su propio sistema dogmático. En palabras de su discípulo español Polaino (2015), toda su obra ha sido expuesto en su tratado de derecho penal parte general, con una clarividencia, con un poder y rigor propio de los alemanes y con la seriedad del caso, asombro a la toda la comunidad jurídica (Polaino, 2015, p.34). En tal sentido se puede mencionar que, al constituir un sistema propio, auténtico, novedoso, se perfiló a desplazar los aportes que en su momento hiciere su maestro Welzel, y que, tuvo un gran recibimiento en la jurisprudencia peruana por muchos años.

Este sistema del funcionalismo normativo encuentra no solo su fundamento en los aportes de la filosofía idealista de Hegel, sino también, de la teoría de los

sistemas que profesara el profesor Luhmann. No obstante, ello, también, se ha ido nutriendo de las propias reflexiones del profesor alemán.

Según el profesor alemán Jakobs (2000) afirma, el sistema funcionalista tiene como propósito garantizar tres aspectos de gran importancia para la sociedad, primero, la identidad normativa; segundo, la constitución y, tercero, la sociedad. (p.15).

Esto es, de personas que son vistas como entes que llevan a cabo celebraciones de contratos, personas que a la postre crean imperativos. Sino que, deberán seguir los cánones de la teoría de los sistemas. Por otro lado, también se tiene que, como función principal que ostenta el derecho penal es precisamente asegurar la identidad normativa, de proteger de manera permanente la constitución, (Montealegre, 2007, p.66)

El sistema funcionalista normativista se decanta como el sistema que, en un ámbito global, de interacción de personas portadoras de un deberes y derechos, atribuye responsabilidad penal, a aquellas personas que han infringido su ámbito de organización negativa, esto es, de no dañar a otros. Ante tal comportamiento que transgrede la libertad ajena, resulta necesaria la imposición de una pena. O como muy bien lo señala el profesor Jakobs:

Solo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional (Jakobs, 2000, p.18)

En este punto, se puede ver como así cobra vida la dialéctica hegeliana, pues, si el delito es la negación de la norma, aquella que puede prohibir como ordenar, la realización de un determinado comportamiento, la pena, es la negación de dicha conducta negatoria de la norma, de tal manera que, con dicha negación, la norma cobraría vigencia otra vez. “La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinadas de la identidad de la sociedad” (Jakobs, 2000, p.18). De tal manera que, el sistema se ve a sí mismo como reafirmado, como un sistema que debe regir aun cuando se haya visto vulnerado por un comportamiento.

Se denomina sistema o corriente funcionalista porque explica el derecho penal a partir de su propia esencia, es decir, a partir de la función que cumple en la sociedad. Mientras que, se le denomina sistemático, por cuanto, se remite a las propuestas axiológicas y sociales de la teoría de los sistemas de Luhmann, (Huamán, 2016, p.108)

A decir del mismo Jakobs, el funcionalismo jurídico penal, se encarga de tutelar esa relación triangular del derecho, norma, la constitución y sociedad. Cabe indicar que, se está ante una construcción normativa, de modo que, la sociedad se decanta por transmitir comunicaciones, expresión de sentido. (Caro & Polaino, 2015, p.63).

Aquí no desarrollaremos los postulados de Luhmann, simplemente se ha llevado a cabo su mención, en vista de su aporte al derecho penal. Ello a fin de evitar cualquier observación. Pues bien, descrito las bases del sistema funcionalista, nos dedicaremos a describir, por otro lado, los aportes al campo de la teoría de la infracción del deber. Para ello, resulta oportuno remitirnos a los

trabajos de los autores, José Antonio Caro John, Sánchez-Vera Gómez-Trelles y Günther Jakobs.

El profesor José Antonio Caro John, discípulo directo del maestro Jakobs, refiere lo siguiente, podríamos decir que, estamos ante dos modelos o sistemas claramente marcadas, de un lado, la autoría aplicada a delitos de dominio, y del otro, la autoría aplicada a delitos de infracción, (Caro, 2014, p.188). visto así, cada posición explica por sí, sus propios fundamentos. Según Caro, (2014), el delito de infracción de caracteriza precisamente porque, el obligado especial vulnera su deber especial de proteger el bien jurídico dado a su poder o cargo. (Caro, 2014, p.188). Tal señalamiento, tal identificación como obligado especial, se da a partir del rol que desempeña en la sociedad. Queda exento de tal fundamento el dominio, no se valora quien controla o maneja el suceso, sino, de quien actuar en contra de su rol especial, (Caro, 2014, p.188). Con tal pensamiento, se busca la diferenciación de los alcances de la teoría del dominio y la teoría de la infracción del deber. Pues, el tema central en esta parte es precisar en qué consiste dicho deber.

En otras palabras, qué tipo de deber es el que infringe la persona portadora de un rol especial, según Jakobs, es un deber positivo, (Caro, 2014, p.188). Para tal cuestión, se tiene o se identifica dos tipos de deberes, un deber general de no dañar y el otro, un deber positivo.

En este punto, resulta importante precisar el aporte de la filosofía idealista, o como refiera en su oportunidad el jurista peruano, el pensamiento de Hegel.

Caro (2014) afirma que, según las bases filosóficas de Hegel, toda persona cumple un deber determinado, de modo que, se hace posible el respeto de cada expectativa y se trata a la persona como ente libre. n ser libre. (p.189)

Asimismo, refiere el profesor Caro (2014), en un contexto de determinación, de libertad, rige el principio de no lesionar o afectar la esfera de organización ajena, respetar el derecho del otro. (p.189)

En tal sentido se tiene que, el criterio de la configuración de la propia organización es trasladable tanto a los delitos comisivos como a los delitos omisivos. Así lo precisa, su aplicación se da no solo en delito de acción sino, también, en delitos de omisión, (Caro, 2014, p.190). Los alcances que describe un comportamiento, una forma de organización, deben regirse dentro de los marcos del riesgo permitido, sean estas conductas comisivas u omisivas.

Caro (2014) sugiere que, el fundamento central para los delitos comunes, es el principio de no dañar a los demás, esto comprende en su libertad y en sus derechos patrimoniales, hay que actuar como persona en derecho y respetar los derechos ajenos. (Caro, 2014, p.190)

Sobre el particular podrías señalar que, un deber general obliga a todos los miembros de una sociedad, en tanto exista una interacción, a respetar la esfera de acción, de comportamiento, de desarrollo de los demás miembros. Nadie puede, arbitrariamente quebrantar su libertad y transgredir con ello, la libertad de la otra persona. Cada uno debe cumplir con su rol de ser buen ciudadano, de respetar los bienes ajenos, de cumplir con la norma. En cambio, en los delitos de infracción de deber, el fundamento se centra en deberes positivos.

Tales deberes positivos, se estructuran de modo diferente, esto es, a partir de un espacio específico de acción, de desempeño. Estos deberes positivos se, “configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad y posibilitan la creación de un mundo en común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera” (Caro, 2014, p.190)

Caro (2014) indica que, las personas que comparten un vínculo institucional, tienen un carácter positivo, pues, tiene como destinatario a un sujeto especial, no con fines de prevención sino, sobre todo, con fines de maximización de los bienes puesto a su disposición. (p.190)

Sobre el particular podemos señalar que, a diferencia de los deberes generales, que son de competencia de todas las personas el no dañar o lesionar un bien ajeno, en este punto, en los deberes positivos, se parcializa un sector de la sociedad, se reduce a los alcances de una sola persona, esto es, el de mantener y asegurar los bienes conferidos a su persona, de salvaguardar y proteger los bienes que le han sido conferidos a su esfera jurídica. Se determinar para dicha persona, una consecuencia jurídico penal, por ejercer de manera incorrecta con su deber institucional, (Caro,2014, p.191).

Tal conceptualización ha sido de recibo por la judicatura nacional. Así se tiene el recurso de Nulidad del 2007, de cuyo fundamento jurídico se tiene que, los roles generales dan lugar a la comisión de delitos de dominio, mientras que, los roles especiales dan contenido a los delitos especiales de competencia institucional. En los primeros está vigente el principio del *neminem laede*, mientras que, en los segundos, rige el principio del deber positivo. Con ello se delimita las

competencias tanto de los autores como de los partícipes. R.N. N.º 4564-2007, Piura. Fundamento tercero.

Por otro lado, también contamos con el siguiente argumento jurídico: los delitos cometidos por un funcionario o servidor público, son concebido como delitos de infracción, ello supone que, son cometidos por personas que poseen un deber especial, pues, contradicen su deber de aseguramiento y fomento en relación al bien jurídico puesto a su cargo. R. N. N. ° 5434-2008, Junín. Fundamento cuarto.

Caro (2014) afirma que, no es requisito para la comisión de estos delitos que el deber se halle tipificado, pues ahí no reside su fundamento, todo lo contrario, lo que fundamenta su responsabilidad es la existencia de una institución al cual se está sujeto. (p.198)

Pues bien, corresponde ahora señalar el grado de intervención de las personas que ostentan deberes positivos. No se toma en cuenta ámbitos de organización independientes o fuera de sus obligaciones centrales. (Caro, 2014, p. 198). Esto es, el deber que se origina producto de la parcialización de un segmento de la sociedad, de un deber que le es conferido a la persona como vigilante, asegurador de los bienes institucionales.

Caro (2014), cómo saber si el deber infringido da origen a la autoría y participación, esto es, si el sujeto cualificado responde como autor o partícipe, para ello se ha de remitir a la teoría de las competencias, (Caro, 2014, p.198). De modo que, con dicha posición se hace más sencillo la identificación de los que intervienen en la comisión de un delito de infracción.

Esta explicación posiblemente nos induzca a trasladar los aportes de la teoría del dominio al campo de los delitos de infracción de deber, pero no es así. No se debe pensar en tal sentido, sino, de manera autónoma, diferente, esto es, que tanto la autoría como la participación, son constructos completamente diferentes de los entendidos en la teoría del dominio. La autoría y la participación en la teoría de la infracción del deber presentan sus propias definiciones y explicaciones. En lo que, respecto a nuestra investigación, ésta será, como se viene haciendo, fundamentar a partir de la escuela funcionalista del derecho penal.

Una primera idea es que, el obligado especial, el portador de un rol especial positivo, siempre responde como autor y no a título de partícipe. Caro (2014), no se mide cuantitativamente el deber infringido, pues, ello solo es posible en delitos comunes, sino, en estos casos, se examina la autoría desde el deber que asume la persona. De modo que, solo será autor el que infringe un deber positivo y, todo aquel que contribuye en la realización de tal comportamiento típico será investido de participación. (p.199)

Esta explicación da pie a distanciarse de la accesoriedad de la participación. En otras palabras, la explicación de la accesoriedad si bien, resulta útil en los delitos de dominio, en los delitos de infracción de deber, pierden tal importancia.

La consecuencia que acarrea la infracción al deber es que, el autor asuma toda la responsabilidad por el hecho, dado que, no rige la accesoriedad de la participación del extraneus. (Caro, 2014, p.200)

En este punto, resulta importante indicar que, la responsabilidad que tiene el sujeto especial, puede darse no solamente en los delitos de omisión o de acción, sino en ambos.

No se concibe ninguna forma de diferenciación cualitativa ni cuantitativa, para los delitos de infracción; en estos casos estamos frente a la figura de autor único, de modo que, sea por acción u omisión, no se evalúa cuestiones fenomenológicas. Pues no se está ante delitos comunes, sino, delitos de competencia institucional. (Caro, 2014, p.202)

Bajo esta teoría resulta innecesaria las otras formas de intervención delictiva, esto es, ya sean a título de autoría directa, autoría mediata o coautoría. Así mismo lo establece el jurista peruano. En estos casos no es admisible la figura de la coautoría, porque, no se puede compartir un rol positivo, sino, estos son dados para cada uno. (Caro, 2014, p.202)

Lo mismo sucede en la autoría mediata. No se puede lesionar de manera común, tanto entre el hombre de atrás y de adelante. (Caro, 2014, p.203). De tal manera que, resulta irrelevante, si el sujeto con los deberes positivos ostenta la posición de adelante o de atrás, se le imputa por su relación directa con el deber institucional, deber que debe ser infringido.

El deber positivo es personalísimo, solo le compete a su portador, ósea, a funcionario o servidor público, de modo que, no se evalúa quien tenía el dominio o lleve a cabo la organización de una acción típica. El funcionario o servidor público ha nacido para responder personalmente por lesionar su infracción del deber. (Caro, 2014, p.204)

Por otro lado, se tiene el aporte del profesor español Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, quien en su monografía titulada *“Delitos de infracción de deber y participación delictiva”* publicada por la editorial Marcial Pons, en el año 2002, lleva a cabo un desarrollo sistemático y dogmático de dicha institución penal. Recurre

como buen discípulo del profesor alemán Jakobs, al sistema de este último para explicar y fundamentar la teoría de la infracción de deber. En lo que va de trabajo, se desarrollará algunas ideas que consideramos relevantes de este profesor, toda vez que, bajo el mismo espíritu dogmático de la escuela funcionalista normativo, nos sirve como fundamento dogmático, por cuanto, también somos seguidores de dicha escuela.

Pues bien, según este autor Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2002), “se le debe hacer honor al profesor Roxin, como el fundador de la teoría de la infracción del deber” (p.33). Pero que, a su vez, éste dicho profesor alemán no ha profundizado los alcances prácticos menos dogmáticos de dicho instituto penal. Como buen funcionalista dicho profesor parte por la división, o, en otras palabras, reconoce la existencia de dos formas de llevar a cabo el injusto penal, en primer lugar, se tiene los delitos de organización o en virtud de una organización, en segundo lugar, se tiene los delitos de competencia institucional. Institutos ambos que fueron fundamentos en su momento por Jakobs.

Sánchez-Vera (2002), lo que da fundamento a la autoría en los delitos de infracción, es la existencia de una institución, en la cual el sujeto se encuentra inmerso, he ahí su razón de ser. (p.41)

Razón por la cual, estamos ante un mundo ya dado, ya configurado por las normas, y no solamente el hombre mediante su libre albedrío configura su mundo exterior, sino, en los delitos de infracción, se ve envuelto en un contexto en el que ya está dado el cómo, con instituciones preestablecidas. (Sánchez-Vera, 2002, p.40). En este sentido, se tiene una suerte de inversión conceptual, esto es, la norma es primero que el hombre. El mundo en que el hombre lleva a cabo su

desarrollo se encuentra desde un primer momento, mucho antes que el hombre materialice cualquier acción, ya debidamente configurado, estructurado. Se tiene así mismo ya definido. En esa suerte de anticipo normativo estructural de la sociedad, el hombre, portador de roles, lleva a cabo su desarrollo. El autor hace referencia a una suerte de instituciones, dichas instituciones se encuentran ya vivas, ya definidas mucho antes que el hombre. Tales instituciones, definen el estatus especial de la persona, como, por ejemplo, de padre a hijo.

La pregunta que cabe hacerse en este punto, a fin de comprender que papel o finalidad cumplen las instituciones. Nuestro autor refiere que, dichas finalidad de las instituciones es garantizar expectativas en relación con el bien jurídico. En los delitos de competencia institucional, no rige la accesoriedad, sino, que el agente obligado responde por haber creado un mundo en común con un tercero. (Sánchez-Vera, 2002, p.42). En otras palabras, se puede mencionar que, el sujeto obligado, el sujeto portador de un rol especial, el portador de un deber especial no ha incorporado o mejor aún no ha asumido el bien jurídico como si fuese de él o, como si el bien que tiene frente a si, no le perteneciera a su esfera de organización. Ante tal indiferencia, el sujeto obligado es pasible de imputación.

Cabe señalar también que, nuestro autor lleva a cabo una diferencia en cuanto a la estructura dogmática del profesor Roxin y Jakobs, sobre los delitos de infracción de deber. Se tiene en primer, la mención de Jakobs, al introducir el concepto “instituto”, concepto que no presentaba en la fundamentación de Roxin, mayor abundamiento dogmático. En segundo lugar, también se tiene que, según Roxin, la vulneración o afectación del deber explica por sí mismo la autoría, en

cambio, y con fundamentos totalmente diversos, Jakobs, refiere que, la lesión del deber da pie a fundamentar el juicio de imputación y, con menor medida, el injusto.

Pues bien, en cuanto al título de imputación y en además de la existencia de una prueba en concreto, el funcionario o servidor público responde en todos los casos por haber quebrantado su deber positivo. Sánchez-Vera (2002, p.183). Con esta idea, se tiene que, al igual que el profesor peruano Caro John, el portador de un deber especial, sea funcionario o servidor público, responderá siempre como autor.

En esa misma línea se tiene también, no es de recibo la inducción al delito, menos aún, la forma de participación omisiva, ni las demás formas de autoría; estamos solo ante la figura de la autoría única. (Sánchez-Vera, 2002, p.185).

Con ello se confirma, al igual que lo hiciera el profesor Caro John, la restricción de responder como partícipe, autor mediato, solo se evalúa, se examina, nos detenemos a ver el deber infringido por el responsable. (Sánchez-Vera, 2002, p.185).

Sánchez-Vera, (2002) afirma que

Las instituciones positivas encierran siempre en sí el contenido material de la negativa. Cuando la madre daña la institución negativa mediante su acción de facilitar el arma daña la institución negativa mediante su acción de facilitar el arma –que, en sí es una mera acción participación- infringe también los deberes de la institución positiva de fomento de cuidado del bien jurídico (...), por lo que habrá de ser también siempre autora. (Sánchez-Vera, 2002, p.189)

Por otro lado, en cuanto al título de intervención de la coautoría, nuestro autor refiere que: no es posible la comisión delictiva en coautoría, por cuanto, no es posible llevar a cabo la lesión entre varios sujetos cualificados, el deber que posee cada uno es personalísimo, de modo que, cada uno lesiona su deber de manera independiente y autónoma. (Sánchez-Vera, 2002, p.202).

En tal sentido, no se podría dar una división de deberes u obligaciones, pues éstas son intransferibles. Así lo hace saber Sánchez-Vera (2002), en un escenario en donde varias personas infringen su deber especial, no se examina si uno aporta poco o mucho, no, en estos casos se examina de manera independiente, cada uno desarrolla por sí el tipo penal. (Sánchez-Vera, 2002, p.202)

Así mismo, la figura de la autoría mediata, resulta intrascendente, no tiene repercusiones en el mundo del delito de infracción de deber.

De lo dicho se tiene que, en lo que va de la fundamentación del profesor Sánchez-Vera, la teoría que explica y fundamenta la responsabilidad del agente portador de un deber especial, es la competencia institucional. Asimismo, de las formas de intervención delictiva, esto es, autoría mediata, coautoría, no son de recibo para esta teoría, por cuanto, no cumplen con las exigencias del rol especial.

