FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, PARA A OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU Nº 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: CANCHARI ORDOÑEZ ARMANDO MARCIAL

Código de alumno: 2011.0053.5.AG Teléfono: 999736866

Correo electrónico: acocanchari@hotmail.com DNI o Extranjería: 06569442

2. Modalidad de trabajo de investigación:

( ) Trabajo de investigación ( ) Trabajo académico

( ) Trabajo de suficiencia profesional (x) Tesis

3. Título profesional o grado académico:

( ) Bachiller ( ) Título ( ) Segunda especialidad

( ) Licenciado ( ) Magister (x) Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

DOCTRINA DE INFRACCIÓN DEBER NORMATIVISTA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y SU RELACIÓN CON LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN.....

5. Facultad de:.....

6. Escuela, Carrera o Programa: .Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas

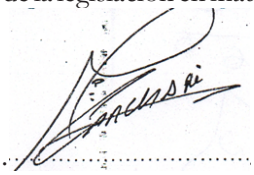
7. Asesor:

Apellidos y Nombres: ROBLES BLACIDO ELMER Teléfono: 944422084

Correo electrónico: elmer_rb_31@hotmail.com DNI o Extranjería: 31674266

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.



Firma: .....

D.N.I.: **05569442**

FECHA: **21/01/2019**

UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

ESCUELA DE POSTGRADO

DOCTRINA DE INFRACCIÓN DEBER NORMATIVISTA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y SU RELACIÓN CON LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

Tesis para optar el grado de doctor en

Derecho

Mag. CANCHARI ORDOÑEZ, ARMANDO MARCIAL

Asesor: Dr. ELMER ROBLES BLACIDO

Huaraz – Ancash – Perú

2018

Nº. Registro: TE0043

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor	Luis Wilfredo Robles Trejo	Presidente

_____

Doctor	Felix Julca Guerrero	Secretario

_____

Doctor	Elmer Robles Blacido	Vocal

_____

ASESOR

Doctor Elmer Robles Blacido

AGRADECIMIENTO

- A Dios por iluminarme y guiarme en la vida.
- A los docentes de la EPG-UNASAM por haber compartido sus experiencias.
- A mi asesor de Tesis, por su apoyo en la culmiación de este proyecto académcio.

A mis padres Nicolas Canchari Gamarra y Apolinaria Ordoñez Valladolid, quienes siempre me han engreido con bastante amor.

A la madre de mis hijos, quien a pesar de nuestra separacion, suele aconsejarme y siempre esta atenta de lo que me pueda suceder, ademas de estar siempre pendiente de sus tres hermosos hijos como siempre suele decir.

A mis hijos, quienes a pesar de mi lejania, siempre han demostrado ser ejemplos dentro y fuera del hogar, y por cuidar siempre de su madre.

A mis amigos, quienes siempre me han estado haciendo recordar que debo de culminar con mi tesis doctoral.

ÍNDICE

Pag.

Índice ……. vi

Resúmen ……. ix

Abstract ……. x

I. INTRODUCCIÓN ……. 1

1.1. Objetivos …….. 7

1.2. Formulación de hipótesis …… 8

1.3. Variables …….. 9

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes …… 10

2.2. Bases Teóricas ……. 30

2.2.1. Bases filosóficas y epistemológicas de la investigación …. 30

2.2.1.1. El positivismo juridico como paradigma jurídico …. 32

2.2.1.2. El paradigma epistemologico crítico …… 40

2.2.2. Fundamentos dogmáticos penales…… ……. 43

2.2.2.1. El funcionalismo …….. 43

2.2.2.2. La corrupción como fenómeno social o institucional, estructural, histórico, político y moral……. …… 50

2.2.2.3. Los tratados sobre derechos humanos y el Derecho Penal…… …… 57

2.2.2.4. Derechos humanos y corrupción …….. 69

2.2.2.5. La Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción: Fundamentos y prescripciones importantes …… 84

2.2.2.6. La intervención en el delito ……. 107

2.3. Definición de términos …….. 130

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación ……. 132

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico ..…… 133

3.2.1 Población ……. 134

3.2.2. Muestras ……. 135

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información …… 135

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información … 137

IV. RESULTADOS

4.1. Presentación de Resultados ……. 140

4.2. El delito de peculado como delito de infracción de un deber …….. 156

V. DISCUSIÓN

5.1. Idea de corrupción y sus problables causas ……. 170

5.2. De la democracia formal a la democracia constitucional para enervar la corrupción …….. 173

5.3. Sobre la Convención de la Naciones Unidas sobre la corrupción …. 176

5.4. Sobre las limitaciones y críticas a la teoría del normativismo al explicar la doctrina de infraccion del deber en los casos analizados .. 181

5.5. Las ejecutorias supremas e infracción del deber …….. 193

5.6. El dominio sobreel fundamento del resultado como alternativa sobre autoría y participación ……. 201

VI. CONCLUSIONES……. ……. 205

VII. RECOMENDACIONES……. …… 207

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS…… ……. 208

IX. ANEXOS

Anexo 01: Matriz de consistencia Lógica…. …… 216

Anexo 02: Operacionalización de variables… …… 217

RESUMEN

El proposito de la presente investigaciónfue determinar si se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; para ellos se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático y por su naturaleza es cualitativa; emepandose como técnicas de investigación:la documental, el análisis de contenido, la teoría de triangulación y la argumentación jurídica. Se obtuvo como resultadoque en nuestro ordenamiento jurídico existe una relacion positivamente y directa entre la jurisprudencia de la Corte Suprema referente a la aplicación de la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; toda vez que ambas tienen su sustento en cuanto a sus postulados en el funcionalismo normativista penal. Concluyendo que no es uniforme la jurisprudencia de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación; debido a la distinta formación doctrinal de sus miembros y asesores principales; así como a la inexistencia de una sola doctrina que unifique y sintetice las distintas posibilidades que se tiene para la determinación responsabilidad penal en los delitos especiales.

Palabras clave: Jurisprudencia, Teoría de infracción del deber, Autoría y participación, Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; . funcionalismo normativista penal.

ABSTRACT

The purpose of the present investigation was to determine whether the jurisprudence of the Supreme Court in criminal matters that applies the theory of infraction of duty on authorship and participation with the United Nations Convention on Corruption is positively related; For them, a dogmatic legal research was carried out and, due to its nature, it is qualitative; emepandose as research techniques: documentary, content analysis, triangulation theory and legal argumentation. It was obtained as a result that in our legal system there is a positive and direct relationship between the jurisprudence of the Supreme Court regarding the application of the theory of infraction of duty on authorship and participation with the United Nations Convention on Corruption; since both have their sustenance in terms of their postulates in the normative criminal functionalism. Concluding that the jurisprudence of the Supreme Court that applies the doctrine of infraction of duty in the determination of authorship and participation is not uniform; due to the different doctrinal formation of its members and principal advisers; as well as the inexistence of a single doctrine that unifies and synthesizes the different possibilities that exist for the determination of criminal responsibility in special crimes.

Keywords: Jurisprudence, Theory of infraction of duty, Authorship and participation, United Nations Convention on Corruption; . normative criminal functionalism..

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, en su realización; obedece a dos razones esenciales: Conocer más el derecho complejo y cambiante; así como ostentar un grado académico que precisamente exprese, exteriorice u objetivice dicha aprehensión.

El fenómeno de la corrupción es actual y latente en nuestro país. La raíz de esta aseveración lo podemos encontrar en variados y múltiples factores, pero que todas en conjunto conllevan a que se acreciente este fenómeno.

En ese escenario aparece todo tipo de portavoces. Algunos con actitud sincera; otros por intereses personales o grupales y, otros, solo para aprovecharse del estado de ánimo de los ciudadanos y llevar agua para sus intereses mezquinos.

Conscientes de la peligrosidad del fenómeno de la corrupción, se han creado muchas reglas o normas jurídicas en general, destinadas como es lógico, a combatir la corrupción.

Pero el problema para afrontar el fenómeno de la corrupción, no solo es normativo; sino va más allá de esa posibilidad; sin embargo, creemos que en el plano normativo, existen suficientes argumentos para que desde esta perspectiva se pueda afrontarla.

Las normas antes señaladas, no han surgido de la nada; sino por el contrario, de la observación de un fenómeno actual. Pero también son consecuencia, de variadas doctrinas jurídico-penales que se han venido desarrollando en este

tiempo. Aquí es donde aparece, el funcionalismo o normativismo, como una postura distinta, que pretende explicar el fenómeno penal desde una vertiente particular.

Los delitos de infracción del deber, existen desde hace mucho tiempo; pero con el tiempo su concepción ha ido variando, perfeccionándose o, mejor haciéndose más complejo; empujado principalmente por las necesidades de combate a los fenómenos criminales cada vez más sofisticados.

Los funcionalistas desde la vertiente normativista, tienen una concepción particular de los delitos de infracción del deber y, ese es precisamente materia de estudio y análisis en el presente trabajo.

Por otro lado, la comunidad internacional preocupado por el crecimiento vertiginoso de la criminalidad – materializado o en su vertiente de la corrupción, principalmente estatal-, se ha visto obligado a aprobar la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción. Este instrumento supranacional, acoge una postura muy particular respecto al fenómeno jurídico penal y, es precisamente esa postura la que se convierte en materia de estudio.

Es decir, la presente tesis, trata de explicar y lógico explica, la relación entre la postura funcionalista sustentada por el ilustre maestro alemán Gunter Jakobs y los postulados normativos presentes en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción.

Si se logró o no los objetivos propuestos, serán evaluados por el Jurado evaluador, así como por los lectores y, la comunidad jurídica en general. En lo que

a mí respecta, he tratado de ser lo más escrupuloso posible en su realización, aunque sea consciente de las limitaciones que se encuentren en la materialización de esta investigación.

En ese sentdio, toda persona puede ser imputada penalmente respecto de una actuación en la realidad social. Es verdad que solo la persona puede responder de los resultados de su actuación. Sólo él será también responsable de su actuación contrario a derecho. Esta verdad no puede extenderse a muchos y sin las limitaciones del caso.

Respecto a las formas de imputación, es decir, de relacionar acción y resultado, se han tejido y fundamentado variadas posturas, que van desde el causalismo hasta el funcionalismo. La primera se basó solo en la búsqueda de la causa a partir de los efectos de un hecho; en consecuencia, era fácil determinar la responsabilidad de un imputado; pues solo requería su participación o su relación causa efecto, entonces teníamos un autor.

Con el transcurrir del tiempo, estas posturas han sido cuestionadas; pues entendieron que los mecanismos de relacionar causa-efecto propio de las ciencias naturales, no pueden reproducirse en su integridad en el derecho penal, en todo caso, tenían serias limitaciones, pues el derecho penal es un mundo particular y complejo a la vez, para ser explicado desde el ámbito sólo o puramente causalista. Es decir, en el derecho penal no todo efecto es consecuencia de la causa. Incluso, no toda participación en el hecho considerado criminal, constituye responsabilidad penal.

Precisamente como una crítica a esa postura es la que surge el funcionalismo. Esta sostiene – en su vertiente jakosbsiana-, que los ciudadanos cumplimos un rol social en la sociedad; en consecuencia, para determinar la responsabilidad penal o no, necesariamente debe partir de la evaluación del cumplimiento de ese rol desempeñado en un caso concreto por el sujeto (persona).

En la solución de los casos penales, no todos coinciden con esta postura; pues algunos vienen resolviendo los casos con las posturas causalistas; muy a pesar que el código penal peruano proscribe la responsabilidad objetiva.

En los últimos años, nuestra jurisprudencia, especialmente emanada de la Corte Suprema ha venido resolviendo casos a partir de las posturas jakobsianas; aplicando dicha teoría en casos concretos y, como es lógico ha despertado ciertas críticas que merecen ser atendidas. Hay casos emblemáticos desde el ámbito político (donde la Corte Suprema ha resuelto aplicando infracción del deber), que han permitido la aparición de críticas serías, entre ellas la postura que sustenta de que la teoría de infracción del deber coadyuva a la impunidad y enerva la lucha frontal contra la corrupción.

Nuestro país, ha suscrito la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción y, precisamente atendiendo a esta exigencia; así como a las ejecutorias supremas (que aplican infracción del deber), es que vi la necesidad de plantearme las siguientes interrogantes:

Atendiendo a esta problemática, el trabajo con fines didácticos y siguiendo las formalidades de la Escuela de Post Grado, se ha dividido en cinco capítulos:

El primer capítulo, está referido a la introducción, donde en forma sucinta se presentan los problemas, objetivos, las hipótesis; pero también las razones que han conllevado a la realización del presente trabajo de investigación.

El segundo capítulo, desarrolla el marco teórico que sustenta el trabajo de investigación. En ella se explican la relación entre los tratados internacionales sobre derechos humanos, la Constitución y el derecho penal. Luego nos avocamos a explicar el fenómeno de la corrupción en el mundo y especialmente en el Perú. Tratamos de explicar el contenido más saltante de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción. Asimismo, nos adentramos a explicar los fundamentos de los delitos de infracción del deber desde el ámbito normativista, con la finalidad de relacionarlo a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción.

El tercer capítulo, hace referencia a la metodología usada en el desarrollo del trabajo. Resalta y especifica los métodos, materiales y técnicas usadas en la preparación del trabajo de investigación.

El cuarto capítulo, se refiere a los resultados. En ella se ha presentado los resultados, específicamente las sentencias más relevantes y discutibles de la Corte Suprema de la República que se han presentado, a partir de los cuales se ha llegado a conclusiones importantes para mejor explicar y fundamentar mi investigación.

El Quinto capítulo, se ha desarrollado la discusión, es decir, la confrontación entre las hipótesis y los resultados, tratando en todo momento de no generalizar,

sino particularizar los hechos para que me permita llegar a conclusiones trascendentes.

Finalmente, el trabajo presenta las conclusiones, sugerencias y la bibliografía usada en el desarrollo del trabajo, empezando del proyecto de investigación.

El presente trabajo, en su momento se planteó el siguiente problema de investigación:

Problema Principal

¿Se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción?

Problemas Específicos

a. ¿Cuál es el tratamiento dogmático sobre la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación?
b. ¿Existe jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación?
c. **¿**Trastoca la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación con los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción?
d. ¿Qué alternativas jurídicas se deben de plantear para compatibilizar la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de

autoría y participación con los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción?

Finalmente, conforme al esquema requerido por la Escuela de Postgrado de la UNASAM, en este apartado se incluyen los objetivos de investigación, tanto a nivel general como específicos; a la par de las hipótesis de investigación, que sirvió de guía en la investigación y las variables que permitirán recolectar una serie de datos para el proceso de validación de la hipótesis.

1.1. Objetivos

Objetivo general

Determinar si se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.

Objetivos específicos

a) Describir el tratamiento dogmático sobre la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación?
b) Explicar si existe jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación.
c) Analizar si trastoca la aplicación de la doctrina de de infracción del deber en la determinación de autoría y participación los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción .

d) Proponer alternativas jurídicas para compatibilizar la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación con los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.

1.2. Formulación de hipótesis

Hipotesis general

Se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; toda vez que ambas tienen su sustento en cuanto a sus postulados en el funcionalismo normativista penal.

Hipótesis Específicos:

- Hay cierta uniformidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación; pues quienes la sostienen o suscriben tienen formación doctrinal en el funcionalismo normativista penal.
- No hay discordancia absoluta entre la aplicación de la doctrina de de infracción del deber en la determinación de autoría y participación y los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; debido a que tiene una misma base doctrinal: El funcionalismo normativista.

1.3. Variables

Variable independiente (X): Doctrina de infracción del deber

Indicadores:

- Doctrina sobre infracción del deber

- Manifestaciones de los delitos de infracción del deber.

- El funcionalismo penal y su vertiente normativista.

- Relación del normativismo y delitos de infracción del deber.

Variable dependiente (Y): Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción.

Indicadores:

- Fundamentos y justificación

- Vinculatoriedad de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción.

- Explicaciones jurídicas penales de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

a) **Antecedentes Locales**.- Revisado las tesis para optar el grado de maestro y doctor en la Escuela de Post Grado de la UNASAM, no he podido encontrar trabajos de investigación similares o que tenga cierta similitud. Debo precisar que existen trabajos sobre el funcionalismo, infracción del deber; pero no, respecto a la teoría de infracción del deber que compare nuestra jurisprudencia y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción.

Aparte de ello, he recurrido a las escuelas de post grado de las Universidades Privadas: "ULADEH" y "San Pedro, "Alas Peruanas", "César Vallejo" que tienen su sede en esta ciudad; sin embargo, tampoco he podido encontrar trabajos que sirvan como antecedente para mi investigación. Es decir, no hay ningún trabajo relacionado respecto al trabajo que he realizado.

b) **Antecedentes nacionales.-** Asimismo a nivel nacional, con la finalidad de tener información suficiente y que además me permita precisar mejor el trabajo de investigación que me propuse realizar, he recurrido a las bibliotecas de otras universidades del Perú, especialmente de la ciudad de Lima; sin embargo, debo señalar que no he podido ubicar un trabajo similar o igual al que he realizado. Es decir, no hay trabajos similares sobre delitos de infracción del deber que compare nuestras ejecutorias supremas con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción.

Se puede encontrar textos que desarrollan la doctrina del funcionalismo penal aplicado a los delitos de infracción del deber, pero no en casos concretos, menos partiendo de nuestra jurisprudencia.

A pesar de lo antes señalado, es importante indicar la existencia de las siguientes tesis, no exactamente iguales a mi investigación, aunque sí relacionadas a ella, razón por la cual lo cito a continuación algunas de ellas:

i)Vigil, J[1] en las conclusiones de su tesis de pregrado, *"el Problema de la inconsistencia normativa en la lucha contra la corrupción administrativa en el Perú"*, señala que:

1. No existe en la producción normativa, ni en las iniciativas generadas en torno a la lucha contra la corrupción, una definición central respecto al concepto de corrupción administrativa o acto corrupto, ni un criterio común respecto al contenido y alcances del término o a las características de un acto de esta naturaleza, que puedan servir de base para el desarrollo de políticas y estrategias unificadas, coherentes y sostenibles para el combate de este flagelo.

2. Pese a la existencia de políticas definidas, las normas e iniciativas vinculadas a la lucha contra la corrupción adolecen de unidad y organicidad respecto a los fundamentos que generan su formulación, originando la desarticulación de los objetivos centrales establecidos en las políticas estatales.

3. Se propende a materializar esfuerzos en materia anticorrupción a través de la creación de nuevas normas e iniciativas, sin embargo, no se corrigen las

[1] VIGIL, J. (2012). "El Problema de la inconsistencia normativa en la lucha contra la corrupción administrativa en el Perú". Tesis de pregrado de la Universidad Pontificia Católica del Perú.

condiciones preexistentes, ni se orientan esfuerzos suficientes para velar por el cumplimiento de las normas e iniciativas vigentes.

4. La falta de interiorización de los conceptos vinculados al control gubernamental, genera errores de percepción y aplicación de las normas por parte de los operadores principales en la lucha contra la corrupción, debilitando cada vez más la capacidad fiscalizadora de los titulares de las entidades y el personal que las conforman.

ii)Mávila, R[2] en las conclusiones de su tesis de maestría: "*La Corrupción en el Poder Judicial como parte del Sistema de Justicia en la década de 1990-2000: estudio crítico sobre las aproximaciones acerca de su naturaleza y solución"*, apunta como conclusiones importantes lo siguientes:

1- Crear una institución autónoma encargada de la tarea especializada de promover y supervisar la lucha contra la corrupción (el Organismo). Cuyo titular sea elegido por la votación calificada de dos terceras partes de los miembros del Congreso de la República, que goce de autonomía política y administrativa.

2- Enseñanza del Curso de Ética y Deontología Forense, en el primer año de enseñanza de todas las Facultades de Derecho y Ciencia Política Públicas y Privadas. La formación ética debe implementarse en la esfera institucional para todos y cada uno de los magistrados y jueces de la República, para todos y cada uno de los empleados judiciales. Debe ser parte de la formación

[2] MAVILA, Rosa (2012). La Corrupción en el Poder Judicial como parte del Sistema de Justicia en la década de 1990-2000: estudio crítico sobre las aproximaciones acerca de su naturaleza y solución. Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.

académica en las universidades y específicamente en las Facultades de Derecho. Esto, como todo proyecto de ley de la República, debe ser de amplia difusión ciudadana.

3- Elección de Magistrados, Jueces, Fiscales, por intermedio de la voluntad popular, donde la selección de los Candidatos es evaluada por el Consejo Nacional de la Magistratura y el Ceriajus. Los Magistrados serán elegidos por los Colegios Profesionales e instituciones civiles, sindicales, (CGTP) Universidades. En presencia de los representantes de la ONPE, JNE y la Asociación Civil Transparencia.

iii)Jiménez, H[3] en las conclusiones de su trabajo de investigación, *"La gestión de intereses en la administración pública Peruana"*, menciona que:

1- Se ha logrado establecer que en el Perú para erradicar la corrupción institucionalizada en los años 1990 – 2000 se ha recurrido a las más diversas medidas orientadas no solo a reprimir el fenómeno, sino a transparentar la actuación de la Administración Pública.

2- De este modo, la regulación y/o control de la gestión de intereses surge como una medida que ayuda a transparentar la actuación de la Administración Pública frente a la gestión de intereses particulares. Esta finalidad se encuentra de modo uniforme como voluntad política en el primer poder del Estado: El Congreso. Así se demuestra con las mediciones realizadas y que forman parte de la presente tesis.

[3] JIMENEZ, H (2010). La gestión de intereses en la administración pública Peruana. Tesis de maestría, Universidad Nacional de Ingeniería, Lima, Perú.

3- Se ha probado que, en efecto, existen factores que contribuyen a que la gestión de intereses se constituya en un elemento que influya como instrumento anticorrupción en la práctica gerencial pública dentro del sistema democrático peruano. Ubicada, como factor, la voluntad política en el poder del Estado mencionado en la conclusión anterior, la consecuencia fue la dictación de instrumentos normativos que regulan la gestión de intereses como práctica gerencial pública. La ley 28024 y su Reglamentación así lo acreditan.

4- Ha quedado precisado que el desarrollo integral e integrado de nuestro contexto normativo regulador del acceso de los ciudadanos en las decisiones públicas del Estado peruano influye en la eficacia de la gestión de intereses como práctica gerencial y elemento anticorrupción.

iv) Zuñiga Castro[4], también en su tesis titulada "Ética y corrupción en la administración de justifica", llega a las siguientes conclusiones:

- Respecto a TIPOLOGÍA DE LAS PRÁCTICAS CORRUPTAS:

a) Utilización, por parte de jueces y magistrados, de sus decisiones respecto de diligencias y trámites, como mecanismo de presión sobre las partes.

b) Aceptación de dádivas e incentivos dinerarios para acelerar las resoluciones y adoptar otras medidas procesales, inclusive para emitir resoluciones en un determinado sentido.

[4] ZUÑIGA CASTRO, Yuri Iván (2004). "Ética y corrupción en la administración de justifica". Tesis para optar el título de Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

c) Exacciones ilegales

d) Tarifación de medidas sustitutivas.

e) Amiguismo y tráfico de influencias.

f) Pagos para evitar procesamientos.

g) Pagos para lograr la adopción de medidas cautelares y la incautación de bienes.

h) Recepción de pagos para notificar, o para manejar las notificaciones de manera que se beneficie o perjudique a alguna de las partes.

i) Extravío doloso de expedientes y memoriales.

j) Elección de juez interviniente.

k) Desaparición o adulteración dolosa de pruebas y efectos incautados y que se hallan bajo custodia judicial.

Respecto a principales factores que generan corrupción en la justifica:

a) Falta de comunicación, coordinación e información entre los distintos organismos del Estado.

b) Delegación indebida y/o ilegal de funciones en el ámbito interno, tanto en el Organismo Judicial como en el Ministerio Público.

c) Concentración de funciones en la Corte Suprema de Justicia.

d) Inexistencia de mecanismos transparentes para la selección y nombramiento de jueces, magistrados, fiscales y policías.

e) Política salarial deficiente.

f) Falta de criterios objetivos y claros en la adjudicación de casos.

g) Excesiva burocracia.

h) Falta de desarrollo de las carreras Judicial, Policial y Fiscal.

i) Deficiente funcionamiento y falta de autonomía de las instancias de control interno.

j) Educación legal deficiente, con mal formación para el trabajo en el PJ.

v) Chanjan Documet, Rafael Fernando[5]**,** en sus tesis titulada *"La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso*", llega a algunas de las siguientes conclusiones:

1.- El buen funcionamiento de la "administración pública" –entendida como función pública- es un interés o valor constitucionalmente protegido que se desprende del artículo 39° de la Constitución y que tiene como finalidad garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de igualdad. En un Estado social y constitucional de Derecho, a través de la "administración pública" se pone a disposición de la sociedad los respectivos servicios públicos (tutela de derechos a través de los Tribunales de

[5]CHANJAN DOCUMET, Rafael Fernando (2014). La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso. Lima-Perú, Tesis para optar el título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Justicia, defensa del Estado, educación, telecomunicaciones etc.); es decir, a través de ella se da cumplimiento efectivo del interés general.

2.- La función pública, en tanto esencia del bien jurídico-penal protegido por los delitos funcionariales, debe ser entendida, a efectos penales, conforme lo propone la "teoría teleológica intermedia"; es decir, como la función proyectada al interés colectivo o social y realizada por órganos estatales o instituciones que por delegación del Estado cooperan a los fines de éste sin formar parte de su burocracia (órganos paraestatales).

3.- La conducta típica de la "administración desleal de patrimonio público" no debe ser determinada a partir de los postulados de la "teoría de la infidelidad", puesto que, bajo este entendimiento se consideraría casi cualquier infracción administrativa en la administración de ciertos bienes públicos como delito de "administración desleal de patrimonio público", lo cual conduciría a una sobrecriminalización en el ámbito de las actividades funcionariales y a un peligro a la seguridad jurídica. Aun cuando reconocemos que en la modalidad de "administración desleal de patrimonio público" existe el elemento de abuso de la función pública y la adjetivación pública del patrimonio afectado, creemos que elevar automáticamente a la categoría de delitos irregularidades en la gestión de bienes públicos resulta excesivo y contrario al principio de proporcionalidad penal.

Asimismo, limitar el ámbito de aplicación de la "administración desleal de patrimonio público" sólo a los supuestos en los que median entregas de dinero al funcionario público resulta político-criminalmente negativo, puesto que se

genera la impunidad de conductas de "administración desleal" que recaen sobre otros bienes públicos (inmuebles, "dinero bancario", etc.).

vi) Pezo Roncal, Cecilia Alexandra[6], en la tesis titulada **"***El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito",* llega a algunas de las siguientes conclusiones relacionadas a nuestro trabajo:

1.- La tutela de los bienes jurídicos supraindividuales –como es el caso de los delitos contra la Administración Pública- merecen una protección autónoma. En dicho sentido, si bien la persona es el fin supremo de la sociedad –según reza el artículo primero de la Constitución Política-, no solo ameritan tutela autónoma los bienes jurídicos individuales, sino también aquellos que tienen como fin garantizar el mantenimiento de una sociedad donde el ser humano haga efectivo el ejercicio de sus derechos. En tal sentido, y dejando de lado las tesis personalistas al respecto, los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos son presupuestos para la satisfacción de intereses de carácter individual pero su protección no está condicionada a la lesión de éstos.

2.- En el marco de la protección penal de la Administración Pública, no se trata de protegerla en sí misma –como ente orgánico y jerarquizado-, sino, a partir de la consideración de la existencia de un bien jurídico genérico y diversos bienes jurídicos específicos –protegidos por los diversos tipos penales que componen el grupo- merecedores de dicha tutela. En ese escenario, el bien jurídico genérico es el correcto funcionamiento de la administración pública.

[6] PEZO RONCAL, Cecilia Alexandra (2014). "*El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito",* Lima-Perú. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho Penal de la Pontifica Universidad Católica del Perú.

3.- El funcionario público es un garante del correcto funcionamiento de la Administración Pública. Ello, en virtud a su rol positivo institucionalizado. No obstante el formalismo que implica la terminología, detrás del rol -elevándose como el principal fundamento de imputación-, se encuentra el significado jurídico que implica. Esto significa que el funcionario público tiene el deber de no lesionar los intereses que le han sido confiados, pero también de no permitir que terceros lo lesionen. De ese modo, el sujeto activo en el delito de enriquecimiento ilícito puede cometer el injusto ya sea por acción como en comisión por omisión.

vi) Cáceres Rodríguez, María De Los Santos y otra[7]. En la tesis titulada *"Fundamento del injusto de la participación del extraneus en el delito de peculado doloso en el Código Penal Peruano*"; llega a una de las siguientes conclusiones relacionadas a mi trabajo:

1.- En la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea, por lo menos en los resultados, la tesis de la unidad de título de imputación y, por tanto la aceptación de la participación del extraneus en los delitos de infracción del deber; sin embargo, no son homogéneos los fundamentos esgrimidos al aceptar la punición del extraneus en el delito de peculado, en tanto las categorías utilizadas, se manifiestan, interpretan o desarrollan de manera distinta.

[7] CACERES RODRIGUEZ, María De Los Santos y LEIVA TIRADO, Erlita Rosali (2016). *"Fundamento del injusto de la participación del extraneus en el delito de peculado doloso en el Código Penal Peruano*", Trujillo-Perú. Tesis para optar el título de Abogado por la Universidad Nacional de Trujillo.

vii) Aguilera Bolaños, Clever Alexander[8], en su tesis titulada *"La Teoría del título de imputación y la persecución y represión de los delitos especiales cometidos por corrupción de funcionaros públicos*", llega a algunas de las siguientes conclusiones relacionadas a nuestro trabajo.

1.- La Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte viene mezclando las teorías penales, pues para resolver los casos concretos de delitos viene aplicando la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice (art. 25 del CP). Por ejemplo en la Ejecutoria Suprema de mayo de 2013, argumentó que: "su aporte o contribución como extraneus fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el Jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria". Sin embargo al momento de determinar la pena, aplica el artículo 26 del CP.

2.- La teoría de infracción del deber sostiene que todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la administración pública que comete un funcionario público con deber especial, será simplemente cómplice, los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores y finalmente sostienen que los deberes especiales impuestos por la ley al funcionario no pueden dividirse,su deber especial penal es único, materialmente

[8] AGUILERA BOLAÑOS, Clever Alexander (2016). *"La Teoría del título de imputación y la persecución y represión de los delitos especiales cometidos por corrupción de funcionaros públicos".* Tesis para optar el Título de Abogado por la Universidad Privada "Antenor Orrego". Trujillo-Perú.

la infracción de un principio no se hace en coautoría.

