

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA PREVALENCIA DE LA TEORÍA DE
LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA
NATURALEZA JURÍDICA DEL *EXTRANEUS* EN EL DELITO DE COLUSIÓN**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

Mg. LORENZO PEREZ LIVIA

Asesor:

Dr. GLEN JOE SERRANO MEDINA

Cajamarca – Perú

2020

COPYRIGHT © 2020 by
LORENZO PEREZ LIVIA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA PREVALENCIA DE LA TEORÍA DE
LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA
NATURALEZA JURÍDICA DEL *EXTRANEUS* EN EL DELITO DE COLUSIÓN**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

JURADO EVALUADOR

Dr. Glen Joe Serrano Medina
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Jurado Evaluador

Dr. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2020



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

MENCIÓN: DERECHO

Siendo las 18:15 horas del día 27 de octubre del año dos mil veinte, reunidos a través de meet.google.com/udq-norp-kbg, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA** e integrado por el **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA** y la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**; y en calidad de Asesor, el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**; actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA LA PREVALENCIA DE LA TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL EXTRANEUS EN EL DELITO DE COLUSIÓN**; Presentado por el **Mg. LORENZO PÉREZ LIVIA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **QUINCE (15) [BUENO]**, la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Mg. LORENZO PÉREZ LIVIA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención: **DERECHO**.

Siendo las 19:46 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Asesor

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Presidente-Jurado Evaluador

.....
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Jurado Evaluador

.....
Dra. Maria Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A mi querida madre que físicamente no se encuentra en este mundo terrenal por cuanto, desde el cielo guía mis pasos correctos; encauzando mi camino por el bien, como siempre lo quiso desde que me trajo a este mundo con mucho amor.

AGRADECIMIENTO:

A todos y cada uno de los docentes por compartir sus sabias enseñanzas.

A mi asesor por su apoyo y orientación permanente para lograr concluir con éxito mi trabajo de investigación.

“La Constitución es la piedra angular de todas nuestras libertades; guárdala y cuídala; mantén el honor y el orden en tu propia casa, y la República perdurará”.

Gerald Ford

ÍNDICE

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO:	vi
ÍNDICE	viii
LISTA DE ABREVIACIONES	xi
GLOSARIO	xii
RESUMEN	xiii
<i>ABSTRACT</i>	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPITULO 1	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	3
1.3. JUSTIFICACIÓN	3
1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.....	4
1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN	5
1.6. HIPÓTESIS.....	7
1.7. VARIABLES	7
1.8. OBJETIVOS	8
1.8.1. Objetivo general:.....	8
1.8.2. Objetivos específicos:.....	8
1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	8
1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	11
1.11. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACION	12

CAPITULO 2	13
MARCO TEÓRICO	13
2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO	13
2.2. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO	15
2.3. POLÍTICA CRIMINAL EN EL PERÚ	16
2.4. NATURALEZA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	18
2.4.1. Delitos de dominio del hecho (comunes) y delitos de infracción de deber (especiales):	18
2.4.2. Naturaleza y fundamento material de la limitación de la esfera de posibles autores en los delitos contra la Administración Pública:	20
2.4.3. La teoría del dominio social como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública:	23
2.5. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN PENAL	25
2.5.1. Teoría del delito:	25
2.5.2. Teoría de la imputación objetiva:	27
2.5.3. Teoría de los delitos de infracción del deber:	30
2.5.4. Teoría de la Unidad del Título de Imputación:	33
2.6. TEORÍAS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD	35
2.6.1. Teoría absoluta:	35
2.6.2. Teorías relativas:	36
2.7. SEGURIDAD JURÍDICA	37
2.8. PRINCIPIO <i>PRO SOCIETATIS</i>	41
2.9. EL DELITO DE COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA	42

CAPITULO 3	52
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	52
3.1. LOGRO DEL FIN PÚBLICO DEL PROCESO PENAL DE MANERA INTEGRAL.....	52
3.2. CALIFICACIÓN DUAL DEL <i>EXTRANEUS</i> EN SU PARTICIPACIÓN JURÍDICA	60
3.3. MAXIMIZACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL EN RELACIÓN AL DELITO ESPECIAL	63
3.4. GARANTÍA DE LA TUTELA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL COLECTIVO EN GENERAL.....	68
3.5. LA OPTIMIZACIÓN DEL PRINCIPIO <i>PRO SOCIETATIS</i>.....	71
CONCLUSIONES	75
PROYECTO DE LEY	77
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	84

LISTA DE ABREVIACIONES

C.P.P.	: Constitución Política del Perú.
C.P.	: Código Penal.
N.C.P.P.	: Nuevo Código Procesal Penal.
Exp.	: Expediente.
Sent.	: Sentencia.
P.J.	: Poder Judicial.
C.S.J.R.	: Corte Superior de Justicia de la República.
C.S.J.C.	: Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

GLOSARIO

1. *Colusión*: es un ilícito penal especial propio de infracción de deber donde participa un sujeto especial (*intraneus*) y un sujeto particular (*extraneus*).
2. *Delito especial*: involucra un deber especial para el autor, sin embargo, no por eso el delito especial es constantemente una infracción de deber.
3. *Extraneus*: particular que no pertenece a la Administración Pública y participa en un ilícito penal especial.
4. *Fin público*: se refiere a las acciones que realiza el gobierno para el beneficio de todos. Es sinónimo de interés social, de interés colectivo o utilidad comunitaria.
5. *Intraneus*: funcionario de la carrera pública que participa en un ilícito penal especial.
6. *Participación jurídica*: es la calificación que se le manifiesta al *extraneus* inmerso en un delito especial.
7. *Principio Pro Societatis*: principio que busca el bien social para toda la sociedad y no solo para uno.
8. *Seguridad jurídica*: asegura la confianza del derecho en el espacio de su expresión y aplicación, reconocido dentro del mandato del dominio público.
9. *Tutela*: es una relación legal que permite que una persona se haga responsable por otra.

RESUMEN

Este tema tiene importancia didáctica para el estudio del Derecho Penal específicamente en el delito de Colusión, coadyuvando la formación de interpretación correcta de la norma de indicada disciplina, además sirve de apoyo en el desempeño del trabajo práctico de operadores del Derecho. No obstante, esa relevancia, resulta significativa por los escasos trabajos científicos que hayan abordado esta cuestión.

El objetivo formulado fue establecer los fundamentos jurídicos que sustentan la prevalencia de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de Colusión. Como métodos de investigación utilice el inductivo, deductivo, hermenéutico jurídico, dogmático jurídico, sistemático y argumentación. Me apoye en datos empíricos obtenidos de utilización recogida de criterios de expertos.

El trabajo está estructurado en tres capítulos, el primero menciona aspectos metodológicos de la investigación a través de métodos utilizados, el segundo capítulo desarrolla el marco teórico desde constructos o fundamentos jurídicos en perspectiva de objetivos planteados. El capítulo tercero, desarrolla la contrastación de hipótesis, presenta las conclusiones, recomendaciones y referencias bibliográficas; realizada sobre el conocimiento de conceptos y estimación de la calidad de la norma jurídica positiva, en aproximación a un análisis empírico.

Entre los principales resultados logrados esta haber demostrado que el juzgamiento del *extraneus* bajo la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en el delito de Colusión, garantiza el cumplimiento del fin público del proceso penal de manera íntegra, por cuanto determina la misma responsabilidad penal al *intraneus* y al *extraneus*; además permite reprimir la conducta bajo el enfoque de la teoría de la prevención general, así como garantiza la reparación del erario afectado al Estado.

Palabras Claves.

Colusión, *extraneus*, fundamentos jurídicos, *intraneus*, naturaleza jurídica.

ABSTRACT

This topic has didactic importance for the study of Criminal Law specifically in the crime of Collusion, contributing to the formation of correct interpretation of the rule of indicated discipline, it also serves as support in the performance of the practical work of Law operators. However, this relevance is significant because of the few scientific works that have addressed this issue.

The objective formulated was to establish the legal foundations that support the prevalence of the Theory of the Unit of the Title of Imputation in the determination of the legal nature of the extraneus in the crime of Collusion. As research methods use the inductive, deductive, legal hermeneutic, legal dogmatic, systematic and argumentation. I rely on empirical data obtained from the use of expert criteria.

The work is structured in three chapters, the first mentions methodological aspects of the research through the methods used, the second chapter develops the theoretical framework from constructs or legal foundations in the perspective of stated objectives. The third chapter develops the hypothesis testing, presents the conclusions, recommendations and bibliographic references; carried out on the knowledge of concepts and estimation of the quality of the positive legal norm, in approximation to an empirical analysis.

Among the main results achieved is having shown that the prosecution of the extraneus under the Theory of the Unit of the Imputation Title in the crime of Collusion, guarantees the fulfillment of the public purpose of the criminal process in a comprehensive manner, since it determines the same criminal responsibility to the intraneus and extraneus; it also allows to repress the conduct under the approach of the theory of general prevention, as well as guarantees the reparation of the affected treasury to the State.

Key words.

Collusion, extraneus, legal grounds, intraneus, legal nature.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad las normas de ejecución penal limitan a los juzgadores a sentenciar o absolver al *extraneus* por la infracción de deber en su particularidad de Colusión, generando con ello a tomar decisiones que contradicen el principio constitucional prescrito en el apartado 2, numeral 24 de la Carta Magna del Estado peruano.

Es importante porque se encamina a establecer los fundamentos jurídicos para determinar la prevalencia de la tesis de la infracción de deber en la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de Colusión.

Se justifica por cuanto, estos fundamentos jurídicos nos ayudan a entender las precisiones cuando se determine la naturaleza jurídica del *intraneus* y *extraneus* en el delito de Colusión, para no vulnerar los derechos esenciales como son libertad y seguridad personal.

Es necesario comprender la conducta descrita por la disposición normativa y la infracción que incurre el funcionario público y el *extraneus* cuando se coluden para causar un perjuicio económico al Estado y no les cree impunidad.

Debido a esta problemática en el presente trabajo de investigación jurídico se formuló la siguiente pregunta ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la prevalencia de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de Colusión?

Reconoce dar la razón que los fundamentos jurídicos para determinar la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de Colusión, son: el logro del fin público del Proceso Penal de manera íntegra; la calificación dual del *extraneus* en su participación jurídica; la maximización de la sanción penal en relación al delito

especial; la garantía de la tutela de la seguridad jurídica del colectivo en general y la optimización del principio *Pro Societatis*.

Puntualizándose, se utilizó la metodología de la investigación aplicando los métodos genéricos (inductivo, deductivo) y los propios del derecho (hermenéutico jurídico, dogmático jurídico, sistemático y argumentación); por cuanto, el propósito de esta investigación fue establecer los fundamentos jurídicos.

La tesis se ha dividido en tres capítulos.

Primer capítulo: Se analiza los aspectos metodológicos de la investigación a través de los métodos utilizados.

Segundo capítulo: Se desarrolla el marco teórico desde los constructos o fundamentos jurídicos en mira de los objetivos general y específicos.

Tercer capítulo: Se desarrolla la contrastación de la hipótesis.

Luego se presentan las conclusiones, las recomendaciones y las referencias bibliográficas.

CAPITULO 1

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Los fundamentos jurídicos que sustentan la prevalencia de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de Colusión:

En cuanto a la legitimidad y en correspondencia con este principio existen dos discusiones imprescindibles desde nuestro punto de vista: los ilícitos penales subsisten concordados sobre la plataforma de obligaciones que padecen de una gran imprecisión, poniendo en peligro la legalidad (Figueroa, 2017).

En segundo término, por sus resultados igualmente existiría en objeción con este principio, que impide razonar a las gestiones de inducción o cooperación como quehaceres de autoría, salvo que la ley lo exprese (Figueroa, 2017).

La donosura entre infracciones de poderío y de omisión o abuso, por el contradictorio, acopia una diferencia material natural de la correcta situación social.

El Código Penal asume la tesis de la accesoriedad de la participación, por cuanto la participación es posible cuando concurre realmente un hecho realizado por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva (Adrianzen-Román, 2017).

La teoría de la unidad del título de imputación, determina a los *extraneus* que responden en calidad de cómplices por la acción desplegada por quien sí posee tal cualificación de sujeto público (Adrianzen-Román, 2017).

El *extraneus*, al no tener la particularidad de funcionario estatal, no se le puede imputar el injusto de función a título de complicidad, en aplicación a la teoría de la ruptura del título de imputación, por cuanto el *extraneus* al ser extraño a la administración, necesita de las circunstancias de sujeto público y, por tanto, no se le logra requerir perspectiva de garante que justifique el requerimiento de obtener cuentas como obligación.

Simplificando la discusión, a nivel local se pondría en disputa fundamentalmente dos teorías: la infracción de deber y el dominio del hecho.

Un ejemplo claro de nuestra realidad donde, el alcalde de comuna edil de Chirinos habría constituido dos empresas a través de testaferros, con el propósito de que contraten con la comuna.

Estas empresas se convirtieron en las principales abastecedoras de bienes y servicios. Se estima que el alcalde se habría apropiado de cinco millones de soles bajo esta modalidad, motivo por el que se le dictó orden de prisión preventiva; al encontrarse prófugo de la justicia, en febrero de este año fue capturado y enfrenta una investigación penal por las infracciones de peculado, colusión, cohecho, entre otros. El objetivo general es establecer los fundamentos jurídicos para sustentar la prevalencia de la Unidad del Título de Imputación en la

determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de Colusión; por ser un fenómeno que afecta la gobernabilidad, la seguridad en los organismos estatales y del colectivo en general.

El aporte se fundamentó en generar insumos para que tanto los órganos jurisdiccionales y entidades del Estado a nivel nacional y territorial como instancias de la sociedad civil en escenarios como el sector privado, el mundo académico, la comunidad internacional y la ciudadanía en general; tengan mayores y mejores elementos para la toma de decisiones en casos concretos cuando se cause un perjuicio económico al Estado y no se cree impunidad en sus decisiones judiciales, estableciendo con ello fundamentos jurídicos.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan la prevalencia de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de Colusión?

1.3. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación tendrá una justificación científica-filosófica, que radica en el hecho de sustentar la teoría que se debe aplicar eficazmente al *extraneus* por los órganos jurisdiccionales cuando califiquen la naturaleza jurídica del *extraneus* inmerso en el ilícito penal de Colusión; satisfaciendo con ello un problema de relevancia para todos los órganos jurisdiccionales a nivel nacional; evitando su impunidad.

Se justificará teniendo en consideración que, en la actualidad dentro de la temática de la calificación jurídica del *extraneus*, versan diferentes teorías dogmáticas que crean impunidad y además inseguridad jurídica al colectivo en general en su errada calificación, acaban incurriendo en los defectos propios de otras conjeturas mayoritarias.

La trascendencia práctica de la presente investigación, estará en que los órganos jurisdiccionales sean capaces de explicar la correcta accesoriadad restringida de la colaboración y de esta manera no habría problema en castigar al sujeto *extraneus* como autor, participe o cómplice; evitando la impunidad.

Con los resultados, se proyecta aportar al tratamiento de la Cultura Jurídica resultando de beneficio, tanto para el legislador, al estudioso como al práctico de la disciplina penal.