Por último, debemos señalar algunas ideas del profesor Jakobs, sobre la teoría de la infracción del deber, puesto que ya, es decir, sus ideas, han sido trabajados y ampliados por sus discípulos, tal como lo hemos visto líneas arriba. De manera que, a fin de no aterrizar en un mar de contradicciones y confusiones, solamente señalaremos aun idea, esto es, el de los deberes positivos. El sujeto se convierte en garante de una institución positiva, de modo que está obligado a asegurar dicha institución como un bien jurídico. (Jakobs, 1997, p. 791). Esto es,

portar un deber especial lo hace un obligado, por tanto, ha de cautelar, proteger el bien que institucionalmente se le puso a su cargo. De tal manera que, ante su quebrantamiento, éste responde como autor.

Jakobs (2016) la persona en los delitos de competencia institucional tiene el deber de ocuparse de la misma, de modo que, al hacerlo, también asume la protección hacia los destinatarios. De modo que, se habla de un estatus, de una posición que va más allá de cuestiones puramente negativas, se hace poseedor de criterios positivos. Asume el deber de excluir cursos lesivos o comportamientos que pretendan dañar bienes jurídicos. (p.108)

De tal manera que, el bien jurídico que se adquiere, sea por decisión unilateral o por imposición, siempre tienen que recibir del obligado especial, un resguardo que haga ampliar el beneficio que brinda dicho bien. A dicha relación entre el agente y el bien jurídico se le entiende como deberes especiales. Tales deberes se vinculan a las funciones especiales que tiene la persona. (Jakobs, 2016, p.109).

Por otro lado, se tiene que: referirse a los deberes especiales, dentro de una relación institucional convierte a los deberes generales en positivos, (Jakobs, 2016, p.109). Esto por cuanto, se ha deducido erróneamente que, el deber especial se ve desplazado por los deberes negativos.

A fin de concluir esta breve pero profunda descripción del deber que ostenta el funcionario o servidor público y de establecer el grado de intervención delictiva, esto es, si responden a título de autor o de partícipe, se tiene el siguiente ejemplo que el profesor alemán indica.

El funcionario o servidor público a quien se le denomina obligado positivo, responde siempre él mismo por su actuar y no otro. Si durante la realización de un hecho criminal, la esposa contrata los servicios de un sicario para eliminar a su esposo, ya con ello, la esposa está realizando el tipo penal de asesinato; caso contrario, si el asesino propone llevar a cabo la ejecución del esposo, antes de llevar a cabo tal acto, es entendida como tentativa del obligado, ósea, de la esposa. (Jakobs, 2016, p.109)

Con lo cual se puede concluir que, todo portador de un rol especial, una persona que organiza un segmento particular, sea por elección o imposición, resulta siendo autor del hecho delictivo y, quienes colaboren con el quebrantamiento de dicho deber especial, responderán como partícipes del delito cometido por el funcionario. A ello se le denomina autoría única y participación única.

Uno de sus discípulos alemanes Heiko Lesch (1995) consolida el planteamiento del profesor Jakobs, al mencionar que, toda persona que se encuentre inmerso en una relación institucional, al lesionar su deber realiza por sí el delito. (p.943)

De suerte que, el obligado especial, el sujeto que asume una esfera institucional, siempre responderá como autor del delito de infracción de deber. Tal como se viera a continuación.

El que infringe un deber especial lleva a cabo la realización del delito de infracción de un deber, de modo que, responde no por la configuración defectuosa de su libertad, sino, por haber quebrantado o infringido un deber dado por la institución que asume. (Lesch, 1995, p.944)

De suerte que, en estos delitos, no hay forma en el que el sujeto no cualificado responda a título de autor, menos es admisible cualquier forma de autoría mediata o coautoría.

Con ello se puede indicar también que, en razón a lo ya señalado anteriormente por uno de los discípulos de Jakobs, estamos ante un delito de autoría única, pues, solo el poseedor de un estatus, de un deber especial, responderá como autor; no se toma en cuenta si tenía o no un dominio, ello solo se aplica a los delitos de dominio. (Lesch, 1995, p.944)

Por su parte, y resumiendo la importancia que juega la teoría de la infracción de deber a la hora de identificar y sancionar a quienes han infringido las expectativas normativas. Es conveniente citar el pensamiento del profesor Salinas, se le denomina autor a aquel que ha infringido su deber, de modo que es tratado como autor no por lo hecho, sino, por haber quebrantado su rol positivo. (p.2)

Con ello queda explicada la diferencia entre un autor y un partícipe, y los deberes que cada uno infringe a la hora de quebrantar sus propias expectativas.

2.2.2. Instituciones negativas

Las instituciones negativas parte del principio del *neminem laede*, que significa, no dañar al otro. De modo que, el argumento central para tal instituto reside en la extralimitación que lleva a cabo la personas, afectando la esfera de organización de un tercero. Tales cuestiones se construyen a partir de roles comunes, esto es, que le son dados a todos por la simple existencia de sí mismos. (Lesch, 1995, pp.942-943)

Jakobs (2016) señala al respecto, son deberes negativos aquellos que les compete a todas las personas, con el fin de administrar adecuadamente su comportamiento dentro de una esfera propia. (p.16). Dicho deber posee un carácter vinculante, ello quiere decir que, es de obligatorio cumplimiento para todos los ciudadanos.

En ese mismo sentido se tiene la mención de uno de sus discípulos en el Perú del profesor alemán, para quien, los roles comunes son un indicador de una sociedad, de modo que, nadie puede quebrantar el bien jurídico del otro. (Caro, 2003, pp. 28-29). En ese sentido se tiene que, el ser portador de un rol, ésta tiende a delimitar las expectativas de cada interviniente en el mundo social. Ser portador de un rol es asumir de manera directa y concreta deberes y derechos que se relacionan de manera sinalagmática, esto es, re libertad y responsabilidad. (Caro, 2003, p.30).

Así las cosas, en términos jurídico-penales, el portar de un estatus o rol, asume una posición dentro de la sociedad, de modo que, nadie puede afectar o verse inmerso en una lesión. (Caro, 2014, p.60).

En tal sentido, los deberes negativos o entendida como institución negativa, es entendida dentro del derecho romano como no dañar a nadie, esto es, no afectar la esfera de la otra persona. (Sánchez-Vera, 2003, p.273). Sobre el particular hay que señalar que, ante la negación de una institución negativa como la presente, se da origen a los denominados delitos de organización, ello bajo la concepción del profesor Jakobs, en tanto, si seguimos la concepción del profesor Roxin, estaríamos ante los delitos de dominio. En ese mismo sentido:

Los deberes negativos no se centran en analizar solamente prohibiciones, sino también, cuestiones de mandato, esto es, de velar, proteger los contornos dados a su estatus o rol. (Jakobs, 2016, pp. 15-16).

El fundamento de los deberes negativos está en lo que se denomina relación sinalagmática, esto es, una relación de libertad y responsabilidad; toda persona tiene el derecho a que se respete su libertad, de no hacerlo, o hacer de manera excesiva y en detrimento de los demás, le acarrea una responsabilidad. (Jakobs, 2016, p.117)

2.2.3. Instituciones positivas

En palabras de Jakobs (1998), son entendidos como roles particulares que, configurado de manera adecuada con los demás, se busca la creación de un mundo más completo. (Jakobs, 1998, p.73). A decir del mismo autor, se entiende al deber desde el plano normativo, el cual le da un contenido de funcionamiento y un carácter irrenunciable. (Jakobs, 2016, p.16). Las personas que asumen estos deberes positivos, están adscritas, están debidamente delimitados por la norma, de suerte que solo ellos pueden responder como autores ante una infracción normativa. Entre dichas personas están comprendidas, los funcionarios públicos, los padres, los servidores públicos. Ahora bien, es preciso mencionar que tales deberes suelen adquirirse ya por mandato o por libertad misma de la persona.

Según el planteamiento del profesor Caro (2014), se está ante una institución positiva de deberes positivos, en cuanto se identifique las siguientes características, en primer lugar, cuando el rol trasciende el carácter individual; cuando de tales roles se establece un rango, un límite en las competencias de cada sujeto; y, finalmente, la posición de garante. (pp. 62-63.)

En resumidas cuentas, podríamos indicar que, dentro de una organización social, no todos están obligados positivamente, sino, solo aquel quien presentan una posición singular, especial. Por ejemplo, la madre, el juez, el policía, etc. (Jakobs, 2016, p.17)

Ahora bien, en estos supuestos de deberes positivos, se debe llevar a cabo un análisis a partir de la semántica de la acción típica, no antes, de lo contrario se corre el peligro de adelantar las barreras de punibilidad. La autoría del funcionario público debe individualizarse debidamente a partir de la descripción del tipo penal.

2.2.4. Autoría y participación

A decir del profesor García (2019), en la comisión de un hecho delictivo, sobre la base de la infracción de un deber, tal como está descrito en la norma sustantiva, el que infringe dicho rol responderá como autor del delito y no otro. (p. 757).

En el caso que varios autores funcionarios intervienen en la realización de un hecho delictivo, todos ellos, responderán independientemente por la vulneración de su deber positivo. El ejemplo que plantea el profesor García Cavero, resulta pertinente, dicho autor propone como ejemplo el delito de peculado, en la que a dos funcionarios se les da como el deber de custodiar determinados bienes, que, previa coordinación entre ambos, terminan apropiándose del mismo, cada uno responderá por el delito en concreto, y, no como coautor u otra forma. (p.758).

A seguir en el desarrollo, el profesor García (2019), el delito de infracción no se concreta por la simple infracción de un deber sino, en cuanto el comportamiento reúna todas las características establecidas en la norma penal. (p.759)

Respecto de los delitos de infracción del deber, sin lugar a dudas, nos encontraríamos ante un problema, tal como lo señala el profesor Villavicencio, existe la dificultad que, no es suficiente que el autor posea un dominio sobre hecho, dado que ello, es útil para los delitos comunes; para los delitos de infracción, es el incumplimiento de un deber especial. (Villavicencio, 2018, p.490). A decir de dicha referencia, solamente nos hallaríamos ante la figura del autor, en tanto se subsuma a la figura de los autores cualificados. Dicha cualificación se da a través de la norma penal, en otras palabras, la figura del autor se haya limitado por la norma penal.

Tal como lo representa el profesor Villavicencio, con un ejemplo. Se propone como ejemplo el delito de prevaricato, (Villavicencio, 2018, p.490). En este caso describiremos dicha norma, a fin de señalar su contenido. Dicha norma prescribe que, sea juez o fiscal cuyo comportamiento sea doloso, dictara una resolución o un dictamen que vaya contra el principio de legalidad, o en su caso, cite pruebas o hechos falsos, o aplique normas que se encuentren derogadas, responderán penalmente.

En estos delitos tanto el funcionario como el servidor público, responden como autores, mientras que, todo aquel que intervenga como ajeno a la relación funcional, es determinado como partícipe. En palabras del profesor Caro, el agente cualificado por la norma penal, ha nacido para ser autor único, de la inobservancia de su deber especial; mientras que, el partícipe, lo es en sentido de participación única, sin las disgregaciones de entenderlo como cómplice primario o cómplice secundario, dado que, ello encuentra su fundamento en los delitos de dominio.

En portador de un rol especial, será siempre autor único del delito funcional, pues, su responsabilidad no se encuentra en la cualidad del deber, sino, en la relación funcional que tiene al sujeto cualificado con el objeto de protección del bien jurídico.

Ello trae consigo, marcadas diferencias con los deberes especiales, toda vez que, éstos, son fundamentos propios de los delitos de dominio, y, no así, de los delitos de infracción del deber. No es cuánto hace o deja de hacer el portador de un rol general, sino, la vulneración al deber especial que lo identifica como autor del delito. Es precisamente tal fundamento, el que explica y valida la responsabilidad penal del agente.

2.2.5. Aplicación de la infracción del deber en la jurisprudencia nacional

En primer lugar, citaremos el Acuerdo plenario N° 2-2011/CJ-116, de cuyo fundamento jurídico se extrae lo siguiente: se tiene de la norma penal dos categorías, de un lado, un tipo penal que regula los comportamientos cometidos por todas las personas, a ella se le denomina, delitos comunes o de dominio. Del otro lado, tenemos a los delitos de infracción del deber, en estos delitos, queda exento los fundamentos jurídicos y teóricos del dominio del hecho; se centran en estos tipos la infracción a un deber positivo, el cual va dirigido solo a funcionarios y servidores públicos.

Los únicos que pueden llegar a ser autores de este tipo de delitos, son los funcionarios o servidores, pues, son ellos los que poseen un estatus especial en relación con el bien jurídico. De modo que, como sucede en los delitos contra la administración pública, el funcionario ha de actuar de manera correcta en respeto

a los principios de lealtad, probidad en el ejercicio del cargo que ocupa, así como de los bienes puesto a su disposición.

Bajo ese mismo razonamiento, resulta relevante señalar lo ya precisado por el Acuerdo Plenario 2-2011, en el cual se indica que, los sujetos cualificados como el funcionario o servidor público, responden penalmente por haber negado su deber positivo. Responderán como autores pues, han puesto en riesgo o afectado patrimonialmente los fondos o caudales del Estado.

Sobre la intervención única de los sujetos, conocido en la dogmática con el nombre de unidad del título de imputación, se tienen las siguientes jurisprudencias.

Según el Acuerdo Plenario N° 2-2011, se refiere a que, un hecho que se da en la sociedad no puede merecer un análisis por dos tipos penales completamente diferentes. De otro lado, cuando la persona que interviene en la comisión del hecho, no tiene u ostenta la cualidad exigida por la norma, responderá como partícipe del delito cometido por el autor.

Podemos tomar como ejemplo, el delito de peculado el mismo que se explica en los términos siguientes: se debe decir que es en primer lugar, un delito de infracción, en el que el agente asume un rol especial, de modo que se encuentra vinculado por dicha institución al bien jurídico.

El agente desarrolla obligaciones determinadas por la ley. Siendo ello así, se imputa cargos a la persona que ha infringido una norma en concreto, a lesionado un deber positivo. Fundamento primer de la Casación N° 1500-2017- Huancavelica.

Otro ejemplo, a fin de entender el papel de la dogmática penal en la resolución de casos penales, es el siguiente, uno de los delitos que se cometen

dentro de las entidades del Estado tiene que ver con la malversación de fondos, a decir de la teoría, deviene en un delito de infracción, puede ser gobernador o gerente el que infrinja un rol positivo, la norma es clara, ellos cometen el delito de infracción del deber. Casación N° 503-2018/Madre de Dios. Ponente San Martin Castro. Fundamento Séptimo.

Solo se hablará del delito de infracción del deber, cuando la persona ponga en peligro o lesione un deber positivo o una institución especial, sin importar lo que se encuentre contenido en la norma o, sin mediar la intervención de otros ajenos. Fundamento 9.4. Casación 558-2016 Lambayeque. Ponente Neyra Flores.

La máxima instancia judicial, en sendas sentencias ha precisado que, en estos delitos contra la administración pública, estamos ante delitos de infracción, sin embargo, cabe señalar que, en delito como el parricidio u otro, y que por su cualidad o naturaleza institucional estamos ante el quebrantamiento de un deber especial. Pues que, la persona se encuentra inmerso dentro de una institución familiar, de modo que, ello bastaría para atribuirle autoría. No se toma en cuenta quien jalo el gatillo o quien apuñaló un cuchillo. Fundamento décimo. Casación 558-2016 Lambayeque. Ponente Neyra Flores.

Por otro lado, también se tiene el presente Recurso de Nulidad, en la que se precisa los fundamentos dogmáticos de la autoría. R.N. N°803-2016/Lima; en esta sentencia se precisa lo mismo que el anterior, que estamos ante la presencia de una institución, de modo que, ello faculta la identificación del autor por quebrantar un deber especial. Por ejemplo, el del padre hacia el hijo y viceversa.

2.2.6. Marco lega

Ahora bien, una vez descrito los alcances dogmáticos de los grados de intervención en la comisión de los delitos de infracción de deber, consideramos necesario, concluir este punto con el marco legal sobre la autoría y participación en nuestra legislación nacional. Se encuentra regulada en los artículos 23°, 24° y 25° del Código sustantivo.

La comisión de un hecho delictivo supone que, quien la comete o realiza, debe responder jurídico-penalmente, ya sea a título de autor o de partícipe. En cierto segmento de la sociedad, tales intervinientes ostentan una cualidad especial, de manera que, no todos podrían responder a título de autor. En ese sentido tenemos a los sujetos cuya particularidad o cualidad que poseen les hace autores y a aquellos que colaboran con dicho sujeto, responderán a título de partícipes.

Bajo dicho argumento, se decantan los funcionarios o servidores públicos, cuya responsabilidad se concretará en tanto quebranten su deber institucional. Ahora bien, para delimitar los ámbitos de competencia de los funcionarios o servidores públicos, es preciso definir qué se entiende por tales. Para ello resulta de gran relevancia normativa, remitirnos al artículo 425° del Código Penal, el cual regula, prescribe, señala y establece una serie de niveles, tanto de los funcionarios como de los servidores públicos.

Son funcionarios los que se encuentran dentro de la carrera administrativa, ejemplo, trabajadores de una municipalidad, de una institución educativa u otros.

Dentro de este marco están comprendidos también, las personas que, por razón de su cargo, desempeñan cargos de confianza o cargos políticos, tanto si

ellos devienen de una elección popular, como, por ejemplo, alcaldía, gobernación, entre otros.

También se ven inmersos dentro de esta figura, toda persona que mantiene un vínculo contractual con el Estado, sin importar el tipo de vínculo laboral que posea. Pueden trabajar para alguna empresa del Estado, sociedades o de economía mixta.

Ingresan dentro de esta figura los administradores o depositarios de caudales o depósitos, dados por autoridad competente. Están también, los policías y las fuerzas armadas.

2.2.7. Delito de peculado doloso

Respecto a este tipo penal, debemos partir en principio por su regulación jurídica, se encuentra regulada en el artículo 387° del CP. Cuyo contenido es el siguiente, por el cual, se identifica al funcionario o servidor público, cuyo comportamiento típico es la de apropiarse, utilizar, bajo cualquier modalidad o forma, para sí o para otro, caudales o efectos que se han dado en percepción, administración o custodia que por su función o cargo desarrolla.

De concretarse tales verbos rectores del tipo penal, recibirán una 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.

Dicha conducta se agrava cuando el funcionario o servidor público de lo apropiado o utilizado supere lo dispuesto por la norma, esto es, las 10 UIT, en dicho caso, se le impondrá una pena privativa de la 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.

La pena se incrementa en los siguientes casos: si los caudales o efectos estuvieron destinados a fines asistenciales o programas de apoyo o incluso social. En estos casos, la pena a imponérseles 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.

Cabe señalar que la Corte Suprema en este punto ha definido y señalado la estructura típica de este delito, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ116: así han indicado que, en este primer párrafo se está ante una acción dolosa y, en segundo lugar, se está ante un comportamiento culposo.

Sobre este tipo penal, existen sendas jurisprudencias que, mencionan o lo atribuyen como delito de infracción de deber. Entre estas están: R.N. N.º 2413-2012, Piura: Fundamento tercero:

El delito por el cual se imputa a las personas es por el delito de peculado, dado que, el funcionario o servidor público, llevó a cabo las acciones de apropiación o utilización para sí, con lo cual, afecta de manera grave la correcta administración pública.