3.- La incidencia delictiva de los delitos de corrupción de funcionarios en la fiscalía especializada de la sede de Trujillo, distrito fiscal de La Libertad en el periodo enero-diciembre del año fiscal 2013 y de enero-noviembre del año fiscal 2014, refleja que se ha incrementado en un 50%, y que en el periodo enero- julio del 2015 superó al mismo periodo del 2013; esto obedece a que las personas particulares han tomado conciencia del control que deben realizar de los actos de funcionarios públicos, sin embargo en la gran mayoría no se ha formalizado investigación y todos los casos resueltos en su mayoría son por sobreseimiento y solo existen 06 casos con sentencia condenatoria en donde se evidencia que existe una cultura de impunidad.

c) **Antecedentes internacionales.** - En la literatura internacional, solo he podido acceder a publicaciones realizadas a través de libros, más no así a otros medios como tesis. Estas, es decir, los libros ya están siendo mostradas en la parte del marco teórico. Pero es de resaltar una tesis doctoral presentada y publicada por el Dr. Javier Sánchez Vera Gómez Trelles[9].

Esta tesis, resalta por su mención y apego a la teoría de Gunter Jakobs respecto a los delitos de infracción del deber.También existen trabajos del propio Gunter Jakobs, que serán desarrollados en el marco teórico en estricto que pasamos a mencionar en seguida.

[9] SANCHEZ VERA GOMEZ TRELLES, Javier (2002). Delito de infracción del deber y participación delictiva. Madrid-España, editorial Marcial Pons.

Por otro lado, es importante señalar las conclusiones de la tesis del Dr. Diego Bautista Oscar[10]:

1.- La excelencia en la gestión de los intereses colectivos no se podrá alcanzar sin formar a los servidores públicos en sólidos criterios de conducta ética, por lo tanto, el comportamiento correcto de éstos es una condición sine qua non para lograr un buen gobierno. La Ética aplicada a la función pública implica servicio a la ciudadanía, es un elemento clave para la creación y el mantenimiento de la confianza en la administración y sus instituciones al elevar la calidad de la administración pública mediante la conducta honesta, eficiente, objetiva e íntegra de los funcionarios en la gestión de los asuntos públicos.

2.- El análisis de la ética pública es un tema de primer nivel, se halla en el debate entre los neoliberales y los neocomunitaristas, éstos últimos precisamente evocan a los griegos para retomar las virtudes públicas. En 1982, el filósofo MacIntyre publicó su libro "Tras la Virtud" en el que planteó un retorno a la tradición aristotélica de las virtudes.

3.- Para contar con funcionarios responsables necesitamos contar también con políticos responsables, ya que éstos, al ser figuras públicas, se encuentran en la mira social, por lo que en todo acto deben ser ejemplo a emular. Cualquier intento por fomentar la ética pública que no incluya al cuerpo político está destinado al fracaso. Política y administración son algo indisoluble. Una ética

[10] DIEGO BAUTISTA, Oscar (2005). La ética y la corrupción y la administración pública. Madrid-España.

concentrada sólo en los funcionarios y ajena a los políticos, lleva directamente al fracaso.

4.- Una de las causas de que exista una crisis de desconfianza en las instituciones públicas se debe a la corrupción cometida por los dirigentes gubernamentales: políticos y funcionarios. Para recuperar la credibilidad en ellos es necesario reforzar los hábitos y el espíritu de servicio. Esta tarea es la que compete a una ética pública, el generar convicciones, forjar hábitos, desde los valores y las metas que justifican su existencia. Las altas normas de conducta ética son factores claves si se quiere alcanzar el reconocimiento de buen gobierno. Cualquier gobierno estará legitimado en la medida en que fomente, opere y practique verdaderamente la ética pública.

5.- Para recuperar la confianza en las instituciones públicas es importante primero conocer cuáles son las causas por las que ésta se ha perdido, aunque en términos generales es posible decir que hay desconfianza porque se pierde la credibilidad. Cuando se miente, se engaña, se promete y no se cumple, mientras existen necesidades que nunca son satisfechas, los ciudadanos dejan de creer. En la filosofía política se encuentran los fundamentos que dan sustento a la relación ético-política, la cual es indispensable para la recuperación de la confianza de los ciudadanos. La política implica deliberación permanente sobre los deberes para la vida pública por lo que tiene una esencia ética irrenunciable. Ética y política se mueven dentro de una misma dimensión. La política no puede operar acertadamente sin la ética. Son los ojos de un mismo rostro. De ahí que, al faltar uno, la visión se torna

incompleta, se impide ver el horizonte, generando que el cuerpo político tropiece y pierda la credibilidad ciudadana. Desafortunadamente la política no goza de buena aceptación, por lo que se hace necesario dignificarla, volver a su significado original en el que plantea exigencias de comportamiento ético al fomentar y practicar las virtudes del ser humano.

6.- Ante las situaciones de incertidumbre en el gobierno, no bastan las reglas y las recetas mágicas, el solo uso de las técnicas es insuficiente sino se acompaña de una ética pública que este a la altura de la razón humana. La ética en los servidores públicos no se reduce a una lista de buenos principios, implica un cambio esencial en las actitudes de cada individuo. Se debe traducir en actos concretos orientados hacía el interés público. En otras palabras, implica el ejercicio de la virtud por parte de los servidores públicos. Si se cuenta con personal con sanos principios, sin duda es posible lograr buenos gobiernos, los que a su vez pueden obrar con excelencia y calidad, lo cual supone poseer y hacer efectivos los medios para satisfacer la pluralidad de intereses.

7.- A pesar de existir acuerdos de carácter internacional, una legislación vigente, así como algunos organismos para fomentar la ética y combatir la corrupción, muchos políticos y funcionarios lejos están de vivir con ética. También son muchos los países, sobre todo aquellos que están en vías de desarrollo, a los que les hace falta mucho trabajo para contar con los instrumentos necesarios para garantizar un Estado ético, por lo que la vigilancia del comportamiento de los servidores públicos aún está lejos de

tener la atención deseada por parte de las autoridades gubernamentales. En muchos países los organismos de control de la administración pública se reducen a supervisar cifras o informes sobre los gastos, restando importancia a la conducta personal, por lo que es importante que tanto los gobiernos como los colectivos sociales se preocupen por orientar y vigilar el comportamiento de sus servidores públicos.

8.- La ética pública es un instrumento poderoso para frenar la corrupción al presentar principios y valores que frenan las conductas delictivas por lo que es necesario incorporarla a la caja de herramientas existente para combatirla. Utilizando la herramienta ética se logra despertar en todo servidor público la supraconciencia, entendida como una conciencia profunda que permite a una persona no solamente ser capaz de discernir lo que es correcto de lo que no en cada acto que realiza, sino de actuar acertadamente. Es decir, no basta con que el servidor público posea conciencia respecto de lo que está bien o no si finalmente actúa de manera indebida. Más allá de comprender lo que es correcto de lo que no, está el actuar, el poder refrenarse cuando algo es indebido.

9.- La corrupción es una constante en la historia de la humanidad, ha existido, existe y seguramente existirá en el futuro. Su costo es muy alto para los gobiernos y administraciones públicas pues altera la vida ciudadana y de las instituciones, merma la confianza, desvía recursos que siendo para beneficio colectivo se quedan entre particulares. El hecho de que se existan gobernantes corruptos tiene un precio para la comunidad: el sufrimiento humano en sus

distintas formas: pobreza, desempleo, enfermedad, hambre, injusticia y en ocasiones, la muerte. Estos sufrimientos se perpetúan e incluso crecen al incumplirse las metas de los programas de gobierno. El observar tanto dolor habla de la impotencia de los gobernantes para resolver las demandas ciudadanas.

10.- La corrupción es una práctica mundial que invade no sólo el ámbito público sino el privado y el social. En el ámbito público toca principalmente a políticos y funcionarios públicos de alto nivel. La codicia, la avaricia por el dinero así como el anhelo por el poder son causas internas o personales que impulsan a la corrupción. En nuestros días, debido a los beneficios que conllevan el mal uso del poder y el expolio de las fuentes públicas hay un gran interés por ocupar un cargo y permanecer en él.

11.- Imposible detener la corrupción si antes no se resuelve el problema moral. Mientras no cambie la mentalidad de los gobernantes y funcionarios públicos que se prestan a prácticas corruptas hacía una probidad e integridad, seguiremos en el desvío de fines e incumplimiento de las metas. Ningún gobierno podrá operar de manera óptima si antes no educa en la honradez y probidad a su personal. De no frenar la corrupción al interior de los gobiernos y administraciones públicas la injusticia y la desigualdad en la sociedad seguirán en aumento generando un mayor malestar y rencor en la ciudadanía. En algunos países ya se han manifestado casos en que la población se hace justicia por su propia mano.

12.- La reducción de la corrupción tanto en un país como en el mundo, se puede dar, pero no la eliminación, exige una reorganización total del sistema político y de la estructura del Estado. Exige cambios radicales en lo político, jurídico, económico, social y cultural.

Sin duda los esfuerzos por combatir la corrupción son loables, sin embargo aún persisten intentos miopes que tratan de atacar la enfermedad intensificando los controles externos y desconociendo o negando la importancia de la ética como un instrumento de autocontrol en los individuos. El hecho de reconocer la ética, como una herramienta de trabajo es ya un elemento importante aunque aún no se haya logrado establecer los mecanismos que verdaderamente lleguen al fondo de los servidores públicos produciendo en ellos una transformación.

13.- En los países en transición a la democracia, con sistemas políticos e instituciones débiles, resulta incongruente intentar operar un sistema para la aplicación de la ética basado en modelos que no se ajustan a su realidad. Las expectativas que se pretenden pueden ser imposibles de alcanzar. No olvidemos que los países deben llegar a sus propias conclusiones considerando su naturaleza política y cultural. En estos países los esfuerzos por combatir la corrupción son insuficientes al carecer de infraestructura legal, institucional y cultural. Cualquier intento por combatir la corrupción fracasará sobre todo cuando la responsabilidad de esta misión recae en gobernantes corruptos. La mejora en las sociedades no será posible sin una mejora en los gobiernos acompañada de un proyecto ético.

14.- Si no se consigue que gobernantes y funcionarios tengan una actitud, positiva, abierta, solidaria y flexible acompañada de principios y valores enraizados de manera profunda, cualquier intento por introducir nuevos programas, modelos y técnicas para modernizar la administración y hacer que esta sea más eficiente será nulo. Ello es así, puesto que cualquier instrumento o programa es operado por los individuos: la rendición de cuentas, el control presupuestario, la aplicación de las leyes, las evaluaciones, los sistemas para fomentar la calidad, el servicio civil de carrera, etc. Introducir una técnica para intentar mejorar un servicio cuando no existen las condiciones adecuadas puede ser contraproducente. Implementar un Servicio Civil de Carrera en un ambiente de corrupción, carente de ética, que es operado por personas carentes de valores puede dar por resultado estabilidad laboral para los corruptos al no existir las condiciones para realizar las oposiciones, por lo que, en cierta manera, se institucionaliza la corrupción.

15.- Cualquier mejora en la operación de los organismos públicos apoyada en técnicas e innovaciones hacía una mayor eficiencia y responsabilidad, sólo será posible si se acompaña de principios y valores éticos. Ni la ética por sí sola ni las técnicas de la Nueva Gestión Pública podrán alcanzar las transformaciones necesarias para la eficiencia administrativa. El fomento de la ética de manera unilateral corre el riesgo de quedarse en un discurso. La conducción de la vida pública y de los asuntos que implica, no se reduce a cuestiones técnicas, requiere de la totalidad de los factores que integran la vida del hombre; teóricos, culturales, históricos, sociales y éticos. De esta manera, El conjunto de normas y controles no garantizan que el servidor

público actúe de forma éticamente correcta. Sólo la fortaleza de las convicciones éticas a fondo puede cubrir el vacío que el contexto produce. Una mayor efectividad de la ética sólo será posible si se acompaña de la educación de manera que esta influya en la cultura social. La cultura es el abono para la siembra de la semilla ética. La cultura social es el agua para que la semilla germine. La clave para lograr que la ética fructifique está en llegar al espíritu del individuo, no quedarse en bellas palabras y buenas intenciones.

16.- La ética no puede quedarse sólo en el personal administrativo, debe llegar a la más alta jerarquía del gobierno. También debe alcanzar a los partidos políticos, sacarlos de la letanía en que se hallan metidos, y hacer que sus militantes se renueven, ejerciten la autocrítica y no el servilismo de partido. Una definición más amplia sobre el alcance de la ética pública sostiene que esta no se reduce a los asuntos de gobierno sino que abarca todo lo público incluyendo a la sociedad en general, por lo tanto debe abarcar también al sector privado y al social.

17.- Una de las razones por las que no se fomenta la ética es porque ésta enseña a pensar, convirtiéndose así en un arma poderosa que dado a los funcionarios puede generar confrontación con los políticos y con las empresas transnacionales.

18.- Si bien las actitudes antiéticas no son exterminables, por ser inherentes en el ser humano, sí pueden ser combatidas y reprimidas siempre que exista conciencia, voluntad y se realice un gran esfuerzo mediante el establecimiento de medidas. La adecuada implementación de las herramientas

administrativas debe tomar en cuenta, por un lado, una óptima selección y formación de los servidores públicos con buenos principios y valores éticos y, por otro, el fomento del espíritu de servicio. Cualquier modelo, por muy innovador que sea, fracasará si no se garantiza una verdadera renovación o revalidación cultural en los miembros que integran y operan las organizaciones. La Nueva Gestión Pública corre el riesgo de ser una moda más en la Teoría de la Administración Pública.

19.- El estudio de la ética pública y su fomento dentro de la política y la administración pública permitirá avanzar hacia la construcción o en su caso consolidación de buenos gobiernos.

20.- Recatando la ética Aristotélica[11] que sostiene que los seres humanos "desde nuestro nacimiento somos movidos a ser justos, sobrios, valientes y a desarrollar otras cualidades. No obstante, buscamos aún otra cosa, a saber, el bien en sentido estricto." Es posible decir que ese bien será de mayor alcance si se realiza desde un cargo público.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Bases filosóficas y epistemológicas de la investigación

La investigación juridica debe de ser desarrollada y justificada en los "pardigmas" entendidos como modelos teoricos que tienen por finalidad explicar los problemas juridicos y resolver los problemas de investigación, en ese sentido, la presente investigación encuentra su justificación filosófica y

[11] Ética Nicomaquea, Libro sexto, capítulo 13, 1144b.

epistemológica en dos paradigmas[12] jurídicos:el Positivismo Juridico[13]y Paradigma crítico[14].

Thomas Kuhn, un "filosofo de la ciencia", en su planteamiento considera que la ciencia es un proceso que evoluciona en el que se debe buscar soluciones a los problemas que se plantean durante el avance del mismo. Por eso establece la relación entre el paradigma para entender el proceso de cambio de las ciencias. Kuhn expone la estructura de las revoluciones científicas de la siguiente manera: primero existe una ciencia normal, que rige las investigaciones durante determinado período de tiempo. Esta ata el desarrollo de las investigaciones y crea escenarios de investigación de los cuales no se puede salir.

En todo proceso de investigación se da prioridad al paradigma que prevalece en ese momento histórico. Luego, como todo proceso histórico, se puede llegar a una situación de crisis del paradigma, que son los avances de la investigación en torno a ciertos aspectos que el paradigma anterior no podía resolver, o resolvía de manera insuficiente.

Esto, junto con el uso de nuevas herramientas metodológicas o de interpretación genera la necesidad de reubicar el paradigma para satisfacer las

[12] Thomas Kuhn, entiende como "una sólida red de compromisos-conceptuales, teóricos, instrumentales y metafísicos" que proporcionan una serie de modelos de los cuales surgen tradiciones especialmente coherentes de investigación "; se refiere al paradigma como "realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica" Ver: KUHN, Thomas (1996). *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. Fondo de Cultura Económica, Bogotá, Pág. 13.

[13]Ver: BOBBIO, Norberto (2007). *El problema del positivismo juridico*, Editorial Fontamara, México.

[14]Cfr.ALBERTO RAMOS, Carlos (2015).*Los paradigmas de la investigación científica*, UNIFE, Lima.

necesidades que surgen. Aquí, se crea la revolución científica, que es una solución a la crisis que vive el anterior paradigma. A su alrededor se desarrolla una nueva comunidad científica, que comienza a identificarse con este nuevo paradigma, reiniciando el ciclo de ciencia normal y una posible crisis del paradigma.

2.2.1.1. El positivismo juridico como paradigma jurídico

El paradigma[15] iusfilosófico que se empelara para justificar y delimitar la presente investigación será desarrollada bajo el paradigma del Positivismo juridico.[16]Siguiendo el planteamiento de Eugenio Bulygin, se determina que: "Los ingredientes más importantes del programa positivista [...] son las tesis de la positividad del Derecho (Todo el Derecho es positivo, es decir, creado y aniquilado por medio de actos humanos), la concepción no cognoscitiva de normas y valores (escepticismo ético) y la tajante separación entre descripción y valoración, entre creación y el conocimiento del Derecho, entre la ciencia del Derecho y la Política Jurídica"[17].

Sobre la base de estos criterios la norma jurídica no puede ser una norma externa a cualquier concepción sobre los actos humanos lo que se encuentra en contraposición con el iusnaturalismo, desde donde se considera la existencia de juicios de valor externos a la conducta humana.

---

[15] Thomas Kuhn, un "filosofo de la ciencia", se refiere al paradigma como "realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica" Ver: KUHN, Thomas (1996). *La Estructura de las Revoluciones Científicas.* Fondo de Cultura Económica, Bogotá, Pág. 13.
[16] Ver: BULYGIN, Eugenio (2006). *El positivismo jurídico.* Editorial Fontamara, México.
[17] BULYGIN, Eugenio (1998). *"¿Hay vinculación necesaria entre Derecho y Moral?"* En: Varios autores. *Derecho y Moral. Ensayos Sobre un Debate Contemporáneo*. Editorial Gedisa, Barcelona, Págs. 221 y ss.

Dentro del positivismo el orden jurídico y el orden moral son distintos, con características estructurales diversas. Pueden ser considerados como dos órdenes entre los cuales hay, formalmente hablando, solución de continuidad. "El jurista no emite juicios de carácter moral como jurista, como el moralista no lo hace (con los de carácter jurídico) en tanto permanezcan dentro de los límites de su disciplina… este es uno de los postulados centrales del positivismo jurídico"[18].

Esto nos permite decir que el positivismo se dirigió hacia la búsqueda de una justificación racional del sistema jurídico, lo que generó la construcción de criterios de identificación del sistema jurídico, apartados de las demás ciencias sociales.

Asimismo presenta, en mayor o menor medida, una ausencia de fundamentos de contenido moral. Además, este paradigma buscaba describir el funcionamiento del sistema jurídico a través de un punto de vista descriptivo, tratando de desconocer cualquier forma de valoración ajena al propio sistema. Lo anterior permite entender por qué los positivistas pretendieron encontrar la estructura misma del sistema jurídico a través de un proceso de racionalización. Esto llevó a tener el problema dela validez ajeno a referencias de contenidos materiales unilaterales determinados, generando la dicotomía entre las categorías del deber ser y el ser[19].

[18] SCHMILL, Ulises (1988). *"Derecho y Moral. Una Relación Externa*" En: Varios autores. *Derecho y Moral. Ensayos Sobre un Debate Contemporáneo*. Editorial Gedisa, Barcelona, Págs. 285 y 286.

[19] BULYGIN, Eugenio (2006). *El positivismo jurídico. Ob. cit. p. 22*

Con base en los autores tratados dentro del paradigma positivista vemos cómo Hans Kelsen, en su obra de 1934 Teoría pura del derecho, propone la elaboración de una teoría del derecho ajena a cualquier relación de tipo iusnaturalista, desconociendo aspectos de tipo sociológico, político o moral.[20]

La principal crítica a este paradigma, y posible causal de su crisis, consiste en que este referente teórico no se puede adaptar a cualquier justificación que permita amparar los intereses políticos del momento. Esto lleva a considerar un único y específico contenido valorativo idealista. El hecho que el ordenamiento jurídico exista con independencia de la forma de control del poder político vigente. No es posible desconocer la presencia de un ordenamiento jurídico con fundamento en estos razonamientos[21].

Así, una teoría general del derecho no busca revelar la existencia, estructura y organización de un sistema jurídico en particular, sino lo extensivo a todo ordenamiento coactivo normativo conocido como Derecho. En Kelsen la pureza de su sistema se basa en eliminar todo elemento que impida construir una ciencia del derecho, generando así una explicación monista: "el derecho es una norma"[22].

[20] BONORINO, Pablo y PEÑA, Jairo (2002). *Filosofía del Derecho*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, Pág. 44

[21] MASSINI, Carlos (2004). *Constructivismo y Justicia Procedimental en John Rawls.* Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, Pág. 65.

[22] KELSEN, Hans (1979*). La teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Pág. 54.

Él construye una lógica jurídica en donde la norma de origen consuetudinario tiene cabida junto con la norma legislativa. Por esa vía introduce en su sistema elementos de la realidad presentándolos en un ámbito donde la lógica tiene cabida. Allí, las normas se ubican de manera subordinada presentando lo que se ha dado en llamar la pirámide kelseniana o jurídica.[23]

Así, el ordenamiento jurídico se caracteriza por la existencia de juicios del deber ser: una preposición normativa constituida por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, vinculados a través de un fenómeno de atribución o imputación, aun cuando esto no implica una conexión necesaria. La anterior presentación exige la existencia de órganos que hagan efectiva la norma en el plano de la realidad. Dicho órgano es el Estado y el derecho buscará distribuir la coacción institucionalizada.

En consecuecnia, el jurista ha de mantener el mismo distanciamiento respecto al Derecho positivo que estudia que el que todo especialista mantendría respecto a su objeto de estudio. Tal y como observa Kelsen en su Teoría Pura, "teoría, ésta se propone conocer única y exclusivamente su objeto, es decir, establecer qué es el Derecho y cómo es. Esta teoría no pretende de ninguna manera establecer cómo el Derecho debería o debe ser, sino cómo es de hecho. En una palabra, la teoría pura trata de ser Ciencia del Derecho, no trata de ser política jurídica"[24]. En consecuencia, según esta

[23] El modelo kelseniano del derecho como coexistencia de sistemas jurídico-normativos estatales independientes y completos se derrumbó como consecuencia de la globalización de las relaciones jurídicas.
[24] Ibídem, p. 1.

máxima, a todo jurista se le impone una estricta objetividad, una estricta neutralidad, que excluiría todo juicio de valor, toda preferencia política o ideológica. Así, pues, el jurista ha de limitarse únicamente a describir fielmente los datos objetivos; en otras palabras, éste ha de contentarse con hacer el informe.

Actualmente, como antes indicamos, resulta muy extendida la idea según la cual la manera más adecuada de entender al positivismo jurídico es identificándolo con la tesis de que no existe relación conceptual entre derecho y moral. Esta tesis de la separación entre derecho y moral sería la propia por lo menos del positivismo jurídico entendido como método y de ella se sigue que el derecho puede ser descripto sin recurrir a valoraciones morales[25]. En nuestra opinión la comprensión del positivismo jurídico como método requiere no sólo tener en cuenta el concepto de derecho separado de la moral sino también la concepción de la dogmática jurídica para la que esto se propone como un criterio metodológico.

La relevancia que tiene cierto tipo de modelo de dogmática jurídica en el positivismo jurídico entendido como método muchas veces no es tenida en cuenta en la actualidad, por lo cual parece no querer considerarse a qué fines se propone el concepto de derecho. Sin embargo, esa significación de la concepción de la ciencia jurídica resulta clara si recurrimos a los trabajos de un autor como Bobbio, absolutamente paradigmático a la hora de caracterizar al positivismo metodológico.

[25] En tal sentido, por ejemplo, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1998). *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Pág. 56.

Según Bobbio el positivismo como modo de acercarse al estudio del derecho corresponde a la definición del punto de partida más apto para la elaboración de la ciencia jurídica y la teoría general del derecho. El *approach* positivista, para Bobbio, puede ser formulado de la siguiente manera: partir del derecho tal como es, y no del derecho que debe ser, sirve mejor al fin principal de la ciencia jurídica que es el proporcionar esquemas de decisión a la jurisprudencia y elaborar un sistema de derecho vigente.[26]

Lo que hace el positivismo metodológico con su concepto de derecho como derecho positivo es fijar el único objeto de estudio que debe tener la jurisprudencia como ciencia.[27] Este *approach* positivista es común al normativismo y al realismo, y se sostiene en la idea de que en la investigación científica se debe deponer de los juicios de valor.[28]

El positivismo metodológico no sólo se caracteriza por dirigirse al derecho como hecho histórico y social, sino también por estudiarlo con método científico, entendiendo que esto exige prescindir de todo juicio de valor. De ahí que, como he adelantado, el positivismo metodológico pueda ser vinculado con el positivismo filosófico: "... se puede decir, en realidad, que lo propio del positivismo jurídico en esta acepción es la adopción del método *positivo* para el estudio del derecho *positivo*. En esta frase el término

[26] BOBBIO, Norberto (1992). *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdéz, Editorial Fontamara, México, Pags. 49 y 59.
[27] Ibidem, Pág. 88.
[28] Ibidem, Pág. 59.

"positivo" aparece dos veces, la primera en el sentido de positivismo filosófico, la segunda en el sentido de positivismo jurídico".[29]

El *approach* positivista, entonces, permitiría que la ciencia jurídica se presente como no valorativa, neutralidad de la que depende que la tarea del jurista cuente con bases sólidas y pueda considerarse científica.[30] Estas características del positivismo jurídico como método estructuran el pensamiento de los principales autores positivistas del siglo XX que se ocuparon de elaborar un modelo de dogmática jurídica.[31]

En consecuencia, Hans Kelsen considera que la ciencia jurídica, para ser ciencia deber ser una descripción del derecho. El más importante texto producido por el positivismo jurídico, se cierra con una rigurosa preceptiva para los dogmáticos diferenciando sus tareas científicas de las de carácter político, en lo que refiere a la interpretación del derecho. La interpretación científica no puede hacer otra cosa que exponer los distintos significados posibles de una norma jurídica, inclusive aquellos políticamente indeseados.

[29] Ibidem, Pág. 83.
[30] Ibidem, Págs. 84 y s.
[31] Los teóricos que son objeto de mi comentario se encuentran entre las expresiones más destacadas del positivismo jurídico en el siglo anterior: H. Kelsen, N. Bobbio, A. Ross, C. Alchourrón y E. Buligyn. No incluyo al otro gran representante del positivismo jurídico, H.L.A. Hart por no haberse ocupado de desarrollar una epistemología jurídica. No obstante, Hart coincidía plenamente con la idea de una teoría del derecho descriptiva y valorativamente neutra. *The Concept of Law* (1961) está dedicado principalmente a brindar una concepción positivista del derecho separado de la moral. Pero en el "Postscript" de 1993, incluye un apartado titulado "The Nature of Legal Theory" en el que caracteriza su obra como el intento de lograr una teoría del derecho positivista en tanto resulte descriptiva y moralmente neutra. Rechaza la teoría de Ronald Dworkin por ser interpretativa y parcialmente evaluativa. Aunque jueces y abogados puedan plantearse cuál es la interpretación que se sigue de los principios que brinden una mejor comprensión y justificación de las leyes positivas, ésta es una cuestión interpretativa y evaluativa que no tiene por qué ser asumida por el punto de vista externo del téorico. "La descripción debe seguir siendo descripción, aún cuando lo que se describa sea una evaluación", *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, Pág. 244,.

En tanto "... conocimiento de su objeto, no puede adoptar ninguna decisión entre las posibilidades expuestas ...".[32]

El jurista que caracteriza a una determinada interpretación como la "correcta", advierte Kelsen, "... no cumple una función científico jurídica, sino una función jurídico-política."[33] Kelsen es enfático en su rechazo por la práctica que observa en los juristas, tan apartadas de esta preceptiva, cuando pretenden –mídase el tenor de la conducta amonestada- defender una propuesta de solución como jurídicamente "correcta".

[32] KELSEN, Hans (1979). *La teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Pág. 356.

[33] Ibídem. Por supuesto que Kelsen también condena a vivir fuera del mundo científico al jurista que pretenda colmar una de las llamadas lagunas del derecho. Ello es una función de creación del derecho que desborda el carácter cognoscitivo de la pura interpretación científica. Kelsen distingue fuertemente, algo que lamentablemente no lo hacen adecuadamente los positivistas de la actualidad, la interpretación de los científicos del derecho frente a la de los órganos jurisdiccionales. Es a estos últimos que les corresponde colmar las llamadas lagunas, produciendo nuevo derecho, y adoptar una interpretación de las distintas posibles en relación a cierta norma. Estas funciones exceden la interpretación científica del derecho válido.

2.2.1.2. El paradigma epistemologico crítico

Gran parte de la investigación que se realiza en las ciencias sociales y en la educación deriva sus problemas de estudio de alguna construcción teórica mayor cuyas definiciones, relaciones entre conceptos y métodos le sirven como soporte científico para efectos de validar los resultados que obtenga esa investigación. En ese sentido consideramos real y objetiva la afirmación hecha por Giuseppe Zaccaria quien afirma que: "En pocas palabras, considero que la filosofía y la teoría del derecho deben ser observadas y desarrolladas desde el punto de vista de los sujetos activos que reconocen y practican el derecho en casos de conflicto y de divergencia, que el derecho tiene la tarea de resolver y superar."[34]De ello la importancia de este paradigma para el proceso de interpretación jurídica y en la forma de solucionar los problema jurídicos.

El paradigma epistemológico o científico que se siguio en la presente investigación fue el paradigma crítico.[35]Este enfoque induce a la crítica reflexiva en los diferentes procesos de conocimiento como construcción social y de igual forma, este paradigma también induce a la crítica teniendo en cuenta la transformación de la realidad pero basándose en la práctica y el sentido.

[34] ZACCARIA, Giuseppe (s.f.e.)."*Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción".* p.1. En: http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf. Visitado el 12 de febrero del 2018.

[35] Este pensamiento se ha fundamentado en las teorías de diferentes pensadores, quienes han pertenecido a diferentes disciplinas como: Escuela de Frankfurt: Adorno, Walter Benjamin, Marx Horkheimer, Maecuse, Jurgen , Habermas entre otros.

Al utilizar el método inductivo-deductivo para llegar al conocimiento es claro que prevalece sobre todo aspecto la utilización de diversas fuentes e interpretaciones de los hechos para llegar así a una transformación de la realidad, enfocados directamente en la comprensión e interpretación de los hechos y de sus implicados[36].

En los diferentes procesos para la descripción y comprensión de los diferentes fenómenos, al investigador se le facilita el utilizar tanto datos cualitativos como el conocimiento científico para así transformar una realidad bien sea social o humana.

Dentro del enfoque crítico y el énfasis de un enfoque interpretativo, podemos decir que juntos comparten un criterio de lo práctico, donde el sujeto se desempeña. La diferencia entre estos dos enfoques, es que el enfoque interpretativo tiene un límite que es el personal, mientras que el crítico va más allá de esto y lo hace enfocándose en el carácter colectivo a través de una sociedad critica. Los individuos se relacionan entre si de forma estrecha puesto que hay una relación por el fuerte compromiso para el cambio, donde el investigador es un sujeto más, y sus métodos de mayor utilidad son el estudio de casos y técnicas participativas[37].