1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Espacial:

Al hacer hincapié a la prevalencia de la tesis de infracción de deber que sustenta la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en la infracción de Colusión; proyectivamente se determinará el espacio de su estudio y la aplicación a los alcances en nuestro territorio.

1.4.2. Temporal:

La presente investigación se desarrollará dentro del ámbito penal en tiempo vigente.

1.4.3. Teórica:

La presente investigación se desarrollará dentro del marco filosófico, el Estado Social y Democrático de Derecho, la Política Criminal, la naturaleza de los delitos de infracción de deber, la teoría de la imputación penal, las teorías de la pena, la seguridad jurídica, el principio *Pro Societatis* y el delito de Colusión.

1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La tesis es de tipo no experimental y por el prototipo de tesis se utilizará el método científico general, por cuanto es una táctica de resolución de problemas relativos a la comprensión del universo.

El método es un camino, un orden conectado directamente a la objetividad que se desea investigar. Un método que da buenos resultados en las ciencias naturales no necesariamente lo da en las ciencias sociales y jurídicas y viceversa (Iglesias, 1986, p. 16).

1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue:

La investigación es de tipo básica, con nivel descriptivo, explicativo y propositivo, porque orienta la acción a comprender la realidad, centrándose más en conocer las causas que producen determinados efectos.

A. Básica

Es una investigación básica porque los resultados obtenidos constituyen el cimiento de otra investigación, asimismo porque solo se desarrolla a nivel de análisis, argumentación e interpretación.

En la presente investigación la finalidad esencial es el desarrollo de la ciencia, que se puede alcanzar en la perspectiva de su comprensión, de su explicación o de su predicción.

1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación:

A. Descriptiva

Es una investigación descriptiva porque no se efectúa la manipulación de las variables porque se dedica a la descripción de los fenómenos asociados con la población en estudio y se estiman las proporciones de la población.

B. Explicativa

Es una investigación explicativa porque consiste en la realización de cuestionamiento con respecto a cuál es la teoría que debe explicar lo que sucede conllevándonos a encontrar la explicación del fenómeno para tratar de responder o dar cuenta de los fundamentos del objeto investigado.

C. Propositiva

Es una investigación propositiva porque nos permite proponer un Proyecto de ley donde se va a obtener los resultados que nos sirven para proponer fundamentos jurídicos.

1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan:

La investigación es de enfoque cualitativo porque toma como misión la recolección de datos sin la necesaria medición numérica para describir o afinar entre otros aspectos se va a recoger datos que describan las

situaciones de interés (relacionados con la pregunta de investigación o el problema de investigación) y dejar las explicaciones “emerger” de sus descripciones.

A. Cualitativo

Se fundamenta en el proceso inductivo pues en este tipo de investigación el proceso de indagación se inicia con la exploración y descripción de la realidad y culmina con la elaboración de conclusiones.

En general este enfoque se basa en procesos de recolección de datos no estandarizados, por cuanto no requieren la medición como punto de inicio y su juicio de indagación es flexible.

1.6. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que sustentan la prevalencia de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de Colusión, son:

- a) El logro del fin público del Proceso Penal de manera íntegra.
- b) La calificación dual del *extraneus* en su participación jurídica.
- c) Maximización de la sanción penal en relación al delito especial.
- d) La garantía de la tutela de la seguridad jurídica del colectivo en general.
- e) La optimización del principio *Pro Societatis*.

1.7. VARIABLES

Por ser una investigación jurídica eminentemente cualitativa y de carácter dogmático, la hipótesis carece de variables.

1.8. OBJETIVOS

1.8.1. Objetivo general:

Establecer fundamentos jurídicos que sustentan la prevalencia de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de Colusión.

1.8.2. Objetivos específicos:

- a) Justificar el logro del fin público del Proceso Penal de manera íntegra.
- b) Determinar la calificación dual del *extraneus* en su participación jurídica.
- c) Establecer la maximización de la sanción penal en relación al delito especial.
- d) Fijar la garantía de la tutela de la seguridad jurídica del colectivo en general.
- e) Determinar la optimización del principio *Pro Societatis* para la calificación del *extraneus* en el delito de Colusión.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Genéricos:

A. Deductivo

Se realiza tomando como fundamentos algunos principios o conocimientos generales que son aplicables para inferir conclusiones particulares en el tema (Ponce, 2011, p. 69).

Se utilizó para analizar cada institución jurídica involucrada en nuestro objeto de investigación, efectuar generalizaciones con relevancia científica y filosófica que permitirá sustentar nuestras afirmaciones en relación a la hipótesis planteada.

B. Inductivo

Considera una serie de fenómenos o conocimientos particulares para llegar a conclusiones generales (Ponce, 2011, p. 69).

Se utilizó el método inductivo por cuanto nos permitió realizar inferencias desde su esfera particular de la impunidad del *extraneus* en las infracciones especiales cometidos por sujetos pasivos al aplicarse la tesis de infracción de deber calificando tanto la autoría y participación del *extraneus*, para poder plantear opciones jurídico-dogmáticas que admitan una valoración y castigo punitivo.

1.9.2. Propios del derecho:

A. Hermenéutico jurídico

El método hermenéutico jurídico tiende a establecer los principios, métodos y reglas necesarios para revelar el sentido que está escrito (Terry, 2010, p.10).

Se utilizó el método hermenéutico jurídico, para determinar el procedimiento que utilizan los operadores de justicia cuando determinan la naturaleza jurídica del *extraneus* en la infracción del delito de Colusión, por ser la esencia interpretativa.

B. Dogmático jurídico

El método dogmático jurídico se describe a la proposición de reformas, modificaciones o creación de bases jurídicas, compendios normativos y reglas jurídicas *per se*.

Se utilizó el método dogmático jurídico por cuanto se comprende lo teórico ejecutado por distinguidos e eruditos jurisconsultos nacionales y extranjeros de los organismos jurídicos.

C. Sistemático

Este método sistemático permite determinar la importancia y limitaciones de las normas relacionadas con la regulación del ilícito para alcanzar una más acabada comprensión de la regla examinada se buscan normas al interior de un sistema legal determinado (Ramos, 2014, p. 164).

Se utilizó el método sistemático para la interpretación de las normas jurídicas relacionadas a la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en la infracción de Colusión.

D. Argumentación

Este método de la argumentación nos permite entender cuando existe una misma problemática en la aplicación del derecho de la decisión jurídica como resultado del enjuiciamiento de un hecho concreto a la luz de las determinaciones normativas del ordenamiento jurídico (Larenz, 1980, p. 507).

Se utilizó el método para justificar la pregunta de investigación, la hipótesis de trabajo y el procedimiento a seguir o que se ha seguido para poner a prueba la hipótesis.

1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Técnicas:

A. Observación documental

La técnica de la observación documental nos permite obtener una información altamente subjetiva ya que se carecerá de investigación sobre: los exteriores y crónicas de los fenómenos que quieran poner en claro (los cuales son sugeridos por la teoría y las hipótesis); la perspectiva de los individuos en el instante de observar las expresiones; las carencias de los órganos sensoriales; las tipologías del método del observador, su desplazamiento intelectual (para realizar análisis y síntesis).

Se utilizó la técnica de la observación documental para acumular hechos jurídicos que ayudaron tanto a la identificación del problema como a su posterior solución para establecer los fundamentos jurídicos que sustentan la prevalencia de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación.

B. Fichaje o recopilación documental

El fichaje o recopilación documental comprende la recolección de datos y acumulación de indagación.

Se manejó la técnica del fichaje o recopilación de datos para seleccionar, sistematizar y analizar los argumentos contenidos en las composturas dogmáticos de la Unidad del Título de Imputación, objeto de estudio.

1.10.2. Instrumentos:

A. El registro descriptivo

Nos permitió captar los elementos más importantes con mayor detalle de la tesis de infracción de deber.

B. Ficha de contenido

Nos permitió resumir la información existente en diferentes fuentes sobre un objeto al que se van aplicar los métodos que sirvió en la presente investigación, para elaborar la bibliografía final y citas correspondientes.

1.11. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACION

Atendiendo al entorno de lo investigado, no resulta pertinente.

CAPITULO 2

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUSFILOSÓFICO

Desde el paradigma de un Estado de Derecho, el artículo 1 de la Carta Magna del Perú; implica que el rol fundamental del Estado es la dignidad de la persona humana, como categoría jurídica se transforma en sí misma en el juicio de ente de un Estado de Derecho, por cuanto en dicha concepción jurídica son los derechos fundamentales los que determinan la acción del Estado y sus instituciones en correspondencia a su optimización.

Asevera que es propio del Derecho Penal la represión, (Rodríguez 2004, p. 7), para (Moccia, 1992, p. 136), esta práctica es incongruente con un sistema penal garantista, pues al existir una total ausencia de lesividad en la conducta, hace difícilmente aprehensible el desvalor del acto, tanto para el conjunto de la ciudadanía como para el propio reo.

Para los derechos fundamentales rige el principio por el cual el interés individual y la función social tienen un rango equivalente. (Haberle, 1997, p. 60).

Bajo esta reflexión, en los delitos de dominio existen tres clases de autoría: autoría directa, (Roxin, 1998, p. 55), la autoría mediata, (Roxin, 1998, p. 149) y la coautoría, (Roxin, 1998, p. 163).

Así, alcanzamos al tipo punible de la transgresión de Colusión que salvaguarda la regla del artículo 384 de nuestra categorización jurídica que regula la conducta y la sanción cuando este concierne con los interesados.

La naturaleza jurídica del *extraneus*, se sustancia en un estudio filosófico por comprobarse su unidad de análisis a través de una directriz, enmarcada en disposiciones normativas propositivas que requieren mayor argumentación jurídica, de no haber interpretación no hay posibilidad de que marche en la práctica ningún ordenamiento jurídico.

Para Dworkin, la práctica legal a discrepancia de muchos otros fenómenos sociales, es argumentativa.

Las decisiones judiciales, generan consecuencias jurídicas por la errónea evaluación utilizada por los juzgadores; por ser un hecho delictivo el realizado por el *extraneus*, conllevando a una sanción irrazonable por poder llegar a la verdad favoreciendo subjetivamente por razones subyacentes a la arbitrariedad, al daño o perjuicio patrimonial al Estado, entre otros; existiendo con ello un descontento social que vulnera el procedimiento jurídico del país, siendo este un derecho esencial.

Es decir, hay normas que establecen una solución normativa; empero no definen un caso, los principios así entendidos; otorgan sentido a las reglas; admiten verlas, como instrumentales de amparo y promoción de ciertos bienes legales; y como resultado de un balance, ponderación o compromiso entre compendios para el caso que ellas regulan.

En tanto, el presente tema se sostiene en el paradigma del Postpositivismo, por cuanto esta corriente filosófica tiene como rasgo el reconocimiento y amparo de los derechos primordiales, al determinar que existe una vinculación necesaria al unirse el derecho y la moral; porque para dar cuenta de un régimen jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos y directrices.

2.2. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Estado de Derecho, dentro de la perspectiva expuesta, es el ámbito político-jurídico, cuyo centro es el hombre considerado individualmente, libre e igual ante la ley, cuyos fines deben constituir los del Estado, quien está en la obligación de fomentar e impulsar su desarrollo, y su legitimación depende del cumplimiento de los fines sociales del Estado (Gonzales, 2004, p. 4).

En el Estado, nos explica García Pelayo, una de las características del orden político liberal era no sólo la distinción, sino la oposición entre Estado y sociedad, a los que se concebía como dos sistemas con un alto grado de autonomía, determinándose una inhibición del Estado frente a los problemas económicos y sociales; se trata, de una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de una estructura vertical o jerárquica (p. 21).

El liberalismo, sustento ideológico del Estado de Derecho, lo concibe racionalmente como una estructura bipolar, es decir, como dos sistemas diferentes (Estado y sociedad), con perfiles muy precisos y diferentes, independientes, que no tienen dependencia uno de otro, ya que sus relaciones son mínimas. Dentro de este dualismo Estado-sociedad se construye el concepto de Estado de Derecho como el intento de limitar el poder del Estado a través del Derecho (Combellas, 1990, p. 13).

Igualmente, es obligación del Estado de Derecho cuidar la seguridad de las personas; en consecuencia, debe diseñar los mecanismos adecuados para tal fin; además, reconoce y tutela los derechos fundamentales de la persona, tales como la libertad, la seguridad y la propiedad privada.

El curso liberal acoge, la imagen de un Estado de Derecho, (Díaz, 1975, p. 13); como Estado gobernado por la fuerza emanada del carácter ordinario, mencionada por los actores de la población, donde permanece la soberanía nacional, en oposición al Estado incondicional, por cuanto el Derecho se halla en patrocínios de uno o diferentes hombres.

2.3. POLÍTICA CRIMINAL EN EL PERÚ

2.3.1. La teoría final de la acción y la concepción sistemática mayoritaria:

El dogmatismo penal en las primeras décadas de la posguerra estuvo marcado en Alemania por la doctrina finalista de la acción, elaborada fundamentalmente por Welzel (1931, p. 703), aunque también desarrollada por sus discípulos.

Dicho en sus propias palabras: El delegado no sólo está vinculado a las leyes de la naturaleza psíquica, sino que en su regulación tiene que atender también determinadas estructuras lógico-objetivas, de lo contrario su regulación sería falsa.

Así, ante todo, la estructura ontológica de la gestión es un dato en cada valoración y regulación (Welzel, 1931, p. 197).

Deriva la teoría de la culpabilidad, hoy dominante en la proposición alemana del error: porque si el dolo es manifestación de la finalidad, es decir el dominio causal, no puede tener nada con las representaciones mentales del autor sobre la licitud o ilicitud de su conducta, algo que sólo es relevante para la culpabilidad (Roxin, 1997, p. 39).

Su representación falsa sólo puede adquirir relevancia en sede de culpabilidad, se debe al propósito del comportamiento doloso, sino a que quien conoce todas las circunstancias características del injusto, de ellas deduzca la ilicitud de su conducta, deja, al menos al eje del Derecho punitivo.

Pero en realidad esta premisa también es altamente dudosa desde aspectos normativos, porque deja impunes comportamientos claramente merecedores de pena (Roxin, 1999, p. 367 – 379).

2.3.2. La propia concepción sistemática:

La concepción sistemática intenta estructurar las distintas categorías del Derecho penal bajo fachadas de política criminal.

Los aspectos preventivos especiales hacen su aparición en el período de la elaboración del delito, tratándose del reproche del autor.

Basta con traer a colación la discusión sociológica sobre la moderna sociedad como sociedad de riesgos (Roxin, 1993, p. 26 - 31), para mostrar la imagen de riesgo se inserta en las amplias coordenadas de la hipótesis de la colectividad.

Este perfil de la hipótesis de la imputación objetiva se ubica en rango que el segundo principio limitador de la responsabilidad penal del ilícito, el principio *nullum crimen sine lege* (Roxin, 1993, p. 1).