En otra casación, Casación N.º1004-2017, Moquegua, se ha indicado que, con la comisión del presente delito, se afecta la actividad patrimonial del Estado; también indican que, al ser un delito de infracción presenta elemento de dominios, esto por la conjugación de algunos actos en concreto.

Así mismo se tiene la siguiente ejecutoria, la cual describe los alcances de la autoría única, la misma que fuera defendida por la escuela funcionalista del derecho penal y, que a la fecha si bien, no ha sido oficialmente aceptada por la máxima instancia judicial, si viene recibiendo cierta acogida en instancias de menor jerarquía.

Por otro lado, citando un ejemplo de corte comparativo, esto es, con lo que sucede en la jurisprudencia argentina, se tiene que, según el profesor Falcone, (2018) señala lo siguiente, en estos tipos penales, resulta insignificante quien ejecute de propia mano o a través de terceros, en estos delitos, lo que se evalúa es quien ha infringido su deber de proteger el patrimonio del Estado. (p.6)

Así, se puede precisar que, los aspectos normativos, las competencias normativas, son los únicos presupuestos que permiten llevar a cabo la diferenciación de quién es autor y de quién es partícipe del delito de peculado. Esto es, la vulneración de un deber general negativo y de un deber especial positivo.

En este tipo de delito, se busca establecer qué se debe entender por Administración, percepción o custodia, con el objeto de identificar el bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal. Según los autores Chanjan; Torres & Gonzales. (2020), debemos definir que, se entiende por percepción, en primer lugar, diremos que, es la acción de captar una cosa o producto, para el caso, es recibir caudales o efectos de forma lícita, que ingresan al patrimonio del Estado, y cuyo deber de proteger corresponde al funcionario o servidor público (p.16)

2.2.8. Delito de peculado culposo

Descripción típica del delito de peculado, se concreta cuando el agente deja que otra persona efectúe la sustracción o apropiación de caudales o efectos, sin

prever las medidas debidas. La norma hace mención a las circunstancias de agravación de la pena., esto se da cuando, si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social.

Salinas (2019) afirma que, este delito se concreta con la sustracción de parte de un tercero, el cual se aprovecha del funcionario o servidor público para concretar la sustracción de los caudales del Estado. No se castiga el haber sustraído efectos o caudales, sino, haberlo permitido que ello suceda. (pp. 457-458)

Para la configuración de dicho delito se debe tener en cuenta los elementos típicos que configuran el tipo penal. En este caso estamos nos referimos a la sustracción y a la culpa del agente, sea funcionario público o servidor público. Por sustracción se entiende, llevar o distanciar fuera de la esfera del agente los efectos o caudales del Estado, acción que es ejercida por un tercero. (Ramiro, 2019, p.458). Tercero que se aprovecha de la situación de negligencia o descuido, o, mejor dicho, situación de culpa, para hacerse con los caudales o efectos públicos. Mientras que por culpa se entiende, es la imprudencia, la falta de tino, de cuidado el que genera la sustracción de los efectos o caudales. (Ramiro, 2019, p.458).

En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial que vincula al funcionario o servidor público y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. En ese contexto el marco concretado para el autor del delito de infracción de deber, en términos de prescripción, no puede sostener una mayor extensión de los mismos para el *extraenus*".

Debemos señalar que dicho acuerdo plenario, tiene como tema central los alcances de la prescripción en los delitos funcionariales. Tema que evidentemente

no corresponde con el tenor de nuestra tesis, más, sin embargo, extraemos de los fundamentos de dicho acuerdo plenario el punto más importante referido a los delitos de infracción de deber, como ya ha sido señalado líneas arriba.

2.2.9. Acusación

2.2.9.1. Marco normativo

Tal como está establecido en nuestro marco legal, el instituto de la acusación penal, se encuentra regulado en el artículo 349° del Código Procesal Penal, cuyo contenido es el que sigue: toda acusación para ser entendida como tal, ha de cumplir con los siguientes requisitos, i. estar debidamente motivada. Ello comprende, la identidad del imputado.

Se pide que los cargos o hechos imputados estén escritos de manera clara, precisa, que se indiquen las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores a la realización del hecho. Si la acusación presenta varios imputados, se debe detallar para cada uno.

También debe contener las pruebas, aunque la norma procesal penal hace hincapié a los elementos de convicción, los mismos que respaldan y permiten fundamentar las acusaciones. Se indica la participación que cada persona ha desarrollado durante la comisión del delito.

Habiendo descrito la norma, ahora nos toca definir qué se entiende por acusación, para ello nos remitiremos a las distintas posturas que hicieron los juristas procesales, pues, son ellos, quienes según su postura y entender la norma. Así mismo, nos ayudan a comprender de mejor manera dicho instituto.

Seguidamente citaremos algunas jurisprudencias, con el objeto de precisar los presupuestos que exigen una correcta acusación.

El profesor Neyra (2015), precisa que, la acusación es un acto procesal, cuya titularidad le pertenece exclusivamente al Ministerio Público, de modo que, es el único quien puede llevar a una persona al juez a ser juzgado, para ello ha de llevar a cabo un conjunto de actos previos, como recojo de información, pruebas, evidencias, testimonios entre otros. (p.481)

Tal como lo refiere el autor en mención, la acusación viene a ser un acto procesal, por el cual, y, tal como queda señalado por nuestra Constitución artículo 159° la titularidad de la pretensión penal la tiene el Ministerio Público, de suerte que, solo ellos están autorizados a formular pretensiones acusatorias frente al órgano jurisdiccional, para ello, han de cumplir elementos de procedibilidad.

Según lo prescribe el autor Salinas (2017), una de las cosas que ha de exigírsele a todo acto de imputación, más específicamente a la acusación, es que, toda acusación para ser entendida como tal, debe ser cierta, explícita, precisa, clara y expresa, en otras palabras, cumplir con las exigencias del principio de legalidad. Además de ello, ha de ser redactada bajo un lenguaje que haga posible su comprensión, describiendo los hechos, las circunstancias, el tipo penal y las pruebas que corroboran su responsabilidad. (p. 142)

De manera que, una exigencia que se le exige al representante del Ministerio Público, es que, sus acusaciones contengan información debidamente clara, determinada en tiempo y modo, el mismo que le sea entendible al acusado de las razones de por qué se le acusa.

Según el autor Del Rio (2017), considera que, el acto procesal de la acusación legitima la participación de la fiscalía, a ello se le denomina legitimación activa, mientras que, sobre la persona que recae la acusación se le entiende como la legitimación pasiva, ambas partes interactúan durante el desarrollo del proceso, el cual se da desde la etapa preliminar, investigación preparatoria y de manera más concreta en la acusación, para ello, se requiere que la personas acusada se encuentre debidamente individualizada. (p. 137)

Por su parte el autor citado, refiere que, en primer lugar, se ha de llevar a cabo un control real sobre la identificación de la legitimación de las partes que interviene en el proceso penal, esto es, la legitimación activa y legitimación pasiva, la misma que ha sido identificada desde las primeras diligencias.

Para cerrar esta pequeña parte, citaremos algunas resoluciones expedidas por los jueces supremos. Acuerdo Plenario N. ° 4-2009, señala lo siguiente, toda acusación ha de contener primero, una alta mención de los hechos atribuidos a la persona, cabe indicar que, dentro de esta fase, se debe precisar el conjunto de circunstancias que rodean ex-ante, durante y ex-post; teniendo los hechos, se da paso a la segunda fase, el proceso de subsunción de los hechos a la norma penal, de modo que, la fiscalía ha de realizar una correcta calificación jurídico penal, esto es, grado del delito, tipo, autor o partícipe, así, como también, lo contenido en el artículo 46 de CP.

Tal como queda plasmado en el fundamento precedente, se puede advertir que, toda acusación ha de precisar con claridad, precisión no solo el hecho o hechos, sino, también, la calificación jurídica, ello implica que, el rol del fiscal es fundamentar debidamente los grados de intervención de los agentes, para evitar

con ello estado de indefensión. Punto que tiene mucha relación con nuestra investigación, pues, se exige al fiscal que, desarrolle debidamente, ya sea con la teoría que consideren es la más correcta o no, para imputar responsabilidad penal, sobre todo en delitos de infracción de deber y, con ello, también precisar del grado de intervención del partícipe en la comisión del injusto.

En la Casación N. ° 760-2016, La Libertad, los jueces supremos han señalado que, al igual de una sentencia, toda decisión que emitan los jueces y fiscales, debe ampararse bajo el principio de la debida motivación. En otras palabras, todo fiscal ha de explicar de manera suficiente, clara y concreta, su pretensión punitiva. A fin de que el acusado, bajo las garantías de la presunción de inocencia, y del derecho de defensa, conozca de primera mano, los cargos que le atribuye la fiscalía.

Así las cosas, la motivación no solo es de exigencia al juez penal, sino también, se le exige de manera especial al representante del Ministerio Público, en dicha acusación ha de contener un fundamento debido, debe estar descrito de manera lógica, debe ser integral. De modo que, no deje vacíos y ello sea empleado por los abogados defensores como mecanismos que liberen de responsabilidad penal a los imputados.

Debemos señalar que, uno de los aspectos más importantes que se ha cuestionado es el referido al rol que ha de desplegar la fiscalía, el mismo que, según nuestra investigación ello no ha sido debidamente tomado en cuenta. Dicho aspecto, será desarrollado con mayor profundidad en la parte de la discusión y propuestas.

2.3. Definición de términos básicos

1. Deberes generales: Tiene como fundamento el apotegma del *neminem laede*, el cual regula la prohibición de dañar la libertad o esfera ajena.

2. Deberes especiales: Es el estatus que se adquiere ya sea por mandato o designación, en el cual dicha persona tiene el deber positivo de organizar una esfera debidamente delimitado por la norma.

3. Dominio del hecho: Conforme al planteamiento del Roxin, “el dominio del hecho debe concretarse en las tres formas de autoría: autoría directa, la autoría mediata y la coautoría”. (García, 2012, p.679).

4. Infracción del deber: se identifica como autor a todo aquel funcionario o servidor público que, al poseer un estatus especial, un rol positivo, ha de proteger y maximizar el bien jurídico puesto a su disposición; dicha persona adquiere una cualidad especial de modo que al infringir su deber especial lo convierte en autor; mientras que, todo aquel que colabore con él, será comprendido como partícipe.

5. Participación: La participación se caracteriza, en estos casos, como una intervención sin infracción del deber especial respecto de un autor que, por su parte, no se define por el dominio del hecho. (García, 2019, p.788)

6. Autoría única: Se entiende a la autoría única como aquella categoría que tiene como base los argumentos del normativismo penal, de tal manera que, se va construyendo su figura como agente que al quebrantar o poner en peligro su rol positivo, se le identifica como autor de un delito de competencia institucional; cabe resaltar que el delito lo puede realizar sea por acción u omisión. Responde como autor porque quebranta su deber institucional.

7. funcionario público: Están comprendidas tanto las personas naturales como las personas físicas, cuya posición en el ordenamiento institucional le confiere poder de decisión, planificación y de trabajo, cuyo propósito siempre y en todo momento es la búsqueda de un bien común. De tal manera se puede indicar que, se entiende como funcionario a toda persona que tiene capacidad de poder, de ejecución y de decisión.

8. Servidor Público: Los servidores públicos viene a ser personas naturales cuya cualidad es la falta de decisión o de poder sobre la administración, ejecución o planificación; su participación se reduce a prestar servicio, a colaborar en el proyecto conjunto del funcionario público.

9. Rol: Entendida como la situación, el lugar que ocupa la personas en referencia a un espacio en concreto en el que desarrolla su comportamiento, toda expresión o comportamiento presenta un claro sentido de comunicación.

10. Peculado doloso: comportamiento dirigido a la comisión por acción u omisión realizada por el funcionario o servidor público con el propósito de beneficiarse, mediante apropiación, utilización u otra forma, de los efectos del Estado o de los caudales del mismo, puestos bajo su función.

11. Peculado culposo: comportamiento llevado a cabo por un tercero que se aprovecha del descuido o imprudencia del funcionario o servidor público, para aprovecharse, sustraer los efectos o caudales del Estado.

12. Acusación: Entendida como un instituto procesal por el cual, el representante del ministerio público, asume la competencia de la acción penal y formula los cargos en contra de los responsables. Se rige bajo el principio

acusatorio, en el que, debe precisar de forma clara, concreta y precisa los hechos, la norma aplicable al hecho, las pruebas, la pena y la reparación civil si lo hubiera.

CAPÍTULO III: HIPÓTESIS Y VARIABLES

3.1. Hipótesis

3.1.1. Hipótesis general

La aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber influye de manera positiva en la sustentación del requerimiento de acusación, por cuanto, permite delimitar los grados de intervención debidamente, ello es, ya sea a título de autor o de partícipe, todo ello bajo los alcances de la intervención única. Y con ello se evitarían que dichos delitos se queden impunes.

3.1.2. Hipótesis específicas

1. La teoría de la infracción del deber en la fundamentación de los requerimientos de acusación del grado de intervención del *intraneus*, en el delito de peculado doloso, influye de manera eficiente, toda vez que, permite delimitar el título de imputación a los funcionarios que intervienen en la comisión de un hecho delictivo.
2. La forma en que la teoría de la infracción del deber influye en la fundamentación de la intervención delictiva del *extraneus*, resulta siendo positiva, ello por cuanto, permite atribuirle un grado de intervención al sujeto no cualificado por la norma penal, para cometer delitos funcionariales, y que, su participación no quede impune.

3.2. Operacionalización de variables

3.2.1. Variable independiente

- A. Aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber.

3.2.2. Variable dependiente

- A. Fundamentación del requerimiento de acusación.

B. Delito de peculado doloso.

3.2.3. Operacionalización de variables

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ESCALA DE MEDICIÓN
V. Independiente: Aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber	Se les denomina así porque solo una persona que pose un rol especial es capaz de infringir y poner en peligro el bien jurídico. Afecta una institución.	Entendida como delitos de infracción institucional, en la que el titular ostenta una cualidad especial, en relación al bien jurídico tutelado.	Infracción del deber	Autoría Participación	NOMINAL
Variable dependiente: A. Fundamentación del requerimiento de acusación.	La acusación viene a ser una institución del derecho procesal penal, por el cual, el Estado le confiere la titularidad al representante del ministerio público para que pueda formular cargos, presentar pruebas, solicitar un quantum de la pena, entre otros.	Acto procesal por el cual, el titular de la acción penal, interpone una pretensión punitiva y de reparación civil, a favor de la víctima	Requerimiento de acusación	i. Descripción fáctica ii. Fundamentación jurídica (tipo penal, grados de intervención, entre otros) iii. Elementos de convicción iv. Marco Punitivo y reparación civil	NOMINAL
B. Delito de peculado doloso	El delito de peculado tiene como verbo rector, apropiarse de manera directa o indirecta de los bienes públicos, puesto a su disposición. (Rojas, p. 234)	Entendido como delito de infracción de deber, el cual es cometido por funcionario o servidor público	Delito funcional	Peculado doloso Peculado culposo	

CAPÍTULO IV: METODOLOGÍA DEL ESTUDIO

4.1. Método y tipo de la investigación

4.1.1. Método general

Método Inductivo-Deductivo: Se llevó a cabo el uso de los siguientes métodos; puesto que, se hace imperiosa su empleo en la presente investigación, en primer lugar, partió de casos particulares, para explicar los sub-siguientes casos, en donde se ha realizado una incorrecta aplicación de los alcances dogmáticos de la teoría de la infracción del deber.

Ello se puede ver en la siguiente definición, (Dávila, 2006), citando el pensamiento de Aristóteles, considera que, el método deductivo, es un proceso que lleva a cabo el pensamiento en el que, toma como base proposiciones generales, para posteriormete arribar a afirmaciones específicas, todo ello bajo el manto de la lógica. (p.184). De esta manera se explica el papel del método deductivo, pues, ella permite que el investigador parta de cuestiones generales a fin de aterrizar sobre casos particulares.

- **Método Análisis-Síntesis:** Este método nos permitirá comprender la naturaleza jurídica de los delitos cometidos por funcionarios especiales, personas que ostentan una cualificación especial. De tal manera que nos brindará información sobre su importancia a la hora de formular algún requerimiento de acusación.

Por otro lado, tal como lo señalan los autores, J. Lopera ; C, Ramírez,; M, Zuluaga, & J. Ortiz, 2010), este método ha de ser comprendida como, la operación en el que el sujeto procede a descomponer un objeto en varios pedazos, o elementos que integran objeto de estudio, es importante indicar que, este tipo de

método ha sido empleado en la generación de nuevos conocimientos desde antaño. (p. 1). Tal como se ha llevado a cabo en la presente tesis.

4.1.2. Métodos particulares

- **Método Exegético:** A través de este método, podremos hurgar en las entrañas de la norma que regula la figura de la autoría y participación. Para ello nos remitiremos a la exposición de motivos, en el cual, los señores legisladores fundamentan el porqué de su regulación. Ello se aprecia con mayor concretización en la siguiente definición.

Ramos, (2007), quien señala que:

El método exegético constituye el estudio lineal de las normas tal como ellas aparecen dispuestas en el texto legislativo. El método parte de la convicción de un ordenamiento plano, cerrado sin lagunas. Es, pues, un culto a la ley positiva, producto de la codificación. La exégesis no modifica el orden de los códigos o de las leyes objeto de comentario: por el contrario, respeta escrupulosamente los textos legales. (p. 109)

Así, se tiene que, por medio del presente método, el investigador lleva a cabo el estudio de la norma en su sentido original, en su dación primigenia.

- **Método Sistemático:** Este método nos brindó la posibilidad de entender desde un plano estructural, esto es, Constitucional, de la importancia que conlleva la atribución o individualización del título de imputación. Asimismo, recurrir a principios fundamentales consagrados en la Constitución a fin de fundamentar un requerimiento de acusación debidamente motivado. Por último, debemos llevar a cabo su definición.

Según Ramos (2007), el presente método no es más que, un proceso de corte lógico, pues, tiene como centro de análisis la norma penal, el cual, es producto de varios fenómenos conceptuales, por tanto, merece ser reexaminado permanentemente. Este método constituye una técnica jurídica, por el cual, el investigador u operador jurídico se adentra en los principios básicos del derecho, para así, explicar los fenómenos legales que se suscitan en la vida real. (p. 112)

El investigador por medio del presente método lleva a cabo la interpretación de la norma, según los alcances constitucionales y, de normas internacionales. En lo que concierne a nuestra investigación, se dio sentido en cuanto al análisis de la norma penal.

4.1.3. Tipo o alcance

En cuanto al tipo de investigación, en lo que va del presente trabajo, se ha optado por el Básico. Este tipo tiene como fin obtener y recopilar información sobre la aplicación de la teoría de la infracción del deber en los requerimientos de acusación, las mismas que, recaen en el delito de peculado doloso. Por otro lado, es necesario precisar que, el Nivel de investigación para el presente, es el **Descriptivo-explicativo**.