Además de lo anterior, éste paradigma es el ideal para un investigador juridico por que toma distintos puntos de vista para investigar las causas de

[36] HABERMAS, Jurgen (1984). *Ciencia y técnica como ideología.* Editorial Tecnos, Madrid, Pág. 26

[37] SOUSA SANTOS, Boaventura de (2006*). "Conocer desde el Sur-Para una Cultura Política Emancipatoria"*. Fondo de Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la UNMSM, Lima, Págs. 11-34

los problemas, toma elementos importantes del paradigma positivista como las investigaciones, estadísticas y comprobaciones hechas por él. Por otro lado toma la parte subjetiva del paradigma interpretativo, que suma a la mirada del problema. Esto conlleva a darnos más soluciones desde distintas miradas para resolver el problema encontrado por el investigador. Aparte de estos dos aspectos, se agrega que el investigador es parte activo en la solución de los problemas[38].

Se relaciona de una forma explícita la auto reflexión crítica a los procesos del conocimiento en el cual tiene la finalidad de transformar la posición en las relaciones sociales en un contexto de solución de conflictos de esta manera la participación del grupo de investigación en el análisis e interpretación de datos que se realiza mediante la discusión e indagación de alto nivel de abstracción[39].

En la interpretación de datos se interrelacionan factores personales, sociales históricos y políticos por ende identificar el potencial de cambio y emancipar a los sujetos al analizar de una forma concreta al cambio bajo la perspectiva de una ideología compartida. El investigador toma partido en la realización de la investigación, haciendo valer su concepción ideológica a fin de generar transformaciones en sus resultados. La postura ideológica es vista como un grupo de creencias que permiten tener un criterio ante la vida[40].

[38] Ibíd. Pág. 18
[39] Ibíd. Pág. 22
[40] HABERMAS, Jurgen. O. cit. Pág. 24

En consecuencia, el paradigma crítico induce a la crítica reflexiva en los diferentes procesos de conocimiento como construcción social y de igual forma, este paradigma también induce a la crítica teniendo en cuenta la transformación de la realidad pero basándose en la práctica y el sentido. Al utilizar el método inductivo-deductivo para llegar al conocimiento es claro que prevalece sobre todo aspecto la utilización de diversas fuentes e interpretaciones de los hechos para llegar así a una transformación de la realidad, enfocados directamente en la comprensión e interpretación de los hechos y de sus implicados.

2.2.2. Fundamentos dogmaticos penales

2.2.2.1.El funcionalismo

El funcionalismo como vertiente en el derecho penal, tiene sus fundamentos en la teoría de sistemas propuesto por Niklas Lumann. En todo caso, al funcionalismo es la expresión de la teoría de sistemas aplicada al derecho penal.

En eses sentido, para el maestro Gunter Jakobs, el funcionalismo jurídico penal, es "…aquella teoría, conforme a la cual el derecho penal está encausada a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. La sociedad dentro de este razonamiento, no es entendida en consideración al punto de vista de la conciencia individual, y en tal sentido como un sistema

que puede componerse de sujetos que realizan contratos, producen imperativos categóricos o se extienden en tareas similares"[41].

Esta concepción funcionalista aplicada al derecho penal, ha adquirido dos vertientes: La primera sustentada por Claus Roxin y la segunda por Gunter Jakobs. En este caso, nos interesa la concepción de este último, para quien el derecho es una norma destinada a la *estabilización social*, es un medio de instrumentalización en la sociedad para formar así una integración social entre los ciudadanos.

Jakobs, al evaluar en el ámbito social el comportamiento de cada individuo, incide en la relación defraudaciones-expectativas; es decir, en dicha relación social cada persona cumple un rol y, precisamente a través de ella se puede colegir si cumple o no el rol asignado por la sociedad. Si cumple, entonces ha cumplido con las expectativas. Si incumple, entonces ha defraudado dichas expectativas que se tenía de él.

Esa dicotomía, además tiene su sustento en la dialéctica de Hegel, que a su vez fue el sustente doctrinal de nuestro trabajo de investigación.

El normativismo penal, es una concepción especial, siendo sus rasgos más sustanciales los siguientes:

[41] MARQUEZ PIÑERO Rafael. El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Lhumann. En: *https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad.../25741, fecha de acceso 13 de enero del 2018.*

a) La norma como expectativa de conducta

La norma jurídico penal, no es concebida como un supuesto de hecho y disposición correlativa. Desde el ámbito funcionalista Jakobsiano "…la norma está referida a expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente. En este punto, encontramos otra de las consecuencias importantes de considerar el Derecho Penal desde una perspectiva social: si lo que interesa es la comunicación, que cada sujeto transmita con su comportamiento un mensaje, determinado, con un sentido igualmente definido, los intervinientes en la comunicación social conocerán qué expectativas contienen los comportamientos ajenos y, por tanto, qué esperan los demás de ellos…"[42].

b) La idea de libertad y su relación con la responsabilidad

La libertad es un bien jurídico esencial. Sin libertad no hay sociedad, democracia u otra institución. Todas las instituciones que el hombre ha creado, ha sido con la finalidad de preservar, mantener y cautelar la libertad.

Pero no se trata de cualquier "libertad", en este caso, sino de la libertad entendida desde el ámbito de Gunter Jakobs.

Para el ilustre maestro alemán, " La libertad de que gozan los sujetos es una que lleva implícita el reconocimiento de los demás miembros del grupo(se vive en sociedad) como seres libres y por ende racionales, de tal forma que

[42] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Gunter Jakobs. En: Daza Gomez, Carlos (2007)(Coordinador). El pensamiento filosófico y jurídico penal de Gunter Jakobs, México, Flores Editor y Distribuidor SA., Pág. 69.

libertad en sentido normativo, y de la mano de los planteamientos de la filosofía de Hegel, es la posibilidad que tiene el sujeto de configurar sus intereses siempre tomando en consideración la existencia libre del otro; de nuevo, el sujeto histórico, libre y autónomo tiene que "cargar sobre sus hombros" las consecuencias de su libertad, él tiene una tarea mínima para cumplir en sociedad, y ésta no es otra que la de ser fiel al Derecho, la de contribuir al mantenimiento de las condiciones que precisamente le han facilitado su existencia libre, y en esa medida la de preservar esta posibilidad a los demás.

Son la práctica social y las instituciones las que permiten que el sujeto adquiera su identidad autonómica; se trata de una libertad institucionalizada que supone el reconocimiento de esta realidad por parte del sujeto, que a la vez ha sido la condición de la formación de dicha identidad. Se es libre, se es un ser racional cuando se participa en la evolución de una cultura, cuando se participa de lo general, que sobre estas bases se constituye como concreción de la idea de justicia y libertad"[43].

"La libertad de organizar sin invadir las esferas de administración y actuación de los demás, la imagen de un sujeto autónomo y, en esa medida, responsable (lo que en derecho penal moderno se conoce como "autoresponsabilidad") es el fundamento para que en sede de imputación objetiva se considere el criterio de las acciones a propio riesgo o de imputación a la víctima como excluyente de responsabilidad de terceros. En

[43] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Gunter Jakobs. En: Daza Gomez, Carlos (2007)(Coordinador). El pensamiento filosófico y jurídico penal de Gunter Jakobs, México, Flores Editor y Distribuidor SA., Pág. 90.

estos casos el riesgo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima, de manera que cuando ésta intervenga junto a un tercero en la actividad generadora del riesgo, el tercero no responderá. El competente será la propia víctima"[44].

c) Sobre autoría y participación

Para la perspectiva normativista, existe una concepción particular en la determinación de autoría y participación.

Por eso no le falta razón al Dr.Motealegre Lynet cuando señala que "La escisión fe la noción de autor en Derecho Penal realizada por la doctrina tradicional implicó a existencia de un concepto de autor para el delito doloso de acción, otro para el delito imprudente, y otro para el delito de omisión. El nuevo sistema del Derecho Penal toma un punto de partida diverso: con base en los fundamentos normativos de la imputación objetiva, en el tipo no existen diferencias sustanciales entre el delito de acción y el de omisión, ni entre el delito doloso y el culposo. Por el contrario, todas estas categorías dogmáticas tienen como elemento común la existencia de una posición de garante y la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Entonces, no es posible segur aceptando la atomización de la autoría que introdujo el finalismo como consecuencia de la división del tipo de injusto"[45].

[44] Ob. Cit. Pág. 91.
[45] Ibídem Ob. Cit. pág. 116.

Uno de los penalistas peruanos, que mayor trabajo intelectual ha desarrollado en nuestro país, como es el Dr. Caro John[46], ha señalado que "En los delitos de infracción del deber el autor responde sólo por la infracción del deber institucional, independientemente de cómo él organice su conducta. Esto quiere decir que el deber es independiente de la organización (del dominio). Pero la cuestión ahora es determinar si la infracción del deber admite la posibilidad de una distinción entre autoría y participación, esto es, de si el obligado especial puede ser tanto autor como participe de un delito de infracción del deber.

En esta categoría de delitos el obligado especial responde siempre como autor y no como participe. Esto es así porque "el injusto jurídico penal en este modelo institucional de imputación es sólo la lesión de un deber especial, con el consiguiente resultado dogmático: El obligado especial responde fundamentalmente como autor; la lesión del deber no es cuantificable, ella cualifica al autor como único criterio del injusto". La infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporte al hecho o de quién hace más o de quien menos. Los delitos que cometen los obligados especiales sólo pueden configurar autoría más no así participación; por tanto, la distinción entre autoría y participación es un asunto que pertenece al ámbito de los delitos de dominio, también conocidos como delitos en virtud de una competencia por organización, porque solo el dominio o la organización puede ser cuantificada y en función de ella determinarse la magnitud del aporte.

[46] CARO JHON, José Antonio (2014). Manual Teórico Práctico de teoría del delito. Lima-Perú, ARA editores, Págs. 198-199.

Como el deber no conoce ninguna cuantificación, él se refiere a una cuestión cualitativa antes que cuantitativa. Por esta razón en los delitos de infracción del deber el obligado especial responde no en razón de la accesoriedad, sino porque él mediante su conducta ha lesionado "un mundo en común" que le une con los bienes que forman parte de su esfera de deber de protección. La accesoriedad de la participación es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción del deber".

Por otro lado, "La calidad de autor no depende de que el aporte se brinde en fa etapa de ejecución. Puede haber intervenci6n en calidad de autoría si en la fase de los actos preparatorios se otorgan contribuciones de importancia para la configuración del hecho, aunque estos no se actualicen durante la ejecución. Si la realidad social debe entrar en consideración al momento de concretar los límites de las categorías dogmáticas, debemos concluir que durante los actos preparatorios es posible realizar comportamientos que valorativamente tienen la misma importancia de un aporte entregado en la etapa de ejecución"[47].

Los aportes o el sustento filosófico de esta doctrina, ha tenido mucha relevancia en el trabajo de investigación, toda vez que a partir de ella se analizó las ejecutorias supremas emanadas de nuestro supremo Tribunal penal, así como permitió relacionar sí en efecto la doctrina se aplica a plenitud o, con variantes.

[47] MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Gunter Jakobs. Pág. 76-77. En: derechopenalmarginal.blogspot.com/.../fundamentos-del-funcionalismo-de-gunter.ht., fecha de acceso 12 de enero del 2018.

Es de resaltar que muchas ejecutorias supremas y casaciones que se analizan en este trabajo, han sido resueltas con los fundamentos del funcionalismo penal jakobsiano, por consiguiente, tuvo pues relevancia al momento de analizar y desarrollar el presente trabajo.

Pero también estos fundamentos iusfilosoficos, me ha permitido no solo encontrar las virtudes de esta doctrina; sino también sus limitaciones, sus defectos, más aún cuando en mérito a esta teoría se pretende enfrentar un fenómeno actual: la corrupción en el país en sus diferentes variantes.

2.2.2.2.- La corrupción como fenómeno social o institucional, estructural, histórico, político y moral.

Previamente, debemos precisar qué es la corrupción; pues sin ella, podemos divagar sin rumbo y sin metas, siendo la consecuencia lógica de ella, la confusión.

Transparency International[48] define la corrupción como "el abuso con fines de lucro personal del poder delegado". El abuso puede ser perpetrado por una persona con poder decisorio en el sector público o privado; iniciado por dicha persona o provocado por un tercero que quiera influir en el proceso de toma de decisiones.

[48] En: Véase en: http://siare.clad.org/fulltext/0052009.pdf, fecha de acceso 13 de febrero del 2017.

Por su lado, el profesor Mujica[49], sostiene que la: "La corrupción es un modo de dialogar con la ley y con la estructura política desde su interior, y muestra que su propia disposición debe estar en una relación con esta".

Más adelante y, precisando mejor sus ideas expone: "La corrupción no es una mera ruptura de las relaciones políticas y de la ley. La corrupción más bien se constituye como un modo de dialogar con la ley, una manera particular de establecer una relación con la política y un modo de practicarla. La idea es comprender que la corrupción es un fenómeno y se constituye en el hacer social como una disposición de relaciones y no como una negación de las relaciones sociales. Esto ha permitido dar cuenta de sus variadas tecnologías y de los mecanismos que utiliza para ponerse en práctica. Lo mismo sucede en su relación con la política. La corrupción, lejos de simplemente destruir las redes que se encuentran en el municipio, genera otras y forma parte importante de la estructura de funcionamiento, se ha convertido en una práctica común y ha adquirido códigos de uso y performance"[50].

Si esa es la idea de corrupción, entonces no cabe duda que nuestro país, sufre dicho accionar. Y para muestra solo algunos datos que a continuación presentamos.

[49]MUJICA, J y Tuesta, D (2012) Problemas de construcción de indicadores criminológicos y situación comparada del feminicidio en el Perú, Scielo, diciembre, Pontificia Universidad Católica del Perú, Págs. 36-37.
[50] MUJICA, J y TUESTA, D (2012). Ob. Cit. Pág. 97.

La Defensoría del Pueblo[51], teniendo como base la información recabada del Ministerio Público, Poder Judicial y la Procuraduría Especializada en delitos de Corrupción, señala que al 31 de diciembre del 2016, había un total de 32, 925 casos en trámite por delito cometido por funcionarios públicos.

La Defensoría del Pueblo, al presentar las cifras, también lo hace por regiones o departamentos. Lo que llama la atención, es que nuestra Región Ancash, ocupa el 2do, lugar en dicha ranking; toda vez que tiene en investigación, 2771 casos, solo superada por la Región Lima que tiene 6,205 casos. Las demás regiones, se encuentra por debajo de estas cifras.

Más adelante, la Defensoría del Pueblo[52], sostiene lo siguiente:

"En el marco de las Elecciones Regionales y Municipales 2014, la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción emitió un informe que dio cuenta de que el 92% de los alcaldes (1699 de 1841) estaban siendo investigados por delitos contra la administración pública, tales como peculado de uso, malversación de fondos, negociación incompatible y colusión. Más del 50% de los alcaldes provinciales (454) y distritales (1245) que estaban siendo investigados postulaban a la reelección.

En el referido informe también se dio cuenta de 429 ex alcaldes provinciales y 1326 ex alcaldes distritales que estaban siendo investigados por los mismos ilícitos penales. De acuerdo con la Procuraduría, Ancash era

[51] Defensoría del Pueblo (2017). Radiografía de la corrupción en el Perú. Reporte de Corrupción N° 01, mayo del 2017, en: http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/documentos/Reporte-de-corrupcion-DP-2017-01.pdf, fecha de acceso el 02 de junio del 2017, Pág. 08.
[52] Defensoría del Pueblo (2017). Ob. Cit. Pág. 09

la región con mayor cantidad de funcionarios investigados (46 alcaldes provinciales y 146 distritales). Le siguen La Libertad (42 alcaldes provinciales y 80 distritales) y Cusco (41 alcaldes provinciales y 96 distritales).

Según la información remitida por la Procuraduría, las entidades agraviadas con mayores casos de corrupción son las municipalidades provinciales y distritales. En tercer y cuarto lugar se encuentran la Policía Nacional del Perú y los gobiernos regionales.

Los ex gobernadores regionales también han sido involucrados en actos de corrupción, e incluso algunos de ellos ya cuentan con sentencia condenatoria. Son los casos, entre otros, de:

• El ex gobernador regional de Tumbes (2011-2014), sentenciado a once años de prisión efectiva por los delitos de colusión, cohecho y asociación ilícita para delinquir.

• El ex gobernador regional de Loreto (2011-2014), sentenciado a seis años de prisión efectiva por colusión.

• El ex gobernador de la región Ancash (2015-2016), sentenciado a cinco años de prisión efectiva por el delito de colusión desleal.

• El ex gobernador regional del Callao (2007-2010), sentenciado a cinco años de prisión efectiva por colusión agravada.

• El ex gobernador de la región Ucayali (2007-2014), sentenciado a cinco años de prisión efectiva por el delito de negociación incompatible.

- El ex gobernador regional de Cusco (2011-2013), sentenciado a cuatro años de prisión suspendida por colusión ilegal y negociación incompatible.
- El ex gobernador regional de Ayacucho (2011-2015), sentenciado a cinco años de prisión efectiva por negociación incompatible.

Entre los casos más recientes de corrupción, en los que hay investigaciones en curso, se encuentra el del Gobernador Regional del Callao (2011-2017), por los presuntos delitos de tráfico de influencias y lavado de activos; el Alcalde Distrital de Chilca (2015-2017), por los presuntos delitos de lavado de activos, extorsión, cohecho pasivo y colusión en organización criminal.

Pero lo más grave, es que ex presidentes y altos funcionarios del Estado, hoy se encuentran procesados o investigados por ser parte de redes de corrupción, principalmente por el caso Odebrech y otras empresas que han ejecutado casi la totalidad de las obras millonarias en el país.Como se podrá fácilmente, advertir, las cifras y datos alarmantes que nos presenta la Defensoría del Pueblo y que la realidad actual nos ofrece, per se, nos conmueve. Entonces, es lógico que haya preocupación de todos para afrontarla y combatirla.

Pero la corrupción, no solo es problema normativo penal (sustantivo o adjetivo); sino también tiene un origen institucional, estructural e histórico. Una explicación en contrario, deviene en superfluo y con vocación de impunidad.Decimos que es histórico, siguiendo varios datos ciertos, auscultados, analizados y publicados de lo sucedido en nuestro país. Es decir, es tradicional, no es nueva. Es parte de nuestro pasado y presente.

Por ejemplo, hay algunos pocos estudios en nuestro país de acercamiento al fenómeno de corrupción en el Perú; es más, que dan cuenta de esta contradictoria relación entre ética y política. La más importante de los últimos años es *Historia de la corrupción en el Perú*, de Alfonso Quiroz[53], del 2013, así como también *Violencia y crisis de valores en el Perú*, coordinado por Jeffrey Klaiber, del año 1987.

En ambos textos, uno puede darse cuenta que los escándalos de corrupción en el Perú republicano siempre han estado presentes. A pesar que en su momento (especialmente en las últimas décadas), ésta constatación y publicación, generó un debate importante sobre este tema, los resultados prácticos no son nada halagüeños; es decir, nada ha cambiado, pero tampoco se hace nada para cambiar. Solo se hace bulla para la coyuntura o para aparecer como paladín de la anticorrupción. Luego el olvido y la convivencia con el enemigo que con la palabra se combate.

[53]Cfr. QUIROZ, Alfonso W. (2013). Historia de la Corrupción en el Perú, primera edición. Instituto de Estudios Peruanos Eds. Lima.

Como dice el Dr. Miguel Carbonell54: "La corrupción ha existido siempre. Hay testimonios de actos de corrupción cometidos 3,000 años A.C55. Esto no quiere decir que se los pueda legitimar por el mero paso del tiempo, pero sirve para ubicar el fenómeno en su adecuada dimensión y, sobre todo para poner en evidencia que la corrupción no es ni puede ser monopolio exclusivo de un determinado momento histórico o de una determinada comunidad política".

Por otro lado, al sostener que la corrupción es estructural, fundamos nuestra aseveración en el sistema liberal y capitalista, que prioriza la individualidad y la acumulación de riqueza en pocas manos, a costa del erario nacional o de contravenir la legalidad. Y esta situación, no se resuelve con el simple enunciado normativo, menos con voluntades aisladas; sino con un todo, un cambio social, que ponga en cuestión el actual sistema. O por lo menos, la limite. Cuanto más poder ilimitado se tenga, los actos de corrupción se legalizan y son parte del quehacer diario. De igual forma, entendemos el fenómeno de la corrupción como institucional, porque ésta no se encuentra aislada de otros hechos, de la dinámica de la administración pública o de una circunstancia aislada; sino todo lo contrario.

No le falta razón a Quiroz Alfonso[56], cuando sostiene: "La corrupción, en realidad, un fenómeno amplio y variado, que comprende actividades públicas y privadas. No se trata tan solo del tosco saqueo de fondos públicos por parte

[54] CARBONELL, Miguel (2013). Transparencia, ética pública y combate a la corrupción una mirada constitucional. Editorial Universidad nacional Autónoma de México-UNAM-, Pág. 4.
[55] LAPORTA Francisco J. (1997). "La corrupción política introducción genera". En Laporta Francisco y Álvarez Silvina (eds). La corrupción política. Madrid, editorial Alianza, Pág. 19.
[56] QUIROZ, Alfonso W. (2013. Ob. Cit. Pág. 37- 38.

de funcionarios corruptos como usualmente se asume. La corruptela comprende el ofrecimiento y la recepción de sobornos, la malversación y la mala asignación de fondos y gastos públicos, la interesada aplicación errada de programas y políticas, los escándalos financieros y políticos, el fraude electoral y otras trasgresiones administrativas (como el financiamiento ilegal de partidos políticos en busca de extraer favores indebidos)…".

2.2.2.3.- Los tratados sobre derechos humanos y el Derecho Penal

Analizando la pena de cadena perpetua, el Tribunal Constitucional[57], sustentó su decisión entre otros en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, realizando el siguiente análisis:

"183.- La denominada "cadena perpetua", en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.

184.- Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.

[57] Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 010-2002-AI/TC, Lima, Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadano, fundamentos jurídicos 183, 184, 190, 191, 19 y 194.

190.- Sin embargo, el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación. Además porque, so pretexto de declararse la inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se buscan remediar. En ese sentido, al tenerse que expedir una sentencia de "mera incompatibilidad" en este punto, el Tribunal Constitucional considera que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación.

191. Sobre el particular el Tribunal Constitucional debe de recordar que, actualmente, para supuestos análogos, como es el caso de la cadena perpetua en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años. Y si bien dicho instrumento normativo no es aplicable para el caso de los sentenciados por los delitos regulados por los decretos leyes impugnados, el legislador nacional puede adoptar medidas de semejante naturaleza a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua.

192. En ese sentido, debe recordarse que el Estatuto en referencia forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto

Supremo N.° 079-2001-RE, y ella contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua.

194. En definitiva, el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias".

Como se puede inferir del razonamiento precedente del Tribunal Constitucional, los tratados internacionales tienen relevancia en el derecho interno, es más, constituye un límite a la potestad persecutoria del delito que tiene el Estado.

Otro de los asuntos controvertidos y que suscitó la práctica del control difuso y el control convencional, fueron las leyes de amnistía. Nos referimos a la Ley N° 26479 y Ley N° 26492.

A través de estas normas, se "concede amnistía a los militares, policías y civiles que se encuentren denunciados, investigados, encausados, procesados o condenados por hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo desde mayo de 1980" (artículo 1

de la Ley No. 26479). Estas leyes alcanzaban a todos los responsables de crímenes, así no hayan sido aún individualizados, denunciados, procesados o investigados (artículo 6 de la Ley No. 26479)[58]. A esta ley de amnistía le siguió otra Ley No. 26492, llamada "interpretativa", que obliga al poder judicial a aplicar la amnistía.

Según el Dr. Landa Arroyo[59]: "…el Congreso Constituyente Democrático aprueba el 28 de junio la Ley N° 26492, disponiendo que se entienda que la ley de amnistía no vulnera la independencia del Poder Judicial, no viola los derechos humanos, ni contraviene la Convención Americana de los Derechos Humanos; de otro lado, manda que dicha amnistía no pueda ser revisada judicialmente y, en consecuencia, sea de cumplimiento obligatoria por el Poder Judicial. Asimismo, el ámbito de la impunidad de la primera ley -en cuanto al plazo de mayo de 1980 hasta el 14 de junio de 1995- fue ampliado, señalando que alcanzaría también a quienes no hubiesen sido denunciados todavía; es decir que el eventual descubrimiento de los autores de las violaciones de los derechos humanos, de acuerdo a ley ya no serían pasibles de investigación y sanción judicial.

[58] Según el Dr. César Landa Arroyo: "Como quiera que los familiares de las víctimas de la masacre de Barrios Altos, pidieron a la jueza penal Antonia Saquicuray que se encontraba instruyendo el caso, que no se aplique la ley de amnistía para los militares encausados por los delitos contra los derechos humanos; ésta emitió una resolución judicial el 16 de junio, declarando inaplicable el artículo 1° de la Ley N° 26479, al considerar que los jueces prefieren la Constitución sobre la ley en caso de incompatibilidad entre ambas, según dispone el artículo 138° de la Constitución de 1993. Es decir que la jueza realizó el llamado control difuso de constitucionalidad que faculta nuestro sistema mixto de justicia constitucional.". En: *Límites Constitucionales de la ley de amnistía peruana.* En. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3345/3194, fecha de acceso 12 de abril del 2017.

[59] LANDA ARROYO, Cesar (2006).*Límites Constitucionales de la ley de amnistía peruana*. En. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3345/3194, fecha de acceso 12 de abril del 2017.

Con esta nueva ley, la Sala Penal de la Corte Superior por mayoría de votos declara nula la resolución de la jueza Saquicuray, bajo la idea de que los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes del Congreso, porque sería quebrar el principio de la separación de poderes; asimismo, mandó que sea investigada la jueza Saquicuray por el organismo judicial de control interno, por haber interpretado las normas equívocamente. La decisión judicial de la Corte Superior fue recurrida en queja ante la Sala Penal de la Corte Suprema; la misma que en un anodino lenguaje confirmó la resolución superior, sin argumentos propios. Consagrando judicialmente la amnistía para los militares procesados por violación a los derechos humano".

Después de un estudio minucioso y debidamente fundamentado, el Dr. Landa Arroyo, llega a las siguientes conclusiones:

a) Si la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como también es un deber del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, señalados en los artículos 1° y 44 de la Constitución, resulta inconstitucional que la mayoría gubernamental del Congreso ejerza el derecho de gracia otorgando ilimitadamente la amnistía a los agentes del Estado, que ejecutaron extrajudicialmente a civiles en circunstancias pacíficas.

b) Si a ello se añade, la ley de interpretación de la Ley N° 26492 -de Amnistía- y el proyecto de ley que eliminaría el control difuso de constitucionalidad, que pretenden obligar a los jueces a dejar de inaplicar la ley de amnistía, a pesar de que los magistrados están facultados por el artículo

138° de la Constitución, a preferir la Constitución antes que una ley contraria a ella, se produce vía leyes ordinarias una reforma constitucional del texto político del Estado. Lo cual habilita a los jueces a inaplicar dicha ley de interpretación o ley de desarrollo constitucional por su manifiesta inconstitucionalidad, sin perjuicio de la acción de inconstitucionalidad que se pueda incoar ante el Tribunal Constitucional por violación de la Constitución por el fondo o la forma.

c) La sentencia de la jueza Saquicuray permitió poner en evidencia que los tratados internacionales sobre derechos humanos, forman parte del derecho nacional; más aún, que dichos tratados por su materia tienen jerarquía y fuerza constitucional. De ahí que, al ser fuente de derecho supremo, obligan a interpretar las normas legales que afecten los derechos constitucionales, conforme a los tratados de derechos humanos, según disponen los artículos 55°, 57° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

d) Si bien el Congreso dictó la ley de interpretación de la ley de amnistía contra la resolución de la juez de Primera Instancia, esto no obsta para señalar que el Congreso no puede regular cualquier materia sin límites, como la amnistía; sino que la reserva de ley tiene límites constitucionales, como no predefinir los procesos judiciales pendientes de resolución.

En la medida que la función jurisdiccional goza también del principio de reserva de jurisdicción, el Congreso se halla impedido de aprobar mediante ley un acto que la judicatura ha resuelto como contrario a la Constitución. De modo tal que, la ley de amnistía y su ley interpretativa parten de una primitiva

concepción absolutista del derecho de gracia del Congreso, siendo que en un Estado democrático moderno, la amnistía tiene como finalidad ser un instrumento de corrección del derecho, no de impunidad.

e) Un elemento doctrinario de corrección de esta producción legislativa autoritaria, es plantear la garantía institucional como un límite a la función legislativa del Congreso -como del Poder Ejecutivo-, ante el Tribunal Constitucional si se demanda la inconstitucionalidad de dichas leyes. En virtud de la garantía institucional, el legislador no puede crear una «segunda Constitución», ya sea que la viole formalmente, materialmente o, la deje vacía de contenido.

f) La Constitución ha elevado la vida y el derecho a la justicia al rango de las normas constitucionales, de ahí que el legislador esté privado de introducir supuestos extraños a la institución de la amnistía, que violen dichos derechos fundamentales al amparo de la reserva de ley. Esto supone que, los derechos fundamentales se constituyen en límites a la potestad legislativa del Congreso; pero, a través de una perspectiva institucional, que reconoce a los derechos fundamentales también límites extraordinarios en aras de la comunidad, por lo que se debe buscar una integración proporcional de sus contenidos esenciales.

g) Los principios y derechos fundamentales no tutelan libertades de por sí ilimitadas, lo que supone constitucionalmente ver al hombre vinculado a la sociedad, al Estado y al derecho de los demás. En el Estado constitucional y democrático los derechos fundamentales y la tutela de la comunidad son instancias igualmente legítimas. Así, los derechos

fundamentales se vinculan a una idea de «sociabilidad» que se desprende de la Constitución, en virtud del cual la libertad y el vínculo social se encuentran en equilibrio.

Si bien en este caso, no se discute los actos de corrupción; sin embargo, se alude a la importancia de los tratados para la configuración normativa a nivel interno de un Estado. Si el Estado tiene autonomía para crear normas jurídicas; sin embargo, éstas no pueden contraponerse, menos ser la negación de los tratados donde el Estado es parte. Si ello sucede, entonces el órgano jurisdiccional puede realizar el control convencional en cada caso concreto o, el Tribunal Constitucional declarar la inconvencionalidad y, por tanto, quedar sin efecto alguno dicha norma.