Prevención general, prevención especial y las prohibiciones de ambos principios impuestas son en mi concepción los criterios dogmáticos rectores de la próxima categoría del delito que se cimienta, designada tradicionalmente como culpabilidad y que yo, sin embargo, denomino responsabilidad (Roxin, 1993, p. 19).

En lo normativo, le falta la posibilidad psicológica de cumplir la norma (esto para mí significa la accesibilidad normativa o capacidad normativa para ser accesible (*normative Ansprechbarkeit*) al inimputable (parágrafo 20 StGB) y al que se encuentra en situación de error inevitable de prohibición (parágrafo 17 StGB) (Roxin, 1993, p. 20 - 21).

Porque su comportamiento no se basa en una concepción antisocial, sino en no estar a la altura de una situación extravagante de cuya existencia no tiene culpa, de tal modo que no son necesarias exigencias legales de aseguramiento o de socialización (Roxin, 1993, p. 68).

Para mi concepción la culpabilidad y las insuficiencias preventivas (generales y especiales) forman conjuntamente la categoría que yo denomino culpabilidad (corresponde con la culpabilidad, porque ésta sólo es un presupuesto necesario, pero no suficiente por sí sólo para la responsabilidad).

2.4. NATURALEZA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.4.1. Delitos de dominio del hecho (comunes) y delitos de infracción de deber (especiales):

En el sistema se maneja la distinción de las infracciones comunes y especiales en la clasificación según la estructura del tipo de las características del sujeto activo (Gimbernat, 1990, p. 287).

Cuando los tipos delictivos protegen los caudales del Estado todos podemos considerar, la mayoría del sistema al que me adscribo, que estos tipos son infracciones de dominio (Bacigalupo, 1996, p. 355), porque el razonamiento de imputación prohíbe a todos los individuos acciones que quedan dentro de sus posibilidades de actuación, tendentes a lesionar o poner en peligro del bien jurídico (Gracia, 1993, p.350).

En estos apócrifos nos encontramos con los llamados delitos comunes que son realizados por cualquier persona (Cerezo, 2000, p. 118).

El tipo de infracción común describen al autor mediante el anónimo el que (Cerezo, 2000, p. 118), aunque no siempre es así (Gracia, 1993, p. 383).

En cambio, los delitos especiales se caracterizan porque precisan más al sujeto de la regla, al partícipe del acto normado (Armin, 1984, p. 134).

Las infracciones especiales se dividen, en propios e impropios.

Las infracciones especiales propios no tienen una figura delictiva común paralela mientras los impropios sí tienen una correspondencia con una infracción común (Cerezo, 2000, p. 119).

Es una distinción meramente formalista, sino que tiene un fundamento material, del cual se explica la limitación del culpable en las infracciones especiales a determinadas categorías de sujetos.

Se plantea así la cuestión de explicar la naturaleza y el fondo de la acción por el que algunos tipos limitan la esfera de posibles autores.

2.4.2. Naturaleza y fundamento material de la limitación de la esfera de posibles autores en los delitos contra la Administración Pública:

Las infracciones especiales y en concreto, en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, se han indicado dos vías que fundamentan la limitación de posibles autores o de Autoridades.

Para la primera vía, se utiliza para determinar al autor en la mayoría de las infracciones especiales; no es un principio universal que pueda ser aplicado por igual a todo género de delitos, sino que, respecto a algunos, la autoría se debe determinar con arreglo a otros criterios como la infracción de un deber (Roxin, 1999, p. 385).

Para la segunda vía, el apoyo basta de la restricción de la autoría en estas infracciones personales a determinadas categorías de sujetos, determinada correspondencia entre el autor idóneo y el bien jurídico protegido que constituye un presupuesto del tipo (Armin, 1984, p. 14).

Vamos a ocuparnos de sendas aportaciones incidiendo en los argumentos que emplean para limitar la esfera de posibles autores.

A. La infracción de un deber jurídico

Se puede considerar opinión dominante desde una visión material y en correspondencia con el implícito de lo injusto, el comportamiento del autor de los delitos especiales lleva aparejada la desobediencia de un deber jurídico específico (Cerezo, 2000, p. 119); que constituye lo injusto jurídico-penalmente relevante (Stratenwerth, 1978, p. 4).

Todos ellos se caracterizan porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por injusto de la acción y porque el legislador

los supone como figura central del suceso, como autores, precisamente debido a esta obligación (Roxin, 1999, p. 387 - 388).

En estas infracciones el partícipe se caracteriza por una participación sin trasgresión de deber especial (Roxin, 1999, p. 401) y la cuestión del dolo del hecho principal que decide sobre el dominio del hecho (Roxin, 1999, p. 401).

Esta opinión doctrinal ha generado resumirlas en las siguientes tesis:

En primer lugar, esta concepción quebranta la legalidad como señaló Gimbernat, aunque en las infracciones especiales la infracción del deber enreda un papel muy destacado, Roxin va demasiado lejos porque la legalidad imposibilita que se considere los actos de inducción, cooperación necesaria o complicidad, actos de autoría si el Código penal no lo dice explícitamente (Gimbernat, 2000, p. 266).

En segundo lugar, un cualificado sector doctrinal ha considerado que la infracción del deber no es el adecuado para una correcta interpretación de las infracciones especiales (Gracia, 1993, p. 334), y ha negado que la infracción de un deber extrapenal sea la *ratio essendi* de tales delitos (Gracia, 1993, p. 335); pues, en las infracciones de deber tiene lugar efectivamente el quebrantamiento de un deber (Octavio, 2003, p. 245), que se pone de relieve claramente cuando en muchos tipos penales, se alude expresamente al quebrantamiento de una función encargada al funcionario público o a la autoridad por razón de su cargo, pero

fundamentar la tipicidad del delito especial en el quebrantamiento de una obligación específica de tipo extrapenal supone una tautología (Gracia, 1993, p. 337).

Y, además, nos lleva a la afirmación de Muñoz Conde, según es poco indicativo de la naturaleza de estos delitos la comprobación de un vago quebrantamiento de deberes profesionales (Muñoz, 1993, p. 992).

El quebrantamiento de una obligación legal extrapenal como cimiento material de la culpabilidad en las infracciones de deber parte de un presupuesto equivocado: identifica la obligación de acción extrapenal con la obligación de acción penal que, sin embargo, deben distinguirse porque hacen referencia a dos ámbitos diferentes.

Un primer ámbito es el del deber de acción penal, un deber personalísimo de realizar u omitir una acción determinada (Armin, 1984, p. 128), y cuya infracción constituye un elemento materialmente relevante para la cimentación de los tipos penales determinada (Armin, 1984, p. 128),

Un segundo ámbito las obligaciones extrapenales tienen como fundamento a un individuo en cuanto es centro de imputación de acciones y deberes (Armin, 1984, p. 139), y la infracción de estos deberes recae un juicio de valor negativo, esto no es lo decisivo para la tipicidad.

Las críticas vertidas a este juicio de la infracción de un deber algunos autores han elaborado un criterio material que cimienta la limitación de la autoría basado en la imagen rectora del dominio.

El cimiento material de la culpabilidad en los quebrantamientos contra la Administración Pública debe cumplir con el requerimiento de un dominio que se funda en que el partícipe tiene un poder de disposición sobre el quebrantamiento o puesta en peligro de los bienes del erario del Estado.

B. La relación entre el autor idóneo y el bien jurídico protegido

El sistema ha reconocido que en las infracciones específicas existen unas relaciones especiales entre el sujeto idóneo de la infracción especial y el bien jurídico protegido (Gracia, 1993, p. 354), que establecen el elemento esencial para determinar los motivos que han inducido al legislador para limitar la autoría en las infracciones especiales.

En suma, para esta actitud las infracciones especiales se determinan por la valoración del comportamiento con asiento en la actuación de una función (Gracia, 1993, p. 230 – 231).

2.4.3. La teoría del dominio social como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración Pública:

La formación de las tipologías delictivas especiales se constata la presencia de dos grandes conjuntos (Roeder, 1957, p. 242).

Por un lado, destacan los delitos con especiales elementos de autoría basados en cualidades personales inseparables de un dominado

determinado, que son irremplazables dichos elementos (Gracia, 1993, p. 403).

Destaca el elemento de autoría introducido en la tipificación describe una función social o institucional del sujeto cualificado, y que pone de expreso el enfoque de potestad del entorno de amparo de la norma que manifiestan ciertas clases de sujetos frente al resto (Gracia, 1993, p. 356).

Esta posición que Gracia Martin denomina social se tutela en el cimiento material de los elementos especiales de autoría (1993, p. 357).

El dominio social, es una característica objetiva del tipo de lo injusto de una gran representación de delitos personales (Gracia, 1993, p. 78), y es determinado como un “suceso normativo de actuación del dominio del hecho” (Gracia, 1993, p. 357).

El dominio social establece un criterio rector de interpretación (Gracia, 1993, p. 403), de los delitos especiales y se concreta mediante los siguientes criterios normativos (Gracia, 1993, p. 359):

A. El dominio social como accesibilidad al bien jurídico

Esta particularidad se puede apreciar tanto en los delitos especiales propios e impropios (Gracia, 1993, p. 351 - 352).

El sistema no excluye específicamente la estructura jurídico-pública en la que se hallan bienes jurídicos, cuando supone que la nueva rúbrica de los delitos especiales prescritos en el Título XIX del Código penal, reconoce equilibrar como interés común a todas las tipologías de este título el correcto ejercicio de la función

pública, de la actividad administrativa, judicial y legislativa (Morales, 1993, p. 1162).

B. La implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un status personal

En estas estructuras se libera una situación específica cuyo ejercicio precisa implicar a un bien jurídico (función con dominio social) (Gracia, 1993, p. 364).

En esta estructura jurídico-pública se encuentran involucrados una sucesión de bienes jurídicos en la actuación de la ocupación administrativa, de modo que este ejercicio está afectando permanentemente al bien jurídico.

2.5. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN PENAL

2.5.1. Teoría del delito:

Perfeccionada por Hardwig, diferenciada con la teoría del delito, conlleva a la admisión de una estructura bímembre del delito, compuesta por el ilícito y la culpabilidad.

La correspondencia entre tipo y antijuridicidad, no coexiste una relación indiciaria entre ambos, sino sólo un tipo de ilícito (Unrechtstatbestand) en el cual la antijuridicidad es una característica necesaria del tipo (Hardwig, p. 181).

Si el tipo es la descripción de un ilícito, luego no tiene sentido distinguir el tipo por un lado y un ilícito por otro. Entonces, para comprobar si se presenta un tipo y comprobar luego si ese tipo es ilícito o no.

Pertencen al concepto de dolo los siguientes momentos: alguien actúa con dolo cuando quiere hacer u omitir algo, sabiendo que eso que él quiere hacer u omitir es ilícito, dado que él podría haber determinado su voluntad conforme al derecho.

En este esquema, el implícito de culpabilidad no es componente del tipo sino su sustancia.

Hardwig se diferencia de Welzel, por intermedio de su teoría finalista había logrado escindir el conocimiento del hecho y voluntad del hecho correspondiente al dolo y ubicado sistemáticamente en el prototipo penal de la consciencia de la antijuridicidad que la ubica sistemáticamente en el nivel de la culpabilidad.

Para Hardwig, el dolo perteneciente al tipo es un dolo desvalorado. El mismo es en parte componente del tipo y de la culpabilidad.

Fundamenta esa doble ubicación del dolo en la afirmación de que la conducta tiene un significado, uno fáctico, social, jurídico, no pudiendo ser separado dichos momentos.

Para el suceso es valorado en su conjunto, como totalidad fáctica, social y jurídica.

De esta relación de culpabilidad pertenecen al tipo los componentes del conocimiento y voluntad del hecho y la consciencia de la antijuridicidad, mientras ambos, y su capacidad de determinar su voluntad conforme al derecho, representan la relación de culpabilidad, que se deduce del juicio de culpabilidad.

En su esquema, al tipo penal del delito imprudente pertenecen los siguientes componentes: una obligación jurídica de cuidado, una

conducta debe ser comparada con ese deber de arreglado y la violación del deber de cuidado (Hardwig, p. 197).

La estructura del delito imprudente refuerza su postura aproxima de la existencia de un tipo total de injusto, dado que en el ideal de la infracción imprudente no resulta posible distinguir entre el tipo y la antijuridicidad.

La concepción de imprudencia ya contiene como componente descriptivo la transgresión de una obligación jurídica, justamente la violación de la obligación de cuidado.

Describir una conducta imprudente no sea como una violación de un deber de cuidado, la división entre una descripción del hecho (tipo penal) y la antijuridicidad no es viable (Hardwig, p. 197).

También resulta dificultoso diferenciar en la imprudencia los momentos pertenecientes a la antijuridicidad y culpabilidad respectivamente.

2.5.2. Teoría de la imputación objetiva:

A. Imputación objetiva y causalidad

En las infracciones de mera actividad, la imputación al tipo objetivo se extingue en la subsunción del tipo respectivo que hay que tratar en el fragmento especial (Roxin, 1997, p. 349).

Roxin no rechaza la hipótesis de la causalidad (*conditio sine qua non*), sino en relación a los delitos comisivos, ella constituye el fundamento de imputación al tipo objetivo (Roxin, 1997, p. 349).

La causalidad es un presupuesto de la imputación, ella no es suficiente, aunque concurren todos los elementos descritos en el

tipo objetivo: para poder imputar el resultado al tipo objetivo es obligatorio que se acrediten los demás razonamientos de imputación objetiva (Roxin, 1997, p. 354).

Además, considera que las iguales no son teorías causales sino teorías de la imputación, dado que no dicen cuándo una circunstancia es casual respecto de un resultado, sino que pretenden proporcionar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente.

Ello desarrolla tres criterios normativos de imputación, que se suman al presupuesto de la causalidad:

a. La creación de un riesgo no permitido

Este criterio se debe rechazar el reproche en casos que el autor, al no haber disminuido el riesgo, tampoco lo ha aumentado de modo considerable (Roxin, 1997, p. 377).

En estos temas el Derecho no toma en reparo riesgos sociales mínimos.

También se tratan bajo este supuesto casos de actividades normales e irrelevantes como pasear por la ciudad, subir escaleras, bañarse, etc. Aunque dichas actividades excepcionalmente puedan provocar un accidente, el Derecho no toma en cuenta el riesgo mínimo que va unido a ellas, por cuanto se descarta toda imputación de resultados que se puedan cometer mediante ellas (Roxin, 1997, p. 377).

Como último supuesto de exclusión mediante este primer razonamiento de imputación se encuentra los imaginarios de riesgo permitido.

Para estos temas el autor sí crea un riesgo relevante pero el mismo está permitido de modo ordinario (Roxin, 1997, p. 382 - 384), dado que el legislador consiente que, al igual que en otras muchas manifestaciones del tráfico moderno, en la actividad de establecimientos peligrosos y a otros casos de utilidad social preponderante se corra un riesgo hasta un cierto límite. El ejemplo más cercano lo brinda el tráfico automotor.

b. La realización del riesgo no permitido

Dentro de este supuesto se tratan los asuntos de interrupción del curso causal, donde la acción de autor queda en grado de tentativa por la interposición de un curso causal extraordinario que produce el resultado, donde un sujeto dispara contra otro con dolo homicida, pero la víctima no muere a causa del disparo sino producto del incendio del hospital en que yacía.