En palabras del autor Ríos (2017), se tiene que, mediante el empleo de la investigación básica, el investigador lleva a cabo una serie de operaciones mentales, sean estos en los laboratorios o gabinetes legales, en el que, tienen como objeto de reflexión el estudio de principios y leyes vigentes, como es nuestro caso, sobre el delito de peculado. (p.99). De suerte que, el tesista se adentra en la búsqueda de nuevos conocimientos vía interpretación, tal como lo hemos propuesto.

Dicha postura se reafirma con lo señalado por Bunge (2019), quien propone lo siguiente: “la investigación básica consiste en la búsqueda de la verdad independientemente de su posible uso práctico, el que acaso jamás llegue”, (p. 45). Esto es, el simple acto de búsqueda de nuevos conocimientos, sin importar sus efectos futuros, claro, ello es imposible de predecir en el acto actual, sin embargo, su utilidad es importante.

4.2. Diseño de la investigación

Todo trabajo de investigación, ha de ser concatenado, ordenado y sistemático, en tal sentido, y correspondiente a este punto señalar cuál es el diseño elegido, debemos indicar que, estamos ante el no experimental transeccional. Se le define a este tipo de diseño como, el conjunto de operaciones que lleva a cabo el sujeto, a fin de crear sus propios diseños que le permitan identificar, determinar la causa y efectos de un caso en concreto, con la intención de proponer soluciones prácticas y concretas a fenómenos sociales. (Días, 2007, p.72).

4.3. Población y muestra

4.3.1. Población

Se entiende por población a ese conjunto de elementos que comprende el campo de investigación, (Carrasco, 2007, pp. 236,237). En ese mismo sentido se tiene la siguiente definición: por población se ha de comprender al conjunto de elementos o cualidades que presenta nuestro objeto de estudio, (Ríos, 2017, p.106). De tal manera que, para la presente investigación se ha tomado en cuenta 50 requerimientos de acusación sobre el delito de peculado doloso. Las mismas que han sido presentadas por la 4ta Fiscalía anticorrupción de Junín, en el periodo 2018 ante el Poder Judicial.

4.3.2. Muestra

Por muestra se entiende: “a una parte finita de la población a estudiar que sirve para representarla” (Ríos, 2017, p.106). Bajo esa misma línea se tiene también la siguiente definición:

Carrasco (2007) quien afirma:

Es una parte o fragmento representativo de la población, cuyas características esenciales son las de ser objetivas y reflejo fiel de ella, de tal manera que los resultados obtenidos en la muestra puedan generalizarse a todos los elementos que conforman dicha población. (p.237)

Sobre la muestra se tiene en los manuales dos tipos: la primera se denomina **las muestras probabilísticas**, en segundo lugar, están comprendidas la muestra no probabilística. Sobre el primero, se define como aquello del cual se puede sacar o retirar cualidades propias de la población, en la que el investigador puede extraer cualquiera de ellos, dado que, poseen las mismas aptitudes de ser estudiadas., (Sánchez, 2019, p. 56).

En cuanto a la segunda, la muestra no probabilística, es entendida como la selección arbitraria, libre, aleatoria que realiza el investigador, en el cual aplica los criterios objetivos que él desea investigar, (Sánchez, 2019, p. 56). Siendo ello así, se aterriza a la presente investigación indicando que, se están ante un tipo no probabilístico.

4.3.3. La técnica de muestreo

Como ya habíamos señalado líneas arriba, se hizo uso de la muestra no probabilística.

Ríos (2017) define a esta parte de la muestra de la siguiente manera, y, a la cual nos adherimos, cada elemento o componente que integra la población es susceptible de ser elegido y bajo ciertos criterios, por el mismo investigador, ya sea de forma accidental o de forma planificada. Cada parte elegida por el investigador es capaz de ser aprovechado en su máxima expresión. (Ríos, 2017, p.107)

En ese mismo sentido otro autor respalda lo antes señalado, por medio de este tipo de muestreo, se lleva a cabo la selección de característica centrales que presente el objeto de análisis, de modo que, es él mismo investigador quien, según su propio criterio, los elige de manera consciente. (Sánchez, 2019, p. 61).

Se tiene el siguiente cuadro que explicar de manera didacta los componentes de la muestra:

UNIDAD DE ANÁLISIS	CANTIDAD
Requerimientos de acusación sobre el delito de peculado doloso.	50

4.4. Técnicas e instrumento de recolección de datos

Debemos definir qué son las técnicas, pues bien, se puede decir que, “constituyen el conjunto de reglas y pautas que guían las actividades que realizan los investigadores en cada una de las etapas de la investigación científica”, (Carrasco, 2007, p.274). Estas técnicas están determinadas por el trabajo mismo, es decir, están identificadas a la misma investigación. Entre las diversas técnicas que se tiene, se hará uso de la técnica de recolección de información mediante el análisis documental.

A. Análisis documental

Esta técnica nos permitió acceder a la información escrita de libros, revistas, expedientes penales, (manuales, tratados etc.); códigos, revistas académicas.

B. Observación no participante

Porque es necesario observar la realidad teórica, de como se viene interpretando y sobre todo aplicando las normas, tanto nacionales como internacionales, al caso concreto. En lo concerniente a nuestro trabajo de investigación, saber si se aplican o no, los razonamiento jurídicos y teóricos de los delitos de competencia institucional, en los procesos contra la Administración Pública.

C. Recolección de datos

Para la presente investigación se recurrió al procedimiento de recolección de datos. Cabe indicar que este procedimiento está en relación a la formulación de preguntas y de los objetivos.

La observación: la misma que consiste en la formulación de ficha de obtención de datos.

4.5. Técnicas de análisis de datos

Se utilizará la estadística Descriptiva haciendo uso de las distribuciones de frecuencia tales como:

- . Frecuencia absoluta.
- . Frecuencia relativa.

Por otro lado, para presentar los datos se utilizó: i. Cuadros Estadísticos; ii. Gráficos lineales como el histograma de frecuencia

CAPÍTULO V: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Resultados y análisis

5.1.1. Presentación de resultados

A fin de retratar ordenada y sistemáticamente los resultados obtenidos, se procederá a consignar los resultados. Antes debemos mencionar que, cada uno de los resultados obtenidos, las mismas que se retratan en los cuadros y gráficos siguientes, han sido formulados de acuerdo con la hipótesis planteada.

Tabla N.º 1

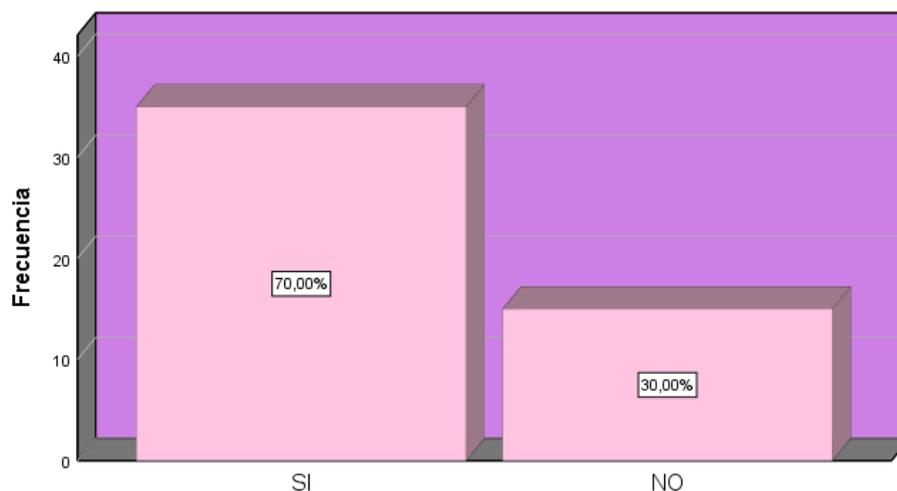
¿En los requerimientos de acusación que lleva a cabo la 4ta. fiscalía provincial especializada en delitos de corrupción de funcionarios, ellos fundamentan los aspectos dogmáticos de la infracción del deber?

¿En los requerimientos de acusación que lleva a cabo la 4ta. Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios, fundamentan los aspectos dogmáticos de la infracción del deber?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	35	70,0	70,0	70,0
	NO	15	30,0	30,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

Figura N.º 1

En los requerimientos de acusación que lleva a cabo en la 4ta. Fiscalía provincial Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, fundamentan los aspectos dogmáticos de la infracción del deber.



En los requerimientos de acusación que lleva a cabo en la 4ta. Fiscalía provincial Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, fundamentan los aspectos dogmáticos de la infracción del deber.

DESCRIPCIÓN: Estando a la pregunta formulado se tiene que, el 70% de muestra, esto es, los requerimientos acusatorios por el delito de peculado sí se fundamentan los aspectos dogmáticos de los delitos de infracción del deber, ello a partir de establecer que, el tipo delictivo es un delito especial, o más correctamente hablando es un delito funcional. Mientras que, por otro lado, el 30% de las acusaciones examinadas no presentan un desarrollo dogmático.

El tema dogmático de la infracción del deber resulta de gran importancia en la medida que, permite dar mayor soporte teórico al requerimiento de acusación. Esto en el sentido siguiente: los argumentos teóricos de la infracción del deber, sea cual sea, la postura que uno adopte, permite consolidar la explicación de por qué debe responder el sujeto especial.

De tal manera que, al atribuirle mayor contenido, mayor peso teórico a la acusación, ésta no podrá ser fácilmente cuestionada, o refutada. Mientras que, si no se le da peso dogmático al tipo penal, a la acusación fiscal, ésta es susceptible

de ser criticada y, por ende, generar impunidad. Esto último, la impunidad, no solo se presenta a nivel político, sino, a nivel judicial, esto es, que, frente a una acusación débil argumentalmente, débil motivacionalmente, genera impunidad, en la medida que, los casos, por muy evidentes en su comisión, puedan ser archivadas. En este punto, se le puede atribuir al Fiscal, la mayor responsabilidad, en tanto no se encuentre lo suficientemente preparado o capacitado.

Tabla N.º 2

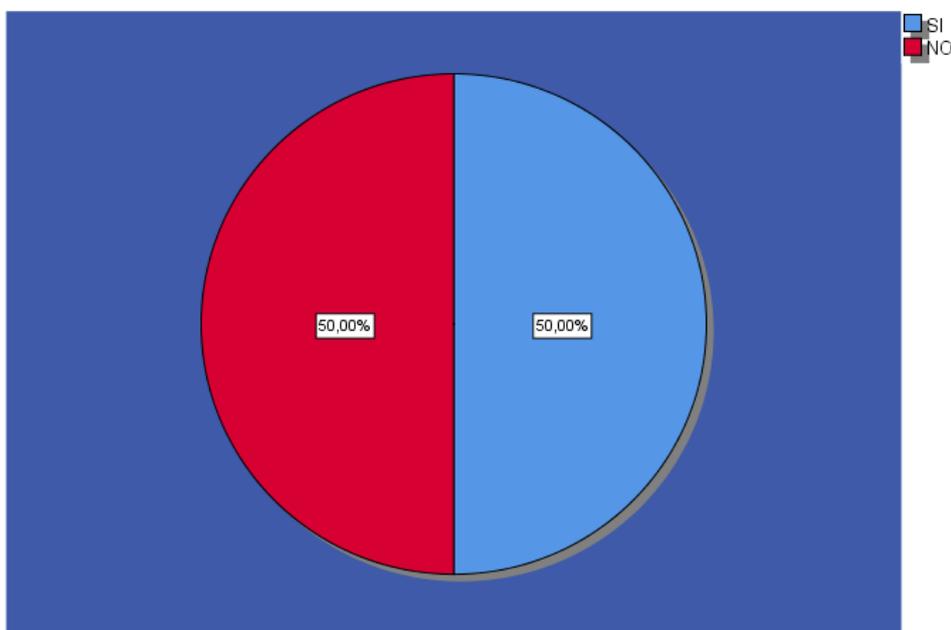
¿Las acusaciones de la 4ta. fiscalía provincial Especializada en delitos de Corrupción, presentan alguna postura dogmática de la teoría de la infracción del deber?

Las acusaciones de la 4ta. fiscalía provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, presentan alguna postura dogmática de la teoría de la infracción del deber

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	25	50,0	50,0	50,0
	NO	25	50,0	50,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

Figura N.º 2

Las acusaciones de la 4ta. Fiscalía Provincial Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios, presentan alguna postura dogmática de la teoría de la infracción del deber.



DESCRIPCIÓN: Según los gráficos obtenido se tiene el siguiente resultado:

En primer lugar, del total de requerimientos fiscales de acusación examinadas el 50% de acusaciones sí presentan una postura dogmática respecto a la teoría de la infracción del deber.

En segundo lugar, en un mismo nivel, en una misma cantidad, esto es, 50% de acusaciones, no presentan alguna postura dogmática sobre la teoría de la infracción del deber. Así las cosas, se puede establecer que, en tanto una cantidad promedio, del 50% presentan una postura dogmática, ello permite establecer los lineamientos de fundamentación de la intervención del sujeto cualificado. En tanto que, un porcentaje similar al 50%, al no presentar una postura dogmática, ello hace insuficiente, débil y hasta cierto punto, impredecible los resultados que pueda acarrear la formulación de acusaciones penales.

Tabla N.º 3

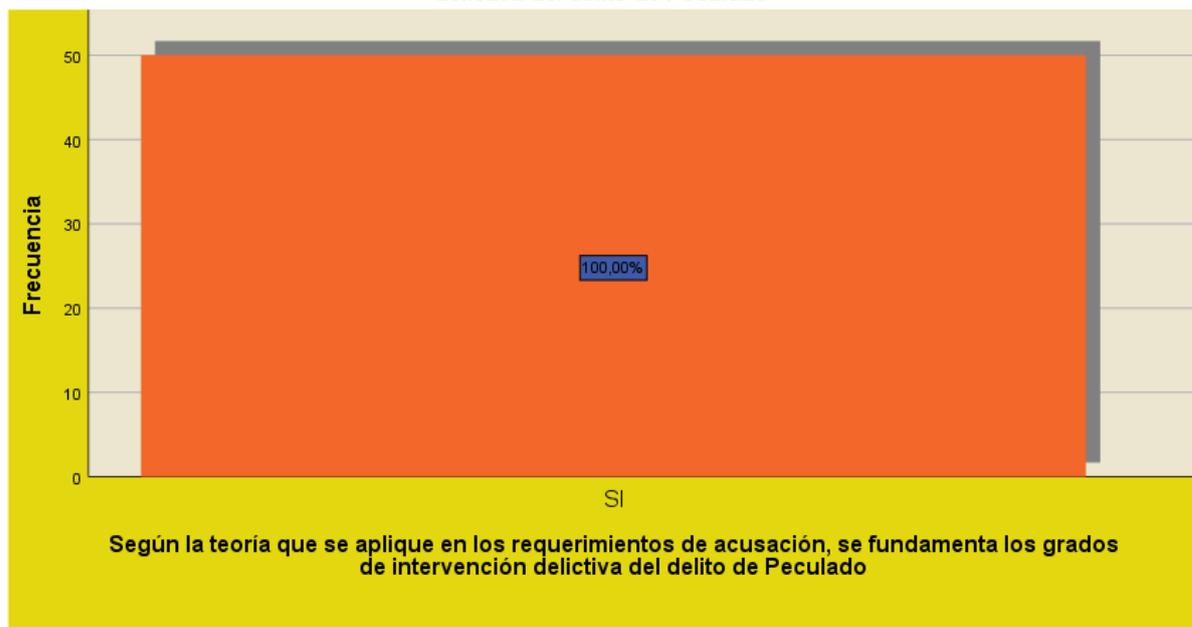
¿Según la teoría que se aplique en los requerimientos de acusación, se fundamenta los grados de intervención delictiva del delito de Peculado?

Según la teoría que se aplique en los requerimientos de acusación, se fundamenta los grados de intervención delictiva del delito de Peculado

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	50	100,0	100,0	100,0

Figura N.º 3

Según la teoría que se aplique en los requerimientos de acusación, se fundamenta los grados de intervención delictiva del delito de Peculado



DESCRIPCIÓN: De las acusaciones examinadas, revisadas y analizadas, se tiene el siguiente resultado: el 100% de acusaciones presentan un desarrollo en el punto referido a la intervención, esto es, se desarrolla sí el sujeto actúo a título de autor o de cómplice, independientemente de la postura que se adopte, ya sea la postura de la autoría única, desarrollada bajo los criterios de la teoría del dominio

del hecho o, ya sea, la postura desarrollada por Roxin o Jakobs. Cabe mencionar que, en este punto no se ha recogido la información referida, los efectos que conlleva una u otra postura. Ello se verá más adelante.

Tabla N.º 4

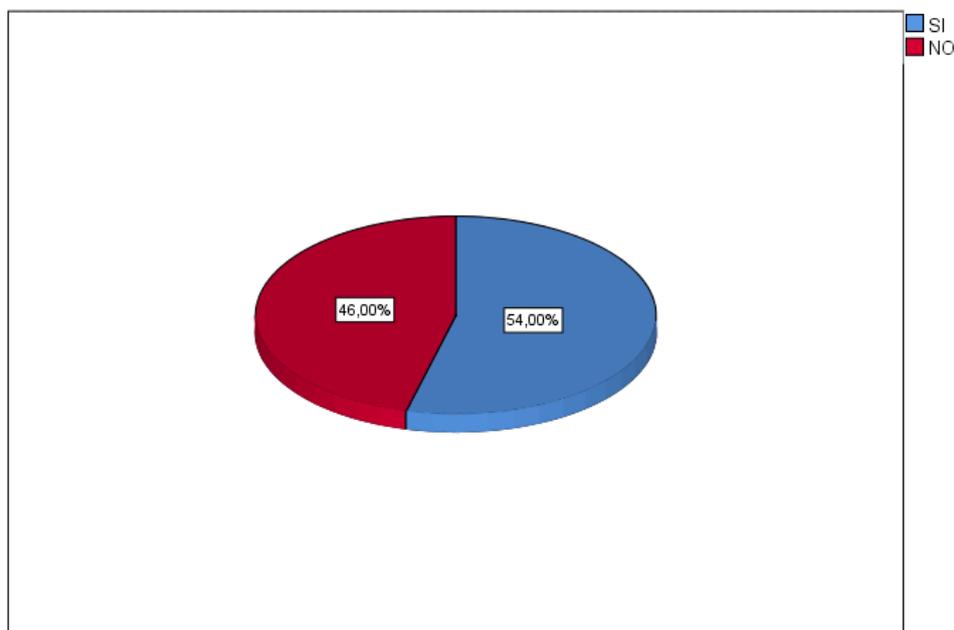
¿Las acusaciones que presenta la 4ta. fiscalía provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionario, fundamenta teóricamente la intervención del Extraneus en la comisión delictiva?

Las acusaciones que presenta la 4ta. fiscalía provincial especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, fundamenta teóricamente la intervención el extraneus en la comisión delictiva

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	27	54,0	54,0	54,0
	NO	23	46,0	46,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

Figura N.º 4

Las acusaciones que presenta la 4ta. Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, fundamenta teóricamente la intervención el extraneus en la comisión delictiva.