El incumplimiento o la inobservancia de los tratados internacionales, en especial sobre derechos humanos, también permite la intervención de los organismos internacionales que controlan la vigencia de los tratados. Nuestro país, ha sido sancionado varias o muchas veces, precisamente por no respetar los tratados, especialmente referido a los derechos humanos, veamos algunas de ellas:

a) Caso Barrios Altos

El 14 de marzo del 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sancionó al Estado peruano por la emisión de las Leyes de amnistía 26479 y 26492 (1995). En el caso Barrios Altos vs. Perú, declaró que las mismas no tienen efectos jurídicos y dispuso que el Estado investigue y sancionen a los responsables de las violaciones de los derechos humanos.

De manera expresa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"[60].

Consideró además la Corte que "Las leyes de auto-amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente".

[60] Barrios Altos Vs. Perú, párrafo 41.

Añadiendo más adelante aseveró que: "Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto-amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en el Convención Americana acontecidos en el Perú"

Por éstas razones, para la Corte "los Estados partes "que adopten leyes que tengan ese efecto, como lo son las leyes de auto-amnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana", por consiguiente resolvió: "Declarar que las leyes de amnistía 26479 y 26492 son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos".

Como se observa, la Corte fue categórico en sus análisis, conclusiones y recomendaciones. No hay posibilidad de que un Estado pueda sustraerse de las obligaciones contraídas, salvo que se pretenda vivir y desarrollar al margen de la lógica que la modernidad y la globalización imponen.

b) Caso La Cantuta.

Al resolver esta causa, el 29 de diciembre de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentenció que: "tal como lo ha hecho desde la emisión de la sentencia de este tribunal en el caso Barrios Altos, el

Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, (…) ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in idem (…) o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables"[61].

Es de resaltar que pronunciamiento de esta naturaleza, no solo se ha producido en casos suscitados en el Perú, sino en otros estados. Por ejemplo, en el Caso Almonacid Arellano Vs. Chile. En esta sentencia la Corte Interamericana, con fecha 26 de septiembre del 2006, ratificó que "los Estados no pueden sustraerse del deber de investigar, determinar y sancionar a los responsables de los crímenes de lesa humanidad aplicando leyes de amnistía u otro tipo de normativa interna. Consecuentemente, los crímenes de lesa humanidad son delitos por los que no se puede conceder amnistía"[62].

Atendiendo entre otros a dichas razones, la Corte aseveró que: "El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley No. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia… Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así

[61] Ver La Cantuta Vs. Perú, párrafo 226.
[62]Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, párrafo 114.

como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables"[63].

Pero no solo, existe influencia de la Convención Americana de Derechos Humanos, estrictamente en el ámbito del Derecho Constitucional, sino también y, en especial en el Derecho Penal. Esta aseveración nadie discute hoy, sino por el contrario lo aceptan y justifican.

El Dr. García Ramírez[64], comentando los criterios y la jurisprudencia de los derechos humanos: repercusión e influencia, ha señalado lo siguiente: "No es admisible que cualquier comportamiento considerado ilícito – y probablemente ilícito desde cierta perspectiva material- quede inmediatamente calificado como delictuoso y encuadrado entre los tipos penales. Mucho menos puede recibir trato de delito el comportamiento esencialmente legítimo e incluso plausible (como asistencia médica adecuada o la difusión de noticias y opiniones al amparo del derecho a la información).

Procede rechazar esta sobre-tipificación penal, incluso cuando esta tiene en su favor decisiones de la mayoría de la población – que implican en términos de Alexis de Tocqueville, "*una tiranía de la mayoría*"- o del Constituyente, que no puede disponer el sacrificio de derechos humanos,

[63]Caso Almonacid Arellano Vs. Chile, párrafo 151.
[64] GARCIA RAMIREZ Sergio (2014). "Recepción nacional del Derecho interamericano de los derechos humanos. implicancias penales". En: Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: Influencia y repercusión en la justicia penal. México, editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 9-10. Publicado también en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3817/24.pdf, fecha de acceso, 13 de mayo del 2017.

como ha hecho ver Luigui Ferrajoli. En ese extremo pudiera replantearse el tema de la jerarquía de normas y la vigencia de principios pro persona".

2.2.2.4.- Derechos humanos y corrupción

La defensoría del Pueblo[65], ha señalado que:

"La corrupción provoca vulneraciones, directas e indirectas, sobre los derechos de las personas y la comunidad. Las violaciones directas se dan cuando los actos de corrupción afectan el ejercicio de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la desviación de fondos dirigidos a comprar medicamentos influye en su desabastecimiento, afectando –directamente– el derecho a la salud de los pacientes.

Las afectaciones indirectas se producen cuando la corrupción ocasiona posteriores hechos que también lesionan derechos, como la mala construcción de un puente. En este caso, el acuerdo encubierto entre un funcionario público y un contratista para que aquel lo favorezca otorgándole la buena pro sin que su propuesta técnica sea la más idónea, puede llevar a que el colapso o deterioro prematuro de un puente afecte el libre tránsito de las personas.

El impacto de la corrupción es aún mayor sobre los derechos de las personas y los grupos que se encuentran en estado de vulnerabilidad, como las personas en situación de pobreza, los adultos mayores, las personas con discapacidad, los pueblos indígenas, entre otros.

[65] Defensoría del Pueblo (2017). Ob. Cit. 06.

Este flagelo también impide la concreción de dos deberes primordiales del Estado establecidos por la Constitución: garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general de los ciudadanos (artículo 44º). Por ello, consideramos indispensable incorporar la perspectiva de los derechos fundamentales en las políticas de prevención y lucha contra la corrupción, lo que implica la necesidad de fortalecer nuestra línea de trabajo referida al cumplimiento del deber de la administración estatal, con un enfoque integral que involucre el aspecto preventivo y de sanción, y la generación de información que no solo facilite el diseño y ejecución de políticas públicas, sino también la toma de decisiones".

Pero tampoco es fácil, concluir que las prácticas corruptas, violentan los derechos humanos. No le falta razón cuando se asevera que[66]:

"A pesar de que todas las prácticas corruptas pueden, a largo plazo, tener un impacto sobre los derechos humanos, desde un punto de vista legal, no se puede afirmar de forma mecánica que un acto de corrupción viola los derechos humanos sin que se realice un análisis específico del caso. Esto significa que, para aplicar el marco conceptual de los derechos humanos, con potencial efecto legal, es necesario distinguir entre (1) las prácticas corruptas que directamente violan un derecho humano, (2) las prácticas corruptas que conducen a la violación de un derecho humano (pero que, en sí mismas, no violan un derecho) y (3) las prácticas corruptas en las que no

[66] Publicación, editado por la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública La Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública (EGAP) del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-México, 2009. Pág. 28., en: http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf, fecha de acceso 23 de junio del 2017.

puedeestablecerse un vínculo causal con una violación de derechos específicos".

Además, en el mismo texto se agrega lo siguiente, el mismo que es sumamente ilustrativo:

"Un Estado es responsable de una violación de los derechos humanos cuando se puede demostrar que sus acciones (u omisiones) no se ajustan a las obligaciones nacionales o internacionales en materia de derechos humanos. Para determinar si una práctica corrupta específica viola o no un derecho humano, es necesario establecer, primero el alcance y contenido de la obligación del derecho humano en cuestión y si deriva de una ley nacional, tratado internacional, costumbre o principios generales de ley".

Pero tampoco, podemos decir, en forma categórica que los actos de corrupción en un Estado o varios Estados, son ajenos a la violación de los derechos humanos, sino todo lo contrario; pues se advierte una estrecha relación causal.

Los estudios nos señalan que entre los actos de corrupción y la vulneración de los derechos humanos, existen dos tipos de vínculos[67]:

[67] Ver: La Publicación, editado por la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública La Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública (EGAP) del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-México, 2009. Págs. 32 al 33, en: http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf, fecha de acceso 23 de junio del 2017.

a) “Violaciones directas”

La corrupción se podría vincular, en forma directa, a una violación de derechos humanos cuando un acto corrupto se utiliza, deliberadamente, como un medio para violar un derecho. Por ejemplo, un soborno ofrecido a un juez afecta inmediatamente su independencia e imparcialidad y, por lo tanto, viola el derecho a un juicio justo. Si un funcionario no causa, de manera deliberada, un daño, el test para determinar el vínculo será el de la diligencia debida: ¿era previsible la violación? ¿ejercieron los funcionarios la diligencia debida (todos los medios a su alcance) para prevenirla?. En tales casos, la responsabilidad del Estado depende tanto de las circunstancias específicas como del derecho violado.

La corrupción puede también violar directamente un derecho humano cuando un Estado (o una persona con una responsabilidad oficial) actúa u omite actuar de forma tal que impide que los individuos tengan acceso a ese derecho. A modo de ilustración: cuando un individuo tiene que sobornar a un médico para obtener un tratamiento de salud en un hospital público o a un maestro de escuela pública para obtener una inscripción para su hijo en esa escuela, la corrupción infringe los derechos a la salud y a la educación.

b) Violaciones indirectas (la corrupción como una condición necesaria)

En otras situaciones, la corrupción puede ser un factor esencial que contribuye en una cadena de acontecimientos que, eventualmente, conduce a

la violación de un derecho. En este caso, el derecho se viola por un acto que se deriva de un acto corrupto y el acto corrupto es una condición necesaria para esa violación. Esta situación surgirá si, por ejemplo, los funcionarios públicos permiten la importación ilegal de desechos tóxicos desde otros países a cambio de un soborno. Y si ese deshecho se coloca en, o próximo a, una zona habitada, los derechos a la vida y a la salud de las personas que allí residen serían violados indirectamente, como resultado del soborno. En el caso del ejemplo, estos derechos no son violados de manera directa por el soborno, pero éste resulta un factor esencial sin el cual la violación no hubiera ocurrido. Por lo tanto, aun sin un vínculo directo, la corrupción puede ser un factor esencial que contribuya en una cadena de acontecimientos que conduzcan a la violación y, de esta forma, puede violar indirectamente los derechos humanos.

Con frecuencia, la corrupción causa violaciones a los derechos de las mujeres y los niños. Cuando se trafica con mujeres y niños (en particular para su explotación, abuso sexual, secuestro, venta, prostitución y pornografía), los responsables son, con frecuencia, funcionarios corruptos. Casi siempre, a cambio de sobornos, estos funcionarios suministran documentación que permite cruzar las fronteras, o aparentan no ver la actividad del tráfico. En estos casos también la corrupción es una condición esencial y, si no existiera, la violación de los derechos de estas personas no ocurriría.

La corrupción puede ser también una causa indirecta cuando las autoridades corruptas buscan evitar que se denuncien actos de corrupción.

Cuando un denunciante, (alguien que investiga o informa de un caso de corrupción) es silenciado por el acoso, las amenazas, la prisión, o incluso asesinado, los derechos a la libertad de expresión, a la vida, y el derecho a no sufrir torturas o un tratamiento inhumano, cruel o degradante pueden todos resultar violados. En tal caso, además del acto original de corrupción que el denunciante trataba de dar a conocer, lo más probable es que los actos que le sucedieran y que violaron sus derechos tendrían también a la corrupción como causa principal. De nuevo, los actos de corrupción serían entonces los factores esenciales en la violación.

c) Violaciones remotas (donde la corrupción es un factor entre varios otros)

A veces la vinculación entre la corrupción y la violación de derechos es remota. Por ejemplo, cuando durante un proceso electoral reclamaciones de posible corrupción ponen en tela de juicio la exactitud del resultado final, pueden surgir tensiones y protestas sociales que pueden ser reprimidas con violencia. En tal caso, el derecho a la participación política puede ser violado directamente por la corrupción, pero además la represión de las protestas sociales pueden también causar serias violaciones a los derechos humanos (por ejemplo, los derechos a la vida, la prohibición de la tortura y maltratos y la libertad de asociación). Sin embargo, en este ejemplo, la corrupción en el proceso electoral no sería necesariamente la única causa o al menos, la determinante de que se produjeran tales protestas o de su represión arbitraria.

Muchos otros factores pueden contribuir y, en ese sentido, la corrupción tiene un vínculo más remoto con las violaciones en cuestión".

A pesar de cualquier aseveración, genérica, podemos encontrar las siguientes vulneraciones a los derechos fundamentales en los actos de corrupción:

i) Actos de corrupción pueden violar los principios de igualdad y de no discriminación.

El Supremo interprete de la Constitución[68], ha señalado que "…que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional [STC 0045-2004-AA/TC, fundamento 20]. Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que

[68] Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N ° 05157 2014-PA/TC PUNO MARIA CHURA ARCATA, fundamento jurídico 18.

jurídicamente resulten relevantes. Es del mismo parecer en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales[69].

Si es obligación del Estado es no solo pregonar la igualdad; sino también materializarse; sin embargo, este caro anhelo no se podrá cumplir porque los recursos son destinados de manera ilícita a manos particulares, de personas inescrupulosas que se aprovechan de su vinculación con el Estado.

Es decir, las prácticas corruptas, traen consigo desigualdad. Esta es inevitable. Y como es lógico, las consecuencias más directas atacan a los más necesitados del Estado.

ii) Los actos de corrupción puede trasgredir el derecho a un juicio justo y a una reparación eficaz

"El derecho a un juicio justo también se infringe cuando los jueces independientes, los fiscales o los miembros de las comisiones anticorrupción que están investigando casos de corrupción son despedidos ilegítimamente o se evita que prosigan con sus funciones legales a través de amenazas, inducimiento o una reducción arbitraria de fondos a sus respectivos organismos.

En casos de corrupción, un sistema de protección eficaz a los testigos puede tener un impacto disuasivo importante y puede aumentar las denuncias y la investigación judicial. Ofrecer una protección adecuada a las víctimas y a

[69] Entre ellos en la Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.° 03525-2011-PA/TC AYACUCHO WALTER MANUEL VIACAVA GAMBOA, fundamento jurídico 4.

los testigos en los casos de corrupción es un incentivo eficaz para obtener información que pueda ayudar a la investigación de este tipo de crimen y para lograr un castigo adecuado para los responsables. En este contexto, en muchos países la ausencia de reglas firmes para la protección a los testigos, es una debilidad manifiesta. Si la intimidación, la extorsión y las amenazas contra los testigos y sus familias, puede causar que los testigos retiren las pruebas, se violaría no sólo los derechos de las víctimas y el derecho a un juicio justo; pero también, se daña la autoridad del sistema judicial y su capacidad para sancionar eficazmente la corrupción"[70].

No puede haber un juicio justo cuando el llamado a administrar justicia, se encuentra parcializado, no al derecho, sino a intereses particulares. La administración de justicia requiere, probidad. Sin ella, es imposible hablar cumplimiento de reglas principios jurídicos, menos de justicia.

No hay duda de la existencia de una relación indesligable entre los actos de corrupción y el proceso justo.

iii) Actos de corrupción trasgrede el derecho a la participación política

"Se puede restringir el derecho a ser candidato a una elección a través de varios medios corruptos. Una Comisión Electoral puede ser completada

[70] Ver: "*La corrupción y derechos humanos. Estableciendo el vínculo*". La Publicación, editado por la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública La Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública (EGAP) del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-México, 2009. Págs. 45-46, en: http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf, fecha de acceso 23 de junio del 2017.

políticamente o ser objeto de tráfico de influencia o de soborno y por esas razones puede descalificar a un candidato(a) o rechazar la autorización para su registro. El tráfico de influencias ocurre cuando los comisionados electorales abusan de sus cargos para obtener una ventaja indebida (monetaria o de otro tipo) de una persona que se beneficiará con el resultado de la acción. Este tipo de corrupción viola el derecho a postularse para las elecciones.

Las prácticas corruptas también pueden afectar negativamente otro derecho de participación política: el derecho al acceso equitativo al servicio público. El acceso a los cargos en el servicio público debe estar basado en un proceso de designación objetivo y razonable. Diversas formas de prácticas discriminatorias, directas e indirectas, excluyen a las mujeres y frenan así su capacidad para participar en las actividades y organizaciones políticas.

En otros casos, las personas se involucran en actos de corrupción, como el soborno para obtener empleos en el servicio público. Cuando se dan o aceptan tales sobornos, se viola directamente el derecho al acceso equitativo al servicio público.

En general, no se permiten distinciones entre los ciudadanos para el goce de éste derecho por ningún motivo. Cualquier distinción debe realizarse sobre la base de criterios objetivos y razonables y sin discriminación alguna. Si se les niega empleo a los individuos o estos pierden sus trabajos en el servicio público porque se resisten a sobornar o ser sobornados, se viola su derecho al

acceso equitativo al servicio público y su derecho a la igualdad y a la no-discriminación como consecuencia de la corrupción"[71].

La democracia, no es solo un plebiscito; sino la expresión fiel de la voluntad de los ciudadanos. Es inevitable la existencia de mayorías y minorías; sin embargo, la democracia para ser tal, debe propugnar su coexistencia. La negación de la mayoría a la minoría, deviene en dictadura, por consiguiente, ya no es democracia.

Las democracias formales, precisamente tienen ese defecto. Las mayorías que optan por una postura política, sostienen que lo tienen todo: Es decir, el poder; por tanto, pueden hacer lo que el poder de las mayorías les otorgan; pero olvidan que existe una minoría que piensa y actúa distinto. Y eso es precisamente democracia.

La democracia es control, autocontrol y equilibrio de poderes. Solo así se garantiza la participación plena de los ciudadanos.

Hay una relación innegable e indesligable entre la política y el derecho. No hay una, sin la otra. Si la política se corrompe y cumple funciones ajenas al bien común, entonces es probable que las normas que aprueban y emitan, atienda a intereses mezquinos. De ahí la importancia de atender esta relación; pues no se debe olvidar que la probidad es la regla orientadora en el actuar de

[71] Ver: *"La corrupción y derechos humanos. Estableciendo el vínculo"*. La Publicación, editado por la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública La Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública (EGAP) del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-México, 2009. Págs. 50-51, en: http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf, fecha de acceso 23 de junio del 2017.

los funcionarios y servidores públicos -en este caso, nuestros políticos-. Si ésta falla, entonces, el Estado se deslegitima.

iv) Actos de corrupción puede trasgredir los derechos económicos, sociales y culturales

"Se debe considerar que los derechos analizados a continuación sólo sirven como ejemplos. La corrupción puede impactar sobre el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales. Al valorar si un acto de corrupción viola o no los derechos económicos, sociales y culturales, deben considerarse dos aspectos esenciales: (1) la obligación del Estado de dar cumplimiento progresivo a estos derechos y deberá priorizar el disfrute de los derechos humanos al destinar sus recursos. (2) Es de gran ayuda la aplicación de dos instrumentos analíticos: la tipología de los tres niveles de obligación del Estado (respetar, proteger y garantizar o cumplir (ver capítulo III) y los principios de disponibilidad y accesibilidad"[72].

Los actos de corrupción en su mayoría, están motivados por el afán de lucro personal, grupal o familiar. De materializarse la apropiación, entonces el Estado se ve afectado en cuanto a sus recursos. Y si no tiene recursos, no podrá cumplir con sus obligaciones más elementales de servicio esenciales, por consiguiente, los actos corruptos, necesariamente afectan los derechos económicos, sociales y culturales.

[72] Idem. Pág. 57.

v)Actos de corrupción puede trasgredir el derecho a la salud

El Tribunal Constitucional, ha señalado de manera reiterativa que "El derecho a la salud constituye un derecho constitucional. Conforme al artículo 7 de la Constitución, "Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad (…), así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. (…)". El contenido o ámbito de protección de este derecho constitucional consiste en la "facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo". (STC 1429-2002-HC/TC, FJ 12, segundo párrafo). El derecho a la salud, entonces, "se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado" (STC 1429-2002-HC/TC, FJ 13). Este doble aspecto del derecho a la salud se orienta ciertamente a posibilitar un *estado pleno de salud*[73].

El Estado tiene el deber de promover, proteger y prevenir la salud de sus ciudadanos. Pero esa finalidad solo puede ser cumplida cuando se tiene recursos destinados para ello.

Sin embargo, esta meta no será posible cuando actos de corrupción se apropian o mal utilizan los caudales del Estado, en consecuencia, o no hay servicios o, si las hay, éstas serán de mala calidad, por lo tanto, los que más sufren dichos efectos, serán los más necesitados.

[73]EXP. 7231-2005-PA/TC LIMA JAVIER GARCÍA CARDENAS, fundamento jurídico 1.

Pero no solo se trata de la actuación del Estado en la prevención; sino también del rol que juegan las grandes empresas farmacéuticas en la comercialización de las medicinas.

"Las prácticas corruptas en la industria farmacéutica son de especial relevancia. La promoción poco ética de fármacos puede generar conflictos de interés para los médicos y, terminar dañando la salud de los pacientes. Si no se regula bien el mercadeo de medicinas por las compañías farmacéuticas, los médicos, según han mostrado los estudios sobre el tema, pueden recetar fármacos bajo la influencia de los alicientes del mercadeo, medicamentos que pudieran no beneficiar (e incluso ser perjudiciales) a los pacientes y al sistema de salud. Si los Estados no protegen contra este tipo de abuso, podrán violar su deber para proteger el derecho a la salud (ver cuadro de texto 12). En términos generales, la corrupción en el sector de la salud ocurre de tres formas principales: en la administración de los recursos financieros (asignación de presupuesto, etc.); en la distribución de suministros médicos (compra, mercadeo) y en las relaciones de los trabajadores de la salud con los pacientes"[74].

viii)Actos de corrupción puede trasgredir el derecho a la educación

Según el Tribunal Constitucional[75] "El derecho a la educación es un derecho fundamental intrínseco y, a la vez, un medio indispensable para la plena realización de otros derechos fundamentales, por cuanto permite al

[74] Idem, Págs. 60-61.
[75] Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° ° 00853-2015-PA/TC AMAZONAS MARLENI CIEZA FERNÁNDEZ Y OTRA, fundamento jurídico 7 y 8.

ciudadano participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades (Expediente 00091-2005-PA/TC, fundamento 6). Atendiendo a ello, tiene un carácter binario, ya que no solo se constituye como un derecho fundamental, sino que se trata además de un servicio público.

En efecto, la educación también se configura como un servicio público, en la medida de que se trata de una prestación pública que explicita una de los fines del Estado o, también de terceros, pero con fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente la cobertura y calidad de estos, debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tantoel derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana (Expediente 04232-2004-PA/TC, fundamento 11)".

Al ser considerado como derecho fundamental y de servicio público, no podrá ser cumplido, si de por medio existen actos de corrupción, pues el Estado se encarece y, por ende, no podrá cumplir con sus fines esenciales.

"La accesibilidad implica que la educación debe ser accesible para todos sin discriminación. Se refiere no sólo al acceso físico sino también al económico. En este contexto, toda la educación debe poder ser costeada y la educación primaria debe ser gratuita. La aceptabilidad exige que la forma y el contenido de los programas de educación sean aceptables para los estudiantes

y para los padres (en términos de relevancia, adecuación cultural y calidad). La adaptabilidad implica que la educación debe adaptarse a las necesidades de las sociedades a medida que éstas cambian.

La corrupción es frecuente en el sector de la educación. En la mayoría de los países, las instituciones educacionales ocupan un largo porcentaje de los fondos públicos. Esto crea muchas oportunidades e incentivos para la corrupción. Las formas frecuentes de abuso incluyen: proposiciones o licitaciones amañadas, desfalco de fondos, cobros ilegales por las matrículas, ausentismo y fraude en los exámenes.

La mayoría de las prácticas corruptas en el sector de la educación infringe uno o más elementos del derecho a la educación. La corrupción puede restringir el acceso a la educación de muchas formas"[76].

2.2.2.5.- La Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción: Fundamentos y prescripciones importantes

i) Noción de Convención en el derecho

El término convención se utiliza en el ámbito del derecho internacional, para referirse a ciertos principios formales como por ejemplo: "La Convención Americana de los Derechos Humanos"; "La Convención de los Derechos del Niño", entre otros. Estos convenios son adoptados por organizaciones internacionales como las Naciones Unidas o la OEA o, también por la voluntad de los Estados.

[76] Idem, Pág. 64.

Las convenciones desarrolladas al amparo de las Naciones Unidas, se consideran de aplicación sólo en los países que las han ratificado y generalmente se considera que tienen la misma fuerza que los tratados internacionales. Algunas de las convenciones ratificadas por mayor cantidad de países son las convenciones de Ginebra, por ejemplo.

ii) Control de convencionalidad

Con la denominación de control de convencionalidad, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. Con anterioridad a ella, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos Myrna Mack y Tibi, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en Almonacid Arellano la Corte precisa sus principales elementos.

La CIDH, por primera vez en el caso Almonacid Arellano vs. Chile[77], define así al Control convencional:

[77] Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, fundamentos jurídico 124.
Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar. Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente. En 1978 se adoptó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictuosos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma, no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho.

"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. En el mismo sentido: Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.173"[78]. (NdelE: Destacado no está en el texto original)".

[78] Los hechos del presente caso se iniciaron el 22 de mayo de 1991, cuando se estableció en la Universidad Nacional Enrique Guzmán y Valle-La Cantuta un destacamento del Ejército. Se impuso en dicho centro educativo un toque de queda y controles a la entrada y salida de estudiantes. El 18 de julio de 1992, miembros del Ejército y del Grupo paramilitar Colina irrumpieron en las viviendas estudiantiles. Tras identificar a algunos de ellos con ayuda de una lista, se llevaron a los estudiantes Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Cóndor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas y Juan Gabriel Mariños Figueroa. Procedieron de la misma manera en las residencias de los profesores, siendo detenido el profesor Hugo Muñoz Sánchez. Bertila Lozano Torres y Luis Enrique Ortiz Perea permanecieron desaparecidos hasta el descubrimiento, en julio y noviembre de 1993, de sus restos mortales en fosas clandestinas en Cieneguilla y en Huachipa. Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas, Armando Richard Amaro Cóndor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heraclidas Pablo Meza y Juan Gabriel Mariños Figueroa continúan desaparecidos.
Se iniciaron investigaciones tanto en el fuero común como el militar. Se condenó a algunos de los denunciados. Sin embargo, el 14 de junio de 1995 el Congreso aprobó la Ley No. 26479, mediante la cual se concedía amnistía al personal militar, policial o civil involucrado en violaciones de

En el plano doctrinal, el Dr. Víctor García Belaunde y Palomino Manchego[79], han señalado que:"El control de convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. Y puede darse en dos niveles[80]:

a) Internacional: El control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, CADH), disponiendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la vigencia de tal Convención y de otros instrumentos internacionales en este campo. Igualmente, procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH) para garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Convención.

Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, la Corte), por vía jurisprudencial, impone al Estado a tomar medidas legislativas o de otro carácter para lograr tal finalidad. Este control puede

---

derechos humanos cometidas desde mayo de 1980 hasta la fecha de promulgación de la ley efectuada el mismo día.

[79] GARCIA BELAUNDE Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José F.. "El control de convencionalidad en el Perú". Publicada en AA.VV. Controle de Convencionalidade. Um panorama latino-americano. Luiz Guilherme Marinoni y Valerio de Olivera Mazzuoli (coords.). Brasilia: Gazeta Jurídica Editora, 2013 y en el Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional (Arequipa, 18-20 de abril de 2013). La presente versión ha sido revisada y corregida para su nueva publicación, respetando la fecha en que fue terminada (Nota de diciembre de 2012). Así como también en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8955, fecha de acceso 16 de junio del 2017.

[80] Véase Bazán, Víctor. Estimulando sinergias de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad». En Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales. Querétaro: Fundap, 2012, pp. 12 y ss.

alcanzar a la normativa en general (leyes, reglamentos, etc.), y a la Constitución, esto último no tan frecuente y con alcances limitados (véase como excepción notable el caso «La última tentación de Cristo» de 2006). Pero aquí nos centramos en el primer supuesto. Y en el entendido de que es un control a nivel supranacional.

b) Interno: esta modalidad se despliega en sede nacional, y se encuentra a cargo de los magistrados locales. Consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos), y a los estándares interpretativos que la Corte ha formulado a través de su jurisprudencia. Se efectúa una interpretación de las prácticas internas a la luz o al amparo del corpus iuris básico en materia de derechos humanos, y sobre lo cual la Corte ejerce competencia material, que se expresa en su jurisprudencia. Desde este punto de vista, el control de convencionalidad es un principio que, debidamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en cada Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales.

Como se puede advertir, el control convencional es importante para una convivencia racional en un Estado Constitucional. Si por razones políticas o de coyuntura, un Estado actúa en contravención a la Constitución y la Convención, entonces, los ciudadanos tienen una última oportunidad para poder reclamar sus derechos, alegando trasgresión de uno o más prescripciones normativas presentes en la Convención.

Explicando de manera sucinta esta postura, el Dr. Ferrer Mac- Gregor[81], ha señalado que "El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter "concentrada" por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter "difusa" por los jueces nacionales, en sede interna".

iii) Obligación de los Estados por hacer control constitucional y convencional

En el caso Boyce y otros Vs. Barbados[82], la Corte IDH explica de manera concreta de qué forma debe ser implementado el control de convencionalidad en el ámbito interno. Da pautas a los tribunales nacionales que no solo deben limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino también de convencionalidad. Así señala lo siguiente en la sentencia antes referida:

"…77. La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un

[81] FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "El Control Difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional". En: http://scholar.google.com.pe/scholar_url?url=http%3A%2F%2Fwww.publicaciones.urbeetius.org%2Findex.php%2Fuei%2Farticle%2Fview%2F43%2F27&hl=es&sa=T&oi=ggp&ct=res&cd=0&ei=P-9dWqGEMsLpmAHBhouAAg&scisig=AAGBfm1qan52n_ctmg0526QuybU7eMp3Yg&nossl=1&ws=1366x650, fecha de acceso el 10 de enero del 2018.

[82] Caso *Boyce y otros Vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 77 al 80.
Los hechos del presente caso se desarrollan en el marco de la naturaleza obligatoria de la pena de muerte impuesta a personas condenadas por homicidios en Barbados. Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamín Atkins y Michael McDonald Huggin fueron condenados por el delito de homicidio y condenados a muerte mediante la horca, bajo la sección 2 de la Ley de Delitos del Estado contra la Persona. De conformidad con esta disposición, una vez que una persona sea condenada por el delito de asesinato, ningún tribunal puede evaluar si la pena de muerte es un castigo adecuado a las circunstancias particulares de la víctima. Las cuatro personas estuvieron sometidas a condiciones degradantes en los centros de detención. El señor Atkins murió por motivos de enfermedad. Los otros tres continúan detenidos.

análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era "convencional". Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que[:]

el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas […] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del

mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[83].

79. En concordancia con lo expuesto, la Corte ha expresado en otras oportunidades que una "cláusula de exclusión" que se encontraba en la Constitución de Trinidad y Tobago tenía el efecto de excluir del escrutinio judicial ciertas leyes que, de otra forma, serían violatorias de derechos fundamentales. De manera similar, en el presente caso, el artículo 26 de la Constitución de Barbados le niega a sus ciudadanos en general, y a las presuntas víctimas en particular, el derecho de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida.