Estos universos de casos son tratados por la doctrina finalista como un problema del tipo subjetivo.

En este hipotético la conducción indebida (demasiado rápida) no aumenta los medios de producción del resultado mediando conducción reglamentaria.

Como sostiene Roxin, la contravención de exceso de velocidad no quiere impedir que los automóviles pasen en un determinado tiempo o lugar (Roxin, 1997, p. 388).

No nos vamos a detener a desarrollar esta problemática aquí, será analizada en profundidad cuando realicemos el estudio comparativo de la ejecución del efecto en las diversas teorías de la imputación objetiva que constituyen las unidades de observación de esta indagación.

c. El alcance del tipo

Bajo esta categoría Roxin, analiza tres diversos supuestos de exclusión, aunque reconoce que en este terreno la problemática no está cerrada y pueden existir más supuestos de exclusión, ellos son:

- 1) La colaboración en la auto-puesta en peligro dolosa (die Mitwirkung bei vorsätzlicher Selbstgefährdung);
- 2) La heteropuesta en peligro consentida (die einverständliche Fremdgefährdung) y
- 3) La atribución de la responsabilidad ajena (die Zuordnung zum fremden Verantwortungsbereich).

2.5.3. Teoría de los delitos de infracción del deber:

Silva (1998) afirma que la “autoría era explicada únicamente a través del dominio del hecho, hizo su aparición la categoría de los delitos de infracción de deber (Pflichtdelikten)”. (p. 205 – 226). Y como era de esperarse, la “incursión de este grupo de delitos en un panorama de la autoría gobernado por el dominio del hecho no podría haber sido pacífica” (p. 263).

Es por ello que, Silva (1998), refiere que la existencia de “regulaciones típicas cuya autoría no podía ser explicada convincentemente mediante la categoría del dominio del hecho era la muestra más evidente” (p. 54).

Existiendo tipos penales que no logran precisar ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir, “tipos penales que dicho en términos más directos sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que sólo el *intraeneus* puede ser autor” (Silva, 1998, p. 54).

A. Los delitos de infracción de deber según Roxin

Lo planteado por Roxin (2000), el “centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor...Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho” (p. 354).

En este acápite, el autor cita como ejemplos de esta categoría a los “deberes públicos de funcionarios y los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídicas civiles de alimentos y de lealtad” (p. 55).

Es así que, Roxin (2000) afirma que en todos estos delitos el “obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en figura central del suceso de la acción” (p. 386). Sin embargo, el autor no fundamenta en qué “consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador” (p. 386).

B. Los delitos de infracción de deber según Jakobs

En este contexto, Jakobs (1991), refiere que la “distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor...Según esto, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal” (p. 56).

Caro (sf), afirma que la infracción de aquellos “deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal” (p. 5). Es así el primer fundamento de la “responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación, los mismos que en la terminología jakobsiana se conocen como deberes en virtud de competencia de organización cuyo equivalente en el lenguaje de Roxin lo constituirían los delitos de dominio” (p. 5).

Entonces, la “observancia de este deber general permite a la persona la configuración de un segmento de la sociedad donde ella vive y se desarrolla en un espacio de libertad posibilitándose para sí, y para los demás, una convivencia pacífica”. Y la “existencia de los deberes generales hace que la libertad general de configuración que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad” (p. 4).

Es por ello que, los límites a la “libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en la sociedad, es decir, de un haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su conducta en un mundo socialmente configurado y cuando la persona vulnera los deberes de su estatus está haciendo un uso arbitrario de su libertad, está configurando un estado de cosas que el Derecho desapueba” (p. 5).

En tanto, si la “configuración del segmento personal se hace dañando los bienes de los demás es evidente que al infractor se le atribuye una responsabilidad jurídico-penal”. Y el segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la “inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional a los que pertenecen los delitos de infracción de deber” (Caro, sf, p. 5).

2.5.4. Teoría de la Unidad del Título de Imputación:

Esta teoría, contiene un enfoque contrario a la teoría de la ruptura del título de imputación, pues parte de “englobar el suceso fáctico producido en un solitario tipo penal, siendo que la calificación jurídica

depende de qué clase de sujeto exteriorice el dominio de la ejecución del suceso, ya sea el *intraneus* o el *extraneus*; en caso, con el primero, se procederá a encuadrar el hecho delictuoso en el tipo especial o cualificado y si recae con el secundario se optará por hacer girar la imputación penal sobre la base de un tipo penal de naturaleza ordinaria o común” (Espinoza, 2020).

Según esta teoría respecto al “*extraneus*, su intervención es calificada a título de partícipe, teniendo en cuenta los principios que rigen la teoría de la autoría y participación, que indican que es el autor quien tiene el dominio de la acción típica, en tanto que el partícipe solo realiza actos de colaboración, no existiendo obstáculo para que los *extraneus* respondan a título de partícipes de una infracción especial cuando hayan aportado en su realización” (Díaz y Conlledo, 2008).

La “imputación (única) de la autoría (sobre cuya base se construirá la participación) dependerá de quién haya ejecutado los hechos con dominio del hecho... Si este dominio del hecho lo tenía el *intraneus* y el *extraneus* solamente ha colaborado con un aporte menos importante, este último será partícipe del primero en el delito especial” (p. 52).

Si el dominio del hecho lo tuvo el “*extraneus* y el *intraneus* no, el delito cometido será el común y el *intraneus* será partícipe en este delito común. Ejemplo en el caso del “peculado”, aplicando esta regla, en el primer caso el funcionario sería autor de peculado y el particular cómplice de peculado; en el segundo caso, el funcionario solamente sería cómplice de un delito de hurto cometido por el particular” (Abanto Vásquez, 2004).

2.6. TEORÍAS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

2.6.1. Teoría absoluta:

Es menester indicar que las teorías absolutas de la pena centran el motivo jurídico y el contrariado de la pena solo en la retribución, debe hacerse justicia con el culpable por la comisión de su hecho.

Se puede inferir de la cita anterior que las teorías absolutas son aquellas justificadas en sí mismo, teniendo en cuenta que el panorama de la pena judicial es para quien o quienes delinquen en delitos especiales, siendo totalmente independiente de su efecto social (Jakobs, 1995).

Estas comprenden la teoría de la retribución y la teoría de la expiación.

A. Teorías de la retribución

Fue desarrollada por Emanuel Kant, para quien la Ley Penal era un imperativo categórico, es decir un mandato de la equidad libre de toda consideración final (Durán Migliardi, 2011).

B. Teorías de la expiación

Iván Meini, citando a varios autores menciona que esta teoría: La idea de la pena es conciliar al infractor consigo mismo y con la colectividad y ayudando a alcanzar de nuevo la plena posesión de su decencia.

De eminente naturaleza moral y cuestionable arraigo jurídico, la premisa de la expiación olvida que su verificación ocurriría en el fuero interno del sujeto y la justificación de la pena estaría condicionada al arrepentimiento sincero del sujeto y no a su imposición o ejecución (Mendez, 2013).

2.6.2. Teorías relativas:

Estas tienen una posición contraria a lo que propone las teorías absolutas: por lo que sostiene que la pena no está destinada a la realización de la justicia sobre la tierra, sino que sirve exclusivamente para el amparo de la colectividad (Radrubch, 1994).

Dentro de las teorías relativas, se pueden mencionar las siguientes:

A. Teoría de la prevención general

Se puede precisar que, en el caso de las teorías de la prevención general, tiene como contorno evitar la delegación de delitos o hechos punibles, sin dejar de lado que no solo se preocupa en la prevención del delito, sino que si sucede tiene la capacidad de imponer una infracción y de ejecutarla (Paredes, 2017).

Aunque, si es preciso mencionar que si estas teorías deben perfilar en qué casos el Estado tiene la potestad de intimidar, se evidencia que se manipula a quienes cometen delito para amedrantar a otros hombres, así como no se puede determinar hasta qué punto funciona la coacción psicológica (Carrasco, 2018).

B. Teoría de la prevención especial

Su fundamento es siempre el mismo: la delegación de una infracción que contiene la intimidación de futuras lesiones del precepto jurídico, la condena debe valer para impedir esas futuras violaciones cometidos por cuanto no pueden desaparecer del mundo (Carnevali, 2008, p. 86).

C. Teorías unitarias o teorías mixtas

Este problema de terminaciones y de razonamientos legitimantes debe solucionar, como es lógico, optando por el individuo al que se concede preeminencia sobre el otro (Castañeda, 2016).

2.7. SEGURIDAD JURÍDICA

2.7.1. La crisis de la Ley y la seguridad jurídica:

Son varios los autores que han profundizado en él. Entre quienes sí lo han hecho está el conocido autor español Eduardo García de Enterría, quien explica por qué lo que él menciona crisis del régimen, se ha transformado en un factor de inseguridad jurídica.

El autor, determina dos fenómenos han afectado esa condición privilegiada que ha tenido tradicionalmente la legislación, siendo la preeminencia e importancia de unas disposiciones supralegales, que son nada menos que la Carta Magna de un período y la desvalorización como resultado de una petulancia desmedida de leyes, desarrolladas por múltiples normas reglamentarias que las complementan o aclaran. Estas normas o reglamentos se encuentran en un momento de perpetua ebullición y de cambio frenético (1999, p. 47).

Para Carnelutti, citado por Kemelmaier de Carlucci (1998, p. 211), la crisis de la legislación se ha producido por fenómenos similares, menciona el excesivo número de leyes, también el permanente cambio en estas y la gente ya no respeta las reglas lógicas.

Finalmente, el jurista colombiano Luis Fernando Álvarez Londoño S. J. comparte plenamente el efecto nocivo de los repetidos cambios

legislativos, pues la distancia entre reforma y otra tiende a estrecharse y una desaparece, y así, en la experiencia, cada año tenemos que enfrentarnos a nuevas y dispersas decisiones en el material (2011, p. 11).

2.7.2. El precedente judicial y la seguridad jurídica:

Se ha desatado amplias y encendidas polémicas entre los tratadistas del derecho. El asunto trata fundamentalmente de determinar qué tan obligatorias resultan las decisiones judiciales proferidas por los órganos superiores del régimen de Justicia, tanto para ellos mismos y los jueces de inferior jerarquía.

El recurso que a este trascendental asunto se le brinde tendrá un efecto determinante, en razón que la certeza que a esta le otorga se funda de manera importante la previsibilidad que pueden tener los fallos de los órganos jurisdiccionales al resolver asuntos particulares.

Hanna (1957, p. 367), aclara que en derecho anglosajón al hablar de precedente se refieren al término *stare decisis*, o, forma completa, *stare decisis et non quieta moveré* es generalmente traducido como atenerse a (o adherir a) decisiones y no molestar lo que está acordado ¿Cuál sería, entonces, la alternativa al *stare decisis*? El mismo Hanna lo resume de modo vertical: (1) Absoluta discreción por una corte para decidir cada caso sin dar a conocer precedente alguno; o (2) Completa codificación de nuestra ley, con la exigencia que cada corte busque en el Código el fondo de la decisión (1957, p. 368).

El precedente tiene fuerza normativa como fuente del derecho, en tanto que la legislación tiene un poderío residual o accesorio en tal calidad.

Adicionalmente, y una vez plasmada la anterior aclaración, debe precisarse también que la figura del precedente no tiene la misma potencia en todos los sistemas legales, aunque MacCormick y Summers la tendencia parece ser la distancia entre la fuerza del precedente en los sistemas de derecho civil y del *common law* se reduzca, pues el precedente cuenta para mucho en los sistemas legales de derecho civil.

La predisposición de estos dos sistemas a converger es un hecho destacado de finales del siglo veinte, aunque aún persisten diferencias, algunas de gran categoría (1997, p. 2).

En suma, puede decirse que el precedente contribuye a brindar estabilidad y certeza.

Hanna, haciendo referencia al juez Moschzisker, resume las mejoras del precedente como certeza, estabilidad, igualdad y predictibilidad (1957, p. 377).

Kemelmaier de Carlucci, concluye también que la legislación discordante genera inseguridad jurídica, pues interpretaciones diferentes de un mismo órgano jurisdiccional o de diversos órganos generan inseguridad (1998, p. 216), y la legislación discordante es el inevitable resultado del irrespeto por el precedente judicial.

Sin embargo, esa estabilidad que resulta esencial para la seguridad jurídica, según Marinoni se logra no solamente por la permanencia y

respeto al precedente también por la estabilidad de las reglas legales (2012, p. 257).

Ahora bien, está también la discusión e importancia que reviste para la seguridad jurídica la concordancia que debe haber entre el texto y el espíritu de la ley, con la interpretación que de esta efectúan los jueces al instante de aplicarla a un asunto preciso. Sin esa armonía, sin esa concordancia, difícilmente puede existir seguridad jurídica.

Finalmente, Marinoni reconoce como natural que distintos jueces analicen una misma norma de modo desigual, y eso resulta consustancial a la diligencia jurisdiccional.

Sin embargo, dichas divergencias se deben minimizar lo posible para conseguir el amparo de la previsibilidad, indispensable al encuentro de la seguridad jurídica (2012, p. 254).

En la legislación, el sistema ha identificado como amenaza fundamental contra la seguridad jurídica la excesiva cantidad de normas legales y su deficiente redacción, lo cual excede al ciudadano para que no posea certeza o claridad con relación a cuáles son las pautas actuales.

En el precedente judicial, la principal amenaza contra la seguridad jurídica gira cerca de la incertidumbre lo cuál debe ser el cimiento de las decisiones judiciales, si el precedente o el texto de las normas legales, así como la estabilidad que pueda presentar dicho precedente en el espacio.

2.8. PRINCIPIO *PRO SOCIETATIS*

Según Scelle, “dentro de cada sociedad existe en cada momento histórico una agregación de convicciones que se discurren como la garantía del interés común, y cuya trasgresión conlleva una reacción colectiva”.

Es así que el derecho objetivo no procede del Estado sino de la solidaridad social, producto natural, espontáneo, del desarrollo de la existencia general (Herrera, 2013).

El derecho internacional no está fundado en la voluntad del Estado y a ella adscrito, se va segregando de la sociedad humana, pudiendo imponerse a todos los poderes (Ortega, 1987).

La ciencia jurídica (sociología del derecho) es concebida como fenómeno social complejo, red de permanente diálogo y acomodamiento, que reemplaza a la determinación autoritativa (Drnas, 2015).

Este derecho internacional necesario a la vida social internacional se impone a los Estados.

En el plano de los derechos fundamentales, la corriente intersocial internacional ha ido configurando al derecho de los derechos de las personas como derecho especial o régimen autónomo, correspondiendo otra designación conforme el grado de alejamiento de la disciplina central (derecho internacional público) (Drnas, 2015).

El movimiento al influjo del desarrollo del derecho universal de los derechos fundamentales, particularmente desde las percepciones jurídico-críticas humanistas, ha dado lugar a una serie de instituciones asentadas desde el siglo XVII (Drnas, 2015).