DESCRIPCIÓN: Según las acusaciones revisadas se tiene el siguiente resultado, un total del 54% sí fundamentan la participación del extraneus en la comisión del hecho delictivo. Tal como se presenta en el gráfico N.º 4. Por otro lado, porcentualmente hablando, un 46% de acusaciones no fundamentan la intervención delictiva del partícipe en el delito de peculado.

Tanto la tabla N.º 4 como el gráfico N.º 4, presenta la misma respuesta. En el primer caso, se analiza porcentualmente, mientras que, en el segundo caso, mediante el resultado gráfico se ha logrado obtener los resultados ya descritos líneas arriba, esto es, del total de la muestra un 54% sí fundamenta el grado de intervención delictiva del partícipe o extraneus, mientras que, el 46% de acusaciones no precisan menos fundamentan dogmáticamente el grado de intervención. Problema que debe ser objeto de mejora.

Tabla N.º 5

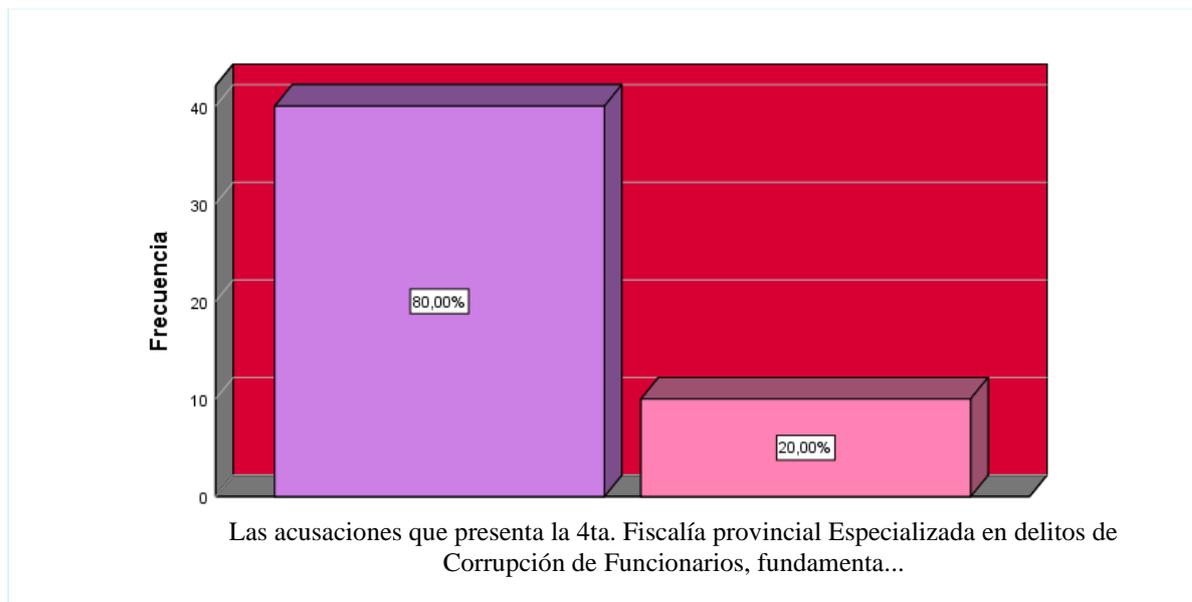
¿Las acusaciones que presenta la 4ta. Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, fundamenta dogmáticamente la intervención en caso varios sean los funcionarios que cometen el hecho delictivo?

Las acusaciones que presenta la 4ta. fiscalía provincial especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, fundamenta dogmáticamente la intervención en caso varios sean los funcionarios que cometen el hecho delictivo

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	40	80,0	80,0	80,0
	NO	10	20,0	20,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

Figura N.º 5

Las acusaciones que presenta la 4ta. Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, fundamenta dogmáticamente la intervención en caso sean varios los funcionarios que cometen el hecho delictivo.



DESCRIPCIÓN: Se tiene del total de la muestra los siguientes resultados arrojados estadísticamente como gráficamente. El 80% de la muestra sí presenta una respuesta afirmativa, esto es, fundamentan dogmáticamente la intervención de varios funcionarios en el delito de peculado doloso. Mientras que el 20% de las acusaciones no presentan ningún alcance dogmático. Cabe señalar que, las preguntas están redactadas con el propósito de saber si, dentro del cuerpo de la acusación, más específicamente los grados de intervención en el hecho delictivo, éstos son debidamente especificados, debidamente explicitados dogmáticamente o no. Y como ya se pudo apreciar, ello, presenta un gran porcentaje positivo. El cual, permite evidenciar, que las acusaciones están siendo debidamente llevadas. Un punto a tomar en cuenta es que, si tal desarrollo dogmático del grado de intervención de varios funcionarios, están debidamente fundamentadas por una u otra posición dogmática del derecho penal. En otras palabras, no necesariamente, el desarrollo dogmático de los intervinientes en el hecho delictivo, están orientadas a la postura dogmática que proponemos, sino, a una postura dogmática de espíritu “del dominio del hecho”.

Teoría con la cual no compartimos en sus fundamentos para explicar la responsabilidad de los funcionarios que cometen el delito de peculado. En concreto, dicho desarrollo dogmático de la intervención de los funcionarios, parte en principio de los fundamentos dogmáticos de la “teoría del dominio del hecho”, el cual, considera a dicha participación como una figura de la coautoría. Sin embargo, somos de la postura que dicho fundamento, no explica sistemáticamente, la intervención de varios funcionarios, tal como ya se ha señalado en las bases científicas.

Tabla N.º 6

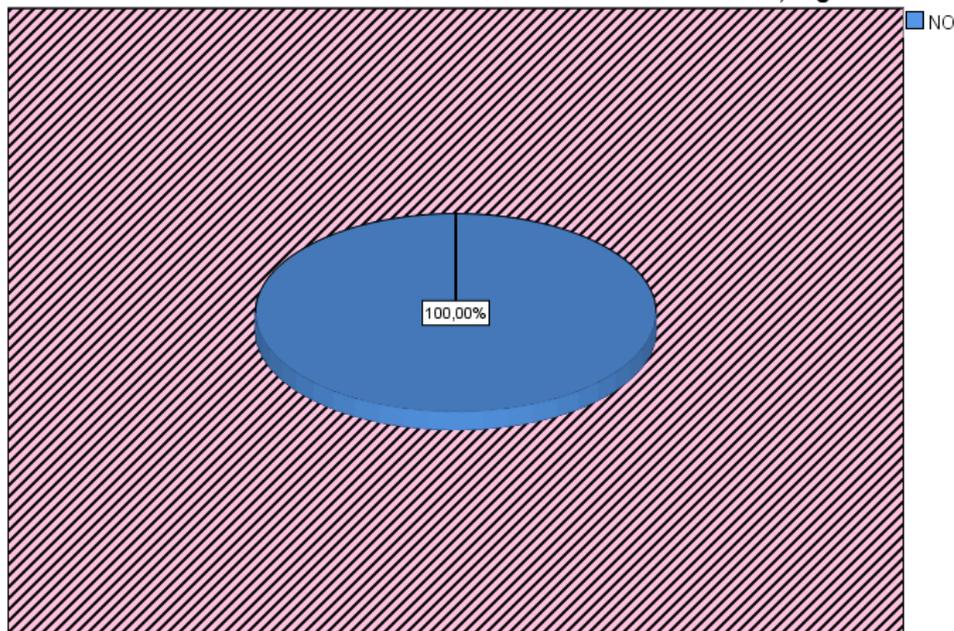
¿A título de autor o partícipe responde el funcionario que interviene en el delito de peculado, cuya percepción, administración o custodio no se encuentra en su función, según las acusaciones?

A título de autor o partícipe responde el funcionario que interviene en el delito de peculado, cuya percepción, administración o custodia no se encuentra en su función, según las acusaciones

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	NO	50	100,0	100,0	100,0

Figura N.º 6

A título de autor o partícipe responde el funcionario que interviene en el delito de peculado, cuya percepción, administración o custodia no se encuentra en su función, según las acusaciones



DESCRIPCIÓN: Según la información sometida a procesamiento gráfico, se tiene la siguiente conclusión: el 100% de las acusaciones sostienen que, no responde a título de autor o partícipe el funcionario público que, no tiene dentro de

su esfera de organización, la percepción, administración o custodia. Toda vez que, ello exige de una relación muy especial entre el sujeto funcionario público y los bienes encomendados como protección.

El tipo penal de peculado, exige que, el funcionario tenga una especial obligación o tutela sobre las percepciones, o administración. De tal manera que, por más que exista una función especial u obligación especial del funcionario, éste no podrá ser autor ni participe del delito de peculado, pues, dicha calidad se obtiene en tanto, se haya quebrantado un deber específico establecido por la norma.

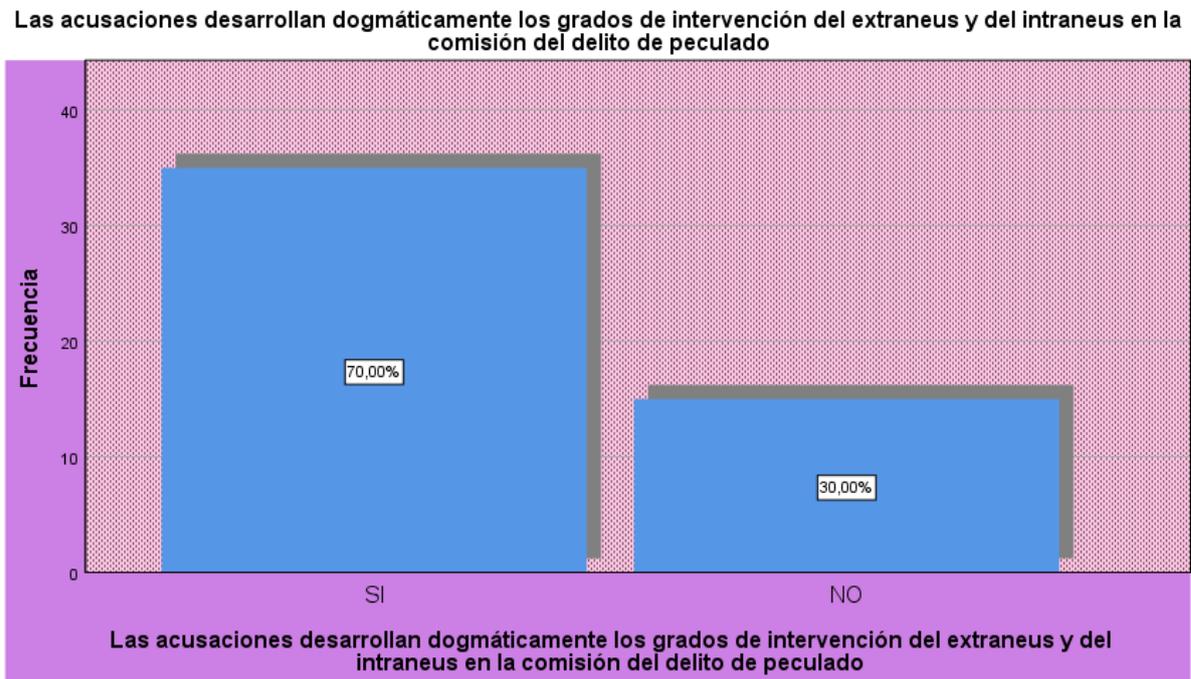
Tabla N.º 7

¿Las acusaciones desarrollan dogmáticamente los grados de intervención del extraneus y del intraneus en la comisión del delito de peculado?

Las acusaciones desarrollan dogmáticamente los grados de intervención del extraneus y del intraneus en la comisión del delito de peculado

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	35	70,0	70,0	70,0
	NO	15	30,0	30,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

Figura N.º 7



DESCRIPCIÓN: Estando a los resultados obtenidos se tiene que, del total de la muestra un 70 % de las acusaciones examinadas mencionan que sí desarrollan los fundamentos dogmáticos de los que intervienen en el hecho delictivo, ya sea el intraneus o extraneus. Mientras que, el 30% refiere que no presentan un desarrollo dogmático de los mismos. Esto debido a que, ya en la exposición o fundamentación oral, consideran que se lleva a cabo tal sustento. Aun cuando en el escrito solo se haga referencia de manera muy general.

Tabla N.º 8

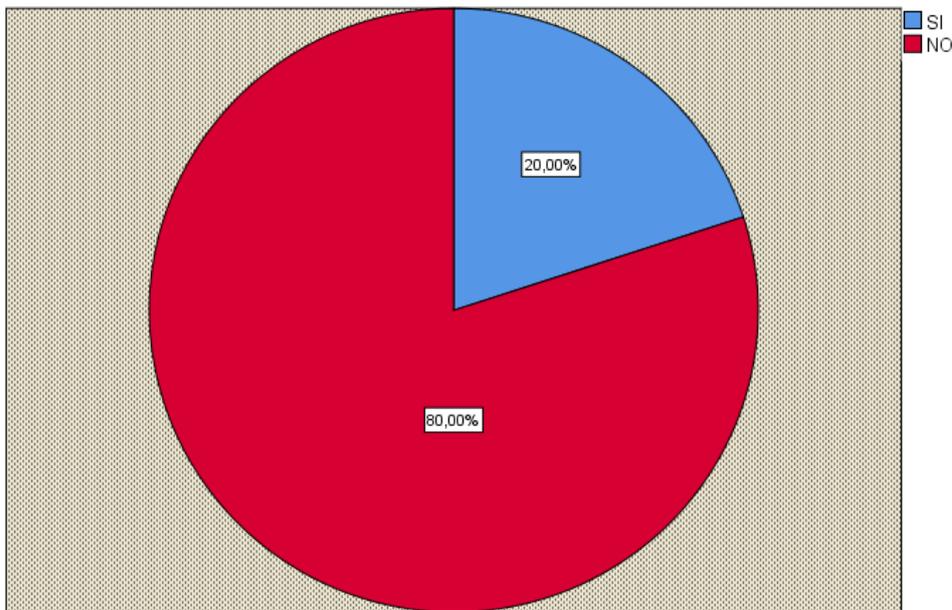
¿Las acusaciones por el delito de Peculado que presenta la 4ta. fiscalía provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, llevan a cabo fundamentos dogmáticos de la postura de Roxin o Jakobs?

Las acusaciones por el delito de Peculado que presenta la 4ta. Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, llevan a cabo fundamentos dogmáticos de la postura de Roxin o Jakobs

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	SI	10	20,0	20,0	20,0
	NO	40	80,0	80,0	100,0
	Total	50	100,0	100,0	

Figura N.º 8

Las acusaciones por el delito de Peculado que presenta la 4ta. Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, llevan a cabo fundamentos dogmáticos de la postura de Roxin o Jakobs.



5.1.2. Contrastación de hipótesis

PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

La teoría de la infracción del deber en la fundamentación de los requerimientos de acusación del grado de intervención del intraneus, en el delito de peculado doloso, influye de manera eficiente, toda vez que, permite delimitar el título de imputación a los funcionarios que intervienen en la comisión de un hecho delictivo.

Estando a la figura N. ° 1, se tiene que, los señores fiscales a la hora de formular sus requerimientos acusatorios, sí llevan a cabo la fundamentación jurídico dogmática de los delitos de infracción de deber; tal como se describió en los resultados el 70 % de las acusaciones examinadas sí presentan una fundamentación respecto al instituto dogmático de la infracción del deber.

Mientras que, en cuanto a la figura N. ° 2 se puede apreciar que, el 50% de las acusaciones se puede ver que los fiscales presentan una postura dogmática sobre el instituto de la infracción del deber.

Por otro lado, en lo referido a la figura N. ° 3 se puede apreciar que, en los requerimientos de acusación los señores fiscales, en su 100% llevan a cabo la individualización sobre los grados de intervención.

En cuanto a la figura N. ° 4, un 54% de las acusaciones precisan de un desarrollo del grado de intervención del extraneus en la comisión del delito de peculado doloso. Por tanto, a raíz de lo señalado, se puede concluir que nuestra primera hipótesis específica ha sido probada. Ello permite que establecer de manera correcta que, el desarrollo o empleo de la teoría de la infracción del deber en el delito de peculado doloso, hace patente una correcta imputación penal, con lo que, se puede establecer a futuro una sanción penal.

SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

La forma en que la teoría de la infracción del deber influye en la fundamentación de la intervención delictiva del extraneus, resulta siendo positiva, ello por cuanto, permite atribuirle un grado de intervención al sujeto no cualificado por la norma penal, para cometer delitos funcionariales, y que, su participación no quede impune.

La figura N. ° 5 de los resultados ya señalado líneas arriba, se puede decir que el 80% de las acusaciones presentan un desarrollo dogmático sobre la intervención delictiva de los sujetos cualificados por el tipo penal.

Mientras que, de nuestra figura N. ° 6, se puede precisar que, el 100% de tales acusaciones, se menciona que, si el funcionario o servidor público que no ostentar una relación funcional con el bien jurídico tutelado, simplemente ellos, no responden penalmente.

Por otro lado, de la figura N. ° 7, el 70% de las acusaciones se aprecia que, los señores fiscales sí llevan a cabo un desarrollo puntual sobre los grados de intervención de cada uno de los agentes que intervienen en el delito de peculado doloso. Por último, se tiene de la figura N. ° 8 que, el 80% de las acusaciones presentan un desarrollo dogmático de manera indistinta, esto es, se hace uso no solo de los fundamentos de la escuela del profesor Roxin, sino también, del profesor Jakobs. De suerte que, se puede concluir en este punto que, nuestra segunda hipótesis específica ha sido comprobada, ello, en razón de que, el desarrollo de cada uno de los grados de intervención de los que intervienen en el delito de peculado doloso, hace posible que se busque la sanción de los responsables.

5.2. Discusión de resultado

PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

La teoría de la infracción del deber en la fundamentación de los requerimientos de acusación del grado de intervención del intraneus, en el delito de peculado doloso, influye de manera eficiente, toda vez que, permite delimitar el título de imputación a los funcionarios que intervienen en la comisión de un hecho delictivo.

La infracción del deber y su utilidad práctica en la vida jurídica, salta a la vista su gran importancia. Toda vez que, en su origen se remonta a explicar y fundamentar la responsabilidad de las personas que, por sus cualidades especiales y por su rol solamente debían responder ellos como autores, y, ante la imposibilidad de fundamentar a partir del dominio del hecho, tales fenómenos, salta a la vista el instituto dogmático de la infracción de un deber o conocido como delitos funcionariales.

En palabras de la autora Bacigalupo, (2007), se puede señalar que, en razón a la teoría de la infracción de deber, el grado de responsabilidad que posee o sobre los que recae la infracción o vulneración de un rol en concreto, va dirigida hacia las personas que adquieren un estatus particular, esto estos son, consejeros, altos directivos, entre otros, de modo que, a través de la infracción de del deber se puede identificar al autor y partícipe. (p. 14)

De suerte que, en primer lugar, se ha de definir quién asume como autor y quién debe ser comprendido como partícipe del delito de infracción de deber, pues, ella nos da, herramientas jurídicas para imputar o no responsabilidad penal a quien ha infringido su deber positivo.