80. En este sentido, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento…".

El control convencional, no es una potestad discrecional; sino obligatoria. La razón de esta aseveración radica en la primacía de los derechos fundamentales, frente a otros derechos de los estados, como por ejemplo la autonomía o la denominada "autodeterminación".

[83] Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Cfr. Corte IDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

Atendiendo a lo antes indicado, los jueces en general (más no solo los jueces constitucionales), tienen el deber de advertir en la práctica jurisdiccional si ciertas normas o prácticas, contravienen o no la Constitución y la Convención, donde el Perú es parte. Si este último sucede, entonces tienen la obligación de realizar el control convencional. Y como es lógico, dando razones para ello.

iv) La Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, a la fecha ha sidosuscrita por 140 países, siendo ratificada por la mitad de ellos. En ella se incluye a todos los iberoamericanos. Ratificado por 18 países, entre ellos tres países iberoamericanos: El Salvador,México y Perú. Conforme a lo dispuesto en su artículo 68, estaConvención entrará en vigor el nonagésimo día después de la fecha enque se haya depositado el trigésimo instrumento de ratificación,aceptación, aprobación o adhesión por parte de Estados signatarios[84].

La Convención fue aprobada en 2003 y está vigente desde 2005. Constituye el instrumento global más completo en materia de lucha contra la corrupción, que expresa la voluntad y la decisión política y jurídica de los Estados miembros.

[84]La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción estuvo abierta a la firma de todos los Estados del 9 al 11 de diciembre de 2003 en Mérida, México, y después de esa fecha permanece abierta a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, hasta el 9 de diciembre de 2005. Su artículo 67.2 abre también la Convención a la firma de las organizaciones regionales de integración económica, pero para los efectos de su entrada en vigor se consideran solamente las ratificaciones por parte de los Estados.

Nuestro país, fue impulsor de dicha Convención y ha participado en el Programa Piloto de Revisión de la Implementación de la Convención.

Esta Convención es más conocida por su sigla en inglés que se resume en UNCAC; sin embargo, en el castellano tiene la siguiente sigla: CNUCC.

La Convención tiene como premisa y justificación el reconocimiento *"…de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella,…y de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la le*y,"[85]. Y esa realidad no es falsa, sino actual y corroborable en cualquier actividad humana de hoy. Además, nuestro país hoy sufre el embate de la corrupción desde todos los ámbitos, por lo que se hace evidente y urgente la observancia de los parámetros convencionales.

La Convención, tiene algunas definiciones y contenidos saltantes en el ámbito del derecho penal sustantivo, que a continuación se presenta y analiza[86].

[85] Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.
[86] Se tiene como fuente la publicación titulada *"La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo"*, editado por La Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública (EGAP) del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-México, en: http://www.ichrp.org/files/reports/52/131_report_es.pdf, fecha de acceso 13 de mayo del 2017.

a) Los denominados actos corruptos

La Convención prevé la prevención y sanción de quienes actúan en contravención a sus deberes que el Estado les ha otorgado. Esa contravención a los deberes especiales que tienen es el denominado "actos corruptos".

La Convención brinda la lista más reciente y amplia de tales actos que son la expresión del deber especial violentado.

La Convención, representa a una amplia gama de puntos de vista, al ser el único tratado anticorrupción abierto a la membresía universal, ya que todas las otras convenciones son regionales.

A continuación presentamos en forma resumida los actos de corrupción medulares. Es importante observar, sin embargo, que esta no es una lista exhaustiva. El desarrollo progresivo pudiera incrementar esta lista, incluyéndose otros actos en el futuro. Además ésta es posible, más aun cuando la criminalidad viene adquiriendo formas más sutiles para sacar provecho de las ventajas que da el relacionarse de algún modo con el Estado.

i) **Soborno (Arts. 15 y 16 CNUCC)**

Puede definirse como la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido, a un funcionario público, o que éste solicite o acepte, directa o indirectamente, un beneficio indebido para sí mismo u otra persona o entidad a cambio de que el servidor actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

Se reconocen varias formas distintas de soborno. Al acto de ofrecer un soborno se le conoce comúnmente como soborno activo y al acto de aceptarlo como soborno pasivo. Además, la definición de soborno varía cuando el acto se refiere a un servidor público extranjero o cuando se produce, exclusivamente, en el sector privado. El soborno a los funcionarios públicos extranjeros y a los funcionarios de organizaciones públicas internacionales, también llamado soborno transnacional, añade la condición de que la ventaja indebida dada al funcionario debe estar en el contexto de actividades comerciales.

El soborno en el sector privado, o el soborno privado-a-privado, puede definirse como la promesa, el ofrecimiento o la concesión de un beneficio indebido, directa o indirectamente, a cualquier persona que dirija o trabaje, en cualquier capacidad, en una entidad del sector privado; o la solicitud o aceptación de un beneficio indebido por parte de cualquier persona que dirija o trabaje, en cualquier capacidad, para una entidad del sector privado, para sí mismo o para otra persona con el fin de que, en quebranto de sus deberes, actúe o rehúse actuar.

c) Malversación o peculado (Art. 17 CNUCC)

Se define como la apropiación indebida u otro desvío, por parte de un funcionario público, para fines no relacionados a aquéllos hacia los cuales los activos fueron destinados, para su beneficio o para el beneficio de otra persona o entidad de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se haya confiado al funcionario público en virtud de su

cargo. La malversación también puede ocurrir en el sector privado en el transcurso de las actividades financieras o comerciales.

En la doctrina se ha discutido ampliamente, sí hay suficientes argumentos para seguir sosteniendo a la malversación como delito; sin embargo, la CNUCC ha optado por considerar como delito, en consecuencia, nuestro país como tributario de ella tiene que seguir considerando como tipo penal.

d) Tráfico de influencias (Art. 18 CNUCC)

Se puede definir como la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona, o la solicitud o la aceptación, por parte de un funcionario público u otra persona, directa o indirectamente, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia, real o supuesta, para obtener de una administración o autoridad pública un beneficio indebido para el instigador original del acto o para cualquier otra persona. Para algunos es irrelevante si la influencia se ejerce realmente o no y si se alcanza o no el resultado que se pretendía. El tráfico de influencias se divide también, por lo general, en su forma activa (otorgar un beneficio a cambio de influencia) y su forma pasiva (solicitar o aceptar un beneficio a cambio de influencia).

Este tipo penal se encuentra prescrito en nuestro país, siguiendo los lineamientos de la CNUCC.

e) Abuso de funciones (Art. 19 CNUCC)

Se puede definir como la realización u omisión de un acto en violación de la ley, llevado a efecto por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad.

En el Perú se ha tipificado como abuso de autoridad que es un tipo penal de comisión y, el de omisión se ha tipificado como incumplimiento de los deberes funcionales.

f) Enriquecimiento ilícito (Art. 20 CNUCC)

Se ha considerado como un incremento significativo del patrimonio de un funcionario público que no puede justificarse razonablemente en relación con sus ingresos legítimos. Este es un asunto especialmente polémico. Algunos alegan que la criminalización de esta conducta infringiría el principio de la presunción de inocencia y que invierte la carga de la prueba. No obstante, ciertas decisiones jurídicas tienen un punto de vista contrario.

En nuestro país, este tipo penal se encuentra prescrito y vigente, aunque con algunas variantes en su configuración. Además, la inversión de la carga de la prueba no ha limitado para sustentar su vigencia, máxime si en la persecución de la criminalidad se hace referencia a la denominada *"carga dinámica de la prueba*".

g) La persecución a los actos corruptos, no solo a delitos de resultados, sino principalmente a los de peligro.

El Art. 3, inciso 2 de la Convención, señala expresamente lo siguiente: "Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado".

A partir de esta premisa, podemos afirmar que la Convención punibiliza el comportamiento que pone en peligro el bien jurídico e incluso los actos preparatorios; pues considera que los resultados del hecho incriminado devienen en relevante solo para determinar la pena, más no para considerar como delito.

La Convención al adherirse a los postulados y fundamentos de los delitos de peligro, entiende que el combate a la corrupción, no solo será con posterioridad a su realización, sino debe también prevenirla. Por ello en el Art. 1, inciso a), señala que: "Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción…"

La aceptación y fundamentación de los delitos de peligro, no ha sido pacifica en la doctrina y jurisprudencia; sino todo lo contrario. Veamos algunas precisiones:

i) Significado de peligro, riesgo y miedo, en relación a su concepción artificial no normativa. El daño[87]

Nos dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, acerca de los siguientes términos que:

Peligro: "es el riesgo o la contingencia inminente de que suceda algún mal", agregando una segunda acepción según la cual peligro también es "el pasaje, paso, obstáculo u ocasión en que aumenta la inminencia del daño".

Riesgo: se entiende como "peligro, contratiempo posible, daño, siniestro eventual garantizado por las compañías de seguros mediante el pago de una prima, exposición". Miedo: "es el sentimiento de gran inquietud suscitado por un peligro real o imaginario"[88].

Los anteriores conceptos marcan una pauta muy interesante dentro del tema de estudio, pues tienen gran relevancia para el desarrollo de nuevos conceptos penales. Es más, tienen su fundamento primero en esas ideas.

En la fundamentación de los delitos de peligro abstracto, es de gran importancia el término peligro del que Maurach nos dice que: "se califica de peligro a un estado irregular, no usual, en el que dadas las circunstancias

[87] MADRIGAL NAVARRO, Javier (2015). Delitos de peligro abstracto. Fundamento, crítica y configuración normativa. Publicado en Revista Judicial N° 115, Costa Rica, Marzo del 2015; también se encuentra en: https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/revista_115/pdfs/010delitos.pdf, fecha de acceso el 12 de junio del 2017.
[88] Larousse, Nuevo Diccionario Manual Ilustrado, por Ramón García-Pelayo y Gross, 2000.

concretas, se considera probable, según una provisión posterior-objetiva, la producción de un daño"[89].

De los datos o informaciones reseñadas precedentemente, podemos establecer con seguridad que los componentes característicos del peligro son: 1) La probabilidad de que se produzca un resultado o riesgo inminente y 2) El carácter dañoso o lesivo de ese resultado. Consecuentemente, si falta uno de esos dos componentes no estaríamos ante un peligro real. Por ello, como señala Von Rohland: "No hablamos de peligro cuando la producción de un acontecimiento es imposible o, por el contrario, cierta. Tampoco cuando el mismo concuerda con nuestros intereses o no los afecta"[90] .

Hay dos concepciones en el derecho penal, sobre el peligro[91]:

a) **Concepción subjetiva del peligro**: Deriva de la óptica causal-mecanicista sobre el mundo. Según esta concepción, todos los fenómenos están sujetos a la necesidad y a las reglas de la causalidad.

Surge entonces la duda y la necesidad, y con ellas, el peligro. Por ello el peligro es sólo el aspecto subjetivo de esa posibilidad pero carece de entidad como fenómeno real, calificándose así como "el hijo de nuestra ignorancia". Dicho de otro modo, si conociéramos todas las leyes de la causalidad, no tendríamos ninguna duda sobre las consecuencias de determinado evento y el peligro no existiría. Hoy en día esta concepción ha sido abandonada en el

[89] MAURACH, Reinhart (1962). Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Ediciones Ariel, Tomo I, Pág. 277
[90] VON, Rohland (1976). La puesta en peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal, Barcelona, Bosch, Pág. 18.
[91] MADRIGAL NAVARRO, Javier (2015). Ob. Cit.

ámbito del derecho penal, aunque se puedan encontrar algunos rezagos de ella, pero ya sin mucha trascendencia.

b) **Concepción objetiva del peligro**: Entiende al Peligro como probabilidad/posibilidad de lesión. Para esta postura, el Peligro es una realidad (concepción objetiva). Lo importante es determinar si existió la situación de peligro en un caso o hecho particular y concreto. Para ello es necesario previamente establecer el llamado "grado de probabilidad", es decir, cuál es el grado de posibilidad exigido, para ser considerado como peligro.

c) **Concepción normativa del peligro**: La teoría normativa del peligro trata precisamente de poner en relación el peligro objetivo real y el peligro aparente ex ante, relevante desde la perspectiva del derecho penal. En el estado actual de la ciencia no se conocen todas las leyes de probabilidad, lo que implica que, en el caso concreto, incluso conociendo todas las circunstancias concurrentes en una determinada situación, existen factores que actualmente para nosotros son aleatorios y de los que depende que se produzca o no el resultado lesivo. Por consiguiente, el concepto normativo de peligro, como concepto de peligro válido para el Derecho Penal, se ha de definir como "probabilidad de lesión de un bien jurídico penal". El grado de probabilidad exigible, será lo que determine, en un primer momento, la idoneidad de ese peligro para lesionar el bien jurídico[92].

[92] CORCOY BIDASOLO, Mirentzu (1999). Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos, Tirant lo Blanch, Valencia, Págs. 34 y 45.

ii) Delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto.

Delitos de peligro concreto son aquellos en que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro. En consecuencia, tales delitos sólo se consuman cuando se ha producido realmente el peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en cada caso particular. El maestro Bacigalupo que:

"La teoría ha distinguido tradicionalmente entre delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario. La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto requiere, además de la acción, el peligro real sufrido por el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción. Por este motivo, estos últimos no se diferencian de los delitos de pura actividad. La distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto resulta acaso superflua: sólo interesan los delitos de peligro concreto"[93].

Al respecto, también el maestro alemán Claus Roxin señala que los delitos de peligro concreto: "son aquellos delitos que requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real, cierto, manifiesto y evidente para un objeto protegido por el tipo penal. En otras palabras, son aquellos en que el respectivo tipo penal exige la causación efectiva y cierta de un peligro; por esa razón, estos delitos sólo se consuman cuando se ha producido realmente

[93] BACILALUPO, Enrique (1999). Derecho Penal, Parte General, Pág. 312.

un peligro, lo cual obliga a demostrar esa circunstancia en el caso particular. Los delitos de peligro son delitos de resultado. Este peligro se comprueba por medio de una reconstrucción de los hechos posterior que contenga una visión objetiva de lo sucedido; si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. En el peligro de resultado debe haberse realizado en un resultado que suponga un resultado de "peligro concreto" que ha de incluir todas las circunstancias conocidas con posterioridad a la acción que la originó, y ello debe incluir, en primer lugar, que exista un objeto de la acción y que haya entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar, la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción. P.e. los adelantamientos temerarios"[94].

La Convención, acogiendo la doctrina antes señalada, también ha prescrito en el Art. 27, inciso 2 y 3, lo siguiente:

2.- Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, toda tentativa de cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

3.- Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su

[94] ROXIN Claus (1997). Derecho Penal Parte General, 1ª Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, Pág. 336.

derecho interno, la preparación con miras a cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención.

De lo antes reseñado en la Convención, se tiene que permite en la persecución penal a los actos de corrupción: la punibilidad de los actos preparatorios; así como la puesta en peligro de los bienes jurídicos. Ello no significa el abandono de los delitos de resultado; sin embargo, prima lo antes indicado.

h) La prescripción de la potestad punitiva del Estado.

En la persecución de los delitos de corrupción, el plazo de prescripción de la potestad punitiva del Estado, juega un papel importante. Por ello el Art. 29 de la Convención, señala que: "Cada Estado Parte establecerá, cuando proceda, con arreglo a su derecho interno, un plazo de prescripción amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención y establecerá un plazo mayor o interrumpirá la prescripción cuando el presunto delincuente haya eludido la administración de justicia".

La experiencia permite señalar, que muchos funcionarios públicos inmiscuidos en actos de corrupción, han abusado de la figura de prescripción o, amparándose en ella, han podido seguir esquilmando al Estado. Entonces, en esta realidad, se funda la necesidad de que la persecución penal en los delitos de corrupción de funcionarios, tenga una atención especial cuando se trata de delimitar la prescripción.

En nuestro país, hoy la prescripción para los delitos cometidos por funcionarios públicos, es casi imprescriptible. Incluso con mucha pasión se discutió la imprescriptibilidad de la persecución penal; sin embargo, ello no prosperó, pero ha dejado una huella o consecuencia: El Estado puede logar la condena si acredita la comisión del delito y, hay poca posibilidad de la prescripción.

i) Actos especiales de investigación en la CNUCC

La Convención, también contiene prescripciones relativas al proceso penal, entre ellas a la investigación de los actos de corrupción. Por ello ha prescrito en el Art. 50, inciso 1) lo siguiente: " que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y conforme a las condiciones prescritas por su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias, dentro de sus posibilidades, para prever el adecuado recurso, por sus autoridades competentes en su territorio, a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, a otras técnicas especiales de investigación como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, así como para permitir la admisibilidad de las pruebas derivadas de esas técnicas en sus tribunales".

Los grandes actos de corrupción ligados al Estado, generalmente están relacionadas a organizaciones criminales que se encuentran dentro o fuera o interrelacionados al Estado. Entonces, la identificación se convierte en difícil, más aun, cuando como toda organización busca mecanismo para no dejar huellas y seguir actuando en la impunidad.

Entonces, lo más resaltante en la persecución penal de los últimos años, tiene su éxito en los colaboradores eficaces, en los agentes encubiertos; es decir, en actos de investigación con inteligencia. Aunque ésta tenga sus deficiencias, pero hoy se convierten en mecanismos más sensatos, más eficaces en la persecución de la criminalidad en general. Y la Convención por su puesto lo ampara.

j) Sobre autoría y participación en la CNUCC

La Convención preveyendo que en las comisión de delitos de corrupción, puedan participar muchos imputados, ha señalado en el Art. 27, inciso 1) lo siguiente: "Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente Convención".

La criminalidad que actúa en el Estado, no puede y no lo hace en forma individual, sino en conjunto: En organización. Entonces, aquí juega un rol esencial la necesidad de investigar y determinar con claridad el rol de cada sujeto participante en un hecho criminal denominado acto corrupto. No solo con el fin de imponer la pena, sino también para saber cómo funcionan, cómo actúan y lógico prever el futuro, evitando así la reiteración delictiva en el Estado.

2.2.2.6.- La intervención en el delito

Los hechos criminales son cometidos por una sola persona o, también por varias a la vez. La realización del primer supuesto no genera mayor problema de determinación; sin embargo, se hace difícil la determinación de una intervención plural y, como es lógico genera controversias y la necesidad de dar respuestas primero en abstracto y, luego en casos concretos.

Vale resaltar lo que el Dr. García Cavero ha señalado "La determinación de la autoría del delito resulta muy sencilla cuando el hecho delictivo es completamente preparado, ejecutado y consumado por una única persona. Se trata de una autoría en solitario que no requiere mayor análisis. Los problemas surgen, más bien, cuando son varias las personas que intervienen en el hecho punible, suscitándose la cuestión de quiénes deben responder como autores del delito"[95].

a) Autoría

Se trata de un alguien a quien el tipo penal designa con la formula simple "el que". Significa lo que venimos decir que todo tipo penal de la parte especial es un tipo de autoría dado que "el injusto es un injusto personal"[96].

Lo antes señalado, es un concepto general y primario; pues como se podrá apreciar más adelante, la idea de autor varía teniendo en cuenta la

[95] GARCIA CAVERO, Percy (2008). Lecciones de Derecho Parte General, editorial Grijley, Pág. 555.
[96] VILLA STEIN, Javier (2014). Derecho Penal Parte general, editorial Grijley, Pág. 367.

concepción particular que se tiene de ella, así como del tipo penal en particular en que se sustenta.

b) Autor y Participe

Como se ha señalado precedentemente, los delitos no siempre los perpetra una sola persona, puede haber una pluralidad de agentes. De aquí surge la necesidad de determinar los grados de responsabilidad de cada uno de ellos a partir de la naturaleza de su aporte. Unos son coautores, autores mediatos, otros participes, etc. Pero la determinación de la intervención de cada uno de ellos en una participación plural, y los criterios para decidir para cada caso qué calidad tienen los intervinientes, han surgido diversos sistemas[97], como son sistema Unitario, Sistema diferenciador, Concepto extensivo de autor y concepto restrictivo de autor, entre otros.

c) **Participación.-**

El participe aporta a la realización del hecho criminal. Desde la postura de la teoría del dominio del hecho, no realiza formalmente el tipo aunque colabore con su realización o induce o instiga al autor. Por esta razón, su intervención es dependiente del acaecimiento delictivo principal y no estando comprendida su conducta en el tipo realizado podrá quedar impune si el legislador no hubiera ampliado la punibilidad a la contribución periférica que terceros hacen la realización típica[98]. Las formas de participación son: La instigación, complicidad, cómplice primario y cómplice secundario.

[97] Idem. Pág. 369.
[98] VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit. Pág. 388.

d) Teoría del dominio del hecho

Es una teoría de gran difusión u aceptación, además, es una superación de las anteriores teorías[99] que pretendieron explicar la autoría en el derecho penal. No debe olvidarse, que en el lapso de su existencia, se ha discutido variadas posturas sobre autoría y participación, es más, se ha aplicado estos criterios en la administración de justicia.

El Dr. Gálvez Villegas, ha indicado que "Se consideran como delitos de dominio a aquellos cuyo autor no requiere de calificación o cualidad especial alguna, y el reproche penal se centra en la concreción de la propia acción, esto es, tienen como núcleo de la imputación, la afectación concreta al bien jurídico(lesión o puesta en peligro) así como en la infracción del deber general negativo de no dañar a nadie y comportarse conforme a los mandatos normativos generales; el título de imputación no se centra en la condición especial del agente sino en el propio hecho".

La teoría del dominio del hecho, fue sistematizada y explicada al principio por Hans Welzel y desarrollada posteriormente por el maestro Claus Roxin.

Para Welzel "surge de las determinaciones fundamentales de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa,

[99] Concepto unitario formal: Denominado concepto unitario clásico por Kienapfel, no admite ninguna forma distinta en que se pueda desarrollar la autoría; todos los participantes en un hecho son autores del mismo.

dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que es establecer el centro personal de la acción del hecho antijurídico"[100].

Es una teoría objetiva-subjetiva; porque parte de un concepto restrictivo de autor al sustentar que no toda contribución causal puede fundamentar autoría, sino sólo la realización de una acción típica, el mismo que se encuentra contenido en cada tipo penal en particular.

Pero dicha realización de la acción típica (según el sustento de sus partidarios), no es sólo la ejecución material y objetiva del hecho, sino mucho más.

El hecho es la obra de una voluntad que conduce el suceso, pero solamente podrá ser autor la figura clave o central del suceso, quien domina el curso del hecho; es decir, quien tiene la capacidad de poder decidir sobre la realización del hecho delictivo a través del dominio de la acción con relación al autor individual, el dominio de la voluntad con relación al autor mediato y el dominio de la acción funcional con relación a los coautores[101].

Para aplicar el concepto del dominio del hecho se debe tener en cuenta diversos criterios, entre los cuales tenemos: el transcurso y resultado del hecho dependen decisivamente de la voluntad del autor; la capacidad de hacer

[100] WELZEL, Hans (1976). Derecho Penal alemán. Parte General. Traducción de la edición alemana de Conrado A. Finzi, editorial Depalma, Buenos Aires, pág. 145.
[101] VILLAVICENCIO TERREROS Felipe (2009). Derecho Penal, Parte General, Editora Jurídica Grijley, Lima, Pág. 466.

continuar, dar el giro decisivo y de impedir el hecho también, y la subordinación de la voluntad del partícipe[102].

La teoría del dominio del hecho, es una variedad de la teoría, que puede considerarse como una teoría material-objetiva[103]. Como se ha señalado precedentemente, es autor, quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de esa posibilidad. En la opinión del maestro Wezel: *es el hecho de tener intencionalmente en las manos el desarrollo del acto típico.* Así, es autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de la misma.

Por su parte, el instigador y el cómplice, intervienen en la ejecución del comportamiento, pero no tienen el dominio de su realización. Según el maestro Claus Roxin, principal exponente de esta concepción, es autor respecto a una pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura "clave o central" del suceso. Se trata de una síntesis de factores objetivos y subjetivos. Así, la comisión del delito depende del control que tenga el agente sobre el desarrollo de la acción y de su consumación.

Las principales consecuencias de la teoría del dominio del hecho[104], tanto en el plano teórico y también práctico, son las siguientes de manera general:

---

[102] MAURACH Reinhart (1962). Tratado de Derecho Penal, Ediciones Ariel, Barcelona, Pág. 343.
[103]Desarrollada a partir de la teoría final de la acción. Ver MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes, Derecho Penal Parte General, Editorial Tirant Lo Blach, 2 Edición, Valencia, 1996, Pág. 451.
[104]ROXIN, Claus, Op. Cit. Pág. 103.

- Es autor quien ejecuta todos los elementos del tipo (dominio de acción).
- Es autor quien ejecuta el hecho valiéndose de otro como instrumento (dominio de la voluntad).
- Es autor el que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho) aunque no sea un acto típico en sentido estricto, pero, participando de la común resolución delictiva.

El maestro Villavicencio[105], ha resumido tres formas de manifestación del dominio del hecho que son los siguientes:

i) **Dominio de la acción**: El autor realiza él mismo la acción típica. Se trata de la autoría inmediata, donde se indaga qué influencia ejerce la realización del tipo de propia mano sobre la autoría. "Quien no coaccionando y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo, es autor"[106].

ii) Dominio de la voluntad: Se trata de la autoría mediata, donde el sujeto realiza el tipo mediante otra persona que le sirve de intermediario; aquel domina la voluntad del otro. Se busca señalar hasta qué punto un individuo, en virtud de su poder de voluntad, puede ser autor sin necesidad de intervenir en la comisión del delito. "Se trata de casos en los que falta

[105] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A. (2007). Derecho Penal Parte General. Editorial Grijley, Lima, Pág. 467.
[106] ROXIN, Claus. Op. Cit. 149.

precisamente la "acción" ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de voluntad rectora"[107].

iii) Dominio del hecho funcional: Se basa en la división del trabajo y sirve de fundamento a la coautoría. Se establece en qué medida un individuo, sin realizar la acción típica ni tener el poder de voluntad sobre el actuar de otros, sólo con su colaboración, puede llegar a ser considerado como elemento central en la comisión del delito. "Entre las dos regiones periféricas del dominio de la acción y de la voluntad, que atiende unilateralmente sólo al hacer exterior o al efecto psíquico, se extiende un amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni una ni otra clase de dominio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa en la realización del delito en los que la acción típica la lleva a cabo otro"[108].

Estas son algunos de los fundamentos de la teoría del dominio de hecho; sin embargo, éstas no son únicas, menos su aceptación es pacífica. Sin apartarse de éstos fundamentos, aunque con sesgo más funcionalista jakobsiano, el maestro García Cavero, sostiene que. "Un delito de dominio puede ser realizado por un hecho en el que han intervenido varias personas. En este caso, la creación del riesgo prohibido o su realización en el resultado tiene lugar gracias al aporte de diversas personas. Debe quedar claro que no se trata de una simple aportación causal al hecho o del incumplimiento de una posibilidad fáctica de impedir el resultado, sino que la competencia

[107] Idem, Pág. 164.
[108] Idem, Pág. 304

conjunta por el delito de dominio solamente se podrá sustentar si el aporte de cada interviniente ha tenido lugar en un contexto social delictivo. El aporte que no se realiza en el contexto social no tendrá un carácter vinculante respecto del hecho delictivo, por lo que el autor de dicho aporte no podrá ser considerado un interviniente en sentido jurídico penal"[109].

e) Teoría de infracción del deber

e.1.- El surgimiento de infracción del deber

Según la literatura o doctrina penal, hay dos posturas para explicar la autoría y participación en un evento delictivo: El Dominio del hecho e infracción del deber. Cada una de ellas tiene una particularidad y explica o pretende explicar una realidad también particular. Además desde el ámbito doctrinal, no es posible la aplicación indistinta de éstas; sino todo lo contrario: O es una u otra, pero los dos a la vez.

Según Roxin[110], "Los delitos de infracción al deber, son aquellos delitos en los que se infringe un deber jurídicamente tutelado, el reproche penal iría dirigido a la infracción de un deber específico del sujeto activo sin importar cómo lo realice". También se pudo establecer fundamentando la teoría de infracción del deber, que no era importante el dominio que se tuviera sobre el hecho; sino determinar en cabeza de quien estaba proteger el deber especialísimo del bien jurídico.

[109] GARCIA CAVERO, Percy (2008). Lecciones del Derecho Penal. Parte General. Editorial Grijley, Lima, Págs. 563-564.
[110] ROXIN, Claus. Op. Cit. Pág. 330.

Lo más importante, para esta postura teórica, era establecer la infracción del deber por parte de la persona que tiene el deber de respetar y proteger este deber y verificar si éste había cumplido o no. Estos deberes son personalísimos y recaen sobre la persona que tiene el deber de proteger y cuidar el bien jurídicamente tutelado.

Para determinar la autoría del delito, según Roxin, hay que verificar que se haya producido la infracción del deber por parte del intraneus y también es importante verificar cualquier extraneus que haya colaborado en la trasgresión al deber especial.

Entonces, según Roxin, el intraneus sería el autor del delito, pues habría infringido dolosamente su deber, así no haya éste dominado los hechos y, los que hayan colaborado con éste delito, pero no tengan la cualidad específica exigida por el tipo, serían siempre partícipes del mismo delito".

Como se puede advertir, la teoría de infracción del deber es la superación de la teoría del dominio del hecho. O mejor, llena los vacíos de ésta última; por lo que se convierte en su complemento necesario y urgente, para poder afrontar con éxito el combate a la criminalidad.

La aparición y sustentación de los delitos de infracción del deber, no niega o sepulta a la teoría del dominio de hecho; pues ésta última sigue vigente, es más, muchos de los tipos penales, solo pueden explicarse a través de ésta teoría, por lo que es desacertado señalar que hay una complementariedad necesaria entre éstas teorías.

Al margen de estos datos históricos importantes, como señala el maestro Pariona Arana[111], "En la actualidad, la teoría de los delitos de infracción del deber se ha consolidado científicamente. Sin embargo, aún existen algunas críticas contra sus postulados. Puede mencionarse, como ejemplo, la objeción que señala que no sería plausible recurrir a deberes especiales extrapenales para la fundamentación de la autoría penal. Las críticas ponen de relieve que el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción del deber no ha concluido y que es todavía una tarea pendiente para la ciencia del Derecho Penal".

e.3.- Doctrinas que explican la teoría de infracción del deber

i) Los delitos de infracción de deber en el pensamiento de Claus Roxin

Según el planteamiento de Roxin, 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»[112].

[111] PARIONA ARANA, Raúl (2014). Derecho Penal consideraciones dogmáticas y político criminales. Editorial Instituto Pacífico SAC, pág. 113.

[112]ROXIN, Claus. Derecho Penal-parte general (2000). Que los deberes en los delitos de infracción se refieren únicamente a determinados obligados especiales quedó más claro en el pensamiento de Roxin a partir de la 3ª edición de su monografía sobre la autoría, puesto que en ella Roxin corrigió su concepción originaria según la cual los delitos imprudentes también debían considerarse como

Roxin cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. 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. Pero más allá de ello, Roxin 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[113].