Ya en 1960, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) (Echr, 1961, p. 116), ha ilustrado que el intento de las Altas Partes contratantes al adoptar la Convención no fue otorgar derechos o asumir obligaciones mutuas persiguiendo intereses nacionales particulares, sino realizar los objetivos e ideales del Consejo de Europa y crear un orden público común (inspirado en valores comunes superiores), entendiendo que el Convenio es esencialmente de carácter objetivo, dirigido a proteger los derechos esenciales de los seres humanos (Juri, 2013).

Los tribunales especializados, como son la CEDH y la CteIDH, han sido los motores de la evolución y evolución del derecho internacional de los derechos humanos en derecho superior *erga omnes* e incluso, en ciertos casos, *ius cogens*, con contenido sustantivo y procedimental cada vez más alejado del pactado inicial y explícitamente por los Estados Parte en los tratados o aceptados o examinados en la práctica (Drnas, 2015).

La aplicación del principio *pro homine* ha sido la gran impulsora de esta evolución (Drnas, 2015).

2.9. EL DELITO DE COLUSIÓN SIMPLE Y AGRAVADA

2.9.1. Concepciones actuales del delito:

Dos son los hechos fundamentales que marcan el desarrollo de la etapa actual de la concepción del delito: la publicación del Proyecto Alternativo Alemán de 1966 y la edición del sistema penal y política criminal de Roxin en 1970. Contexto, en el que hace su aparición en el funcionalismo moderno dos corrientes alemanas, que lideran los Profesores Claus Roxin y Günther Jakobs.

A. La concepción de Claus Roxin

El penalista alemán Franz Von Liszt- refiriéndose a la política criminal y al Derecho Penal - diría que: “El Derecho Penal es la infranqueable barrera de la política criminal” (cit. por Roxin y trad. Muñoz Conde, 2002, p. 30), esta frase, que es la que tendría resonancia en el pensamiento de Roxin, ya que tomaría como punto de partida esta idea para darle un contradicción bajo los nuevos avances de la ciencia penal de la época, así cuando Lizst decía que “ el Derecho Penal es la carta magna del delincuente” y por ello, no protege a la comunidad, sino protege al individuo, el Derecho Penal le garantizaba de ser juzgado y sentenciado bajo los parámetros legales establecidos y esto conllevaría a un aislamiento de las finalidades concretas de la política criminal, que en palabras del propio Von Liszt son “..Los métodos adecuados, en sentido social, para la lucha contra el delito, es decir, la llamada misión social del Derecho Penal; mientras que al Derecho Penal, en el sentido jurídico de la palabra, debe corresponder la función liberal del Estado de Derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del Derecho y la libertad individual frente al ataque del Leviatán, del Estado” (cit. Roxin, 1998, p. 32), según Roxin, para LISZT se descarta totalmente que deba construirse un sistema penal bajo los estándares de la política criminal.

Sobre lo señalado líneas arriba, dice el profesor Muñoz Conde- en la introducción al libro del Profesor Roxin- sobre el estado del

Derecho Penal, a principios siglo XXI “La dogmática jurídico-penal alemana está atravesando en la actualidad una crisis. Entre otros muchos factores, causa de esta crisis es la polémica sostenida con los últimos años entre causalistas y finalistas.

No pueden negarse -desde luego- los frutos de esta polémica para la misma dogmática jurídico-penal, pero ella se ha desarrollado dentro de los estrechos límites que le fueron marcados a la ciencia del Derecho Penal por el positivismo jurídico de principios de siglo. Según esta teoría, la única tarea del jurista consistía en interpretar el Derecho positivo y desarrollar en un sistema cerrado, conforme a principios lógico-deductivos, los preceptos concretos de la ley, subiendo hasta los últimos principios y conceptos fundamentales” (Muñoz Conde, 2002, p. 17).

Por ello, para Roxin “La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad didáctica.

Un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como con el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad jurídico socio-estatal” (Roxin, 2014, p. 50).

ROXIN, con respecto a su propuesta al sistema jurídico-penal que “Aproximadamente desde 1970 se han efectuado intentos muy discutidos de desarrollar un sistema “racional-final (o teleológico) o “funcional del Derecho Penal. Los defensores de esta orientación están de acuerdo- con muchas diferencias en los demás- en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho Penal” (Roxin, 2014, p. 203).

Sobre esa base se intenta elaborar y desarrollar y hacer avanzar con nuevo contenido los puntos de partida neokantianos (y neohelegianos) de la época de entreguerras, que en los sistemas clásicos solo habían tenido un desarrollo insuficiente y se vieron conmovidos en la época nazi. El avance consiste sobre todo en que se sustituye la algo vaga orientación neokantiana a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal: las bases político criminales de la moderna teoría de los fines de la pena (Roxin, 2014, p. 203).

La propuesta de Funcionalismo de Roxin esboza una nueva teoría mediante el uso de la llamada Política Criminal o Criminológica en donde se expone que la misión última del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos en todo ámbito dentro de la vida del hombre, dándole el nombre a ésta teoría de

funcionalista en virtud de que ve a la pena o castigo en función de una prevención general del delito así como prevención especial que va dirigida al autor del delito para que no reincida; y a la sociedad en general para que sirva de ejemplo la imposición de un castigo.

Para esta teoría, el momento de imponerse la pena constituye la parte más importante del proceso penal, ya que de ello depende el detener tanto al delito como al delincuente.

El funcionalismo moderado reconoce los elementos del delito propuestos por el finalismo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad), pero con una orientación político criminal, puesto que los presupuestos de la punibilidad deben estar orientados por los fines del Derecho Penal, por lo que estas categorías jurídicas no son sino instrumentos de una valoración político criminal.

Sustituye la categoría lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a valoraciones jurídicas; pues la imputación de un resultado depende de la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma.

La culpabilidad se limita con la necesidad de prevención y juntas originan el nuevo concepto de responsabilidad, que es la base de la imposición de la pena.

Por ello, bajo el sistema político criminal, el esquema de la teoría del delito, debe realizarse bajo nuevos sistemas de imputación basados: La primera. - Es la teoría de la imputación al tipo

objetivo. Mientras que el tipo objetivo- que para el sistema clásico agotaba el contenido del tipo, y al que los proyectos neoclásicos le añadieron solo elementos subjetivos del tipo y el finalismo le añadió el dolo- para las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado (...) quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la “realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma”, sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico- natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas (Roxin, 2014, p. 204).

La segunda.- Esta innovación central del sistema racional- final o teleológico en la forma aquí defendida lo constituye la ampliación de la “culpabilidad” a la categoría de “responsabilidad”, en cuanto que a la culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal (...) de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y solo conjuntamente dan lugar a la “responsabilidad” personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena. Esa ensambladura de la categoría tradicional de la culpabilidad con las finalidades preventivas, importante para numerosas cuestiones interpretativas, es el correlato dogmático de la teoría de los fines de la pena (Roxin, 2014, p. 204).

B. La concepción de Günther Jakobs

Jakobs, construye su sistema del Derecho Penal desde ópticas puramente social- normativas, no bajo estándares sistemáticos anteriores a la sociedad, según los cuales el delito se componía de elementos físicos (causalidad) o psíquicos (dolo) (2011, p. 44), estas son concepciones funcionales de la teoría del delito y de todo el sistema penal.

Para el Profesor Jakobs, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad (2011, p. 15).

Esta idea, se hallan, en el fondo, en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, ya que Jakobs parte de cómo es la moderna sociedad contemporánea para proponer un concepto de Derecho Penal funcionalista, o sea, un sistema funcionalista de la teoría del delito. Lo que es el Derecho Penal está determinado por la función que cumple en el sistema social, e incluso el propio Derecho Penal es considerado como un sistema autónomo, es decir, un subsistema autorreferente y autopoietico, dentro del sistema más amplio de la sociedad (De La Gáranda, 1997, p. 365).

Los sistemas están formados de elecciones sucesivas y referidas entre sí que tienen la función de facilitar la comprensión de la realidad y reducir la complejidad, encontrando soluciones en un mundo cambiante.

El núcleo central de los sistemas está constituido por la “comunicación”, que supone no solo el intercambio lingüístico sino también el de la acción⁵⁰. Jakobs, tomando estos lineamientos propone el funcionamiento del sistema social (sociedad) a través de sus mecanismos de defensa y autoconservación.

El Derecho Penal no debe basar su esquema en el juicio de consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse la misión del Derecho Penal evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma (Montoro, 2007, p. 367-368).

Esta estabilización del sistema traducida en mantenimiento y defensa del sistema social mediante la vigencia de la norma, es para Jakobs la función que cumple el Derecho Penal en la sociedad. Entonces, tomando lo expuesto, se puede asimilar al sistema funcionalista desde estos cuatro ejes esquemáticos y teóricos: Primero. - Un delito no es únicamente un suceso exterior -la sangre

corre, las cosas resultan destrozadas, etc.- sino unas conductas con significado determinado. De la misma forma que una norma significa algo, también el delito tiene un significado: en concreto, el significado de que la norma resulta contradicha y, finalmente, también la pena es portadora de un significado: Precisamente el significado de que, no obstante, el quebrantamiento, la norma sigue manteniendo su vigencia (Jakobs, 2011, p. 39).

Segundo. - Una persona únicamente se puede comportar de manera que exprese un significado, socialmente relevante cuando ella, hablando en términos coloquiales, puede “tomar parte en la conversación” (Jakobs, 2011, p. 40).

Tercero. - El significado de la conducta no puede ser establecido libremente por el propio autor, sino que resulta determinado por patrones socialmente preformados, especialmente en la determinación de la conducta no permitida, así como de la culpabilidad (Jakobs, 2011, p. 41).

Cuarto. - Únicamente la conducta de ejecución, esto es: la conducta que concreta el tipo penal, tiene el significado de contradicción a la norma, pero no lo tiene la conducta realizada en el ámbito previo a la realización del tipo penal. Se trata aquí del problema de la intervención delictiva, que únicamente puede resolverse de una (y solo una) manera: ha de reconocerse que una conducta previa a la ejecución no contradice por su parte la norma, pero puede significar perfectamente que puede ser continuada hasta llegar a la contradicción de la norma (Jakobs, 2011, p. 42).

Por ello, para el funcionalismo normativo, el delito no se toma como

principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa

suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo.

En esta concepción, la pena no es tan solo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanzada de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de esas consecuencias: significa una autocomprobación (Jakobs, 2011, p. 18).

CAPITULO 3

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La presente investigación corresponde a una de carácter doctrinaria realizándose la eficacia de la hipótesis, mediante los métodos jurídico, dogmático, sistemático y argumentativo; que permitieron la observación de las normas dentro de un contexto determinado, así como del análisis de las normas en su naturaleza; de tal forma que mediante el argumento jurídico; se justifica las categorías consideradas en la hipótesis.

A continuación, el tratamiento de las categorías de la hipótesis.

3.1. LOGRO DEL FIN PÚBLICO DEL PROCESO PENAL DE MANERA INTEGRAL

En un cambio Legislativo de Derecho el Estado regula las directivas de unas personas con otras desde la visión del amparo de los patrimonios jurídicos, así como de la Administración Pública, mediante la elección democrática, por concurso público o designación por las entidades del Estado, ocupan un cargo dentro de la carrera pública tiene la obligación de cuidar el buen ejercicio de la Administración Pública.

Esta perspectiva, en un periodo Constitucional de Derecho, en la cuestión de afectar un bien jurídico vinculado al erario del Estado, la autoridad que posee la obligación de custodiar por la buena actividad de la Administración Pública, concerta con otro sujeto para defraudar al erario del Estado; donde el funcionario y el *extraneus* conciertan de manera clandestina causar un

perjuicio económico al Estado; es señalar, que el fin del proceso penal, es determinar la responsabilidad de quienes delinquen, en el ilícito penal de Colusión, tanto el funcionario como el *extraneus*, afectan por igual al Estado en el aspecto erario; ambos deben de asumir en igualdad de responsabilidad penal, bajo los fundamentos jurídicos que sustentan la prevalencia de la teoría.

Es importante que en un Estado Constitucional de Derecho, la normatividad punitiva para la infracción de Colusión, debe tenerse en cuenta “la fuerza vinculante de la Constitución” (Guastini, 2001, p. 157); la Constitución como garantía de la sistematicidad de la regulación de un país, no solo debe ser garantía para la población, sino también para resguardar los erarios dado que tanto el funcionario público como el *extraneus* son beneficiados por el fraude que ambos acuerdan realizar de manera clandestina; la normatividad no debe proteger a uno (*extraneus*) más que al otro (funcionario público), por razón que uno tiene el dominio, sino que bajo el enfoque de la tesis de infracción de deber y de la fuerza vinculante de la naturaleza, ambos sean protegidos y sentenciados en iguales condiciones, porque la defraudación que realizan los erarios del Estado corresponde a ambos, con una situación en abstracto que el *extraneus* puede verse beneficiado en iguales o mayores condiciones que el *intraneus*.

El artículo 44 de la Constitución Política del Perú, indica que “son deberes primordiales del Estado: (...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (...)”; es decir, no solo debe garantizar la seguridad de la población de las personas de amenazas que provienen del conflicto con otros Estados, sino que debe de proteger a la colectividad de amenazas no

tradicionales por la seguridad, parafraseando a Rodríguez Manzano (2004, p. 131) implica el crimen organizado, la delincuencia urbana, los delitos especiales, entre otros.

El Estado dentro de su marco normativo constitucional, debe proteger al colectivo en general de los peligros internos que pueden surgir de la dinámica social; sin embargo, en un marco de desarrollo de la política criminal, el Estado debe conocer, que los riesgos que produce la infracción en sus diversas formas, así como del crimen organizado y de los delitos especiales, es porque influye directamente en la economía del Estado, toda vez que los recursos que son útiles para el bienestar de la población, son destinados para enriquecimiento de la delincuencia; el Estado dentro de los fines del proceso penal, le corresponde la persecución de estos ilícitos penales, de tal forma que se pueda aplacar con la atención de los diferentes mecanismos de prevención y sanción penal.

De manera específica, el Estado debe de proteger a la población de situaciones de delincuencia y de los delitos especiales, porque la seguridad no solo significa estar protegidos de los peligros de armas, sino también la seguridad del colectivo en general que tienen una correspondencia con los recursos que se asignan para la ejecución de obras, la superación de problemas sociales como la pobreza, la vía a servicios, entre otros, donde el Estado invierte y asigna recursos, siendo que al llegar en su etapa de realización o distribución, son desviados a interés de terceros y de la autoridad que tiene el deber de protección de los recursos, ello ocurre en la infracción de Colusión.

Si la capacidad del Estado es salvaguardar a la población de la delincuencia en sus disparejas formas, en los delitos de infracción de deber, se da porque tienen relación con la afectación de los erarios destinados para una definitiva región o comuna del Estado, los mismos que permitirían no ser desviados a interés de la autoridad y los *extraneus*, a brindar servicios, bienestar o ejecutar obras en beneficio de la población; es importante que dentro de los conclusiones del proceso penal, esté la materialización de las sanciones a quienes son responsables de desviar los recursos del Estado de manera delictuosa, dado que ambos han participado en el desvío de recursos estatales, sin tener la regularidad de quiénes de los dos son más beneficiados; en la infracción de Colusión, se considera que el funcionario tiene el dominio del hecho, siendo los dos (autoridad y *extraneus*), que perjudican los fondos económicos del Estado.