Frente a este aspecto, resulta oportuno citar el siguiente párrafo del profesor Jakobs, quien, nos brinda ya el poder de sus argumentos y, nos explicar lo

siguiente: Jakobs (1997), la diferencia entre un delito de dominio y un delito de infracción, reside en la esencia y naturaleza misma del delito, de un lado, el fundamento de los delitos comunes es que, el sujeto quebranta, contraviene un deber que le son dados a todas las personas, esto es, el deber de no dañar a los demás; en tanto, en los delitos de infracción, lo que hace posible que una persona responsa penalmente es haber quebrantado un deber positivo, personalísimo, autónomo, por el cual, responde penalmente. Dicha persona está sujeto a una institución particular, como lo es el funcionario o servidor público. (p.1006)

Dicho argumento, ya nos da una específica diferenciación entre un delito de organización y un delito institucional, el mismo que se explica a través de los roles que ostentan cada uno en la sociedad.

Desde ese entonces, la teoría de la infracción del deber presenta un constante proceso evolutivo, tan es así, que, desde su creación dada por el profesor Roxin, ha recibido un sinfín de posturas, cada una diferente y, desde luego criticable. Más, sin embargo, no se puede cuestionar su gran importancia a la hora de fundamentar la responsabilidad de las personas que ostentan cualidades específicas o deberes determinados. En ese sentido, la teoría de la infracción del deber ha jugado un papel preponderante en nuestra legislación. Su reconocimiento, si bien es cierto dista mucho de su fundador, también es importante resaltar la aceptación de un gran sector de los fundamentos planteados por la escuela funcionalista normativa, cuyo padre teórico es el profesor Jakobs.

En cuanto a los resultados obtenidos se ha evidenciado que, aun hay un gran sector de fiscales que no ha incorporado como tema de fundamentación del delito de peculado, la postura del profesor Jakobs, sino muy por el contrario, se

presenta una mixtura. Se deduce instintivamente la postura de Roxin, y en otros, los aportes teóricos de Jakobs.

No se puede negar la importancia que tuvo Roxin, al momento de idear una teoría que explica la responsabilidad penal de quien se exige un deber especial, según el tipo penal, tampoco se ha de negar que ella no ha sido profundizada posteriormente por el mismo autor.

A decir del profesor Schünemann (2017), quien en razón al trabajo del profesor Roxin, señala lo siguiente, si se toma en cuenta la propuesta de Roxin de qué el fundamento de los delitos de infracción está en la infracción a un deber extrapenal, estaríamos ante una persona cuyo centro de reflexión está en la norma, a dichas personas se les conoce como positivistas, de modo que, si se asume tal postura, no llegaríamos a nada. (p.2)

Con la presente crítica a la concepción de Roxin, se tiene más claro la propuesta de que, los fundamentos de la escuela funcionalista del derecho penal, resulta la más novedosa, la más auténtica y, sobre todo, la que presenta mejores fundamentos.

Tal suceso, en ciertos aspectos resultaría importante, mas, sin embargo, al momento de fundamentar, de darle contenido a la norma penal, consideramos que, la postura más correcta y sistemática y sólida resulta siendo los fundamentos de la escuela funcionalista normativa.

Según nuestra legislación se ha adoptado recientemente un modelo muy interesante, pero que, en su contenido, en su esencia, contiene rezagos de la teoría del dominio del hecho, razón por la cual, consideramos no tan acertada la incorporación a nuestro sistema legislativo, la teoría única de la intervención delictiva de los extraneus e intraneus.

Así las cosas, como ya se ha descrito líneas arriba el resultado al cual se ha llegado después de una investigación y examinación de las acusaciones, éstos no siempre parten sistemáticamente por entender que la infracción del deber ampliada y superada por Jakobs, resulta siendo la más correcta. Aun, cuando algunos jueces consideran que la postura de Roxin resulta siendo la más correcta y la que mejor explicar los niveles de intervención delictiva de los extraneos, como lo es la postura del profesor Salinas Siccha, que, en su trabajo sobre autoría y participación en los delitos de corrupción, precisa que, la teoría que mejor explica los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, es la teoría del profesor Roxin.

Más, sin embargo, dicha postura presenta ciertas deficiencias, como, por ejemplo, no se ha precisado en qué consiste el deber quebrantado tanto por el funcionario público, quien posee el poder de mando o, qué deber ha vulnerado el servidor público, así como, qué deber jurídico ha quebrantado el partícipe. Así mismos, si dicho aporte a la comisión del hecho delictivo, se puede cometer a título de autoría mediata o coautoría, al menos no de manera muy explícita.

Tales cuestionamientos, por el contrario, sí han sido resueltos y explicados por la escuela funcionalista normativa, a tal extremo de precisar que, ante este tipo de fenómenos delictivos, estamos frente a una autoría única y participación única, sin rasgos de la teoría del dominio del hecho, sin ninguna explicación o sustento de la teoría del dominio del hecho, si no, de una teoría propia, única que se funda en deberes positivos.

En resumen, se puede mencionar que, los resultados obtenidos nos hacen ver que falta un manejo dogmático de la escuela funcionalista y de sus aportes teóricos, a fin de resolver los delitos cometidos por los funcionarios públicos, más

aun, cuando un gran sector de la Corte Suprema, considera que, dicha postura resulta siendo la más razonable, la más correcta para resolver dichos conflictos.

Ahora bien, para explicar de manera coherente, sistemática, y de cómo se aplica esta postura dogmática a los casos sobre infracción del deber, se ha de comenzar por identificar si se está frente a un deber general negativo o frente a un deber especial positivo. Frente a este escenario, se debe precisar qué es la dogmática penal, de modo que, se dirá que, siguiendo las reflexiones del profesor alemán Zaczyk (2010)

La dogmática del derecho penal desarrolla conceptos fundamentales y conceptos de detalle del derecho penal y de la ley penal y, con ello, es la parte esencial de la ciencia del derecho penal. en esta terea, aquélla procede fundamentalmente de manera determinante, aunque a la vez también de manera sistematizadora, y posee además fuerza crítica, ya que la condición de su posibilidad es la razón jurídico-práctica. Con ello, la dogmática del derecho penal realiza una prestación que la legislación y la jurisprudencia no pueden prestar en ejercicio de sus propias funciones y a la que, sin embargo, éstas no pueden renunciar, cuando se trata del derecho justo. (p. 2010)

En este sentido, la dogmática penal nos ofrece, un poder crítico, sistematizador y, sobre todo, práctico, el mismo que tiene por objeto ser aplicado a los casos, a fin de lograr un correcto empleo del sistema penal. Con esa precisión, se ha elegido el que, consideramos la teoría más actual, más coherente y la que más aplicabilidad práctica presente a la hora de usar en casos reales.

Así se puede decir que, como sistema del derecho penal, la perspectiva acá utilizada se fundamenta, en precisamente el mantenimiento de la norma; así lo

hace saber el profesor Jakobs (2000), cuyos argumentos citamos a fin de integrar a nuestro argumento, la función que cumple el derecho penal en una sociedad democrática es garantizar la vigencia de la norma, la constitución y desde luego, asegurar la vigencia de la sociedad. (p. 15). Esto significa que, el fin del derecho penal, no es la protección de bienes jurídicos en sí mismo, al menos entendida en ese sentido, sino, mantener la vigencia de la norma. Para que, de esa manera, la sociedad y la constitución tengan permanencia y vigencia real.

Así el papel de la dogmática penal, citando las palabras del profesor Roxin, (2007) se verían como:

La dogmática penal con su mezcla de lógica y teológica, de interpretación jurídica obediente y perfeccionamiento jurídico creativo, de sistemática estructuradora y disponibilidad para solucionar problemas que está abierto al sistema, de pensamiento vinculado objetivamente y funcionalismo imputador, de abstracción generalizante que proporciona seguridad jurídica y la pretensión simultánea de justicia individual; esa dogmática es un campo de trabajo magnifico que todavía abre a la ciencia pena, incluso en el futuro, importantes posibilidades de desarrollo. (p. 4)

Si bien, con un matiz de política criminal o, en otras palabras, con aspectos teológico jurídico, el profesor alemán Roxin, lanza las reflexiones arriba asignada. Idea que, nos resulta de gran importancia, por cuanto, nos da una idea sobre el papel de la dogmática penal, la misma que, encuentra su razón de ser en la solución de casos prácticos, el cual, si se aplica de manera correcta, se genera seguridad jurídica.

Ahora bien, citando a Caro (2003), toda resolución de un caso penal, debe ser examinado en sus tres estamentos o niveles, (p.19). En este caso, nos

remitiremos al primer escalón de análisis, esto es, la identificación, la descripción de manera clara, precisa y concreta sobre el grado de participación que tiene, sea como autor o participe; ello se ha de analizar en la tipicidad y, con ello, la identificación precisa del rol que han quebrantado cada uno en la comisión del delito.

El Código adjetivo, precisa de manera clara y expresa en su numeral 1 literal “d”, del artículo 349°, que la fiscalía deberá fundamentar su participación en el hecho criminal. Esto quiere decir que, en su requerimiento deberá contextualizar de manera detallada y entendible, el grado de participación que tuvo en la realización del resultado, ello implica que se mencione si el imputado actuó como autor o participe, en la imputación penal del delito de peculado doloso, pues, dicha norma penal al ser un delito de infracción del deber, se debe precisar de manera clara y concreta la afectación funcional que tiene el agente con el bien jurídico tutelado.

Ello permitirá que el acusado, conozca de manera primigenia, su intervención en el hecho imputado, y, si su responsabilidad penal se lleve a cabo, a modo de autor o como participe. Como hemos señalado, la postura del derecho penal funcionalista, da comienzo de análisis del tipo objetivo, a partir de la identificación de los roles, en tal caso, se ha de precisar si el agente funcional o agente de apoyo ha vulnerado un deber especial en específico; así queda descrito en el artículo 387° del CP, el cual, regula una serie de comportamiento que infringe el funcionario o servidor, esto es, la de “apropiarse, o utilizar”, sea de manera directa o indirecta, para sí o, para un tercero los caudales o efectos del Estado, los mismo que determinado en relación a su función o cargo que desempeña en la administración pública.

De modo que, para explicar dicho delito, consideramos que los delitos de competencia institucional propuesto y fundamentado por la corriente del profesor Jakobs, resulta siendo la más correcta, ello porque a diferencia de la postura de Roxin, nos brinda argumentos de gran peso, en el sentido de que, el agente, “funcionario o servidor público”, ha nacido para ser autor y, no otra cosa, ello en razón de quebrantar, de inobservar su deber especial. Deber especial que, fundamenta su responsabilidad y, no así, la cualidad misma del agente, tal como lo explicaba en su momento Roxin.

Quien, dicho sea de paso, no llevó a cabo mayor desarrollo sobre su postura inicial, la de remitirnos a normas extrapenales para explicar la responsabilidad del sujeto especial.

Ahora bien, una vez identificado el rol especial infringido por el agente, resulta de gran importancia, remitirnos a los deberes que se ha infringido, en el caso en concreto, cuando un funcionario que tiene por su función, la correcta administración de los caudales puestos a su esfera, estos deben ser administrados de manera correcta, si fuera administrado de manera incorrecta, indiferente, se ha de ubicar el deber infringido. Sobre el particular, tales deberes especiales son entendidos de manera abierta, es decir, que éstos no necesariamente se han de encontrar tipificados, puesto que, ya vienen explicados y fundamentados por la lesión a la institución.

Siguiendo esa línea argumentativa Pariona (2011), precisa que, el papel que ha venido cumpliendo en la fecha la postura de la infracción resulta positivo, sus aportes a nivel teórico y práctico son de gran valía, ofreciendo al sistema de justicia predictibilidad, seguridad jurídica y confianza. (p.70)

Ello sin duda alguna, representa el papel más importante de la dogmática penal en nuestros tiempos, esa dogmática que ayude a resolver los problemas de la sociedad, que sean realmente relevantes y que permita administrar de mejor manera las decisiones judiciales.

Estando a lo señalado previamente, debemos contextualizar la importancia de la tesis asumida, esto es, de por qué resulta relevante e importante la escuela funcionalista del derecho penal. Debemos precisar que, la infracción del deber, dentro de la concepción normativista, es tratada en los contornos del deber positivo o deber institucional que, en su símil de la postura de Roxin, se asemeja a la infracción de del deber. Habiendo precisado la diferencia entre una y otra escuela, debemos citar un caso para que se note de mejor manera la diferencia. Aplicada al delito de colusión, así tenemos que:

En un concurso público se adjudica la adquisición de herramientas para el instalado de agua potable y alcantarillado, obra que ha de ser ejecutada en el pueblo de Chongos Bajo, el valor referencial asciende a la suma de medio millón de soles. Dicha adjudicación está integrada por el gerente de planificación y presupuesto. En dicha condición concertaron con los representantes de la empresa “Joselito Distribuidora E.I.R.L”. Empresa que ante el concurso lanzado son los ganadores.

Empezaremos por remitirnos a los fundamentos del profesor Roxin, para resolver dicho delito Contra la Administración Pública. En primer lugar, se debe llevar a cabo la identificación del deber especial existente previamente al tipo penal, para identificar si estamos frente a un resultado por acción u omisión. Habiendo identificado tal deber extrapenal, se debe reducir los intervinientes del injusto penal. Así tendríamos a los funcionarios públicos como autores, y, a los empresarios como

extraneus, por cuanto no poseen un deber especial. El criterio factico y jurídico es determinante para identificar la responsabilidad penal del agente intraneus, es el deber especial que vincula al agente con el bien jurídico. Tal deber especial es un deber extrapenal, eso quiere decir que, se ha de encontrar en otras normas fuera de las normas penales o en normas especiales. Mientras que el tercero que interviene en la comisión del injusto penal, responde a título de partícipe, ello en razón de que no ostenta la cualificación exigida por la norma penal, mucho menos ostenta ninguna relación con el deber extrapenal que solo lo poseen algunas personas. Son de la misma fundamentación los profesores Pariona Arana y el profesor Salinas Siccha, entre los más destacados.

Esta teoría da la posibilidad de fundamentar aún hoy, los niveles de intervención como la autoría mediata, también, la coautoría y las formas de participación, tanto la complicidad primaria y secundaria. Que, tal como lo hemos señalado en capítulos anteriores, trae consigo seria confusiones de orden sistemático. Pues, como se ha podido evidenciar de las acusaciones examinadas, la fiscalía suele atribuir en su acusación el grado de intervención delictiva del extraneus como cómplice secundario. Entendemos para nosotros, que tales categorías penales, son propias de la teoría del dominio del hecho, donde, el argumento principal reside en el aporte fenomenológico que brinda el tercero a la comisión del injusto penal.

Ahora bien, el mismo caso visto desde la escuela funcionalista del derecho penal, esto es, de la postura que se ha elegido como la principal a fin de dar respuesta a los delitos cometidos por agentes que ostentan un rol especial. En tal sentido, en primer lugar, se debe partir por la identificación del rol que posee el agente cualificado, esto es, el funcionario público. Todas las personas en su

interacción social, son portadores de roles generales y de roles especiales. Los primeros tienen el deber de no lesionar los campos de organización de otras personas, de no extralimitarse con su libertad de organización y pretender alterar el de los demás. Mientras que, el segundo, está destinado a un sector de la sociedad, esto es, a los funcionarios o servidores públicos, quienes tienen el deber de proteger y resguardar la institucionalidad. Así las cosas, del caso en mención, se debe identificar quienes son los portadores de los deberes positivos, en este caso, serían los funcionarios que han intervenido en la licitación y, extraneus serían los representantes de la empresa que se concertó con los funcionarios del Estado, con el objeto de defraudar patrimonialmente al Estado.

Es precisamente estos fundamentos los que diferencian a los planteados por el profesor Roxin, mientras que en éste se ha de partir por la identificación de los criterios extrapenales, que a la postre son la base dogmática que fundamenta la responsabilidad jurídico penal del agente. Mientras que, en la escuela normativa del profesor Jakobs, se comienza el análisis de los casos, con la identificación de los deberes especiales que ostentan las personas. En otras palabras, se ha de identificar los ámbitos de competencia que cada uno de los intervinientes del delito. El funcionario público, entiéndase alcaldes, regidores, entre otros, poseen una competencia institucional, mientras que los extraneus, poseen una competencia general negativa, que los obliga a respetar el buen funcionamiento del Estado.

Dentro de esta escuela normativa se ha elaborado criterios jurídicos que excluyen la posibilidad de seguir empleando, los institutos dogmáticos de la complicidad secundaria, la coautoría, la autoría mediata. Por ser creaciones propias de los delitos de dominio y no así, de los delitos de infracción del deber. De modo que, siguiendo el orden sistemático de nuestro razonamiento solo es posible,

en delitos de infracción del deber, hablar de una autoría única y de una participación única. Permitiéndose con ello posibles confusiones de orden metodológico y, sobre todo, sistemático.

Haciendo posible que, los señores fiscales, al momento de formular sus acusaciones, eliminen tales categorías jurídicas como la complicidad secundaria o la coautoría, categorías que traen consigo seria complicaciones, pues, a la defensa de los acusados, ello les resultaría de gran utilidad para buscar precisamente la impunidad de su patrocinado.

En otro caso, hecho ocurrido en la Provincia de Concepción, la fiscalía investiga por el delito de peculado, delito recaído sobre los señores alcalde de la municipalidad de Concepción y, la tesorera, ambos por haberse apropiado de una suma ascendente a 20, 000 nuevos soles. Cuyo destino del dinero era para el pago al personal obrero de dicha entidad. La obra de mejoramiento denominado "Construcción de desagüe". La fiscalía imputa al alcalde como autor, mientras que, a la tesorera, el título de cómplice primario.

Este hecho analizado desde la postura de Jakobs, recibe el siguiente análisis, en primer lugar, tal como lo precisa la fiscalía, la autoría le correspondería al alcalde, ello por ser el sujeto cuya cualidad funcional lo vincula con el bien jurídico tutelado por la norma penal, mientras que, respecto al título de imputación sobre la tesorera, la fiscalía le atribuye la figura jurídica de la complicidad primaria. La calificación de cómplice primaria, según nuestra postura, deviene en un empleo que genera confusión, pues, haría ver que, en la participación de la tesorera, se deba fundamentar con términos propios de la teoría del dominio del hecho, pues, solo en esta teoría se puede hablar de complicidad primaria, complicidad secundaria, entre otros. Mientras que, tal como lo hemos venido señalando, en los

delitos de infracción del deber solo se está frente a una autoría única y participación única.

Un hecho similar se puede apreciar en un reciente pronunciamiento de la Corte Suprema, en el Recurso de Casación N. ° 526-2022/Corte Suprema, en donde la fiscalía le imputa al señor Juan Federico Doroteo Monroy Gálvez, ser cómplice primario del delito de colusión agravada, esto por haberse concertado con los representantes de la empresa “Odebrecht y Asociados”, por haber emitido informes legales que se usaron para favorecer a la contratación entre los privados con el Estado. En este caso, si bien, la Corte Suprema ha señalado que, en los delitos de colusión, se está frente a la figura de ser un delito de infracción del deber con bases fenomenológicas de la teoría de dominio del hecho. fundamento que trae cierta confusión de orden sistemático. Pues, si se va a ser partidario de que estamos frente a delitos de infracción del deber, estos no deben recurrir a fundamentos de la teoría del dominio del hecho para explicar la responsabilidad o no de los que intervienen en la comisión del hecho delictivo.