El Dr. Mendoza Ayma[114], haciendo un análisis de los postulados doctrinales de la teoría de infracción del deber desde la vertiente del maestro Claus Roxin, señala lo siguiente: "La teoría de la infracción del deber extrapenal propuesta por Roxin parte de una premisa axiomática: el autor es la "figura central" del acontecer en forma de acción, empero, el término "figura central" no es una descripción del contenido de la autoría, sino que es un criterio formal de carácter general, como punto de partida metodológico que permite abarcar tanto la consideración ontológica como la teleológica, en

---

delitos de infracción de deber. Esto fue así porque con posterioridad Roxin advirtió en que el deber en los delitos imprudentes —deber general de cuidado— se refería a un mandato general que alcanza a todas las personas y no sólo a un grupo limitado de personas conocidas en el uso del lenguaje jurídico-penal como obligados especiales; así cfr. la explicación en detalle sobre esta cuestión del mismo Roxin en la 7ª ed., p. 697.

[113]ROXIN, Claus. Idem., Pág. 386.

[114] MENDOZA AYMA, Francisco Celis y MENDOZA YANA, Daniel (2016). *Autoría y formalismo normativo: el fundamento material de la autoría. A propósito del caso Diarios chicha.* En: http://legis.pe/autoria-formalismo-normativo-fundamento-material-la-autoria-proposito-del-caso-diarios-chicha/, fecha de acceso 20 de abril del 2017.

función a la figura delictiva[115]. En ese sentido, el criterio formal de la determinación de la "figura central" requerirá de concretización solo en atención a la figura delictiva. Así considero que, en general, se establecen dos formas de autoría: **i)** un grupo donde "la figura central" será quien posea el dominio del hecho (*Tatherrschaft*); y, **ii)** otro grupo donde el autor será quien infraccione un deber extrapenal (*außerstrafrechtliche Pflicht*).

Este segundo grupo de delitos es una alternativa diferente al dominio del hecho —criterio ontológico— para cubrir las lagunas de punibilidad que dejaba supuestos como el *instrumento doloso no cualificado*. Se trata de un criterio eminentemente normativo, pero diferente a las propuestas de Welzel (dominio social del hecho) o de Jescheck (dominio normativo-psicológico), pues plantea sin cobertura que no se trata de una forma de dominio de hecho, sino de un criterio estrictamente normativo.

Los delitos de infracción de deber serían: i) los delitos especiales; ii) los delitos de omisión y iii) los delitos de propia mano[116]. Estos delitos tienen a la infracción de deber extrapenal como fundamento configurador de la autoría; por tanto, no alcanza a los sujetos implicados en la realización del delito que no infringen un deber extrapenal. En síntesis, la infracción del deber extrapenal es el fundamento para determinar la autoría. "Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo

[115] ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducción de la 7.a ed. alemana (1999) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2000, Pág. 45.

[116] Antes de la tercera edición de su obra, Roxin añadía a dicha clasificación a los delitos culposos; sin embargo, estos fueron excluidos en atención a que, según Roxin, la vulneración del deber general de cuidado, constitutiva del injusto (en los delitos culposos), simplemente se refiere al deber de evitar que incumbe a todo ciudadano y que también subyace a los delitos dolosos.

general, se originan en otras ramas jurídicas"[117]. La autoría en estos delitos no está caracterizada en primera línea por una acción, sino por la lesión de un deber especial que no recae en cualquiera[118]. Sin embargo, Roxin aclara que: **i)** la infracción del deber es solo fundamento de la autoría, pero **ii)** el fundamento de la imputación jurídico-penal se encuentra en la lesión del bien jurídico.

Con esta teoría, Roxin consideró solucionado el problema de impunidad que presentaba el supuesto del instrumento doloso no cualificado; en efecto el autor —*intraneus*— responde como autor mediato en virtud de que infraccionó su deber previsto en una normativa extrapenal valiéndose de otro, sin ser relevante si tuvo o no el dominio de la situación; ii) también responderá el ex*traneus* como cómplice, nunca como autor, porque no infraccionó ningún deber extrapenal, pues no estaba vinculado ninguno: el dominio del hecho[119] no determina la intervención como autoría, pues lo determinante será siempre la infracción de un deber extrapenal.

Como se puede inferir de los argumentos expuestos, se tiene que la teoría de infracción del deber de Claus Roxin, tiene su motivación e inicio en la posibilidad de impunidad del sujeto cualificado que no tiene dominio del hecho, pero que infringe un deber especial; es más, ese deber infringido es un deber extrapenal.

---

[117] ROXIN, Claus, *Dogmática penal y política criminal*, traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, Lima: Idemsa, 1998, Pág. 387.
[118] ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ob. cit., Pág. 363.
[119] Al respecto con mayor detalle, confróntese Mendoza Ayma, *La exigencia del dominio sobre el fundamento del resultado como criterio delimitador de la intervención delictiva en los delitos contra la administración pública desde una perspectiva funcionalista reductora en el Perú*, ob. cit., Pág. 55 y ss.

ii) Los delitos de infracción de deber en el pensamiento de Gunter Jakobs

Si bien la categoría de los delitos de infracción de deber fue descubierta o, mejor, sistematizada a partir de realidades concretas por Claus Roxin; hace ya bastantes años, más exactamente hace cuatro décadas; sin recibir de parte de él un desarrollo posterior[120], la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento otorgado por Jakobs[121] quien, en el marco de un pensamiento normativista del sistema del Derecho penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación ampliada de los delitos de infracción de deber.

En Jakobs, a diferencia de Claus Roxin, la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor[122].

Según esta postura, 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. Por lo menos, esa aseveración es cierta y verificable formalmente. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal, fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal. Es decir, el fundamento está en el apartamiento normativo del deber.

---

[120] En este sentido Sánchez-Vera, 1998, Pág. 27 y ss., resalta que Roxin no ha asumido una fundamentación suficiente de los delitos de infracción de deber. No obstante Roxin, 1993, en esta edición ha vuelto a tocar la problemática con unas reflexiones breves y sin reformas de su postura; el mismo, 2000, Pág. 695 y ss.

[121] Casi en todas sus obras se puede advertir esta postura del autor.

[122] Esta postura corre en todas las obras de nuestro autor.

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—. Cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general —y el primero que antecede a todos el de no lesionar a los demás en sus bienes —acuñado en el latín con la expresión *neminemlaede*; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho.

La observancia de este deber general – que toda persona racional y que pretende vivir en sociedad tiene que hacerlo –, 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. El reconocimiento y la existencia de los deberes generales hacen que la libertad general de configuración que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad. 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 —nadie que viva en sociedad se comporta como un ermitaño que sólo respeta las normas de su conciencia—.

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 desaprueba. 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.

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.

Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial. Un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial. Por ejemplo: se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture. Igualmente es normal pensar que un padre deba cuidar de su hijo menor cuando lo lleva a jugar al parque en vez de abandonarlo a su suerte. Tanto el policía como el padre son portadores de deberes especiales y, en cada caso, de deberes estatales propios de la función pública y de la patria potestad respectivamente, que es la expresión de instituciones positivas que se gestan en la sociedad para garantizar su funcionamiento. La cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico. En este

sentido, en la lesión del deber radica para Jakobs el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de Roxin, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho[123].

El Dr. Mendoza Ayma[124], precisando y explicando de manera didáctica esta postura de infracción de deber en la idea de Jakobs, añade a la de Sánchez Vera Gomez (como si fueran una sola o mejor un solo corpus), aseverando al respecto lo siguiente:

"En su difundido trabajo "El ocaso del dominio del hecho"[125], Jakobs consideró trascendental la propuesta de Roxín de los delitos de infracción de deber, por su orientación definidamente normativa. Jakobs tomó como base y punto de partida a los fundamentos originarios de la teoría de la infracción de deber, empero, después desarrolla una metodología completamente normativa.

Para Roxin, el fundamento de la autoría es la infracción del deber extrapenal, pero, el fundamento de la imputación jurídico-penal es la lesión del bien jurídico. Sin embargo, Jakobs considera que la infracción del deber extrapenal **i)** es el fundamento de la autoría; **ii)** pero, además, la infracción del deber es el fundamento central de la imputación jurídico-penal[126]; por tanto,

[123] Un estudio detallado con balances de ambas aportaciones puede verse en Sánchez-Vera, 1998, Pág. 22 y ss., 29 ss.
[124] MENDOZA AYMA, Francisco Celis y MENDOZA YANA, Daniel (2016). Op. Cit.
[125] JAKOBS, Günther (2000). *"El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*", en Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*. *Teoría y praxis de la injerencia*. *El ocaso del dominio del hecho*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000, Págs. 87-120.
[126] JAKOBS, Günther (2002). *Derecho penal*. *Parte general*. *Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de la 2.a ed. alemana (1991) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, Madrid: Marcial Pons, 1995, Pág. 258; véase también Sánchez-Vera Gómez-

está presente en toda forma de autoría. A pesar de este postulado, el profesor de Bonn no abandonó la clasificación propuesta por Roxin de "delitos de dominio" y delitos de "infracción de deber"[127].

Los delitos de dominio, denominados "por responsabilidad en virtud de organización":

i) tienen su fundamento en el quebrantamiento o ruptura de un rol común o deber general que todos tenemos;

ii) cada uno es competente por la propia organización de la esfera de su libertad;

iii) en el contacto con una organización *ajena*, la organización *propia* debe tener una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido —sintetizada en el deber de "no dañar a nadie" ("neminem laedere")—[128];

iv) las expectativas ligadas a tal rol, según su fundamento, son configuradas en forma negativa, así una persona que tiene el derecho a la libre administración de su ámbito organizativo, debe configurarse de tal

---

Trelles, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002, Pág. 39.

[127] JAKOBS, Gunter (2007). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos teoría de la imputación*, ob. cit., p.718; véase también *idem*, "Actuar y omitir", en Daza Gómez, Carlos (dir.); María Eloísa Quintero y Miguel Polaino-Orts (coords.), *Pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, México D. F.: Flores, 2007, Pág. 21; *idem*, "El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", art. cit., Pág. 89; *idem*, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, Pág. 31 y ss.

[128] JAKOBS, Gunter (2007). *La imputación penal de la acción y de la omisión*, ob. cit., Pág. 48; véase también *idem*, "Actuar y omitir", art. cit., p. 21 y ss.; Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier, "Delito de infracción de deber", en Daza Gómez, Carlos (dir.); María Eloísa Quintero y Miguel Polaino-Orts (coords.), *Pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, México D. F.: Flores, 2007, Pág. 445

manera que no se produzcan determinados efectos no deseados[129]. "En palabras de Jakobs, el autor de estos delitos extiende su ámbito de organización de forma no permitida a costa de ámbitos de organización ajenos"[130].

Los delitos de infracción de deber, denominados *"responsabilidad* en virtud de *"competencia institucional*", se fundamentan en un deber jurídico que tiene su razón estricta en instituciones positivas. Se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad y posibilitan la creación de un mundo en común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera.

La expectativa normativa no va a ser satisfecha con un "no hacer", pues el derecho manda que se "haga" algo producto de la institución de la que es portador. Esta institución se caracteriza por una especial relación entre el autor y el bien jurídico, relación que preexiste con anterioridad al hecho.

Las instituciones son razones *estabilizadas* de solidaridad. La fundamentación individual de solidaridad motivada en el amor, compasión o esperanza de reciprocidad carece de relevancia jurídica. Los padres tienen que ocuparsede su hijo, aunque no lo quieran; el Estado ayuda, en caso de catástrofe, aún a aquellos ciudadanos que no les resultan útiles, etc.[131].

---

[129] LESCH, Heiko H.)1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, Pág. 68.
[130] SANCHEZ VERA GOMEZ, Trelles, "*Delito de infracción de deber*", art. cit., Pág. 446.
[131] SANCHEZ VERA GOMEZ-Trelles, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, ob. cit., Pág. 41.

En una primera formulación, Jakobs mencionó como instituciones: la relación paterno-filial, el matrimonio, la "confianza especial" y los "deberes genuinamente estatales"[132]. Más tarde, suprimió a la institución matrimonial[133].

En cuanto al deber institucional, Jakobs —a diferencia de Roxin— señala que los deberes a los que se refieren los delitos de infracción de deber son altamente personales y se constituyen por medio de un acto especial; por ejemplo, convertirse en funcionario, esa cualidad no puede ser disuelta de cualquier forma, sino solo bajo condiciones especiales; tampoco esa cualidad puede ser transferida jurídico-penalmente, solo importa la infracción del deber positivo, independientemente de la forma fáctica de cómo se realice, pues si la vinculación normativa es directa, directa también es la infracción de las instituciones[134]. Por tanto, no cabe ***autoría*** *mediata* del *intraneus*, en el caso del instrumento doloso no cualificado, el *intraneus* responderá como autor inmediato en razón de la infracción directa de las instituciones positivas.

[132] JAKOBS, Gunter. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., Págs. 1995-1012.
[133] JAKOBS, Gunter. *"Actuar y omitir*", art. cit., Págs. 36-44.Véase también *ídem*, *La imputación penal de la acción y la omisión*, ob. cit., Págs. 49-59.
[134] SALAZAR SANCHEZ, Nelson (2005), *"Imputación objetiva y participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber"*, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 16, Lima, Pág. 551.

f) La distinción entre delitos de dominio o de organización y los delitos de infracción de deber. Incidencia en la autoría y participación

La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber tiene importantes efectos en el tratamiento de diversos fenómenos jurídicos, pero de manera especial en los fenómenos de concurrencia en la realización de la conducta punible, pues tanto los conceptos de autoría, en sus distintas manifestaciones, como los de instigación y complicidad, implican consideraciones adicionales que los alejan de las soluciones que se dan a los delitos de dominio y, por tanto, no es aplicable la teoría del dominio del hecho.

Sobre los delitos de organización y los de infracción de deber, Lesch[135] señala que la imputación objetiva se basa en el quebrantamiento de los límites de un rol social. Según esto, se puede realizar una diferenciación entre delitos por competencia en un ámbito de organización y delitos por competencia institucional. En este sentido, la definición del riesgo típico depende de qué clase de competencia se fundamente. Así, en principio, todos los delitos pueden ser llevados a cabo con base en una competencia organizativa o institucional.

La libertad de organizar engloba la facultad de actuar en forma de división de trabajo. Varias personas pueden, por tanto, armonizar entre sí sus organizaciones de comportamientos, de tal forma que comportándose como

[135] LESCH Heiko, *Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*. En: http://www.cienciaspenales.ne, fecha de acceso 12 de abril del 2017.

una unidad organizativa colectiva, asuman una administración común, y también conjuntamente, como colectivo, respondan. El ámbito de la organización conjunta de comportamientos es pues el Ámbito de la intervención accesoria[136].

g) Críticas a la doctrina de infracción del deber en la doctrina penal actual

La recepción de la doctrina de infracción – como todo conocimiento- no ha sido, tampoco será pacífica. Su irrupción en el debate jurídico penal, ha sido relevante y, con pretensión de resolver problemas latentes que se iban presentando. Es más, ha coadyuvado a resolver muchos tópicos en casos concretos. Es decir, así como ha coadyuvado a resolver problemas, también ha generado resistencias y promotores.

Pasado el tiempo, es necesario hacer una evaluación sensata, desapasionada y racional, pues solo así se podrá apreciar sus ventajas y omisiones. No se trata de desatender, dejar de lado a la doctrina de infracción del deber; sino de darle una mirada crítica, actual y siempre cambiante.

Desde el ámbito doctrinal, la crítica aparece dentro de los seguidores del Claus Roxin. Para este autor, el deber especial infringido en los delitos de infracción del deber, es un deber extrapenal. Así lo ha señalado muchas veces el maestro alemán.

[136] Idem.

El Dr. Pariona Arana (que a su vez es discípulo peruano de Roxin), le ha enmendado la plana a su maestro, señalando que "Los deberes que fundamentan la autoría tiene naturaleza penal. Este fundamento es producto de la construcción teórica que desarrollo, donde hago útil y fructífera la "doctrina de la autonomía del Derecho Penal en la formación de conceptos" para dar solución a los problemas de autoría y participación, más concretamente, para resolver la problemática de la determinación y delimitación de las formas de intervención en los delitos de infracción del deber"[137].

Pero no solo la doctrina de infracción del deber, ha sido criticada desde la visión de Claus Roxin; sino también la fundamentación de Gunter Jakobs. El mismo Dr. Pariona Arana ha aseverado que "Sin embargo, los postulados dogmáticos y las consecuencias prácticas de esta corriente normativa son muy discutibles. De los aspectos críticos de esta concepción normativa,…. La perspectiva metodológica de considerar la teoría de los delitos de infracción del deber como una teoría de la imputación del injusto y no como una teoría cuyo objeto es solucionar los problemas de autoría y participación, es criticable. No es posible sostener… que la infracción del deber sea ya razón suficiente para la imputación jurídico penal"[138].

Como se puede constatar de lo precedentemente señalado, así como de lasvariadas doctrinas existentes a la fecha, se infiere que no es pacífica la recepción de la doctrina de infracción del deber en sus distintas vertientes.

[137] PARIONA ARANA, Raúl (2014). *Derecho Penal consideraciones dogmáticas y político criminales*, editorial del Instituto Pacifico, pág. 115.
[138] Idem, pág. 112-113.

2.3.- Definición de términos:

- **Imputación objetiva[139].**La imputación objetiva es la atribución de una acción a un resultado, cuando esa acción crea un peligro no permitido o jurídicamente desaprobado, siendo dicho resultado correlato lógico del riesgo creado, es decir, de la concreción de dicho peligro.Entre imputación objetiva a toda la imputación del aspecto objetivo del tipo, la imputación objetiva no es una simple teoría de la causalidad o un correctivo de la misma, sino que es una exigencia general de la realización típica.
- **Funcionalismo[140].-**Aquella que como consecuencia del abandono de las consideraciones estrictamente ontologistas, tiende a renormativización de las categorías dogmáticas.
- **Riesgo permitido[141].** Lapso en el cual está permitido la actuación de los ciudadanos. Lo que significa que si se actúa dentro de dichos marcos o parámetros se está obrando dentro de un riesgo permitido y el comportamiento, entonces, no es imputable, así se cause daño.
- **Prohibición de regreso[142]**En virtud de la institución de prohibición de regreso, se excluye la imputación objetiva del hecho al procesado cuando su participación se limite a una conducta neutral o estereotipada carente de sentido delictivo -por ejemplo, negocio usual de transporte- que no

[139]CARO, Jhon, José Antonio. *Normativismo e imputación jurídica penal*. Ob. Cit. Pág. 54.
[140] VILLANUEVA GARRIDO, Gustavo Adolfo (2001*). El funcionalismo y la imputación objetiva en la doctrina y la jurisprudencia nacional*. Bogotá-Colombia, ediciones nueva jurídica, pág. 28
[141] Ob. Cit. Pág. 86.
[142]En:http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij-juris/s_cij_jurisprudencia_nuevo/as_jurisprudencia_sistematizada/as_jurisprudencia_uniforme/as_materia_penal/as_laprohibicionderegresocomolimitealaparticipacioncriminal/, fecha de acceso el 10 de marzo del 2014.

produce riesgo especial alguno, aun cuando otros aprovechen esta prestación para la consumación del delito.

- **Autoría**[143] **s**e trata de un alguien a quien el tipo penal designa con la formula simple "el que" significa lo que venimos decir que todo tipo penal de la parte especial es un tipo de autoría dado que "el injusto es un injusto personal.
- **Participación**[144]el participe no tiene dominio del hecho, ni realiza formalmente el tipo aunque colabore con su realización o lo que haya inducido o instigado, por lo que su intervención es dependiente del acaecimiento delictivo principal y no estando comprendida su conducta en el tipo realizado podrá quedar impune si el legislador no hubiera ampliado la punibilidad a la contribución periférica que terceros hacen la realización típica.

[143] VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit. Pág. 367
[144] VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit. Pág. 388.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

a) **Tipo de investigación:** correspondió a una investigacióndogmática:normativa y teórica[145], toda vez que el problema de investigación se centró en el estudio de los fundamentos y tendencias de los delitos de infracción del deber, así como en el ámbito normativo la justificación o fundamentos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; pero además, tuve que partir de una realidad concreta: Las ejecutorias supremas. Asimismo, trato el estudio de los fundamentos que tiene el funcionalismo penal respecto a los delitos de infracción del deber, específicamente aplicables a la autoría y participación.

b) **Tipo de diseño:** correspondió al denominadono experimental[146], debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental . Su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia, tomando datos de la doctrina, jurisprudencia y la normatividad, sobre la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción..

[145] SOLIS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima, Pág. 54 y ss.
[146] ROBLES TREJO, Luis et al. (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*. Editorial Fecatt, Lima: Pág. 34.

c) **Diseño general:** se empleó el diseño transversal[147], cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es describir variables de estudio; analizar el estado de cuestión de la misma en un momento dado, y valorar la racionalidad de los fundamentos jurídicos sobre la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.

d) **Diseño específico:**se empleó el diseño explicativo[148], para poder explicar las causas y consecuencias del fenómeno jurídico. Dando a conocer por qué ocurre un fenómeno, proceso o hecho, en qué condiciones se da este o por qué dos o más variables están relacionadas, además de proporcionar un "sentido de entendimiento" del fenómeno estudiado; es decir, estudiará los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar los fundamentos jurídicos dela teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

Por la naturaleza de la investigación esta fue cualitativa , por ello en las actividades que se realizaron en el proceso de ejecución de ella, se buscó la construcción de la informacióny/o conocimiento de la siguiente manera:

[147] HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al. (2010) *Metodología de la Investigación*. Editora McGraw-Hill, México, Pág. 151.
[148] Ibíd. Pág. 155.

a) Determinación de la población y muestra de estudio, compuesto por la identificación de los autores a nivel nacional e internacional, para contruir el marco teórico y discusión.

b) Diseño del instrumento, para la recolección de los datos y sistematización de forma coherente, a través de la técnica documental.

c) Definición de la unidad de análisis. La cual estuvo conformada por las fuentes documentales: doctrina, jurisprudencia, normatividad. Además, la unidad de análisis estuvo compuesta por:

- Unidad temática: constituida por las variables de estudio sobre el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho.
- Categorización del tema: en base a los indicadores se estableció las categorías de análisis basadas en la racionalidd jurídica de los fundamentos jurídicos que justifican la hipótesis.
- Unidad de registro: la que fue documental en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenidos mediante los IRI, que fueron las técnicas documentales.

3.2.1. Población[149]

- **Universo físico:**estuvo constituido por el ámbito nacional.
- **Universo social:** se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que han generado la jurisprudencia correspondiente.

[149] ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Juridicas, Lima, Págs.. 251- 258.

- **Universo temporal:**el período de estudio correspondió desde el año 2012 al año 2017.

3.2.2. Muestra[150]

a) Tipo:no probabilística

b) Técnica muestral:intencional

c) Marco muestral:doctrina, jurisprudencia, normatividad

d) Unidad de análisis:elementos documentales

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información[151].

La técnica que se siguió en el presente estudio fue la técnica documental[152], que implica la localización de la información y su fichaje textual o de contenido, que sirve para fundamentar las partes subjetivas o conjeturas propias de las respectivas hipótesis de trabajo, empleándose como instrumento las fichas[153], especialmente las literales y de resumen, en base alas cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

[150] Ibíd., Pág. 251- 258.
[151]ZELAYARAN DURAND, Mauro. Ob. Cit., pp. 127-132.
[152] VILCAPOMA, José Carlos (2013). *Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario*, Editorial Argos, Lima, Pág. 81 y ss. Las técnicas de investigación documental centran su principal función en todos aquellos procedimientos que conllevan el uso óptimo y racional de los recursos documentales disponibles en las funciones de información. Basándose en una investigación documental la principal tecina reconocida es la revisión documental donde tenemos como principal técnica el arqueo bibliográfico En la investigación jurídica, la elaboración de todo tipo de fichas de fuentes de información ha sido y es una tarea básica del investigador del derecho. Todos estos instrumentos se aplicarán en un momento en particular, con la finalidad de buscar información que será útil para la investigación.
[153] Ibíd. p. 88 y ss. El fichaje es una técnica utilizada especialmente por los investigadores. Es un modo de recolectar y almacenar información. Cada ficha contiene una información que, más allá de su extensión, le da unidad y valor propio.

También se aplicará la ficha de análisis de documentos o contenido[154] la misma que se empleó para lograr recoger información de la doctrina y jurisprudencia sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que tiene la institución objeto de la presente investigación, para lo cual se delimitó las áreas para la recopilación de información que refleje la situación actual de discusión, es decir sobre el estado de cuestión del problema planteado.

El estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico principalmente, para tener una visión sistemática de nuestro problema de estudio. En ese sentido también se emplearon otros métodos de interpretación de la norma jurídica, tales como los métodos sistemático, literal, teleológico[155].

En consecuecia, se aplicaron los siguientes instrumentos:

a) Para recoger la información para validar, cuestionar y alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la técnica documental, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales, resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.

[154] GIRALDO ÁNGEL, Jaime y otros (2002). *Metodología y técnica de la investigación sociojurídica*, Ediciones Librería del profesional, Bogotá, Pág. 111. El análisis de los documentos consiste en la recolección y manejo de los datos cuya fuente reposa en archivos oficiales o privados y sobre los cuales el investigador no tiene control. Su análisis puede ser cuantitativo como cualitativo y su utilidad radica en poder confrontarlos, analizarlos o planear con ellos estudios posteriores.

[155] TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (1999). *Introducción al Derecho / Teoría General del Derecho*, Editorial Palestra, Lima, Págs. 617-647.

b) También se empleó la técnica de análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con la cual se obtuvo información de la jurisprudencia.

c) Para obtener datos o información de las normas jurídicas se empleó la técnica exegética, hermenéuticas, teleológica, con las cuales se pudo determinar el contenido de las mismas.

d) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el método de la argumentación jurídica.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de la información, por la naturaleza de la presente investigación se empleó la técnica del análisis cualitativo[156], toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Así mismo tratándose de una investigación cualitativa (dogmática jurídicamente) se empleará la técnica de la triangulación de teorías[157] para demostrar o conseguir la

[156] BRIONES, Guillermo (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. Editorial Trillas, México, Pág. 43.

[157] Es la combinación de dos o más teorías, fuentes de datos, métodos de investigación, en el estudio de un fenómeno singular. Existen varios tipos de triangulación, datos, teorías métodos. DENZIN, Norman K. (1970): *Sociological Methods: a Source Book.* Aldine Publishing Company. Chicago.

validez, esto es, cotejar los datos desde diferentes puntos de vista, lo cual ayuda además a profundizar en la interpretación de los mismos[158].

El análisis cualitativo buscó la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina a través del dato. Un dato cualitativo es definido como un "no cuantitativo", es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística[159]. Está orientado a revelar cuáles son las características del hecho o fenómeno jurídico de estudio. Todos ellos tienen en común que se basan en el análisis textual, por ello cualquier tipo de material tiene que estar preparado para poder ser analizado de esa forma.

Los criterios empleados serán:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y las categorías.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información

Cabe precisar que durante la conceptualización del trabajo de investigación cualitativa suele definirse de antemano la teoría con la cual se analizaron e interpretarán los hallazgos. En este tipo de triangulación se establecen diferentes teorías para observar un fenómeno con el fin de producir un

[158] CANTOR, Guillermo (2002) *"La Triangulación Metodológica en Ciencias Sociales".* Cinta de Moebio - Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales, Nº 13, Chile, En: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=301285 (Consultado el 10 de febrero del 2017)
[159] ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*, Editorial Ffecaat, Lima, Pág. 74.

entendimiento de cómo diferentes suposiciones y premisas afectan los hallazgos e interpretaciones de un mismo grupo de datos o información. Las diferentes perspectivas se utilizan para analizar la misma información y, por ende, poder confrontar teorías.[160]

[160] RODRÍGUEZ RUIZ, Óscar (2005) *"La Triangulación como Estrategia de Investigación en Ciencias Sociales"* Revista de Investigación en Gestión de la Innovación y Tecnología. En: http://www.madrimasd.org/revista/revista31/tribuna/tribuna2.asp (consultado el 11 de febrero del 2017).

IV. RESULTADOS

4.1. Presentación de Resultados

a) Estadísticas sobre actos de corrupción a nivel nacional[161]

N°	DISTRITO FISCAL	CONDENATORIAS	ABSOLUTORIAS	TOTAL
1	Amazonas	6	1	7
2	Ancash	17	14	31
3	Apurímac	28	23	51
4	Arequipa	11	0	11
5	Ayacucho	59	14	73
6	Cajamarca	40	08	48
7	Callao	18	12	30
8	Cañete	02	01	03
9	Cusco	34	03	37
10	Huancavelica	19	11	30
11	Huánuco	32	03	35
12	Huaura	01	01	02
13	Ica	05	01	06
14	Junín	56	24	80
15	La libertad	28	10	38
16	Lambayeque	12	00	12
17	Lima	149	12	161
18	Lima Norte	300	01	301
19	Lima Sur	78	02	80
20	Loreto	13	09	22
21	Madre De Dios	12	09	21
22	Moquegua	23	10	33

[161] Defensoría del Pueblo (2017). Ob. Cit. 16.

23	Pasco	08	04	12
24	Piura	21	05	26
25	Puno	36	01	37
26	San Martin	21	21	42
27	Santa	18	02	20
28	Sullana	05	03	08
29	Tacna	02	03	05
30	Tumbes	10	05	15
31	Ucayali	05	02	07
32	Ventanilla	00	00	00
	TOTAL	**1069**	**215**	**1284**

Fuente: Ministerio Público, presentado por la Defensoría del Pueblo.

Interpretación

En el año 2016, el Ministerio Público obtuvo 1284 sentencias en primera instancia sobre casos de corrupción en las Fiscalías Provinciales Corporativas Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios y las Fiscalías Provinciales Penales. Los distritos fiscales que registran un mayor número de sentencias son: Lima Norte, Lima, Lima Sur y Junín.

De este cuadro se advierte que hay a nivel nacional, muchos procesos vinculados a corrupción de funcionarios, los mismos que en su mayoría han merecido sentencia condenatoria.

Lo más saltante de todo esto, es que en cada región o distrito judicial, siempre hay procesos penales seguidas contra funcionarios públicos. De ello se puede constatar que son muy frecuentes las imputaciones, por lo que el Ministerio Público se ve obligada a realizar no solo la subsunción de los

hechos al tipo, sino también de la determinación de la autoría y participación.

Fuente: Poder Judicial

Interpretación

De la información precedente, se infiere que en el país hay muchos funcionarios públicos denunciados. Para establecer la responsabilidad penal de estas, se pone en movimiento las posturas doctrinales que explican mejor el fenómeno. Uno de ellos, es por su puesto, la teoría de infracción del deber.

b) Ejecutorias supremas y sentencia del Tribunal Constitucional sobre delitos de infracción del deber y control de convencionalidad

i) Casación N° 841-2015-AYACUCHO[162]

"…Vigésimo octavo.- El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial-normativizado-, que solo puede ser infringido por el destinatario del mismo: El funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición.