Además, en el caso de la infracción de Colusión, como indica el artículo 384 del Código Penal peruano, para su ejecución es necesario la coexistencia de dos sujetos, un pasivo y un sujeto activo representado por el particular, quienes se coluden en cualquier acto público, para causar un perjuicio económico al Estado representado por cualquier institución pública.

El Proceso penal, tiene como finalidad la averiguación de la verdad, en la infracción de Colusión es preciso que, el proceso penal dirigido desde la investigación preliminar, hasta la actuación del juicio oral, y emisión de la sentencia, se tenga en cuenta que las actuaciones deben estar dirigidas a conocerse la verdad, por cuanto la infracción de Colusión implica el perjuicio económico del Estado mediante la concertación clandestina de un funcionario público con un particular para defraudar patrimonialmente al Estado; siendo

el beneficio ilegal que reciba el funcionario público o el tercero (*extraneus*) puede ser tan beneficiosa para ambos, porque en ello se basa la concertación ilegal.

Además, es preciso mencionar que es exigencia normativa, como fin del proceso penal “la búsqueda de la verdad para condenar culpables y absolver inocentes” (Zamora-Acevedo, 2014, p. 168); desde un análisis amplio, considerando la infracción de Colusión, que participan dos sujetos para concretarse el delito, así como de quien es el agraviado.

A esto se suma, que el perjuicio de la infracción de Colusión afecta los erarios del Estado, por ende perjudica a una población o comunidad, porque los recursos de los cuales el sujeto activo y pasivo acuerdan beneficiarse, en su conducto regular debieron beneficiar a la satisfacción de las necesidades para los cuales fueron destinadas; debiéndose tener en cuenta que en el caso de la infracción de Colusión, también el *extraneus* debe responder por la infracción especial, porque tanto el *extraneus* y el funcionario han perjudicado al Estado en su erario, que estaba propuesto para la ejecución de obras o atención de otras necesidades que beneficiarían a la población.

A esto se suma que, para lograr el fin del proceso penal, es necesario que el *extraneus* como el funcionario público ambos respondan como autores por la infracción de Colusión, teniendo entre otras finalidades, determinar los culpables y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por quienes cometen la infracción (funcionario y *extraneus*).

Este encuentra sustento jurídico, no de manera explícita para la infracción de Colusión, pero sí de manera implícita, cuando el artículo 25 del Código Penal prescribe: “El que, dolosamente, ...”; si bien es cierto, por la infracción de

Colusión, el funcionario público tiene condiciones de poder de decisión diferente al *extraneus*, la realización del injusto penal es por la actuación de ambos; por cuanto, bajo la dirección de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, se programa para el logro de los fines del proceso penal, que implica “determinar los culpables (finalidad represiva) y perseguir restaurar la lesión ocasionada por el delito (finalidad restaurativa)” (Oré, 2019, p. 4).

Es decir, al no procesar al *extraneus* con la tesis de infracción de deber y no aplicar la represión como lo realiza el autor (funcionario público), provoca que la reparación del bien jurídico perjudicado no se realice en la dimensión íntegra como indican las normas vigentes; ello responde a un proceso lógico, en abstracto en la misión por la infracción de Colusión, el funcionario y el *extraneus* acuerdan clandestinamente defraudar al Estado por una suma “X” de dinero, luego del cual convienen que el 50% de X es para el funcionario y el 50% de X para el *extraneus*, una vez sentenciados si no se hace bajo aludida Teoría especial, por la condición de funcionario y *extraneus*, la reparación civil y la restauración del erario no será equivalente para ambos, dándose el caso que, el funcionario público por haber sido sentenciado como autor, no tenga la capacidad de responder para la restauración que la resolución mencione. Ello evidencia, la distorsión del fin del proceso penal.

La finalidad del proceso penal, radica en el amparo de la ciudadanía frente a conductas que afectan al común del control estatal de sus propias estructuras y gobernantes en unión con los intereses económicos (...), (Asencio, 2019, p. 119); el proceso penal por la infracción de Colusión, es preciso, considerando la naturaleza del injusto penal de las circunstancias y modalidad que se ejecuta, ambos concurren para afectar al Estado; por lo tanto ambos deben

ser juzgados bajo la unidad de imputación, por cuanto no se ha demostrado en lo fáctico cuánto o cómo fue el reparto beneficiado.

También es importante considerar que, por la infracción de Colusión, es necesario saber que la conducta del funcionario público como un delito especial, sino que es importante saber cómo en cualquier delito que, “el supuesto de hecho abarca también todas las circunstancias (...); es decir, la conducta realmente realizada, pero con sus resultados y circunstancias” (Zaffaroni, 2008, pág. 343); en la cuestión por la infracción de Colusión, los resultados y las circunstancias conllevan a contextualizar que tanto el sujeto activo y pasivo, tienen como propósito generar condiciones para “... defraudar a la institución pública...”, como indica el artículo 384 del C. P. peruano, es preciso que, considerando entre los fines del proceso penal, y del perjuicio provocado al Estado y la comunidad en general, es necesario que quienes han participado en las conductas delictivas de Colusión, deben responder en iguales condiciones en la ejecución del proceso, porque ambos, funcionario y *extraneus*, han inducido un daño al Estado, donde pueden suceder dos situaciones:

En primer lugar, en el juzgamiento prevalece la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, permite hacer conocer ante la sociedad, funcionarios y *extraneus*, los resultados de la comisión por la infracción de Colusión, siendo juzgados en iguales condiciones a ambos, involucra que los dos pueden recibir la misma pena como autores del delito; se promueve “evitar acciones punibles futuras” (Jescheck & Weigend, 2014, p. 104), de tal forma que en el aparente hecho de suceder el delito el particular no busque aminorar o no tener responsabilidad en el proceso penal por Colusión.

En segundo lugar, la prevalencia en el juzgamiento por la infracción de Colusión prevalece la Unidad del Título de Imputación, permite cumplir con dos principales finalidades del proceso penal (la represión y el resarcimiento); toda vez que, al sentenciar al *extraneus* considerando en iguales condiciones que el funcionario, admitirá reprimir la conducta para que durante la ejecución de la pena, se someta a la rehabilitación de conformidad el artículo 139 numeral 22 de la Carta Magna del Perú, de tal forma que, tanto el funcionario así como el particular, asuman la culpabilidad penal porque desde la representación de cargos o trabajo que ejecuta cada uno de ellos, la concertación ilegal entre ambos, tuvieron como propósito defraudar al Estado, teniendo el tipo penal indicado en el artículo 384 del Código Penal, entonces con un proceso penal y posterior sentencia del *extraneus* y del funcionario, permite reprimir la conducta y lograr la reparación del bien jurídico afectado. En síntesis, el logro del fin público del Proceso Penal de manera íntegra, constituye un fundamento jurídico para la prevalencia de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de Colusión, porque entre los fines del proceso penal está establecer la responsabilidad penal de quien delinque, de tal forma que, si la conducta delictiva se realiza con la participación obligatoria del *intraneus* y un *extraneus*, de otra forma no se conforma por la infracción de Colusión, ambos deben responder penalmente con la misma responsabilidad penal, dado que: ambos han provocado el mismo daño al Estado y ambos debieron participar para ello.

3.2. CALIFICACIÓN DUAL DEL *EXTRANEUS* EN SU PARTICIPACIÓN JURÍDICA

En la normativa penal peruana, así como en otras legislaciones penales de otros Estados, de carácter habitual se evidencian, entre otros, dos tipos de delitos: dominio del hecho (comunes) y de infracción de deber (especiales). Por los ilícitos comunes, corresponde a la actuación delictiva de cualquier persona; es decir, para la tipificación de la infracción no se requiere de condiciones especiales de quien delinque; empero, en el caso de las infracciones especiales la tipificación implica a algunas personas que tienen alguna condición jurídica (Márquez Cárdenas & Gonzáles Payares, 2008, p. 30).

La infracción por Colusión para su tipificación como tal, es necesario la participación obligatoria de un sujeto activo (*intraneus*) y un pasivo (*extraneus*), porque es en base a la concertación de ambos que es posible defraudar erarios del Estado representada por una institución del Estado; evidenciándose en la práctica, que el particular (*extraneus*) no tiene dominio del hecho, no debe ser juzgado como lo es el sujeto especial (*intraneus*); sin embargo en un análisis fáctico de la realización de una infracción por Colusión, se concluye que sin la participación del sujeto activo (*extraneus*) no es posible la realización de la tipicidad delictiva bajo la figura de Colusión.

Por la infracción de Colusión es importante mencionar, sin dejar de lado los argumentos la totalidad de doctrinarios e incluso juristas, el sujeto pasivo (*intraneus*) responde como autor y el sujeto activo (*extraneus*) responde como partícipe, considerando para ello el argumento que el funcionario público debe custodiar por el buen ejercicio de la correcta Administración Pública, situación

que no lo tiene el particular (Caro John, 2018, p. 1), sin embargo, también es importante mencionar, considerando situaciones fácticas, que sin el sujeto activo (*extraneus*) es imposible configurar la infracción de Colusión; por lo que, desde la perspectiva de la teoría que sustenta la filosofía de los delitos contra la Administración Pública, quien tiene el deber de velar por el buen funcionamiento de la Administración Pública es el funcionario; dejando fuera del ámbito de decisión al particular (*extraneus*), con ello solo considerar como partícipe.

En la infracción de Colusión, quien infringe el deber de cuidado es el sujeto pasivo (*intraneus*), sin embargo, no es un ilícito penal personalísimo, es decir que el beneficio al defraudar al Estado sea específicamente para el funcionario; por ello, teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción de Colusión, es cierto que el particular sin tener el deber de cuidar la buena Administración Pública, se convierte en un agente obligatorio para la comisión del ilícito penal; por lo que, se convierte en partícipe y en autor del delito; lo primero porque no se somete al deber de cuidado, y lo segundo porque es necesario para que se concretice el delito; es decir, “que teniendo en cuenta la tesis de infracción de deber, el castigo del *extraneus* debe ser bajo el mismo marco punitivo del autor” (Adrianzen-Román, 2017, p. 49).

En la infracción de Colusión existen dos situaciones puntuales:

Primero, la Colusión prescrito en el artículo 384 del C. P. peruano, es necesario que preexista la participación del sujeto activo (*extraneus*), sin el cual no se puede establecer la infracción, es decir que el sujeto pasivo (*intraneus*) no podría vulnerar el buen funcionamiento del delito, bajo la comisión de Colusión sin la participación del particular (*extraneus*).

Segundo, si para configurarse la infracción de Colusión, es necesaria la participación del particular (*extraneus*), responde a características equivalentes del autor, toda vez que su participación se hace necesaria en la conducta delictiva.

Por eso, bajo el enfoque de la prevalencia de esta teoría, se asegura su participación y su autoría; la primera porque no tiene a su cargo la protección de cuidado del bien jurídico de la Administración Pública, y lo segundo porque sin su actuación no se ejecuta la comisión de la infracción de Colusión.

Desde la prevalencia de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en el delito de Colusión, también es importante determinar que el partícipe en la realización del hecho es también obra suya, debido a la causa común que él lo realiza con el autor principal.

Por ello, la infracción de Colusión, el funcionario responde indudablemente a la condición de autor porque es el responsable de custodiar por el cuidado de la buena Administración Pública; sin embargo, el *extraneus*, sin tener poder de decisión ayuda en la ejecución del delito, pero como se hace necesaria su participación para Colusión, recibe doble imputación como partícipe (por *extraneus*) y como autor por hacerse necesario en la misión del delito.

Desde otra perspectiva, de la infracción de Colusión corresponde a un solo injusto penal, con la participación del sujeto pasivo (*intraneus*) y del particular (*extraneus*); por lo que, “cuando diversos sujetos toman parte de un injusto penal no es considerado distinguir el actuar de cada uno de ellos” (García, 2012, p. 702).

Bajo este argumento, en el caso de la infracción de Colusión, el *extraneus* participa en la comisión de un ilícito penal, en el que según el Código Penal

peruano, para que se configure como tal, es necesaria la asistencia del sujeto activo (*extraneus*), dado que el sujeto pasivo (*intraneus*) juntos acuerdan, de manera ilegal y clandestina, defraudar al Estado; por lo que, el fundamento que sustenta la unidad de la imputación en casos de Colusión, es que el sujeto activo (*extraneus*) es partícipe porque no tiene el deber de cuidar del bien jurídico Administración Pública y es autor porque con su participación se establece el delito; o sea, tiene la doble imputación.

La calificación del *extraneus*, bajo el razonamiento que su participación es necesaria para la ejecución de la infracción de Colusión, la calificación del mismo debe responder a título de unidad de imputación objetiva, porque tanto el sujeto especial para la elaboración del delito, es necesario la participación del particular (*extraneus*).

3.3. MAXIMIZACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL EN RELACIÓN AL DELITO ESPECIAL

El Estado, entre todas las funciones que de manera explícita e implícita contempladas en el apartado 44 de la Carta Magna del Perú, menciona respecto al amparo de la seguridad de la población como obligación del Estado.

La razón del último párrafo del apartado 41 de la Carta Magna del Perú, dentro de la política criminal, es extender el tiempo para la persecución de los ilícitos penales, tal como sucede en delitos especiales, para que, por un lado, el Estado tenga mayor tiempo de hacer seguimiento del presunto autor del injusto penal y para evitar que quienes delinquen contra la Administración Pública soliciten la prescripción de sus hechos delictivos.

La Carta Magna del Perú, respecto a quienes delinquen contra el erario, es cierto extiende tiempos para la persecución del ilícito penal contra el erario del Estado, como sucede en delitos especiales, no evidencia de manera explícita la maximización de la pena para quienes participan en la culminación de la infracción penal.

En las infracciones especiales contra la Administración Pública, para la consumación respectiva, es ineludible la colaboración de personas especiales (*intraneus*) y particulares (*extraneus*) respecto al deber de cuidado, ello se evidencia en la infracción de Colusión, en el mismo que para la ejecución es indispensable la colaboración de un *extraneus*; desde la perspectiva de la seguridad pública, es importante mencionar que si ambos, *intraneus* y *extraneus*, son necesarios para la consumación del delito, bajo el razonamiento de cómo afectan los erarios del Estado, ambos deben de ser sancionados penalmente bajo una misma responsabilidad, dado que el hecho es el mismo y para la realización del hecho es ineludible la colaboración de ambos (Muñoz Conde & García Arán, 1993, p. 466).

La infracción de Colusión, no puede darse en otras circunstancias solo con la participación del *intraneus* y del *extraneus*; bajo dicho razonamiento, es necesario que ambos respondan por la misma imputación y en las mismas condiciones de autoría, tanto el *intraneus* como el particular (*extraneus*) sean sancionados penalmente como corresponde a la particularidad del autor; se suma, que la sanción penal debe ser asumiendo todas las consecuencias jurídicas, vale decir la pena personal, la reposición de los bienes y la reparación civil.