En el caso en mención, la figura del asesor legal, la figura de la empresa, vendrían a ser considerados como extraneus, esto es, según reza las palabras del profesor Rojas (2016), el tercero ajeno a la relación funcional es visto y comprendido como el extraneus, (p.563). Así las cosas, y habiendo seguido las pautas impuestas por los asesores y, sobre todo, teniendo en cuenta lo señalado en la pre-sustentación de la presente tesis, se ha tratado de contextualizar los casos previamente descritos y, se ha precisado de qué manera ve cada escuela o, en su defecto, de qué manera se resuelve un caso en concreto de infracción del deber, según la postura de Roxin o Jakobs. Hechos que, en conclusión, evidencian

la permanente remisión de parte de la Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, a los fundamentos jurídicos esgrimidos por el profesor Roxin.

Ello ya ha sido de permanente desarrollo en lo que viene a ser nuestra tesis. Cada una de las atingencias esgrimidas por los señores jurados, han sido levantadas, corregidas y desarrolladas, principalmente, los criterios que se deben emplear a la hora de que la fiscalía Anticorrupción de Huancayo, formule sus requerimientos acusatorios. Pues en estos se ha notado, a modo de síntesis, el empleo de las terminologías, complicidad primaria, complicidad secundaria, con el objeto de atribuir un título de imputación a los responsables. También, se ha notado que, para fundamentar la responsabilidad penal de los intervinientes, recurren a los fundamentos dogmáticos expuestos por el profesor Roxin, que, tal como lo hemos precisado en el devenir de nuestra tesis, trae consigo algunos vacíos sistemáticos y metodológicos.

Aspectos que, a decir de nuestra postura, incrementan la labor jurisdiccional y, sobre todo, se corre el riesgo de estar frente a hechos impunidad, por cuanto, no se precisa de manera clara y concreta, las competencias de cada una de las personas que intervienen en el injusto penal. En primer lugar, los intranei y, en segundo lugar, de los extraneus. De modo que, tal como lo hemos manifestado en la presente tesis, se ha subsanado y levantado las observaciones formuladas por cada uno de los jurados.

SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

La forma en que la teoría de la infracción del deber influye en la fundamentación de la intervención delictiva del extraneus, resulta siendo positiva, ello por cuanto, permite atribuirle un grado de intervención al sujeto no cualificado por la norma

penal, para cometer delitos funcionariales, y que, su participación no quede impune.

En este punto se ha de abordar el instituto procesal de la acusación y, de su relación con la correcta descripción de la intervención de la persona con el hecho y, de su desarrollo teórico, a fin de precisar su participación delictiva.

A decir del autor Arbulu (2010) el instituto procesal de la acusación penal, viene a constituir una facultad que se le confiere al fiscal, a efectos de que recurra ante el órgano jurisdiccional, con el propósito de imputar cargos a una persona. Dicha acusación debe contener, de un lado, la descripción de los hechos, la individualización de la persona, el delito concreto, las pruebas (testimoniales, documentales, y otros), las circunstancias modificativas, el marco punitivo, y, por último, el monto por concepto de reparación civil. (p.2)

Así tal como lo describe el autor, se puede precisar que, la acusación está a cargo del Ministerio Público, y, son ellos los que deben precisar de manera clara, concreta, comprensible y de manera coherente, todos los presupuestos formales y materiales del delito. Para ello deben precisar e individualizar, al agente, los hechos, el tipo penal, la participación, pruebas, entre otros.

Por su parte el ex fiscal de la Nación, Sánchez, (2020), refiere sobre la acusación lo siguiente:

El requerimiento acusatorio constituye uno de los actos procesales propios del Ministerio Público, en donde ejerce a plenitud su función acusadora. Se formulan, ante el órgano jurisdiccional, los cargos de incriminación contra persona determinada y se propone la pena y la reparación civil. (p. 199)

Estando a lo señalado por el profesor antes citado, se tiene que, quien maneja y tiene el monopolio de la acción penal, es el señor fiscal, quien, según la Constitución Política, ejerce su función a plenitud, atribuyendo los cargos correspondientes a los responsables de un injusto penal.

Por último, tenemos el aporte conceptual de uno de los más representativos procesalistas de nuestro medio, nos referimos al profesor San Martín (2015), quien refiere lo siguiente, “es un acto de postulación del Ministerio Público mediante el cual fundamenta y deduce la pretensión punitiva y, en su caso, la de su resarcimiento. Es de definida naturaleza pública”, (p. 379). Definición que nos resulta de muy clara explicación. Por tanto, se puede señalar que, la acusación representa un acto por el cual la fiscalía postula una pretensión punitiva, ello porque busca una sanción penal y, resarcitoria, porque, además de la pena, busca que se le imponga una reparación civil a la parte agraviada.

Ahora bien, para explicar qué presupuesto no es desarrollado por los señores fiscales al momento de formular sus requerimientos acusatorios, debemos citar la norma correspondiente, esto es, el artículo 349° del CPP: de cuyo texto, se extrae la cuestión más relevante para el caso materia de explicación. Nos referimos a la participación que se le atribuye al imputado (para nuestro caso, tanto funcionario como servidor), entre otros aspectos que la norma señala, pruebas, individualización de la persona, circunstancias concomitantes, precedentes, entre otros.

De la norma en mención se debe precisar que, los señores fiscales no cumplen con desarrollar, tal como nosotros lo hemos planteado, el inciso 1 numeral “d”, cuyo contenido es el que sigue: “La participación que se atribuya al imputado”.

Este punto resulta de sumo interés a los propósitos de la investigación, pues, consideramos que, si bien, de los resultados obtenidos se tiene que, los señores fiscales si desarrollando los distintos grados de intervención delictiva, pero ello, lo hacen desde la escuela del profesor Roxin, y, en un grado casi inexistente, citan al autor Jakobs, con el objeto de fundamentar los quantums de intervención.

Consideramos en este punto, que los fundamentos que proporciona la escuela funcionalista, sobre los delitos de competencia funcional, o como lo precisan en su propia terminología dogmática, responsabilidad en virtud de una organización institucional, son las más idóneas, pues, nos ofrece una interpretación más clara, más sistemática, pues, aleja toda posibilidad de interpretación incorrecta, sobre todo, cuando se trata de explicar la relación entre delitos de infracción de deber y delitos especiales. Estos últimos, nacen en la concepción de la teoría del dominio, y están destinadas para explicar dicha naturaleza delictiva.

Así mismo, dichos delitos especiales, se diferencian de los de infracción del deber, en que, según Caro (2003), lo que hace posible señalar al funcionario o servidor como autor, es la relación descrita por la norma penal entre el agente y el bien jurídico, (p.9). De suerte que, no se requiere que el agente sea portador de un deber, cuando estos ya vienen dados en el tipo penal. Se tiene como ejemplo, lo dispuesto en el artículo 190° del Código sustantivo, el cual prescribe el delito de la apropiación indebida.

Dicho tipo penal no regula un deber especial, sino, solamente una relación jurídico-penal de organización, cuyo estamento son los delitos de dominio, y, no, así a los delitos funcionariales, pues, la relación que nace entre el agente y bien jurídico, no se origina en un deber institucional positivo. Por todo lo dicho,

consideramos que, los argumentos expuestos con el objeto de precisar una correcta imputación penal, tarea que le compete al representante del Ministerio Público, y, de establecer un desarrollo, al amparo de los aportes dogmáticos de la postura funcionalista del derecho penal, ofrecerán seguridad jurídica y predictibilidad en la correcta administración de justicia.

Todo lo antes dicho, no sería importante si ella no se aplica al delito materia de investigación, nos referimos, al delito de peculado doloso. Según Vílchez, (2021):

En el caso del delito de peculado, por el contrario, responde al esquema de una conducta de desobediencia por infracción de competencias. Me explico, no cualquier funcionario puede ser el competente penalmente. Debe existir, como sostiene nuestra doctrina nacional, una relación funcional. (p.327)

De modo que, según la naturaleza del tipo penal, estamos frente a un delito de competencia institucional, así lo precisa el autor en comentario. De suerte que, los descritos por la norma penal no deviene en un delito de aprovechamiento del cargo, sino, en un comportamiento cuya infracción se da en razón al quebrantamiento de una competencia específica, de un deber específico.

Sobre el bien jurídico que tutela o protege el delito de peculado, no se tienen a la fecha univocidad, no hay un acuerdo consensuado, mientras que, para unos, lo representa el patrimonio del Estado, hay quienes consideran como lo hace la doctora Barrios, (2010), que estamos frente a la protección de la “idoneidad del servicio”, (p. 174).

Frente a este escenario, la suprema corte en dos Acuerdos Plenarios, los mismos que difieren en cuanto al marco temporal, ha señalado que, en primer lugar, el bien jurídico era garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales, y evitar el abuso del poder del funcionario, tal como queda contenido en el AP 4-2005; mientras que, en segundo lugar, con mayor precisión y concreción, amplían el marco de protección del delito de peculado, nos referimos al AP 7-2019, en sus argumentos se encuentra que ahora el bien jurídico tutelado, consiste en el recto desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública.

Argumento al que nos adherimos, por cuanto, el funcionario como personificación de la institución, tiene el deber de comportarse de manera correcta, de propiciar un correcto desarrollo de la Administración Pública. El cargo que ocupa en la organización institucional lo obliga a ello.

Un caso particular es el que, la Corte Suprema, al momento de pronunciarse sobre la figura del autor o participe en el delito de peculado, ha señalado que, ella es un delito especial de infracción de deber con elementos de dominio, reconociendo con ello que, los fundamentos dogmáticos de la teoría del dominio son aplicables vía extensión a los delitos de infracción del deber. Ello de nota en la Casación N. ° 1004-2017 Moquegua, cuyo extracto es el que sigue:

En primer lugar, nos dice que, el delito de peculado protege el patrimonio del estatal, y seguidamente nos menciona que, también protege el correcto funcionamiento de las entidades públicas. El agente por razón de su cargo, tiene el deber de velar, cuidar, custodiar. En otro momento de la sentencia se precisa que, el delito de peculado posee elementos de dominio, esto es, en primer lugar, los intervinientes llevan a cabo actos de organización, esto es, acuerdo previo para

quebrantar un deber positivo y posteriormente afectar vía perjuicio las cuestiones patrimoniales del Estado.

En la presente casación se evidencia el gran problema de conjugar fundamentos diferentes a un caso de infracción del deber. Tales cuestiones consideramos que, a raíz de la presente tesis se ha de superar. Aunque, su discusión sea atemporal, y siga siendo objeto de discusión, tal como lo hace ver el profesor Pariona, (2021), no solo se acepta la figura de la complicidad, sino, además, la coautoría, tal como quedara señalada en sus letras, “aquí la coautoría también constituye una ejecución conjunta. En los delitos de infracción de deber la coautoría será infracción conjunta del deber común”, (p. 252). De modo que, se hace patente y se sigue cultivando y conservando fundamentos propiamente de la teoría del dominio.

Un dato a tomar en cuenta en estos tipos penales y, según nuestra normativa penal, existe un catálogo de tipos penales marcadamente individualizados, que son entendidos como delitos funcionariales. Tales como el delito de colusión simple, agravada, entre otros. Un claro ejemplo, lo es el delito de colusión, que, según nuestro máximo ente de administración de justicia, es entendido como, citamos la Casación correspondiente N. ° 178-2022, Loreto.

En dicha sentencia casatoria, se indica que, al analizar el delito de peculado, debemos comenzar por identificar si es un delito de dominio o de infracción; siendo ello así, se analiza posteriormente los roles. Habiendo identificado ambos aspectos, se determina que dicho delito es de infracción de un deber, y lo que lo explica su razón de ser, es esa relación funcional que tiene el funcionario con el bien

jurídico. Es esa relación funcional la que fundamenta la autoría del funcionario, nadie más puede poseer tal competencia.

En dicho tipo penal no se examina quien tuvo o no dominio funcional del resultado, sino, quién ha vulnerado su deber especial, su deber positivo, el mismo que, le permite ser diferenciado respecto a los demás ciudadanos.

Por último, a fin de cerrar nuestra idea base, se puede decir que, la posta sobre la novedad respecto a la teoría de la infracción del deber, hoy por hoy, pasó a manos del profesor Jakobs, y, quien a través de sus discípulos se ha ido afincando en nuestro medio, tal como lo precisará el profesor Schünemann (2018), quien utiliza las siguientes palabras, en el campo del derecho penal, a diferencia de los primeros planteamiento dados por Roxin, sobre el tema de la infracción del deber, se ha cambiado el panorama, estando a que, en la actualidad, y por medio de los abanderados discípulos de Jakobs, se ha ido imponiendo los delitos por competencia institucional, y, muestra de ello, son los resientes fallos de la corte suprema en contra de Fujimori. (p. 81)

De suerte que, estamos frente a una teoría de mayor profundización y conceptualización, teoría que, no solo se debe a su novedad, sino, más precisamente porque encuentra recibo en la vida práctica, a diferencia de otras posturas.

Uno de los autores más jóvenes de la doctrina nacional, Ronald Vílchez, lleva a cabo una interesante reflexión, en primer término, sobre el delito de peculado y en referencia al bien jurídico que se busca proteger en ella, menciona que, a modo de comparación a los demás delitos contra la Administración pública, se tiene de un lado un bien jurídico genérico y de otro lado, un bien jurídico

específico. En cuanto al bien jurídico genérico, la norma penal lo que protege es el correcto funcionamiento; mientras que, el bien jurídico específico sería el patrimonio del Estado, aunque sobre este punto no hay univocidad en la academia, pues, para algunos vendría a ser la idoneidad del servicio, también sería, la imagen del Estado.

Ante tanta imprecisión, referente al bien jurídico específico, el autor antes citado, es de la idea que, el Estado protege el patrimonio, de modo que, todo funcionario y/o servidor público, tiene la obligación no solo de asegurar el correcto proceder de la Administración pública, sino, y principalmente, tiene el deber de cuidar, proteger que se afecte el patrimonio del Estado.

Esto último se respalda con lo señalado en su momento por la suprema corte, pues, en el acuerdo plenario 04-2005 consideraban que el delito de peculado presentaba un carácter pluriofensivo, esto es, que se protege una serie de bienes jurídicos, como lo es, el principio de no lesividad sobre los intereses del Estado, de otro lado, también se indicaba, que la norma buscaba evitar el abuso de poder de parte del funcionario. Idea que, según nuestra posición, solo se reduciría a un solo bien jurídico, el patrimonial.

Ha quedado claro que, sobre la autoría y participación en el delito de peculado, siempre se estará ante la presencia de roles especiales, de modo que, solo sería autor quien infringe su rol o deber especial, y cuya relación con el bien jurídico sea de manera directa. Aunque en palabras de Caro, solo importa el quebrantamiento de un deber institucional. Todo aquel que no tenga dicha calidad o relación no responde como autor, sino, como participe.

En algunas decisiones la corte suprema ha fallado mencionando que, en estos delitos, si era posible la figura de la coautoría, la misma que ha recaído en el recurso de nulidad 525-2015, Ayacucho o 2534-2016, Lambayeque. Ciertamente ello podría traer dudas, sin embargo, debemos mencionar que, toda teoría es hijo de su tiempo, de modo que, a pesar de indicar que el delito de peculado es un delito especial con elementos de dominio, no se hace otra cosa que confirmar nuestra posición, esto es, de emplear de manera discriminada las teorías que sirven para resolver los delitos comunes, a los delitos especiales de infracción. No se hace más que generar inseguridad jurídica.

Otro aspecto a evaluar es el referido a la modalidad de apropiación, para algunos autores dicho delito viene a ser una forma sui generis, esto es, algo especial, pues, en los casos de peculado, el autor (funcionario o servidor), no lleva a cabo la sustracción del bien, esto es, efectos o caudales, sino que, estos ya se encuentran en su poder, en su área de organización privada precisamente por el cargo que desempeña; sino, simplemente dispone de una manera totalmente aberrante, como si se sintiera dueño de tales bienes, como tales caudales formaran parte de su patrimonio personal o familiar. En otras palabras, el funcionario o servidor público actúa, se comporta como propietario del bien.

Con ese comportamiento da comienzo al acto de ingresar a su esfera patrimonial de él mismo o de terceras personas bienes como son los efectos o caudales ajenos a su propiedad, pertenecientes al Estado, materializándose de esa manera la apropiación ilegítima. Cómo demostrar esta modalidad, consideramos que se ha de verificar la forma en la que se relaciona el funcionario con los bienes, esto es, como si los bienes fueran adquiridos con su propio peculio.

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que, al aplicar la teoría de la infracción del deber o más apropiadamente, el instituto de la competencia institucional, se identificó de manera positiva los grados de intervención delictiva. Dicho instituto dogmático, al amparo del concepto de intervención única, identificó a todo aquel que ostenta un deber institucional como autor único, mientras tanto, todo aquel que contribuya en la comisión del hecho delictivo, y que por su posición no ostenta ninguna relación institucional, será denominado como partícipe único.
2. Se ha establecido de manera clara que, los fundamentos teóricos de la competencia institucional, aportan mayores argumentos, tanto teóricos como prácticos, pues, permite determinar quién ha infringido su deber institucional, no desde el plano meramente fenomenológico (control del suceso delictivo), sino, desde un plano puramente normativo.
3. Se estableció durante el proceso de investigación, a la luz de los resultados obtenidos que, los fundamentos dogmáticos de los deberes institucionales, parten por fundamentar de manera precisa los roles que ostentan cada persona, en relación con el bien jurídico. Para así, de esa manera determinar e identificar la participación del agente no cualificado o carente de deberes institucionales.
4. Los delitos identificados como delitos de competencia institucional, formulado por Jakobs, y defendida por sus seguidores, tiene como eje central el fundamento de los deberes positivos, mientras que, los seguidores de Roxin, encuentran los fundamentos de la responsabilidad penal en el descuido o abuso del deber que resulta de su rol social, esto, desde los últimos trabajos publicados por el profesor alemán, tanto de los años 2015 y 2019.