La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los delitos denominados de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes. El obligado especial y el extraneus. Como es el delito de peculado para un tercero, que requiere de la

[162] Emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, ponente el Dr. Pariona Pastrana, integrado además por los Drs. Villa Stein; Duberlí Rodríguez; Neyra Flores y Hinostroza Pariachi.

intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos".

Trigésima primero.- El delito de negociación incompatible…se enmarca dentro de los delitos de corrupción de funcionarios. Por ende, su interpretación se da en el marco de la corrupción de funcionarios.

Podemos observar que el mismo tiene una naturaleza subsidiaria, dado que, para su configuración típica, se presenta cuando no se da otra de las conductas previstas en esta sección. Si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, entonces la conducta será considerada como cohecho. Si el funcionario realiza un acuerdo con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del estado, entonces realizará una colusión.

El delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presentara constituiría un delito independiente".

Interpretación

El particular (*extraneus),* por regla general es impune en los delitos de infracción de deber; sin embargo, la única posibilidad de su inclusión como partícipe se da si su conducta es comprendida en el tipo penal, es decir, si el delito regula la figura de la participación necesaria. En ese orden, podrán ser

responsables los particulares en el delito de peculado a favor de tercero, o en el delito de colusión.

Esta, es una sentencia particular, pues argumentando sus razones en delitos de infracción del deber, llega a la conclusión de que en el tipo de negociación incompatible, el extraneus no tiene intervención penal, a pesar de ser -en algunos casos- el beneficiario del actuar del sujeto activo cualificado, es decir, del funcionario público.

Pero lo resaltante de la casación, es que hace alusión a la doctrina de infracción del deber, como fundamento para determinar la autoría y participación.

ii) Casación N° 782-2015 SANTA

II. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Verificar si existe infracción normativa de los incisos 3 y 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y de los artículos 26 y 401 del Código Penal.

MOTIVO CASACIONAL: INFRACCIÓN NORMATIVA DE LOS ARTÍCULOS 25, 26 Y 401 DEL CÓDIGO PENAL Y DEL INCISO 11 DEL ARTÍCULO 139 Y 103 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

1. A la fecha en que es redactada la presente sentencia, se tiene como precedente la sentencia recaída en la casación Nº 343-2012 del 16 de abril

de 2013[163]. En esta última se desarrollaron parte de los temas que hoy nos ocupan, siendo la solución a la que arribaron coincidente con el criterio de este supremo tribunal. Por tanto, aquello que ya ha sido objeto de análisis en la misma, no será analizado sino para complementar algo en la presente sentencia.

9. En esta hipótesis lo que tenemos es que el autor del enriquecimiento ilícito estaría realizando de mano propia el delito de enriquecimiento ilícito por cuanto en realidad incrementa sus bienes disimulándose como no propietario. Por tanto, en estos supuestos se tendrá que probar dicha simulación. La pregunta que inmediatamente nos asalta es, qué tipo de intervención delictiva es atribuible al testaferro.

10. El artículo 26 del Código Penal[164] recoge la tesis de la ruptura del título de imputación[165]. Esto significa que en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo

[163] Sentencia recaída en la casación Nº 343-2012 del 16 de abril de 2013, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Proceso seguido contra Arturo Ernesto Marquina Gonzáles por el delito de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado. Documento localizable en la página web hllp://apps.pj.gob.pc/cejSupremo/ colocando el número y año del recurso de casación y la sala suprema que la dictó.

[164] Artículo 26 del Código Penal.- "Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible".

[165] VILLA STEIN, Javier (2014). *Derecho Penal. Parte general*. Cuarta edición. Lima: Ara editores, Pág. 394.

aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

11. Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal[166] que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito.

La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción.

12. Finalmente, llama la atención que en la redacción actual del artículo 401 del Código Penal, se dice que el aumento del patrimonio o del gasto del funcionario público son indicios de enriquecimiento ilícito. Esta parte del tipo penal no configura la conducta típica, lo que ha hecho es introducir como indicio notable el incremento del patrimonio o el gasto del funcionario.

Sin embargo de la literalidad de esta norma, se desprende que como indicio que es, no es prueba de enriquecimiento ilícito, sino que tendrá que reunir todas las reglas de la prueba indiciaria para desplegar eficacia probatoria.

[166] Artículo 25 del Código Penal.- "El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual nos hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor".

Análisis del caso concreto

15. El caso que nos ocupa presenta una imputación fáctica relativamente simple, **Amelia Victoria Espinoza García** habría incrementado su patrimonio abusando de su cargo como regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa, pero habría disimulado dicho superávit empleando a su pareja sentimental **Wuilmer Agapito Vásquez** a quien habría utilizado a modo de testaferro. Por tanto corresponde determinar, desde la verdad judicial ya establecida en el presente proceso, si los hechos se subsumen o no en el artículo 401 del Código Penal y si se puede atribuir intervención delictiva a los procesados.

16. A la luz de lo expuesto hasta ahora, la respuesta al caso ya se vislumbra. El uso de testaferros para configurar el delito de enriquecimiento ilícito es un tema probatorio, que en el presente caso se llegó a postular tal como se aprecia de la imputación fáctica recogida por la sentencia de vista. El problema es que como la misma reconoce, no se ha podido probar que la procesada **Amelia Victoria Espinoza García** haya transferido los bienes (sobre todo dinero) que figuraban en el patrimonio de **Wuilmer Agapito Vásquez**.

17. La tesis que se ha esgrimido para condenar a estos procesados es que su relación, de la cual como fruto tuvieron una hija, nos permite inferir que el incremento injustificado del patrimonio de **Wuilmer Agapito Vásquez** es en realidad de **Amelia Victoria Espinoza García**. Una propuesta así supone un enorme riesgo para la seguridad jurídica del país en tanto de los

vínculos que tienen los funcionarios y servidores públicos no se puede inferir todo lo negativo.

18. En el caso que nos ocupa los procesados tenían una relación sentimental y de allí es que la sala superior entiende que el desbalance patrimonial de quien no es funcionario público proviene de un abuso del cargo de quien sí fue funcionaria pública. Las relaciones entre las personas, y ello incluye las amicales, no prueban nada distinto el vínculo mismo. Deducir otra cosa a partir de ellas es un salto lógico que vulnera las reglas de la sana crítica en su manifestación de reglas de la lógica".

Interpretación

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

Si bien el razonamiento del colegiado supremo es correcto al afirmar que "…Las relaciones entre las personas, y ello incluye las amicales, no prueban nada distinto el vínculo mismo. Deducir otra cosa a partir de ellas es un salto lógico que vulnera las reglas de la sana crítica en su manifestación de reglas de la lógica…"; sin embargo, tampoco puede descartarse tal

posibilidad. En este último supuesto, lo que se requiere es mayor carga probatoria.

iii) Recurso de nulidad N° 615-2015- LIMA[167] (Caso diarios chicha).

"…1.1. El delito de peculado

El artículo 387° del Código Penal vigente, tipifica el delito peculado, señalando que "*El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (…)".*

En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas. Es delito especial típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados -en este caso, de funcionarios y servidores públicos-, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente. En este sentido , en esta clase de delito rige el principio de autor único, por el cual de quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcionarial concreta, se ha realizado mediante una acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudieran admitir la posibilidad de una graduación y diferenciación, pues el obligado especial responde siempre como autor

[167] Recurso de Nulidad N° 615-2015, expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, siendo sus integrantes. Vila Stein, Rodríguez Tineo, Neyra Flores, Hinostroza Pariachi y ponente el Dr. Pariona Pastrana.

único de un delito de infracción de deber, con independencia de la diferenciación fenomenológica de las clases de autoría o participación, que más bien pertenecen a la clasificación de los delitos de dominio o de una competencia por organización.

Bajo esta perspectiva, se desarrollará dogmáticamente los presupuestos típicos que exige la autoría delictiva del funcionario público para la configuración del delito de peculado, a fin de salvaguardar el principio de legalidad y las reglas contenidas en el acuerdo plenario 4-2005/CJ-116, su fecha treinta de setiembre de dos mil cinco.

2.1.1.1. El sujeto activo en el delito de peculado: En este ilícito el sujeto activo es el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro.

La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En esa línea, la vinculación funcional para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo la hipótesis de autoría a la que gozan o no tiene relación funcional.

2.1.1.2. La conducta típica: La apropiación o la utilización, son los dos supuestos que utiliza la norma penal para definir los comportamientos típicos del sujeto activo en el delito de peculado, las mismas que deben contener elementos para su configuración, tales como: a) Existencia de una relación funcional "por razón de cargo"; b) La percepción, administración o custodia; c) La apropiación o utilización; d) Destinatario, para sí o para otro ; y, e) Los caudales o efectos.

a) Existencia de una relación funcional "por razón de su cargo"

Prima facie debemos mencionar que no todo funcionario público – por su sola condición – podrá ser sujeto activo del delito de peculado. El tipo normativo de peculado hace referencia claramente a un funcionario público no *in abstracto,* sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública "por razón de su cargo"; es decir, para que opere el comportamiento típico de *apropiarse o utilizar*, los bienes públicos [mediata o inmediata] del sujeto activo y ello en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Por los que, si dicha relación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no podrá hablarse de delito de peculado.

Ahora bien, la posesión [bajo cualquiera de las tres formas que la norma exige de poseer: percepción, administración o custodia] de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (Reglamentos, directivas, entre otros). Dicha

posesión puede ser mediata o inmediata, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos, o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional. En esa misma línea, el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, del treinta de setiembre de dos mil cinco, ha dejado en claro que para la existencia del delito de peculado no es necesario que, sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica.

b) La percepción, administración y custodia

Conforme se ha referido en el párrafo anterior para configurarse el injusto de peculado resulta necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas en razón del cargo que desempeña, conforme se detalla a continuación.

1. ***Percepción.*** Hace referencia a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio estatal en calidad de bienes públicos.

2. ***Administración.*** Implica la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. La

administración de los caudales públicos por parte del autor tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas o mediatas con el caudal, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón de ser el responsable de la administrativa o titular del pliego.

3. ***Custodia.*** Implica la protección, conservación, vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

En virtud a estas formas de posesión que el tipo penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, conducción y vigilancia (deber del garante), en razón de las obligaciones inherentes a su cargo sobre los bienes públicos.

c) La "apropiación o utilización"

No puede haber apropiación o utilización propia de peculado si no hay relación funcional entre el sujeto activo y el patrimonio público. Sobre esta base articulan las modalidades delictivas de comisión estipuladas en esta figura penal.

La ***apropiación*** consiste en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos –el agente activo realiza actos de disposición como si fuera el dueño del bien, esto es, determinado por *animus domine:* ejerce sobre él actos de dominio inconfundibles que justifica su tenencia.

La ***utilización*** estriba en que el agente se aprovecha de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

d) El destinatario "para sí o para otro"

El destinatario, es el supuesto para sí, actúa por cuenta propia, apropiándose de los caudales para efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros.

En el supuesto "para otro" el agente activo realiza un acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de transito al dominio final del tercero.

e) Los "caudales o efectos"

Los "caudales" son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los "efectos" son todos objetos, cosas o bienes que representan un valor público, incluyendo los títulos valores negociables.

4.2. El delito de peculado como delito de infracción de un deber

El delito de peculado al ser catalogado como un delito de infracción de deber, solo admite la autoría directa o personal, excluyéndose las otras dos formas de autoría (coautoría y autoría mediata), en correspondencia con su naturaleza de delito de infracción de un deber institucional personalísimo.

La no admisibilidad de la coautoría se explica en doctrina, en que "esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los

coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son *intranei*, ni cuando un *intraneus* y otro *extraneus* llevan a cabo conjuntamente el hecho típico. Por tanto, el denominado reparto de funciones o roles, que usualmente caracteriza la coautoría, solo es aplicable en los delitos de dominio o competencia por organización. Mientras que para el caso de los delitos de infracción de deber, la vinculación directa del funcionario con el deber institucional, que es altamente personal, basta la mera vinculación funcional para fundamentar directamente una autoría única.

En la autoría mediata ocurre algo similar, "donde tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás. En principio, lo que vale para la coautoría no tiene por qué ser diferente para la autoría mediata. Que el hombre de adelante es un *extraneus* y el hombre de detrás un *intraneus*, o viceversa, no cambia nada. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, pues basta que el actuante este sujeto a una relación directa con el deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor único.

3.2.- De la no configuración de los presupuestos típicos del delito de peculado atribuido a Alberto Fujimori Fujimori

De la declaración anterior y las normas del sector se concluye que la obligación especial "por razón del cargo", de administrar y custodiar los fondos públicos asignados al SIN, corresponde al Director de la Oficina

Técnica Administrativa del Servicio de Inteligencia Nacional, pues en este funcionario público recae el deber institucional de fomentar y mantener seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica.

En esa línea, si una ley obliga al Presidente de la República – en este caso el encausado Fujimori Fujimori-, a la suscripción de resoluciones supremas…, esto no lo hace responsable penalmente por obrar en cumplimiento de sus obligaciones como mandatario de la República, por lo que, queda exento de responsabilidad penal… aquí la conducta practicada por el encausado Fujimori Fujimori en el contexto social de su actuar -función pública- no se aparta de su ámbito de competencia personal delineada por su deber jurídico, por lo que su conducta no resulta relevante penalmente al no sobrepasar los limites de lo permitido…"

Interpretación

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

Como es lógico, la consecuencia es que, quien tiene un deber general y no especial (atendiendo a asuntos extrapenales), queda exento de responsabilidad penal, por dos razones esenciales: falta de vinculación directa y porque no hay un deber especial frente a los bienes del Estado.

Aquí el formalismo es evidente. Quien tiene el deber general es impune y, quien ostenta el deber especial, sí responde penalmente.

iv) Casación N° 160-2014 SANTA

"…Noveno: Sobre esa base es que los jueces de investigación preparatoria y Sala de Apelaciones, consideraron que el sujeto activo, es el único que puede violar un deber específico del cargo y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquel. En este caso el deber de cuidado imputado al procesado en su calidad de Presidente Regional y Presidente del Concejo Directivo del Proyecto Chinecas, constituye una función genérica. La responsabilidad en la administración de este Proyecto Especial está a cargo del Director Ejecutivo con función específica.

Décimo. Entonces, al imputársele haber faltado a su deber de garante, es una función genérica, no específica, por no tener bajo su poder o ámbito de vigilancia –directa o funcional– la percepción, custodia o administración de cosas, –causales o efectos–, de lo contrario, también serían responsable el ministro del ramo y el Presidente de la República al autorizar la transferencia del Proyecto Especial a la Región.

Décimo primero: Lo que es correcto, conforme al principio de legalidad, previsto en el Art. II del Título Preliminar del Código Penal; porque este elemento restringe la tipicidad de la conducta e imposibilita argumentar por una lectura extensiva, mucho menos por un desbordamiento analógico que rompa los diques de la razonabilidad abriendo las compuertas a la analogía in malam partem[168]".

Interpretación

A diferencia del Recurso de Nulidad N° 615-2015 LIMA, la superioridad jerárquica no constituye una causal para poder excluir de responsabilidad penal al sujeto activo, pues la relación funcionarial específica no se explica en la relación directa que tiene el funcionario con los efectos o caudales, pues esta también puede ser mediata. Más bien la relación funcionarial específica se encuentra en las atribuciones establecidas por ley, sin cabida a la exclusión de competencia por parte de los subalternos. De esta manera establece como doctrina vinculante que "El hecho de ser presidente o gobernador regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta la acreditación de la presencia".

Como se puede advertir, en esta casación, el colegiado supremo llega a diferente conclusión a lo sustentado en el Recurso de Nulidad N° 615-2015 LIMA. Entonces, es evidente la incongruencia.

[168] ROJAS VARGAS Fidel. *Delitos contra la administración pública*, editorial Grijley, Pág. 482.

v) Casación N° 102-2016[169] Lima.

"…**18.4** De lo precedentemente expuesto, es preciso indicar que en el delito de peculado –delito de infracción de deber– no habría lugar para la coautoría; hay que destacar que la teoría de la infracción del deber de Roxin, no acepta la coautoría que, ciertamente, es la consecuencia de la teoría del dominio del hecho. Así las cosas, no puede concurrir la figura de coautoría porque como se trata de un delito de infracción de un deber especial penal, resulta insostenible materialmente que dos o más funcionarios o servidores públicos acuerden sus voluntades para transgredir una parte del deber especial, teniendo en cuenta que, éste es único y no es posible dividirlo materialmente. En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública, se ponen de acuerdo para sustraer el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. En definitiva, no puede sostenerse que en los funcionarios o servidores públicos ha concurrido un reparto de conductas para infringir un deber especial penal. Por lo tanto, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores.

VIGÉSIMO QUINTO: Ahora bien, encontrándonos en el proceso penal acusatorio, la teoría del caso pretendida por el Ministerio Público en su acusación fiscal durante el juicio oral, contra Violeta Rocío Rentería

[169] Casación N° 102-2016 Lima, expedido por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, siendo sus miembros: Hinostroza Pariachi; Ventura Cueva, Pacheco Huancas, Cevallos Vegas y Chávez Mella.

Valdelomar, es la de cómplice primario porque sostiene que siendo la encargada del fondo para pagos en efectivo, su aporte esencial consistió en efectuar los pagos (entrega de dinero) respecto a las compras y gastos por diversos motivos que efectuó el condenado Hernán Eduardo Javier de Souza Peixoto Zumaeta, quien era el Jefe de la OCI – FAP; es decir, conforme a su responsabilidad funcional y cargo desempeñado, tenía como función observar y verificar los motivos por los que se entregó el dinero.

VIGÉSIMO SEXTO: Estando a los argumentos esgrimidos por este Supremo Tribunal en la Casación N.° 367-2011-Lambayeque, en la que se establece como doctrina jurisprudencial, los criterios para determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad –primaria o secundaria–, aquí también deberá analizarse si la conducta desplegada por la imputada al cooperar o prestar colaboración en la comisión del delito ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo, es decir, del análisis del acervo probatorio necesariamente deberá verificarse la existencia del elemento subjetivo acotado.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: En el caso materia de análisis, no se ha llegado a verificar el elemento subjetivo del tipo, es decir, el dolo –entendido como el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, saber que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración–; por lo que no está acreditado que la acusada conocía que las boletas presentadas por Hernán Eduardo Javier de Souza Peixoto Zumaeta eran falsas, que los gastos y consumos sustentados por el sentenciado Hernán Eduardo Javier de Souza

Peixoto Zumaeta [quien tenía la facultad de *administración* de dicho fondo según la directiva respectiva] eran indebidos; más aún si como jefe tenía esa potestad y la imputada cumplió con su función, en base al principio de confianza, de entregarle el dinero que sustentaba mediante comprobantes de pago; en consecuencia, al no haberse acreditado el dolo en su proceder, no es jurídicamente posible que responda penalmente como cómplice a título culposo, pues que como se ha señalado precedentemente el partícipe siempre será a título doloso…"

Interpretación

En la Casación se hace una buena distinción entre autor y cómplice en el delito de peculado –delito de infracción del deber–. Pero lo más resaltante es que expone la imposibilidad de la coautoría, al sostener que solo ello es posible en delitos de dominio, pues los sujetos cualificados solo responden a título de autor.

vi) Inconstitucionalidad de la Ley de colusión[170].

"…14.- La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho penal en el "correcto funcionamiento de la administración pública". A su vez, este Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así, la intervención en derechos fundamentales (vgr. Libertad personal) que implica esta clase de delitos persigue la oportuna

[170] Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 0017-2011-PI/TC.

represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal "De la Función Pública".

15.- Al respecto este Tribunal ha entendido que detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que "… *los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación…" ,* subyace el principio de " buena administración" (Cfr. Exps. Ns° 2235-2004-AA/TC; 2234-2004-AA/TC). A su vez, conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que "(s) on deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral equilibrado de la Nación". Tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N° 008-2005-AI, fundamento N°14). Asimsimo, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (Cfr. Exp. N° 1271-2008-IIC; 019-2005-AI), por lo que puede afirmarse que los actos en los que los funcionarios públicos atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado. En

esta línea el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción establece que:

"Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley". (Subrayado agregado).

16.- A su vez, no solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 39° y 41° de la Constitución. (006-2006-CC, resolución de aclaración del 23 de abril de 2007) así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución (Exp. N° 009-2007-AI, 0010-2007-AI, acumulados, fundamento N°58). Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, la cual establece que

"la Democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio" (subrayado nuestro).

17.- De modo análogo, cabe señalar que este Tribunal para el caso del tráfico ilícito de drogas ha derivado de la obligación constitucional de combatir dicho delito, la necesidad de una política nacional para la erradicación absoluta de este flagelo (Exp. N° 020-2005-Al, fundamento 117-118), del mismo modo, el interés constitucional de combatir la corrupción viene reforzado desde la Constitución.

28.- En este orden de ideas, en cuanto al término "defraudar", este ha merecido en la doctrina penal, interpretaciones que lo hacen compatible con los bienes constitucionales que informan la persecución de actos de colusión ilegal. Así, por ejemplo es posible entender que defraudar implicaría traicionar la confianza del Estado depositada en estos funcionarios. Asimismo en el ámbito de la contratación estatal, el faltamiento a estos deberes fundamentales genera un perjuicio patrimonial real o potencial. (Abanto Vázquez, Manuel. Delitos contra la Administración Pública, Lima, Palestra. 2003, p. 313). En efecto, si el funcionario público que tiene a su cargo un proceso de contratación pública transgrede sus deberes funcionales, viciando el proceso de contratación, atentando contra el trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido, pero al no haberse respetado las normas de contratación las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial. Al respecto, resulta sintomático que un sector de la doctrina penal haya entendido el término "defraudación" en otros ámbitos como de la defraudación tributaria en términos distintos a los de perjuicio patrimonial

(Cfr. Queralt, Joan, Derecho Penal Español. Parte Especial. Barcelona, Bosh, 1987, Volumen II, p. 349; Martínez- Buján, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa: parte especial. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 549).

29.- Al respecto, este Tribunal advierte que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término "patrimonialmente" puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que lo que en puridad se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública. Ello a su vez sería contrario a lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, según el cual para "Para la aplicación de la Presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado".

30.- En este contexto, la pretensión postulada por la parte demandante en el sentido de cuestionar la modificatoria del artículo 384 del Código Penal resulta atendible, y en tal sentido debe quedar nula y sin efecto la referida disposición en cuanto menciona el término "patrimonialmente", a fin de –sin alterar en los sustancial el contenido de lo dispuesto por el legislador– orientar la interpretación de la disposición evitando vaciar de contenido los fines constitucionales que son de protección al sancionar actos contra deberes funcionales en el ámbito de la contratación pública.

Es pertinente precisar que en el presente caso el control constitucional constituye un caso atípico en el que la ley cuestionada tuvo vigencia muy breve, la misma que habiendo sido publicada el 10 de junio de 2011 fue reemplazada por una nueva ley del 21 de julio del mismo año, que elimina el vocablo "patrimonialmente" del supuesto básico y que lo incluye únicamente en el supuesto agravado. De manera tal que la decisión de este Colegiado contenida en la presente sentencia está confirmado una decisión ya adoptada por el legislador".

Interpretación

Como se puede advertir del fragmento de la sentencia del Tribunal Constitucional, el argumento central para declarar su inconstitucionalidad, radica en que contraviene la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción.

Entonces, si bien el legislador, tiene el derecho y la libertad de crear, modificar, suprimir, etc., los tipos penales, también es su obligación adecuar dicha potestad a los parámetros normativos de nuestra Constitución y la Convención que para cada caso específico nuestro país ha suscrito.

Por otro lado, la postura de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción, es que punibiliza en los tipos penales que propone, principalmente el comportamiento que pone en peligro los bienes jurídicos; por consiguiente, la pretensión de convertir el delito de colusión en delito de resultado, contradijo de manera directa los postulados de la Convención, por

lo tanto, con el control convencional que realiza el máximo intérprete de la Constitución, no quedaba otro camino que declararla inconstitucional e inconvencional.

V. DISCUSIÓN

5.1. Idea de corrupción y sus probables causas

La corrupción, definido como: "El mal uso o el abuso del poder público para beneficio personal y privado" nos deja saber, que este acto no se limita solamente hacia funcionarios públicos, se trata de que la persona no respeta el compromiso asumido con otra persona con el objetivo de un beneficio propio.

Morris, Stephen[171] precisando mejor la definición de corrupción asevera que ésta es: "El uso ilegitimo del poder público para el beneficio privado". "Todo uso ilegal o no ético de la actividad gubernamental como consecuencia de consideraciones de beneficio personal o político; o simplemente como el uso arbitrario del poder".

No hay duda de la presencia de la corrupción en nuestro país. Sus manifestaciones y forma son diversas y sutiles. Pero esta aseveración no es nueva, menos el mismo fenómeno, sino todo lo contrario. El fenómeno de la corrupción es histórica y estructural. De ello hay suficientes evidencias y muestras en nuestra historia.

Desde la forma vulgar hasta la más sutil, por ende en su persecución el órgano jurisdiccional, ha emitido muchos pronunciamientos condenando o absolviendo respecto a las imputaciones realizadas contra ellos.

[171] MORRIS, Stephen (1992). Corrupción y Política de México Contemporáneo. Editorial SIGLO XXI. México.

La corrupción no es solo actuar contra la ley; sino también actuar contra la sociedad, contra el Estado que te dio un poder de representación, es también un actuar a las normas éticas que uno asume dentro de la sociedad; en suma es un problema grave y, por ello mismo, requiere ser afrontado como tal, más aún, si se tiene en cuenta su complejidad.

Los estudios más recientes y completos (aunque desde el ámbito más social), han resumido sus causas en los siguientes:

a) Causas endógenas (relacionados al individuo o sujeto activo del delito):

- Falta de valores humanistas.

- Carencia de una conciencia social.

- Falta de educación.

- Desconocimiento legal.

- Baja auto estima.

– Paradigmas distorsionados y negativos (consumistas, materialistas).

A las causas, precedentemente indicadas, se añaden las causas exógenas:

b) Causas exógenas (relacionadas al medio social donde se desenvuelve el sujeto activo).

- La impunidad de los actos de corrupción.

- Los modelos sociales que transmiten anti-valores.

- Un excesivo poder discrecional del funcionario público.

- La concentración de poderes y de decisión en ciertas actividades del gobierno.

- EL soborno internacional.

- El control económico o legal sobre los medios de comunicación que impiden se exponga a la luz pública los casos de corrupción.

– Salarios demasiado bajos.

- Falta de transparencia en la información concerniente a la utilización de los fondos públicos y de los procesos de decisión.

- La poca eficiencia de la administración pública.

- Y una extrema complejidad del sistema.

A las causas antes mencionadas, habría que agregar que el fenómeno de la corrupción es histórica y estructural, además, es consecuencia de la degradación moral de la sociedad actual.

El modelo de sociedad de consumismo, de individualismo, de libre mercado, trae como consecuencia, la crisis de valores y, esta a su vez permite que germine la corrupción.

5.2. De la democracia formal a la democracia constitucional para enervar la corrupción

La democracia por su lado, es un modelo político de gobierno. Nadie discute su importancia en los Estados modernos; sin embargo, su comprensión formal, mayoritaria o plebiscitaria, permiten también la aparición de la corrupción.

Como dice el maestro Ferrajoli[172], la democracia mayoritaria o plebiscitaria "consistiría esencialmente en la omnipotencia de la mayoría, o bien de la soberanía popular. De esta premisa se siguen una serie de corolarios: La descalificación de las reglas y de los límites del poder ejecutivo que es expresión de la mayoría, y en consecuencia de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del propio parlamento, la idea del consenso de la mayoría legitima cualquier abuso; en resumen, el rechazo del sistema de mediaciones, de límites, de contrapesos y de controles que forman la sustancia de aquello que constituye, por el contrario, lo que podemos denominar "democracia constitucional".

Pero este modelo o definición o idea de democracia, es precisamente contraria a ella; es decir, a la esencia de la democracia. Por eso una vez más, el maestro italiano Ferrajoli añade de manera precisa que: "La idea de democracia implica ausencia de jefes"; es más, precisa que: "Evidentemente, tal concepción de la democracia como omnipotencia de la

[172] FERRAJOLI Luigui (2008). Democracia y garantismo. Madrid, editorial Trotta SA, pág. 25.

mayoría es abiertamente inconstitucional, ya que la Constitución es justamente un sistema de límites y de vínculos a todo poder"[173].

¿Pero qué incidencia tiene dicho concepto y práctica de democracia en los Estados y en especial en el Perú, cuando nos referimos a la corrupción?. Simple: La ausencia de controles –por tener la mayoría, quien gana una elección– permite el abuso de dicho poder y, por consiguiente de la corrupción.

Entonces de manera muy sutil, al pregonar la democracia como argumento válido y que además se pretende legitimar, los que ganan una elección, se apoderan del poder del Estado o parte de ella, para actuar contrario a los límites legales y hasta constitucionales. Por eso no le falta muchísima razón al maestro Ferrajoli, cuando asevera que "En el uso que desde entonces ha penetrado en el lenguaje corriente *"democracia liberal*" ha terminado por simplificar la ausencia de límites tanto a la libertad de mercado como a los poderes de la mayoría, y en consecuencia la convergencia de dos absolutismos: el absolutismo de la política y el absolutismo del mercado; la omnipotencia de la mayoría y la ausencia de límites a la libertad de empresa, el desdén por las reglas y por los controles tanto en la esfera pública como en la esfera económica".

Esta falta de límites, porque "la mayoría o casi todos decidieron así", como es lógico trae la corrupción o, por lo menos deja un campo abierto para que esta florezca. He aquí la raíz para entender a la corrupción como un

[173] FERRAJOLI Luigui (2008). Idem, pág. 26.

mal sistémico, estructural e histórico. Si seguimos conceptuando y defendiendo a la democracia desde el ámbito solamente liberal, el mal de la corrupción continuará.

Entonces, la alternativa que compartimos con el maestro italiano, es el cambio de paradigma, para controlar y combatir la corrupción. Ese paradigma es la democracia constitucional.

Pero qué significa democracia constitucional?. Según Ferrajoli[174], "… reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones. Un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para aquello que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo que está limitado, constituida justamente por los derechos fundamentales de todos; los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia– que toda mayoría está obligada a satisfacer. Es ésta la sustancia de la democracia constitucional – el pacto de convivencia basado sobre la igualdad *en droits*, el Estado Social, más que liberal, de derecho-garantizada por las constituciones:…"

[174] FERRAJOLI Luigui (2008). Idem, pág. 27.

Si entendemos a la corrupción como un fenómeno histórico, estructural y social, entonces, deviene en necesario, variar el paradigma de democracia formal que tenemos, por otra democracia constitucional, donde nadie se escape a los límites y, nadie por consiguiente, abuse de su mayoría.