La sanción penal y sus resultados jurídicos por la infracción de Colusión, bajo la Unidad del Título de Imputación, deben maximizarse bajo estos razonamientos.

Primero, a decir de Muñoz Conde, si ambos colaboran en la terminación de un mismo hecho que conlleva a un delito; delito de Colusión, ambos deben ser sancionados penalmente con sólidos criterios jurídicos, de manera que ante la sociedad se evidencie la maximización de la pena para el sujeto especial (*intraneus*) y para el sujeto particular (*extraneus*), permitiendo ello que ambos sean juzgados por haber concertado defraudar al erario del Estado.

Segundo, las sanciones penales, actualmente establecidas en el apartado 384 el Código Penal, indica que el funcionario o servidor público que comete la infracción de Colusión será reprimido con una condena de tres a seis años (Colusión simple) y de seis a quince años (Colusión agravada), dejando libre de dicha punibilidad al *extraneus*; empero, bajo la tesis de infracción de deber, la sanción penal y sus consecuencias jurídicas deben ser igual tanto para el sujeto especial (*intraneus*) y el particular (*extraneus*).

Tercero, los bienes o erario donde concerta el *intraneus* y el *extraneus* para defraudar, corresponde al erario del Estado y con ello, la designación para la administración de un funcionario público es porque de forma directa o indirecta, beneficiaran a una determinada población, valen decir a un conjunto de personas que son carentes de una necesidad, obra o servicio.

Cuarto, existe la necesidad de una sólida protección de los erarios que administran los servidores o funcionarios públicos, ello no solo aplicando sanciones a quienes tienen la obligación de cuidado y correcta actividad de

la Administración Pública, también a quienes con su necesaria participación coadyuvan en la ejecución de la infracción penal.

Por ello, frente a situaciones de infracción de Colusión, es forzosa la preponderancia del castigo penal, porque delinquir contra el erario del Estado, implica afectar la normal administración, así como la afectación de intereses de una colectividad que depende de los recursos que delictuosamente fueron destinados al sujeto especial (*intraneus*) y al sujeto particular (*extraneus*).

Incluso, la preponderancia del castigo penal, radica en el hecho, más allá de la cárcel y capacidad que esta tenga para resocializarse, que es la forma más fuerte; sin embargo, la preponderancia de la sanción penal efectiva, no solo debe recaer en el sujeto especial (*intraneus*), por el ilícito de Colusión para el sujeto particular (*extraneus*), dado que su participación es ineludible para la clasificación del delito; conllevando a ello, a maximizar las penas para ambos, porque tanto el *intraneus* como el *extraneus* atentan contra los recursos del Estado.

La maximización de la sanción penal en concordancia al delito especial de Colusión, sin dejar de lado la directriz constitucional del deber de amparo de la seguridad pública del Estado, reside en la “vigencia de los requerimientos de la igualdad y de la insuficiencia de restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico” (Oré, 2019, p. 3); vale decir, en la infracción de Colusión, en el cual el daño está dirigido a los erarios del Estado, el mismo que tiene como destinatario final generar bienestar en la población, es inevitable que se sancione con la maximización de las penas, de tal forma que con ello se controla la continuidad en el ilícito y la prevención de la comisión de la infracción penal, de tal forma que tanto el *extraneus*, así como el *intraneus*

deben de asumir la misma responsabilidad penal ante el daño que generan al erario del Estado.

La maximización de la sanción penal en correspondencia a la infracción de Colusión es importante porque corresponde a la prevención general de la ejecución de hechos delictivos posteriores, bajo la norma que ambos (*extraneus* e *intraneus*) responden con iguales características penales, vale decir a nivel de autor.

Por ello, maximizar la responsabilidad penal, implica sanciones más severas, de manera específica al *extraneus*, quien, con la normatividad vigente, bajo el argumento que no dispone de la obligación de cuidado, no posee la misma responsabilidad penal que el sujeto especial (*intraneus*).

La maximización de la sanción penal en correspondencia al delito especial de Colusión, es necesaria porque genera dos aspectos dentro del tratamiento social de las infracciones penales: porque, genera mecanismos inhibitorios en la colaboración del ilícito penal por parte del sujeto activo (*extraneus*) y por otra la parquedad de la pena (Luzón, 1997, p. 99).

Con la normativa vigente, el particular (*extraneus*) y el sujeto especial (*intraneus*), tienen sanciones penales diferentes en cuanto a la culpabilidad punitiva que se determina.

Desde el aspecto de prevención, cuando el servidor o funcionario público es sancionado, por el hecho de ser impedido para continuar o acceder a desempeñarse como servidor o funcionario público, más la pena que le corresponde, se está previniendo para no cometer el propio ilícito penal en situaciones posteriores; sin embargo, en el tema del particular (*extraneus*), no

se consigue prevenir bajo el mismo argumento; por lo que, es importante la maximización de la sanción penal.

3.4. GARANTÍA DE LA TUTELA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL COLECTIVO EN GENERAL

A, entender de Pérez Luño, implica dos exigencias básicas: corrección estructural y corrección funcional (1991, p. 31-32). Contextualizando, la postura de Pérez Luño, la conexión a la corrección funcional, implica la garantía de disposición y formulación normal de las normas e instituciones reguladoras de un régimen jurídico, respecto a la infracción de Colusión; porque, las normas deben establecer de manera explícita o implícita, sin duda alguna, que para certificar la seguridad jurídica de la colectividad general, tanto el *intraneus* y *extraneus* deben de ser juzgados bajo la tesis de infracción de deber; siendo un de ellas garantizar la efectiva de la seguridad jurídica de acorde con el artículo 44 de la Carta Magna del Perú.

La seguridad jurídica desde la representación de corrección funcional trata de afirmar la ejecución del Derecho mediante la sujeción del bloque de legalidad por parte de los poderes públicos y también de los ciudadanos (Pérez Luño, 1991, p. 35).

Es decir, desde el enfoque de los delitos especiales; y de manera específica en la infracción de Colusión, tanto la autoridad, sea sujeto especial (*intraneus*), así como el ciudadano (*extraneus*), por la forma cómo se configura el delito, ambos deben responder bajo las mismas circunstancias.

En otras palabras, la corrección práctica de la seguridad jurídica vista desde la representación de las sanciones penales en la infracción de Colusión, es

importante considerar la conexión con la eficacia del Derecho; vale decir, en qué medida las reglas de amparo de la Administración Pública son efectivas al instante de aplicar sanciones penales.

Por eso, cuando se hace la diferencia entre *intraneus* y *extraneus*, en el caso de la infracción de Colusión, a pesar que la ayuda de ambos se hace necesaria, la sanción penal apunta al *intraneus* bajo el razonamiento que está obligado a tutelar el erario por tener el carácter de especial frente a los demás integrantes del colectivo en general; en la realidad, el apartado 384 del Código Penal peruano menciona que es el *intraneus* quien acuerda de manera obligatoria con un tercero (*extraneus*) para defalcarse al Estado; la seguridad jurídica debe garantizar que ambos sean sancionados penalmente y bajo la Imputación objetiva.

Como fragmento de la seguridad jurídica, sabiendo lo que persigue la política criminal, es importante que para la infracción de Colusión se aplica la sanción penal sustantiva, no está aplicándose dentro del ámbito que involucra la delegación del delito, dado que hace diferencias entre el sujeto especial (*intraneus*) y el particular (*extraneus*), a pesar que ambos han sido necesarios para la terminación del delito; es importante que, tanto el sujeto especial (*intraneus*) y el sujeto particular (*extraneus*) sean sancionados bajo la propuesta de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, porque es una manera de hacer más efectiva la prevención, con ello mejor amparo de los recursos del erario del Estado, y así promover el cumplimiento de la política criminal.

La política criminal, como perfil de facilitar la seguridad jurídica, es importante tener en cuenta, en los delitos especiales, que “la buena administración

contiene dos valores esenciales: control de la discrecionalidad y objetividad así como rectitud en la acción administrativa” (Novoa Curich, 2016, p. 18); en una interpretación extensible de la buena Administración Pública, también corresponde a ella la colaboración de los particulares y diferenciada de administrar o cuidar los erarios del Estado dicha información corresponde a la deducción que la población está con el objetivo de controlar el buen actuar de los sujetos especiales (*intraneus*); por lo que, si concerta para defraudar al Estado, está contraviniendo su responsabilidad de cuidado, como ciudadano, de la buena Administración Pública, aún más si es que el particular (*extraneus*) es un sujeto que será responsable de la ejecución de obras o servicios para la colectividad que depende o está relacionada con el sujeto especial (*intraneus*). Por ello, la sanción penal debe ser en función a la Unidad del Título de Imputación.

Cuando se desarrolla normativa relacionada con derecho penal como fragmento de la seguridad jurídica se exija normas que sean claras y que determinen una real responsabilidad penal de quienes delinquen, cometido el ilícito se sancione bajo el enfoque de prevención, justicia y protección de la seguridad jurídica.

Por eso, en la infracción de Colusión, como está configurado en la actualidad, con una normativa flexible la responsabilidad penal es mayor para el sujeto especial (*intraneus*), no establece la seguridad dado que, como fragmento de la seguridad jurídica es el amparo de los erarios del Estado y en caso de vulneración o afectación del bien jurídico protegido con la intervención de dos personas (*intraneus* y *extraneus*), ambos deben ser sancionados con igual intensidad.

La garantía de la defensa de la seguridad jurídica del colectivo en general es un fundamento que sustenta la prevalencia de la tesis, por tres razones:

Primero: “permite dotar de una base empírica a las precauciones de seguridad” (Pérez Luño, 1991, p. 72); vale indicar, que la seguridad jurídica contribuye a la obtención de caudales, en el caso de erarios del Estado, permite satisfacer necesidades para la población; con la infracción de Colusión, se está vulnerando acceso a la satisfacción de necesidades de la población.

Segundo: “contribuye a comprobar la eficacia del sistema de seguridad al ponerlo en correspondencia con sus consecuencias en el patrimonio a cuya tutela se dirige” (Pérez Luño, 1991, p. 73); es decir, en el caso de Colusión, la protección del bien jurídico debe responder asegurando la sanción a quienes afectan caudales del Estado, aún más si para la simbolización del delito es necesaria la colaboración del *extraneus* y del *intraneus*.

Tercero: “legítima la situación de la seguridad en el Estado Social y Democrático de Derecho como cauce operativo indispensable para la obtención de los objetivos constitucionales” (Pérez Luño, 1991, p. 73).

La labor legislativa; respecto a la protección de los erarios del Estado, las normas deben respaldar a un dominante amparo de los bienes legales, dado que el entorno de los erarios, tienen como destinatario final el beneficio a la población.

3.5. LA OPTIMIZACIÓN DEL PRINCIPIO *PRO SOCIETATIS*

En las sociedades actuales, sobre todo los Estados democráticos, las reglas que regulan la defensa de los erarios del Estado, tienen como finalidades la

protección del individuo frente a los demás y la protección del colectivo en general frente al actuar delictivo de uno o más individuos que pueden atentar contra un bien jurídico del que en forma directa o indirecta dependen un colectivo de personas (Matus, 2008, p. 387).

Los delitos especiales, en forma general, sin descartar otros delitos, implica una afectación de una comunidad nacional, en la infracción de Colusión; la afectación corresponde a recursos destinados a la ejecución de una obra o para brindar servicios; ante la misión de la infracción de Colusión, se debe priorizar el bienestar de la colectividad en general, antes que el sujeto especial (*intraneus*) y el particular (*extraneus*), quienes, como cimiento de la política criminal deben de ser condenados teniendo en cuenta la Unidad del Título de Imputación, dado que ambos participan en la misma acción y la actuación de ambos es indispensable para causar un perjuicio económico al Estado.

En la Carta Magna del Perú, en el apartado 149, en una línea interpretativa, permite inferir la forma más segura de velar por el orden social es la prevención del delito (Sánchez Olivencia, 2016); se puede construir dos razonamientos:

En los delitos especiales, se causa un perjuicio económico al Estado, a través de la actuación del sujeto especial (*intraneus*), en el caso de la comisión de la infracción de Colusión, los afectados son los integrantes de una comunidad o sociedad; por esto, se debe priorizar el principio *Pro Societatis*.

Bajo la afirmación anterior, en la infracción de Colusión, tanto el *intraneus* como el *extraneus* deben ser sancionados teniendo en cuenta la Unidad del Título de Imputación, por estas razones: Primero, porque ambos acuerdan,

clandestinamente, defraudar al Estado; Segundo, porque ambos han afectado los erarios del Estado que de forma fehaciente repercute a la colectividad.

Tercero, la infracción penal de Colusión implica la contribución de un servidor o funcionario público y de un sujeto particular (*extraneus*) que con su participación hace posible la configuración del delito, siendo uno de ellos el mayor beneficiado; actuación que provocan ambos por su participación.

El principio *Pro Societatis*, contradice el principio *Pro Libertates*, considerando dentro de él la presunción de inocencia, es cierto también, que ante el ilícito penal de Colusión, no se está valorando la inocencia de quienes han cometido el delito, se está juzgando bajo el cimiento que ambos (*intraneus* y *extraneus*), son responsables de un ilícito penal; si la injerencia de ambos es necesaria para comisión del ilícito penal, estos en función de protección del colectivo en general, deben responder bajo la misma responsabilidad penal, lo que se está protegiendo es la colectividad de la afectación en el bienestar de necesidades.

El principio *Pro Societatis*, implica la defensa de la colectividad ante el amparo de la individualidad, en caso específico de la infracción de Colusión, implica la correcta administración de los causales del Estado, el mismo que beneficiará a una determinada población, ante la aminoración de la responsabilidad penal del *extraneus*, porque la normatividad actual así permite calificarlo; siendo necesario que en ocupación al perjuicio que puede provocar a la sociedad con la comisión del ilícito penal de Colusión, se debe priorizar al colectivo en general ante la diferenciación del sujeto activo (*extraneus*) y del sujeto especial (*intraneus*).

En un Estado Social de Derecho, la defensa de los erarios públicos no solo corresponde al amparo de las retribuciones de cada una de las personas, sino también al resguardo del erario que involucra el beneficio de un colectivo de personas.

CONCLUSIONES

- a) El juzgamiento del *extraneus* bajo la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en el delito de Colusión, garantiza el cumplimiento del fin público del proceso penal de manera íntegra, por cuanto determina la misma responsabilidad penal al *intraneus* y al *extraneus*; además permite reprimir la conducta bajo el enfoque de la teoría de la prevención general, así como garantiza la reparación del erario afectado al Estado.

- b) Existe la necesidad de la calificación dual del *extraneus* en su participación jurídica en el delito de Colusión como autor, bajo el razonamiento que su colaboración es necesaria para la realización del delito especial; por cuanto, el erario afectado al Estado recae en ambos sujetos.