RECOMENDACIONES

1. El manejo dogmático y normativo del instituto jurídico penal de la autoría y participación, tanto en los delitos de dominio, pero principalmente en los delitos de infracción del deber, ayuda a determinar quién responde penalmente como autor y quién responde a título de partícipe, esto es, en la labor no solamente jurisdiccional, sino a nivel fiscal, tal como se plantea en la presente tesis. Por cuanto, son los persecutores y titulares de la acción penal, de tal manera que, tienen la obligación de individualizar y determinar, con bases jurídicas y teóricas los fundamentos jurídicos de quién ha infringido su deber institucional y quién su deber general negativo.
2. A la hora de examinar, evaluar y resolver los casos penales de los delitos por competencia institucional, se debe, en primer lugar, analizar los roles que poseen cada sujeto, sea este funcionario o servidor público, por cuanto, son dichas personas las que ostentan deberes institucionales que los vinculan con el bien jurídico.
3. De acuerdo a la teoría funcionalista-normativa del Derecho penal, los delitos de infracción del deber o, en palabras de Jakobs, delitos por competencia institucional, se debe identificar, no desde el plano puramente fenomenológico o fáctico, la realización del resultado típico, sino, se debe evaluar y examinar quién por razones de sus funciones ha quebrantado su deber positivo o institucional y quién, a la hora de colaborar a infringido su deber negativo general.
4. Como información básica y especializada, se debe reconocer la presencia de dos posturas dogmáticas más consolidadas en la actualidad, tanto la postura roxiniana como la postura jakobsiana. Ambos autores han tratado el problema de la autoría y participación en los delitos de infracción del deber, de tal manera

que, se hace imperiosa el manejo de ambas escuelas, y elegir de ser el caso, la que presenta mayores argumentos teóricos y prácticos, tal como se ha elegido en la presente tesis, esto es, la postura jakobsiana. Quienes, a partir de la configuración de la sociedad, de la dación de roles y competencias, se ha esclarecido el camino del Derecho penal, principalmente de los delitos de infracción del deber (delitos por competencia institucional).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2004). *Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber*. Revista Penal, n° 14, Julio 2004, pp. 3-23.
<http://www.cienciaspenales.net>
- Apaza, H. (2022). *Concepto y evolución de los delitos de infracción de deber*. Revista de Derecho Penal. Director Edgardo Alberto Donna. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Arbulu, V. (2010). *El control de la acusación fiscal en la etapa intermedia*.
https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20100727_01.pdf
- Barrios, E. (2010). *El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público*. Editorial Gaceta Penal & Procesal Penal, núm. 15.
- Bacigalupo, S. (2007). *Autoría y participación en delitos de infracción de deber*. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios. Editorial Marcial Pons.
- Bunge, M. (2019). *Investigación científica: enfoque, método y evaluación*. Lima: Grijley.
- Caro, J. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*. Lima: Ara Editores.
- Caro, J. (2021). *Revisión crítica de la teoría del dominio del hecho*.
<file:///C:/Users/HP/Downloads/Caro%20John.pdf>

- Caro, J. (2003). *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*.
https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf
- Caro, J. (2003). *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema N.º 4166-99-Lima, de 07 de marzo de 2001. Editorial Grijley.
- Caro & Polaino, (2015). *Estudio introductorio. Günther Jakobs y el funcionalismo jurídico-penal*. El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal. Expectativas normativas, intervención delictiva y Derecho Penal del enemigo. Lima: Editores del Centro.
- Carrasco, S. (2007). *Metodología de la investigación científica. Pautas metodológicas para diseñar y elaborar el proyecto de investigación*. Lima: Editorial San Marcos.
- Chanjan; Torres & Gonzales. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de Corrupción*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Dávila, G. (2006). *El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso de investigación en ciencias experimentales y sociales*. (C. U. Libertador, Editor) Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/761/76>
- Del Rio, G. (2017). *La Etapa Intermedia en el Nuevo Proceso Penal Acusatorio*. Editorial: Ara Editores.
- García, P. (2012). *Derecho Penal. Parte General*. Segunda Edición. Lima: Jurista Editores.

Falcone R. (2018). *Una aproximación a los delitos de infracción de deber.*

<https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/05/doctrina46524.pdf>

García, P. (2019). *Derecho Penal. Parte General.* 3ra edición corregida y actualizada. Lima: Ideas Solución Editorial.

Huamán, D. (2016). *El Sistema Jurídico Penal. Fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del Derecho penal y procesal penal.* Lima: Editores del Centro.

Jakobs, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.* Reimpresión. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Cuadernos Civitas

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2.a. edición, corregida.* Traducción: Joaquin Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.

Jakobs, G. (2016). *Teoría de la intervención delictiva.* Traducido por Nuria Pastor Muñoz. Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.

Jakobs, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional.* Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Editorial: Civitas.

Lesch, H. (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva.*
<http://www.cienciaspenales.net>

- Lopera, J. ; Ramírez, C. ; Zuluaga, M, & Ortíz, J. (2010). *El método analítico como método natural*. Revista Critica de Ciencias sociales y Jurídicas. Revista Critica de Ciencias sociales y Jurídicas. Colombia: Universidad de Antioquia.
- Montealegre, E. y Perdomo, J. (2007). *Funcionalismo y normativismo penal una introducción a la obra de Günther Jakobs*. En El pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs. Dirección y Presentación Carlos Daza Gómez. Coordinadores: María Eloisa Quintero, Miguel Polaino-Orts. México: Flores Editores y Distribuidor, S.A. de C.V.
- Neyra, J. (2015). *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo I. Editorial: Idemsa.
- Pariona, R. (2011). *La teoría de los delitos de infracción de deber*. Fundamentos y consecuencias.
https://www.rpa.pe/media/pdf/6_Delitos_de_infracci%C3%B3n_de_deber_-_Pariona.pdf
- Pariona, R. (2014). *Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminales*. Lima: Instituto Pacífico.
- Pariona, R. (2021). *La coautoría en los delitos de infracción de deber*. En Libro Homenaje en Memoria del Profesor Doctor Felipe Villavicencio Terreros. Coordinadores Ivan Meini yYvan Montoya. Editorial CICAJ-PUCP
- Polaino, M. (2015). *Hitos históricos de dogmática penal: Del Causalismo del S.XIX al Funcionalismo del S. XXI*. En El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal. Expectativa normativa, intervención delictiva y Derecho Penal del enemigo. Lima: Editores del Centro.

- Ramos, C. (2007). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*". Cuarta Edición. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ríos, R. (2017). *¡Hagamos juntos tu Tesis de Derecho, Teoría y práctica!*. Lima: Ideas Solución Editorial.
- Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Editorial Nomos & Thesis.
- Rojas, F. (2016). *Aspectos problemáticos en los delitos contra la Administración Pública. Estudios Críticos, informes y comentario jurisprudencia*. Lima: Instituto Pacífico."
- Roxin, C. (2016). *La teoría del Delito en la Discusión actual*. Traducción de Manuel A. Abanto Vásquez. Tomo I. Perú, Lima: Grijley.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Traducción de la novena Edición Alemana. Traducción de: Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González de Murillo. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Roxin, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Editorial Grijley.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. Quinta edición. Lima: Editorial Iustitia.
- Salinas R. (2021). *Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios*. Editorial Palestra.

Salinas, R. (2017). *La etapa intermedia en el NCPP*. Editorial Ius Puniendi-Ideas Solución Editorial.

Salinas, R. (S/F). *La teoría de la infracción del deber en los delitos de corrupción de funcionarios*.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfc7a7f5d>

Sánchez, P. (2020). *El Proceso Penal*. Editorial: Iustitia.

San Martín, C. (2015). *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Conforme al Código Procesal Penal de 2004. Editorial: INPECCP-CENALES.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.

Schünemann, B. (2017). *La tesis de Jakobs sobre los delitos de infracción de deber vs. Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico en los delitos especiales*.

Traducción de Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz. <https://fcp.es/wp-content/uploads/2017/03/Sch%C3%BCnemann.-Ponencia-Per%C3%BA.pdf>

Schünemann, B. (2018). *Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales*. Traducción de Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz. <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n81/a03n81.pdf>

Wessels, Beulke, Satzger, 2018. *Derecho Penal. Parte General. El delito y su estructura*. 46.a ed. alemana. Traducción de Raúl Pariona Arana. Lima: Instituto Pacífico.

Vílchez, R. (2021). *Delitos contra la Administración Pública*. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación. Editorial: Editores del Centro.

Villavicencio, T. (2018). *Derecho Penal. Parte General*. Perú, Lima: Grijley.

Zaczyk, R. (2010). *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*. Compiladores Eduardo Montealegre Lynett; Nathalia Bautista Pizarro; José Antonio Caro John; Miguel Polaino-Orts. Editorial: Universidad Externado de Colombia.

REFERENCIA JURISPRUDENCIAL

Casación N.º 1004-2017 Moquegua. Corte Suprema (2018)

Corte Suprema

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/632e69804670bd94b8f5fb5d3cd1c288/S-PP-RC-1004-2017-MOQUEGUA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=632e69804670bd94b8f5fb5d3cd1c288>

Recurso de Nulidad N.º 626-2018, Lima sur. Corte Suprema (2018).

Corte Suprema

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/08/R.-N.-626-2018-Lima-Sur-LP.pdf>

Recurso de Nulidad N.º 4500-2006- Junín. Corte Suprema (2006).

Corte Suprema

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/48e432804db9abbc8c96ae99968868c8/RN+4500-2005.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=48e432804db9abbc8c96ae99968868c8>

Recurso de Nulidad, N.º 1371-2012, Puno. Corte Suprema (2012).

Corte Suprema

<https://iuslatin.pe/wp-content/uploads/2020/07/Compilado-jurisprudencial-peculado.pdf>

Recurso de Nulidad N.º 2308-2013, Lima. Corte Suprema (2013).

Corte Suprema

https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/02/R.N.-2308-2013-Lima-Legis.pe_.pdf

Recurso de Nulidad. N.º 2015-2011, Lima. Corte Suprema (2011).

Corte Suprema

https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/12/R.N.2015-2011-Lima-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR1nwWI6VEPSKfAjvZImLZOOqvD8xD1PDnliZdrEbi-Xi9eTI6ITsPsb0g

Recurso de Nulidad N°803-2016/Lima, Corte Suprema (2016).

Corte Suprema

<http://www.dialogoconlajurisprudencia.com/boletines-dialogo-ar-boletin/Res.02092021.4.pdf>

Recurso de Nulidad N.º 2413-2012, Piura. Corte Suprema (2012).

Corte Suprema

<https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/05/LP-R.-N.-N.-2413-2012-Piura.pdf>

Recurso de Casación N° 1500-2017- Huancavelica. Corte Suprema (2017).

Corte Suprema

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8de5828049e8183ca3e7e74369d7efa6/SPP-RC-1500-2017->

[HUANCAVELICA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8de5828049e8183ca3e7e74369d7efa6](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1215aa8048baf8548039e053388de097/S369d7efa6)

Recurso de Casación N° 503-2018/Madre de Dios. Corte Suprema (2018).

Corte Suprema

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1215aa8048baf8548039e053388de097/SPP-RC-503-2018-MADRE-DE-DIOS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1215aa8048baf8548039e053388de097>

Recurso de Casación 558-2016 Lambayeque. Corte Suprema (2016).

Corte Suprema

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/01/Legis.pe-El-parricidio-como-delito-de-infracci%C3%B3n-de-deber-impropio-Casaci%C3%B3n-558-2016-Lambayeque.pdf>

Recurso de Casación N.°1004-2017, Moquegua. Corte Suprema (2017).

Corte Suprema

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/632e69804670bd94b8f5fb5d3cd1c288/SPP-RC-1004-2017-MOQUEGUA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=632e69804670bd94b8f5fb5d3cd1c288>

Casación N.° 178-2022, Loreto. Corte Suprema (2022)

Corte Suprema

<https://iuslatin.pe/wp-content/uploads/2023/02/Casacion-178-2022-Loreto.pdf>

Acuerdo Plenario N° 2-2011. Corte Suprema (2011).

Corte Suprema

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3343fc004075b5d8b473f499ab657107/A-CUERDO+PLENARIO+N%C2%B0+2-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3343fc004075b5d8b473f499ab657107>

Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116. Corte Suprema (2005).

Corte Suprema

<http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/08/15212928/peculado-acuerdo-plenario-n-4-2015-cij-116.pdf>

ANEXOS

Anexo A: Matriz de consistencia

Título: INFRACCIÓN DEL DEBER EN LA FORMULACIÓN DE ACUSACIONES DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO 4TA. FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN DE HUANCAYO 2018

PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	VARIABLES	METODOLOGÍA
¿En qué medida la aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación del requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la 4ta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018?	Determinar en qué medida la aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación del requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la 4ta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018.	La aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber influye de manera positiva en la sustentación del requerimiento de acusación, por cuanto, permite delimitar los grados de intervención debidamente, ello es, ya sea a título de autor o de partícipe, todo ello bajo los alcances de la intervención única. Y con ello se evitarían que dichos delitos se queden impunes	<p>Variable independiente: Aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber.</p> <p>Variable dependiente: Fundamentación del requerimiento de acusación Delito de peculado doloso</p>	<p>Diseño de investigación: - No experimental transeccional</p> <p>Tipo de investigación: - Básica</p> <p>Nivel de investigación: Descriptivo-Explicativo</p> <p>Métodos generales: Inductivo-deductivo Análisis-síntesis</p> <p>Métodos particulares: Exegético Sistemático</p> <p>Población: Acusaciones 50</p>
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICOS		
¿De qué manera la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación de la intervención delictiva del	Establecer de qué manera la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación de la	La teoría de la infracción del deber en la fundamentación de los requerimientos de acusación del grado de		

<p><i>intraneus</i> en el requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la 4ta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018?</p>	<p>intervención delictiva del <i>intraneus</i> en el requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la 4ta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018.</p>	<p>intervención del <i>intraneus</i>, en el delito de peculado doloso, influye de manera eficiente, toda vez que, permite delimitar el título de imputación a los funcionarios que intervienen en la comisión de un hecho delictivo.</p>		<p>Muestra: 50 Acusaciones Técnica de muestreo: muestra no probabilística Técnica de investigación: análisis documental</p>
<p>¿De qué forma la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación de la intervención delictiva del <i>extraneus</i> en el requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la 4ta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018?</p>	<p>Establecer de qué forma la teoría de la infracción del deber, influye en la fundamentación de la intervención delictiva del <i>extraneus</i> en el requerimiento de acusación en el delito de peculado doloso, en la 4ta Fiscalía Anticorrupción de Huancayo, 2018.</p>	<p>La forma en que la teoría de la infracción del deber influye en la fundamentación de la intervención delictiva del <i>extraneus</i>, resulta siendo positiva, ello por cuanto, permite atribuirle un grado de intervención al sujeto no cualificado por la norma penal, para cometer delitos funcionariales, y que, su participación no quede impune.</p>		

Anexo B: Matriz de Operacionalización de las variables

Título: INFRACCIÓN DEL DEBER EN LA FORMULACIÓN DE ACUSACIONES DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO 4TA. FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN DE HUANCAYO 2018

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ESCALA DE MEDICIÓN
V. Independiente: Aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber	Son delitos de infracción de deber propios los que describen una conducta que solo es punible a título de autor su es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que participen no pueden ser imputados como autores. (Salinas, p. 46)	Entendida como delitos de infracción institucional, en la que el titular ostenta una cualidad especial, en relación al bien jurídico tutelado.	Infracción del deber	Autoría Participación	NOMINAL
Variable dependiente: A. Fundamentación del requerimiento de acusación.	Es un acto procesal que le constituye exclusivamente al Ministerio Público, en virtud del principio acusatorio, pues es una exigencia de este que sin acusación no hay posibilidad de llevar a cabo el juzgamiento. (Neyra, p. 481)	Acto procesal por el cual, el titular de la acción penal, interpone una pretensión punitiva y de reparación civil, a favor de la víctima	Requerimiento de acusación	i. Descripción fáctica ii. Fundamentación jurídica (tipo penal, grados de intervención, entre otros) iii. Elementos de convicción iv. Marco Punitivo y reparación civil	NOMINAL

B. Delito de peculado doloso	El peculado propio es el cometido por funcionario o servidor público que se apropian o sustraen (...) de bienes públicos. (Rojas, p. 234)	Entendido como delito de infracción de deber, el cual es cometido por funcionario o servidor público	Delito funcional	Peculado doloso	
				Peculado culposo	

Anexo C: Matriz de Operacionalización del instrumento

Título: INFRACCIÓN DEL DEBER EN LA FORMULACIÓN DE ACUSACIONES DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO 4TA. FISCALÍA ANTICORRUPCIÓN DE HUANCAYO 2018

Variable	Dimensiones	Indicadores	Ítems	Medición de escala
V.1: V. Independiente: Aplicación de los criterios de la teoría de la infracción del deber	Infracción del deber	Autoría participación	1. ¿En los requerimientos de acusación que lleva a cabo la 4ta. Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, fundamentan los aspectos dogmáticos de la infracción del deber? 2. ¿Las acusaciones de la 4ta. Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, presentan alguna postura dogmática de la teoría de la infracción del deber? 3. ¿Según la teoría que se aplique en los requerimientos de acusación, se fundamenta los grados de intervención delictiva del delito de Peculado? 4. ¿Las acusaciones que presenta la 4ta. Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, fundamenta teóricamente la intervención el extraneus en la comisión delictiva? 5. ¿Las acusaciones que presenta la 4ta. Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, fundamenta dogmáticamente la intervención en caso	nominal
V2: Variable dependiente: A. Fundamentación del requerimiento de acusación.	Requerimiento de acusación	i. Descripción fáctica ii. Fundamentación jurídica (tipo penal, grados de intervención, entre otros) iii. Elementos de convicción iv. Marco Punitivo y reparación civil		Bajo
V.2: B. Delito de peculado doloso	Delito funcional	Peculado doloso Peculado culposo		

			<p>varios sean los funcionarios que cometen el hecho delictivo?</p> <p>6. ¿A título de autor o partícipe responde el funcionario que interviene en el delito de peculado, cuya percepción, administración o custodia no se encuentra en su función, según las acusaciones?</p> <p>7. ¿Las acusaciones desarrollan dogmáticamente los grados de intervención del extraneus y del intraneus en la comisión del delito de peculado?</p> <p>8. ¿Las acusaciones por el delito de Peculado que presenta la 4ta. Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, llevan a cabo fundamentos dogmáticos de la postura de Roxin o Jakobs?</p>	
--	--	--	--	--

	ación sistemática.																		
5. SUFICIENCIA	Se aprecia de las acusaciones aspectos de cantidad y calidad																		70
6. INTENCIONALIDAD	Prudente para valorar los instrumentos de investigación																		70
7. CONSISTENCIA	Los requerimientos de prueba anticipada, están bien fundamentados tanto, en su aspecto dogmático y jurisprudencial																		70
8. COHERENCIA	Se nota coherencia entre los índices e indicadores																		70
9. METODOLOGÍA	La estrategia seguida por la fiscalía, está en razón al propósito del																		70

	diagnóstico.																			
10. PERTINENCIA	Los requerimientos acusatorios, son útiles y adecuados para la investigación penal.																			

PROMEDIO DE VALORACIÓN:

70

OPINIÓN DE APLICABILIDAD: a) Deficiente b) Baja c) Regular **d) Buena** e) Muy buena

Nombres y Apellidos:		DNI N°	
Dirección domiciliaria:		Celular:	
Título profesional / Especialidad	Abogado		
Grado Académico:			
Centro Laboral:			

Firma del Experto

Fecha y Lugar: 28 febrero de 2023