- c) La maximización de la sanción penal en relación al delito especial, ante la concertación para delinquir y defraudar los erarios del Estado, corresponde ser asumida en la misma dimensión para el *intraneus* y para el *extraneus*; dado que la infracción de Colusión afecta el erario del Estado de manera directa o indirecta y también al colectivo en general; por ello, se requiere la preponderancia de la sanción penal bajo la evidencia de que, sí ambos delinquen para beneficiarse; estos asumen la responsabilidad penal bajo el mismo juzgamiento de autoría.

- d) En la Colusión, para fijar la garantía de la tutela de la seguridad jurídica del colectivo en general, es preciso considerar que para la comisión del delito existió la concertación para defraudar al Estado; conllevando ello, a que el sujeto especial (*intraneus*) contravenga su responsabilidad de garantizar la obligación de cuidado del correcto funcionamiento de la Administración Pública; por cuanto, si el particular (*extraneus*) es juzgado como autor de la infracción de Colusión, permite proteger legalmente los erarios del Estado, que tiene como beneficiarios al colectivo en general; garantizando de esta manera la seguridad jurídica.
- e) Teniendo en cuenta la optimización del principio *Pro Societatis* para la determinación del *extraneus* en el infracción de Colusión, corresponde sancionar penalmente tanto al *intraneus* como al *extraneus*, conforme a la Teoría de la Unidad del Título de Imputación; porque ambos acuerdan, clandestinamente defraudar al Estado, además; afectan la correcta Administración Pública, por cuanto de forma directa o indirecta repercute en la colectividad en general; y si ambos son sentenciados como autores del delito, se optimiza de manera eficaz el amparo de la colectividad.

PROYECTO DE LEY

LEY QUE ESTABLECE
FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE
SUSTENTAN LA PREVALENCIA DE
LA TEORÍA DE LA UNIDAD DEL
TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN LA
DETERMINACIÓN DE LA
NATURALEZA JURÍDICA DEL
EXTRANEUS EN EL DELITO DE
COLUSIÓN.

El señor [RELLENAR], en ejercicio del Derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107º de la Constitución Política del Perú y los artículos 22º, literal c) y los artículos 74º, 75º y 76º inciso 2) del Reglamento del Congreso de la República; propone la siguiente iniciativa legislativa.

FORMULA LEGAL:

LEY QUE ESTABLECE FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN LA
PREVALENCIA DE LA TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE
IMPUTACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA
DEL *EXTRANEUS*
EN EL DELITO DE COLUSIÓN.

Artículo 23.- Autoría, autoría mediata y coautoría

El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

Artículo 24.- Instigación

El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.

Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

Artículo 317.- Agrupación ilícita

El que forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el sólo hecho, de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos de genocidio, contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de ocho años, de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 1, 2 y 4.

Artículo 320.- La pena será:

- 1.- Privativa de libertad no menor de quince años si el agente actúa en calidad de integrante de una organización que, para lograr sus fines, cualesquiera que sean, utiliza como medio el delito de terrorismo previsto en el artículo 319.

- 3.- Privativa de libertad no menor de veinte años, si se hace participar a menores de edad en la comisión del delito.

Artículo 384. Colusión simple y agravada

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

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, sean éstos proveedores, participantes, postores, contratistas u otros, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda,

conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa."

La pena será no menor de ocho años ni mayor de quince años, cuando la concertación para defraudar al Estado es realizada por el inspector o supervisor de obra.

Cuando en la concertación defraudatoria al Estado interviene el inspector o supervisor, en la ejecución de la obra, la pena será no menor de ocho años ni mayor de quince años.

Artículo 426. Inhabilitación accesoria y especial

Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2.

Los delitos previstos en el capítulo III de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con el artículo 36, incisos 1 y 2."

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA: Reglamentación

En el plazo de 30 días naturales, contados a partir de la publicación de la presente Ley, las entidades competentes deberán dictar las normas reglamentarias y complementarias para adecuar el marco normativo conforme a lo dispuesto en la presente Ley.

SEGUNDA: Norma de vigencia de la Ley

Según corresponda, establecer fundamentos jurídicos que sustentan la prevalencia de la teoría de la unidad del título de imputación en la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de colusión, la misma que entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En la actualidad las normas de ejecución penal limitan a los juzgadores a sentenciar o absolver al *extraneus* por la infracción de deber en su particularidad de Colusión, generando con ello a tomar decisiones que contradicen el principio constitucional prescrito en el apartado 2, numeral 24 de la Carta Magna del Estado peruano.

Se justifica por cuanto, estos fundamentos jurídicos nos ayudan a entender las precisiones de la prevalencia de la Teoría de infracción de deber cuando se determine la naturaleza jurídica del *intraneus* y *extraneus* en el delito de Colusión, para no vulnerar los derechos esenciales de la libertad y seguridad personal.

Es necesario comprender la conducta descrita por la disposición normativa y la infracción que incurre el funcionario público y el *extraneus* cuando se coluden para causar un perjuicio económico al Estado y no les cree impunidad.

Debido a esta problemática en el presente trabajo de investigación jurídico se formuló la siguiente pregunta ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la prevalencia de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación en la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de Colusión?

Reconoce dar la razón que los fundamentos jurídicos para la prevalencia de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación para determinar la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de Colusión, son: el logro del fin público del Proceso Penal de manera íntegra; la calificación dual del *extraneus* en su participación jurídica; la maximización de la sanción penal en relación al delito especial; la garantía de la tutela de la seguridad jurídica del colectivo en general y la optimización del principio *Pro Societatis*.

En ese sentido, resulta preocupante que una de las formas punitivas más usadas para defalcicar patrimonialmente a la Nación: la colusión defraudatoria, tenga penas para su tipo base con pena privativa de la libertad de tres a seis años. Qué, asimismo no se prevean agravantes para el caso de los supervisores de obras que se coluden con estas operaciones y que se permite que se termine pagando montos millonarios sobrevalorados, por las obras públicos.

La presente propuesta guarda relación con lo determinado en la Ley de Contrataciones del Estado a nivel administrativo, donde se indica que éstos son pasibles de sanciones penales. Por ello, resulta pertinente tipificar la conducta ilícita en la que pudieran incurrir los sujetos citados.

La ampliación de los intervinientes como partícipes, no sólo corresponde a los interesados, ya que si bien podría encuadrar a los particulares como residentes o supervisores de obras estas deberían estar incluidos de manera clara y expresa en el delito de colusión simple y agravada; todo ello, sin perjuicio que pueda incurrir en otro tipo de delitos, ya que puede existir concurso de delitos (real o ideal), correspondiendo a los operadores de justicia calificar las conductas de los investigados en cada caso concreto.

II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto de ley tiene por objetivo establecer fundamentos jurídicos que sustentan la prevalencia de la teoría de la unidad del título de imputación en la determinación de la naturaleza jurídica del *extraneus* en el delito de colusión. Su implementación no afecta el artículo 384° del Código Penal, sino que mejora su naturaleza y alcances a fin de tipificar la figura del *extraneus*.

III. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La aplicación de la presente medida no irroga egreso económico alguno a las Entidades del estado involucradas. No contraviene con el principio de Equilibrio Presupuestario recogido en el artículo 78° de la Constitución Política del Perú.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adrianzen Román, P. (2017). *La participación en los delitos especiales. Análisis de la intervención de un extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito.* Piura, Perú. ADDIN Mendeley Bibliography CSL_BIBLIOGRAPHY
- Abanto Vásquez, M. (2004). *Autoría y Participación y la Teoría de los Delitos de Infracción del Deber.* In *Revista Penal*, N° (Vol. 14). <http://www.cienciaspenales.net>
- Álvarez, L. (2011). *Seguridad jurídica, estabilidad y equilibrio constitucional. Hacia un derecho eficiente.* Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Armin, K. (1984). *Fundamentos del deber jurídico.* ADPCP.
- Asencio, J. (2019). *La crisis del proceso penal derechos humanos y socialización de la culpa.* En G. Priori Posada, *Justicia y proceso en el siglo XX.* Lima, Perú: Palestra.
- Bacigalupo, E. (1996). *Derecho Penal.* Bogota, Colombia: Temis S.A.
- Baratta. A. (1980). *La Questione Criminale.*
- Caro, J. (S.F). *El "extraneus".* Lima, Peru: Legis.pe. <https://legis.pe/extraneus-delitos-funcionarios-publicos-jose-antonio-caro-john/>.
- Carnevali, R. (2008). *Derecho Penal como Ultima Ratio.* Hacia una Política Criminal Racional. España: Ius et Praxis
- Carlucci, A. (1998). *La seguridad jurídica.* Lima: Perú.
- Carrasco, J. (2018). *Identificación de la relación existente entre la agravación de la pena y la reducción del delito de robo.* [Tesis para Abogado] Universidad César Vallejo. <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/26195>

- Castañeda, M. (2016). *El principio de seguridad jurídica en la Determinación de la pena en las circunstancias atenuantes privilegiadas del código penal peruano*. Tesis: Universidad Privada Antenor Orrego - UPAO.
<http://repositorio.upao.edu.pe/handle/upaorep/1979>
- Cavero, P. (2009). *La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales*.
<http://www.cervantesvirtual.com/research/la/e4d02d67-d849-406e-aaff-7731207fd4f8.pdf>
- Cerezo, J. (2000). *Derecho Penal*. PG.
- Combellas, R. (1990). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. *Derecho y Sociedad – Asociación Civil, Volumen (23)*, 147.
<file:///C:/Users/PC/Downloads/16863-Texto%20del%20art%C3%ADculo-66998-1-10-20170424.pdf>
- De La Gáranda, B. (1997). *Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de JAKOBS*. Universidad San Pablo CEU.
- Díaz, E. (1975). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid.
- Díaz & Conlledo, G. (2008). *Autoría y Participación*.
- Duran, M. (2011). *Teorías absolutas de la Pena*. Scielo. Rev. filos. Vol. 67. Santiago, Chile: Santiago.
- Drnas, Z. (2015). *La complejidad del principio pro homine*.
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>
- Echr. (1961). *Pfunders case*. Austria.

- Espinoza, A. (2020). *La participación del extraneus en los delitos del deber*.
<https://lpderecho.pe/participacion-extraneus/>
- Ferri, E. (1982). *Sociología Crimínale*.
- Figuroa, R. (2017). *Comunicabilidad en los delitos especiales, intervención del extraneus en el delito de malversación de caudales públicos del art. 233 del Código Penal*. <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144447>
- García, E. (1993). *Justicia y seguridad jurídica*. Navarra, España: Aranzadi S. A.
- García, P. (2012). *Derecho Penal - parte general*. Lima, Perú: Jurista Editores.
- García, M. (2004). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. *Derecho y Sociedad – Asociación Civil, Volumen (23)*, 147.
<file:///C:/Users/PC/Downloads/16863-Texto%20del%20art%C3%ADculo-66998-1-10-20170424.pdf>
- Gimbernat, E. (1990). *Delitos cualificados para el delito por el resultado y causalidad*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, España: LB de F.
- Gonzales, M. (2004). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. *Derecho y Sociedad – Asociación Civil, Volumen (23)*, 147.
<file:///C:/Users/PC/Downloads/16863-Texto%20del%20art%C3%ADculo-66998-1-10-20170424.pdf>
- Guastini, R. (2001). *Estudios de la teoría constitucional*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Haberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Perú: PUCP.
- Hanna, J. (1957). *The role of precedent in judicial decision*.

- Herrera, C. (2013). *El concepto de solidaridad y sus problemas político-constitucionales. Una perspectiva iusflosófica.*
- Iglesias, S. (1986). *Principios del método científico.* Mexico: Verum Factum Editore.
- Jakobs, G. (1991). *Delitos de Infracción de Deber.* Madrid, España: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1995). *La pena estatal: significado y finalidad.*
- Jakobs, G. (2011). *Cuatro tesis de Derecho Penal.* Lima, Perú: Ara.
- Juri, J. (2013). *Los derechos humanos en la Unión Europea.* [Tesis para Licenciado]. Universidad de Chile.
<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/115431>
- Jeschek & Welgend, T. (2014). *Lehrbuch.* AT.
- Larenz, K. (1980). *Metodología de la Ciencia del Derecho.* Barcelona, España: Ariel.
- Márquez & Gonzáles, O. (2008). *La coautoría: delitos comunes y especiales.* Informes de investigación. Grupo Derecho Penal.
- Matus, J. (2008). *La protección de la seguridad personal en el Código Penal.* Revista Ius Et Praxis. Año 15.
- Mendez, I. (2013). *La pena: función y presupuestos.*
- Moccia, A. (1992). *De la tutela de bienes a la tutela de funciones.* Barcelona: España: Debate.

- Montoro, A. (2007). *El funcionalismo en el Derecho*. Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol 8., Universidad de Murcia.
- Muñoz Conde, F. (2002). En: roxin, Claus. *Política criminal y sistema de Derecho Penal* trad. de Francisco Muñoz Conde. Madrid: España: Hammurabi.
- Muñoz, G. (1993). *Derecho Penal*. Valencia, España: PG.
- Muñoz & Garcia, A. (1993). *Derecho Penal*. Valencia, España: PG.
- Novoa, Y. (2016). *El buen gobierno como bien jurídico categorial de los delitos de corrupción*. Boletín anticorrupción y justicia penal.
- Octavio, E. (2003). *Las consecuencias accesorias de los artículos 29 y similares del artículo Código penal*. Madrid, España.
- Oré, A. (2019). *La finalidad del proceso penal*. Lima, Perú: Griley.
- Ortega, J. (1987). *La Rebelión de las Masas*.
- Paredes, B. (2017). *Delitos de corrupción de funcionarios y servidores públicos en los Gobiernos Locales*. [Tesis de Maestría]. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. <http://repositorio.unprg.edu.pe/handle/UNPRG/7364>
- Perez-Luño, A. (1996). *Seguridad Jurídica*. Madrid, España: Trotta.
- Ponce, L. (2011). *Metodología de la Investigación del Derecho*. México: Porrúa.
- Radrubch, G. (1994). *Filosofía del Derecho*. <https://books.google.com.pe/books?hl>
- Ramos, C. (2014). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima, Peru: Grijley.

- Roxin, C. (1997). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Barcelona, España: Marcial Pons.
- Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Roxin, C. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Madrid, España: Navarra Thomson Reuters-Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio en el derecho penal*. Vol. 7°. Madrid, España: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2014). *Política criminal*. Madrid, España: Thomson-Civitas.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal - Parte General*. Tomó I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conllevo, Javier de Vicente Remesal, Thomson Civitas, Madrid, España.
- Sánchez, C. (2016). *In dubio pro societate. Opinión*.
- Silva, J. (1998). *Estudios sobre los delitos de omisión*. Madrid, España: Grijley.
- Terry, M. (2010). *Hermenéutica*. Versión española de Daniel Hell y Vicente Mendoza. Barcelona, España: CLIE.
- Welzel, H. (1931). *La teoría de la acción finalista*. Trad. por Monika Frommel. Munich, Alemania: HYPERLINK "<https://www.jstor.org/publisher/siebeck>"
Mohr Siebeck GmbH & Co. KG. BIBLIOGRAPHY
- Zaffaroni, E. (2008). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Zamora & Acevedo, M. (2014). *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*.

Acta Académica Jurídica. Barcelona, España: Ariel Derecho.