5.3. Sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción

Dentro de este marco, se ha suscitado una preocupación mundial para poder afrontar este fenómeno como es la corrupción. En el fondo, si no se hace nada, la corrupción negará al Estado, será su destrucción inminente. No hay Estado que perviva al margen de los valores mínimos y fundamentales que lo sostienen en el tiempo y espacio.

No le falta razón a los Estados firmantes de la Convención, cuando en el preámbulo de la misma sostienen:

*"**Preocupados** por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley,*

***Preocupados** también por los vínculos entre la corrupción y otras formas de delincuencia, en particular la delincuencia organizada y la delincuencia económica, incluido el blanqueo de dinero,*

***Preocupados** asimismo por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción*

importante de los recursos de los Estados, y que amenazan la estabilidad política y el desarrollo sostenible de esos Estados,

Convencidos *de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella,…"*

Precisamente en ese ámbito, es que se ha suscrito la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción. Ya antes se había discutido alternativas parciales, pero con esta Convención, por lo menos las preocupaciones por este fenómeno han generado un consenso mundial. En todo caso, es el grito de pervivencia de los estados.

Pero la Convención, solo especifica de manera general la tipificación de los delitos más comunes que se suscitan en el ámbito de la corrupción, así como las reglas procesales –también genéricas– a tener en cuenta, para procesar y sancionar a los que delinquen.

A nuestro criterio, eso no basta. Es verdad que la Convención podría ser un punto de partida que genera consensos. Pero por sí sola, será insuficiente y hasta lírico. La propuesta de punibilidad de ciertos comportamientos y la forma como procesarlos incluso con la colaboración de los Estados, siempre será insuficiente, si no cambiamos de paradigma de democracia, que precedentemente hemos comentado.

La Convención, ha asumido como una de sus primeras finalidades *"Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;…".* Esto significa que no solo podrá intervenirse cuando se hayan suscitado los actos de corrupción, sino con la debida antelación, es más, se avocará a prevenirla.

En esa pretensión de no dejar vacío el comportamiento del sujeto activo del delito, ha presentado una definición amplia de "funcionario público" como *"…toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;…".* En este ámbito, esa definición de funcionario público, se ha adecuado, reflejado o materializado en el Art. 425 del Código Penal en vigencia.

Asimismo, la corrupción, tiene un fin de lucro, por consiguiente, se relaciona de manera indefectible a los bienes del Estado, en consecuencia, la Convención, ha visto necesario definir lo que es un bien, en el ámbito de esta norma supranacional. Por ello ha prescrito que por "bienes" *"se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos; que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;…".*

Coherente con el fin preventivo y no solo sancionatorio de la Convención, ésta acoge una postura propia del funcionalismo o

normativismo penal. Por ello prescribe que: *"Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado*". Es decir, ha optado por punibilizar no solo los delitos de resultado; sino ha consensuado en la punibilidad de actos de corrupción a los delitos de peligro. Eso significa que para castigar los comportamientos corruptos, no se requiere lesión efectiva al bien jurídico que se protege (bienes del Estado), sino tan solo su puesta en peligro. Esta es para mí, una manifestación del normativismo penal en la Convención.

Es que el normativismo, pregonado y defendida por Gunter Jakobs, aboga por el adelantamiento de las barreras de punición antes de la lesión del bien jurídico, en consecuencia, es fácil deducir esta vinculación. En todo caso, sino hay una vinculación directa; por lo menos de manera indirecta se asume los postulados del normativismo.

Pero no solo, se punibliza la puesta en peligro del bien jurídico (o la vigencia de la norma en lenguaje y clave normativista), como manifestación del normativismo; sino también la tentativa. La Convención, en el Art. 27, inciso 2 prescribe: *"Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, toda tentativa de cometer un delito tipificado con arreglo a la presente Convención".*

Si bien la punibilidad de la tentativa es de aceptación unánime en el derecho penal; sin embargo, en la Convención juega un papel esencial, pues

quiere ser coherente con su postulado de castigar incluso los actos preparatorios.

Por otro lado, también hace mención a la autoría y participación, en el Art. 27, inciso 1) en los siguientes términos*: "Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, de conformidad con su derecho interno, cualquier forma de participación, ya sea como cómplice, colaborador o instigador, en un delito tipificado con arreglo a la presente Convención".*

La Convención, no ha desarrollado una postura determinada en sus prescripciones, sin embargo, es de resaltar que éstas se acercan más al normativismo. Atendiendo a los Estados participantes, a su tradición democrática, se esperaba que las prescripciones en esta Convención, deberían ser garantistas; sin embargo, ha ganado la solución a un problema central en los Estados: La Corrupción. Y ello es la justificación para inclinarse hacia el normativismo.

Pero esta decisión de los representantes de los Estados, pueden ser contradictorias; pues mientras el ánimo de los Estados es combatir la corrupción –decisión y visión de todos los ciudadanos–, se opta por una postura en el derecho penal, más bien contra producente, formalista y que esconde la actuación real de los participantes, para solo finalmente, castigar a la parte más débil de esa relación delictual.

5.4. Sobre las limitaciones y críticas a la teoría del normativismo al explicar la doctrina de infracción del deber en los casos analizados.

La doctrina de infracción del deber desde la vertiente normativista jakobsiano, ha tenido recepción en nuestra jurisprudencia. Eso queda acreditado con los fragmentos de las jurisprudencias que hemos ofrecido en los resultados, pero también con múltiples pronunciamientos que ha tenido la Corte Suprema en materia penal.

Pero su recepción y aplicación a casos concretos, no es pacifica –tampoco abogamos que así sea–, sino todo lo contrario: Que el debate esclarecedor continúe y, de ella surja una respuesta cualitativamente superior.

Por ejemplo en el recurso de nulidad N° 615-2015, es explicita la asunción la teoría de infracción del deber, según la cual los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos serían delitos especiales y de infracción de deberes institucionalizados.

Explicando esta situación el Dr. Rodríguez Vásquez[175] señala que. "¿Qué quiere decir esto? Según la doctrina asumida por la Sala Penal Permanente, todos los delitos implican la infracción de deberes; sin embargo, se puede

[175] RODRIGUEZ VASQUEZ Julio (2016). "Breve comentario a la sentencia "diarios chicha" y a la teoría del "autor único" en los delitos de infracción de deberes "institucionalizados", publicado en "Boletín anticorrupción y justicia penal", en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/COMENTARIO1.pdf, fecha de acceso el 13 de mayo del 2017.

elaborar una clasificación que diferencia entre deberes por "competencia por organización" y por "competencia por institución"[176].

Los primeros se refieren al quebrantamiento de deberes que son configurados por el propio actuar del sujeto en su relación con la sociedad[177]. Es decir, deberes que surgen de la organización del propio actuar de una persona en sociedad. Estos deberes obligan a todo ciudadano a organizar su comportamiento de manera que éste no implica un ataque contra bienes jurídicos de otros.

Por su parte, los deberes por competencia institucional no nacen del propio comportamiento del sujeto, sino de deberes previamente positivizados a través de instituciones como la familia o la administración pública[178]. Estos deberes implican que las personas que estén inmersas en dichas instituciones no solo estén obligadas a no dañar al bien jurídico, sino que también están obligados a garantizar el fomento del bien jurídico[179]. En esta línea, los delitos de corrupción se encontrarían en este segundo universo, en tanto que el actuar de un funcionario público está delimitado

[176] JAKOBS, Günther (1997). La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión. En: Estudios de derecho penal. Madrid, Editorial Civitas, Págs...343-363.
[177] MEINI, Iván (2014). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Lima, Fondo Editorial PUCP, pág. 193.
[178] JAKOBS, Günther (1997). Ob. Cit., pág. 343-363.
[179] SÁNCHEZ-VERA, Javier (2003). Delitos de infracción de deber. En: Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (Coord.). Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal. Bogotá, editorial de la Universidad del Externado de Colombia, Pág. 275.

por regulación jurídica que se encuentran adscritas al cargo que éste ha decidido ocupar[180].

La teoría antes esbozada podría llevar al resultado de que los llamados delitos de infracción de deberes "institucionalizados" se caractericen porque delimiten el círculo de autores solo a quien se encuentra inmerso en la institución, excluyendo cualquier posibilidad de participación. Efectivamente, esta ha sido la línea tomado por la Sala Penal Permanente desde hace un tiempo. Más aún, la Sala Penal Permanente ha ido un paso más adelante, al señalar que en estos supuestos se rige "el principio de autor único". Por lo tanto, en estos supuestos solo sería posible la llamada autoría directa, quedando descartados los casos de coautoría, autoría mediata, instigación o complicidad[181]. Sin embargo, la decisión de adscribir esta tesis tiene serios inconvenientes.

En primer lugar, esta teoría solo caracteriza los deberes lesionados. Es decir, la teoría defendida por la Sala Penal Permanente se limita a describir una formalidad: que determinadas personas tienen deberes configurados a partir de una institución. Sin embargo, no se pronuncia sobre el fundamento de dichos deberes ni sobre cómo estos deberes se relacionan con la afectación al bien jurídico protegido por el tipo penal[182][183].

[180] MEINI, Iván (2014). Ob. Cit., pág. 193
[181] MEINI, Iván (2016). Autoría y participación en los delitos de corrupción. Conferencia presentada en Nueva Criminalidad: Desafíos en el Derecho Penal. Iter Criminis. Lima, 15 de septiembre, S/P.
[182] MONTOYA, Yvan (Coordinador) (2015). Manual de delitos contra la administración pública. Lima: Idehpucp, pág. 55.
[183] MEINI, Iván (2014). Ob. Cit., pág. 194.

En segundo lugar, la tesis antes citada no tiene sustento en el Código Penal peruano y, por el contrario, contradice las reglas de autoría y participación de nuestro ordenamiento jurídico[184]. El Código Penal no regula en ninguna de sus reglas la diferencia entre "delitos de infracción de deberes por competencia" y "delitos de infracción de deberes por institución". Mucho menos indica que en el segundo caso las reglas de la participación quedan anuladas o carecen de validez. Por el contrario, el Código Penal dispone entre sus reglas generales que quienes "cometen conjuntamente" el hecho punible, quienes "realiza(n) por medio de otro el hecho punible, quienes "dolosamente presta(n) auxilio para la realización del hecho punible sin el cual no se hubiere perpetuado" y quienes "dolosamente, determina(n) a otro a cometer el hecho punible" serán reprimidos con la pena establecida en la parte especial del Código Penal. En esta medida, el ordenamiento jurídico penal no se adscribe a una teoría de "autor único", sino que por el contrario considera legítimos y válidos, para todos los delitos, la prohibición y sanción de comportamientos de autoría mediata, coautoría, instigación y complicidad".

Por otro lado, el Dr, Mendoza Ayma[185], desde su postura contraria a la fundamentación jakobsiana de infracción del deber, ha realizado una crítica

[184] MEINI, Iván (2016). Ob. Cit. s/p.

[185]MENDOZA AYMA, Francisco Celis y MENDOZA YANA, Daniel (2016). Autoría y formalismo normativo: el fundamento material de la autoría. A propósito del caso Diarios chicha. En: http://legis.pe/autoria-formalismo-normativo-fundamento-material-la-autoria-proposito-del-caso-diarios-chicha/, fecha de acceso 20 de abril del 2017.

con razón suficiente a la sentencia denominada "diarios chicha", recaída en el Recurso de Nulidad N° 615-2015.

La importancia de esta postura, radica no solo en pretender refutar la postura dominante en la Corte Suprema, sino también proponer una visión distinta, pero que serviría para no dejar impune a comportamientos que considera delictivos, más aún cuando se trata de combatir la corrupción.

El maestro arequipeño, asevera las siguientes críticas al respecto:

"La utilización de la teoría de los delitos de infracción de deber en el caso los *Diarios chicha* es una expresión de su recepción y uso acrítico en el ámbito de la judicatura nacional**.** Sin embargo, para sintetizar las principales críticas, es importante bosquejar las dos variantes en pugna presentes en la doctrina y jurisprudencia nacional: **i)** la teoría de los delitos de infracción de deber extrapenal de Roxin[186], y **ii)** la teoría de los delitos de infracción de un deber institucional de Jakobs y Sánchez-Vera Gómez-Trelles[187].

[186] Véase Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contrala administración pública*, 2.a ed., Lima: Grijley,2011, p. 14; Pariona Arana, Raúl, "La teoría de los delitos de infracción de deber: fundamentos y consecuencias", en Francisco R., Heydegger y Jhuliana C. Atahuamán P. (coords.), *Delitos contra la administración pública*, Lima: Idemsa, 2013, p. 98 y ss.; Abanto Vásquez, Manuel A., "Autoría y participación y la teoría de los delitos de 'infracción del deber'", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 17, Lima: 2005, Pág. 40;Reyna Alfaro, Luis Miguel, "Autoría e intervención delictiva: cuatro ideas nucleares", en *Revista Institucional del Ministerio Público de La Libertad*, [s. f.], Págs. 42 y 43, recuperado de<bit.ly/2egc10l>; *idem*, "*Los viáticos como objeto material del delito de peculado*", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 29, Lima: noviembre del 2011, Pág.123; Benavente Chorres, Hesbert y Leonardo Calderón Valverde, *Delitos de corrupción de funcionarios*, Lima: Gaceta Jurídica, 2012, Pág. 164; Nolasco Valenzuela, José y Érika Ayala Miranda, *Delitos contra la administración pública*, vol. I, Lima: Ara, 2013, Pág. 138; Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal*. *Parte general*, Lima: Grijley, 2006, p. 306; Gálvez Villegas, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos*, Lima: Grijley, 2004, Pág. 402; Gálvez Villegas, Tomás Aladino y Ricardo César Rojas León, *Derecho penal*. *Parte especial (Introducción a la Parte general)*, T. I, Lima: Jurista, 2011, Págs. 238-249.

[187] Véase Caro John, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico penal*. *Estudios de derecho penal funcionalista*, Lima: Ara, 2010, Pág. 69 y ss.; *idem*, *Manual teórico-práctico de*

La crítica central contra la teoría de los delitos de infracción de deber se basa en la afectación de manera directa del principio de legalidad; en efecto, la determinación de la autoría no atiende a fundamentos típicos, sino que se remite a normatividad extrapenal: esta normativa extrapenal es administrativa, civil, estatutaria, reglamentaria –ROF, MOF, etc. – entre otras, pero fuera del ámbito del tipo. Por otro lado, es contrario al principio de legalidad considerar a las acciones de instigación o complicidad como acciones de **autoría** si el Código Penal no lo prevé expresamente[188]; en efecto, el artificio formal de la infracción del deber no puede sustituir los datos de la realidad y los supuestos de intervención delictiva previstos en la Parte General del Código Penal y calificar como **autoría** lo que en realidad es instigación o complicidad.

---

teoría del delito. *Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*, Lima: Ara, 2014, Pág. 190 y ss.; Reaño Peschiera, Leandro, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima: Jurista, 2004, Pág. 25; García Cavero, Percy, *Derecho penal*. *Parte general*, 2.a ed., Lima: Jurista, 2012, Pág. 697; *idem*, "Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal", en García Cavero, Percy y José Luis Castillo Alva, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, Págs. 36 y 37; Villa Stein, Javier, "Autoría y participación", en *Cuadernos de investigación jurisprudencia*, N.° 7, Lima: 2011, Pág. 24, *idem*, "El funcionalismo en el derecho penal peruano. Apreciaciones, teoría y práctica", en *Revista Oficial del Poder Judicial*, N.° 5, Lima: 2009, Pág. 34 y ss.; Amoretti Pachas, Mario, *Violaciones al debido proceso penal*. *Análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, Lima: Grijley, 2007, Págs. 190 y 191; Salazar Sánchez, "Imputación objetiva y participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deber", art. cit., Págs. 536-539; Caro Coria, Dino Carlos, "El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. I, México D. F.: 2007, p. 332, Alcócer Povis, Eduardo, "La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya", en el portal web del *Instituto de Ciencia Procesal Penal*, Lima: 2014, pp. 3-5, recuperado de <bit.ly/1mgEWkF>; Rosales Artica, David, *La coautoría en el derecho penal*. *¿Es el cómplice primario un coautor?*, tesis para optar el grado académico de magíster en Derecho Penal, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, Pág. 44; Hurtado Pozo, José y Víctor Prado Saldarriaga, *Manual de derecho penal*. *Parte general*, 4.a ed., Lima: Idemsa, 2011, Págs. 141y 142; Reátegui Sánchez, James, *Estudios de derecho penal*. *Parte especial*, Lima: Jurista, 2009, Pág. 374; *idem*, "La infracción penal por peculado culposo: Análisis a partir del artículo387, cuarto párrafo, del Código Penal", en Francisco R., Heydegger y Jhuliana C. Atahuamán P. (coords.), *Delitos contra la administración pública*, Lima: Idemsa, 2013, Págs. 383 y 384; Guevara Vásquez, Iván Pedro, *El Parricidio*. *Entre la infracción del deber y el feminicidio*, Lima: Idemsa, 2012, Págs. 130-172.

[188]GINBERNAT ORDEIG, Enrique (2006). Autor y cómplice en derecho penal, Montevideo-Buenos Aires: B de F, Pág. 298.

Por otro lado, la teoría de los delitos de infracción del deber tiene como efecto operativo el regreso a la "teoría unitaria de autor" en el ámbito de la intervención de *intraneus* –funcionarios–;pues, en caso de pluralidad de intervinientes, todos con la calidad de funcionarios, no interesa la magnitud ni la forma de la intervención de cada funcionario[189], así cualquiera sea su intervención en el hecho delictivo, responderán siempre como autores por estar vinculados a un deber[190].

Una crítica desde una perspectiva político criminal, a propósito del caso de los *Diarios chicha*, es que la teoría de la infracción del deber extrapenal termina siendo funcional a la operatividad de la selectividad del poder punitivo[191], en consecuencia, radicalmente contraria al objetivo político criminal de contención de contra-pulsión de la selectividad del poder punitivo, que corresponde a un derecho penal latinoamericano[192].

Desde la óptica criminológica de la criminalización secundaria es constatable que el poder punitivo opera de manera selectiva y esa selectividad se agudiza en sociedades desiguales y pluriculturales, en grados dramáticos como Latinoamérica. En ese orden, la construcción de un saber penal debe considerar ese dato de la realidad con el objetivo de disminuir –

[189] RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "El autor mediato en el derecho penal español", en Anuario de derecho penal y ciencias penales, t.22, n.° 3, Madrid: setiembre-diciembre de1969, Pág. 473.
[190] Ya sea extrapenal o institucional.
[191] Ejercido por los agentes responsables de la criminalización secundaria.
[192]ZAFFARONI, Eugenio Raúl, En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal, Lima: AFA, 1989, Pág. 201 y ss. Idem, Hacia un realismo jurídico penal marginal, Caracas: Monte Ávila, 1992, Págs. 38 y 39; idem, El enemigo en el derecho penal, Buenos Aires: Ediar, 2006, Pág. 12; idem, Estructura básica del derecho penal, Buenos Aires: Ediar, 2009, Págs. 27-33; Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Manual de derecho penal. Parte general, Buenos Aires: Ediar, 2005, Págs. 54-67; idem, Derecho penal. Parte general, Buenos Aires: Ediar, 2000, Pág. 4 y ss.

dentro de las posibilidades jurídicas– la selectividad del poder punitivo. Ese saber penal debe ofrecer a los operadores jurídicos un sistema interpretativo de las leyes penales que tenga como objeto reducir racionalmente el poder punitivo.

Sin embargo, la operatividad de la teoría de los delitos de infracción del deber es contraria a esa finalidad: su médula formalista invisibiliza los fundamentos materiales para la atribución de autoría. Así, no considera las constatables relaciones de poder existentes en la administración pública, no comprendidas en la formalidad del ROF, MOF o cualquier norma extrapenal, pues estas son solo el correlato formal del poder funcionarial. En efecto, la remisión a normas extrapenales conduce a un excesivo formalismo que no permite una comprensión material de la intervención delictiva en un determinado contexto de poder real.

Señala Schünemann[193] que el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber se explica porque Roxin, en 1963, partía del estado de las nociones generales de la dogmática de los delitos de omisión impropia que tenían predominancia en ese entonces; en efecto, la teoría formal del deber jurídico era predominante en la fundamentación de la autoría en los delitos de omisión impropia. Esta teoría hacía depender la autoría en los delitos de omisión impropia –para equipararlo con el hacer activo– en la lesión de un deber de actuar del autor que encontraba una fundamentación formal proveniente de la *ley* o de un *contrato*, esto es, una fuente de

[193] SCHUNEMANN, Bernd, *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, Lima: Idemsa, 2006, Págs.287 y 288.

normativa extrapenal. Por esa razón, Roxin consideró, en 1963, como delitos de infracción de deber, a los delitos de omisión impropia; así fundamentó la **autoría** en estos delitos omisivos impropios, no sobre la base del dominio, sino sobre la base de la infracción del deber especial extrapenal. Este mismo concepto **normativo** fue extendido a los delitos especiales, de tal manera que la infracción del deber especial extrapenal se erigió como fundamento y criterio decisivo de la atribución de **autoría**– conforme al fundamento formal dominante en esa época–. Sin embargo, la teoría formal del deber jurídico para la atribución de **autoría** en los delitos omisivos impropios fue pronto abandonada como fundamento de la **autoría** en los delitos de omisión. En efecto, la infracción del deber extrapenal – contrato, negocio, etc. – produce consecuencias jurídicas solo en un ámbito jurídico fuera del derecho penal; pero, para la equiparación de la omisión con el hacer activo en el ámbito penal, se requieren criterios específicos del ámbito penal. Esta teoría formal de la infracción del deber extrapenal produce resultados insatisfactorios.

Así, en el recurrente ejemplo de la niñera, si el contrato es nulo, pero esta ejerce un cuidado efectivo del niño, pero conscientemente lo deja caer en una fuente y ahogarse en ella, no existe duda sobre su posición de garante por el dominio de la situación de poder; por tanto, debe responder como autora. A la inversa, no se configura una posición de garante si la niñera no

asume esa posición de dominio situacional –de garante–, puesto que si bien incumple el contrato, empero, no asume el control fáctico sobre el niño[194].

Similar situación se presenta también en el ámbito de los delitos contra la administración pública –delitos especiales–; en efecto, conforme al fundamento formal de la teoría de la infracción del deber extrapenal, aun cuando el *intraneus* ejerza de facto la actividad funcionarial, no responderán penalmente, porque no se encuentran vinculados formalmente a un deber emergido de una norma extrapenal o porque el deber extrapenal es genérico.

Esta teoría formal de los delitos de infracción de deber excluye de su comprensión: **i)** las situaciones de poder real presentes en la administración pública, **ii)** su carácter jerárquico, lo cual habilita una intervención *de hecho* de altos funcionarios en el ámbito de sus subordinados. Conforme a los fundamentos formalistas de esa teoría, en aquellos supuestos delictivos de intervención de facto de los superiores, la responsabilidad jurídico penal recaerá siempre en los funcionarios de inferior jerarquía, pues son estos los vinculados al ROF, MOF o cualquier otra reglamentación formal extrapenal. En efecto, estos deberes específicos que emergen del ordenamiento extrapenal se encuentran vinculados, generalmente, a funcionarios de nivel inferior, así conforme a la organización piramidal de las funciones que tiene la administración pública, mientras más alta es la jerarquía de los funcionarios, más genéricos son los deberes; y, la posibilidad de atribución

[194] SCHUNEMANN, *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, ob. cit., Págs. 287 y 288.

de **autoría** de un hecho delictivo a altos funcionarios –fundamentada en un deber extrapenal– se ve anulada o reducida significativamente.

En el caso *Diarios chicha*, la *Ley del Sistema de Inteligencia Nacional* establece que el Servicio de Inteligencia Nacional depende directamente del presidente de la República y le corresponde cumplir funciones compatibles con su naturaleza; sin embargo, el ROF *–deber extrapenal–* especifica que el órgano competente para la administración de los caudales del Sistema de Inteligencia Nacional es la Oficina Técnica de Administración; por tanto, la responsabilidad penal –desde la teoría de los delitos de infracción de deber– recaerá solo sobre los funcionarios encargados de la Oficina Técnica de Administración.

Es irrelevante para esa postura formalista que el ex presidente haya tenido una participación activa en la apropiación de los caudales del Estado; que, en virtud de su potestad presidencial, haya desviado los fondos del Ministerio de Defensa y del Ministerio del Interior al Servicio de Inteligencia Nacional; es indiferente si entró en connivencia con el ex asesor del SIN, Vladimiro Montesinos, quien ejercía de facto la administración de los fondos del SIN; es irrelevante si se sustrajeron los mismos para solventar su campaña presidencial. El **formalismo** de la teoría de la infracción de un deber extrapenal no comprende la realidad del poder factual y que no necesariamente tiene un deber extrapenal específico como correlato.

Una crítica de carácter operativo a la teoría de la infracción del deber extrapenales que desnaturaliza la investigación y su juzgamiento.

Efectivamente, **i)** el objeto de la *investigación* es la búsqueda formal de un ROF, MOF, o cualquier otro reglamento formal: **a)** el objeto de la investigación no se orienta –como debería ser– al descubrimiento de los alcances del poder funcional-factual del funcionario; **b)** no se investiga la situación de dominio consustancial al poder funcional –que torna vulnerable al bien jurídico a ese poder–, y **c)** no se investiga cómo el funcionario se aprovechó de esa situación de poder –posición de garante– determinante en la realización de un evento delictivo. **ii)** El *juzgamiento* tendrá también un objeto formal pues se pretenderá demostrar la existencia y vigencia de un deber extrapenal –ROF, MOF, etc. – y el vínculo formal que emerja de esas normas extrapenales; por tanto, no será objeto de demostración en juicio la realidad del poder funcional; tampoco la demostración de la situación real de poder del funcionario público y la vulnerabilidad del bien jurídico con relación a ese poder. Como se aprecia, la opción por esa perspectiva formalista pervierte el objeto mismo del proceso, y es fuente selectiva de impunidad".

Pero las críticas son mayores a la teoría de Jakobs, no solo de su visión de infracción del deber, sino incluso a su propia filosofía. Ahí tenemos al maestro Gracia Martin[195], quien sostiene que "Porque casi todo lo que éste proporciona no son más que metáforas en el metanivel del lenguaje que no tienen ninguna o que tienen muy poca correspondencia material con el nivel empírico de los objetos del mundo real que interesan al Derecho, entrando

[195] GRACIA Martin (2012). Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, pág. 24*

con este mundo real a menudo en una clara contradicción frontal que es fuente de una muy alta peligrosidad política".

Para el maestro Bustos Ramírez[196], la postura jakobsiana "suprime el concepto de bien jurídico, ya que lo único que importa es el Estado y por tanto el delito, el injusto, hay que construirlo en torno al deber de fidelidad respecto del Estado y a su infracción"

5.5. Las ejecutorias supremas e infracción del deber

i) Casación N° 782-2015.

La Sala Permanente de la Corte Suprema de justicia acaba de emitir y publicar una sentencia casatoria Nº 782-2015, de fecha 06 de julio del 2015, en el que resuelve un caso de enriquecimiento ilícito.

Más allá de las consideraciones jurídicas aplicables al caso –imputación de enriquecimiento ilícito a través del incremento patrimonial de la pareja sentimental– se trata de una sentencia que establece una doctrina jurisprudencial obligatoria (fundamentos del 2 al 13) de acuerdo al artículo 433.3 del Código Procesal penal.

Uno de los puntos que más me ha llamado la atención es que se consagra a través de una sentencia casatoria la tesis de la no punibilidad del partícipe en los delitos especiales propios, también denominados delitos de infracción de deber, en atención a lo dispuesto al artículo 26 del Código Penal.

[196] BUSTOS RAMIREZ, Juan (1982). *Bases críticas de un nuevo Derecho Penal.* Bogotá: Temis, pág. 15.

Si bien esta postura (no punibilidad del partícipe en delitos especiales propios o la reconducción de la calificación jurídica a un delito común en el caso de un delito especial impropio) había sido sostenido anteriormente por algunos jueces supremos, integrantes de la Sala Penal Permanente (Villa Stein, Pariona Pastrana) en algunos fallos y votos singulares, se debe destacar que por primera vez dicho criterio se extiende y es asumido por unanimidad por todos los demás miembros de la Sala, planteándose la posición de que al no concurrir en el partícipe la condición exigida en la ley (v. gr. funcionario público) y al no haberse infringido de manera directa alguna norma de conducta procede la absolución de los cómplices (primarios o secundarios); lo que debe extenderse también, *mutatis mutandis*, a los casos de instigación. De esta forma, se consagra vía doctrina jurisprudencial obligatoria la tesis de la ruptura del título de imputación en los casos de delitos especiales impropios y el no castigo de los partícipes en los delitos especiales propios.

Pese a que se trata de una sentencia de enriquecimiento ilícito la interpretación que se realiza tanto del artículo 25 y 26 del C.P. (disposiciones de la Parte General) debe aplicarse también a los casos de participación en los demás delitos especiales del Código Penal como el caso de la colusión, el peculado, exacciones ilegales, prevaricato, etc.

La tesis adoptada como doctrina jurisprudencial obligatoria por la Sala Penal Permanente había sido ya asumida en la doctrina nacional por el propio Javier Villa Stein y por el profesor Percy García Cavero y tiene, por

ejemplo, en la doctrina española un eco importante (Robles Planas, Righi, Silva Sánchez con matices).

Creo que una decisión judicial de consecuencias dogmáticas y político criminales tan importantes en el Derecho penal peruano debe analizarse y discutirse de manera adecuada y técnica.

Este razonamiento orientado por el formalismo de infracción del deber, desconoce una realidad palpable: Lo intrincado, complejo que es la realización del delito, donde no solo participa el intraneus, sino también el extraneus y, ambas cooperan para que se materialice el delito; sin embargo, con un razonamiento simple se concluye que solo el primero responde penalmente.

ii) Recurso de nulidad N° 615-2015- LIMA

Críticas sobre el sujeto activo peculado[197].

I) Sentido de la Ejecutoria

A) Alberto FUJIMORI fue imputado de haber dispuesto 122 millones de soles del patrimonio asignado a la Fuerza Aérea del Perú y al Ejército Peruano, para que fueran transferidos al Servicio de Inteligencia Nacional y desde allí se destinen a la compra de titulares de los llamados "diarios chicha" con el fin de atacar a opositores políticos del gobierno, en la campaña de la reelección presidencial del año 2000.

[197] Comentario elaborado por el Dr. Alcides Chinchay Castillo, asociado y docente de INCIPP, en: http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/2016_boletin_2_alcides_chinchay.pdf, fecha de acceso 12 de junio del 2017.

B) La cuarta sala penal liquidadora anticorrupción condenó al acusado por el delito de peculado, a 8 años de privación de la libertad. Además, se le impuso inhabilitación por 3 años (para obtener cargo público) y se le condenó a pagar 3 millones de soles por reparación civil.

C) Impugnaron el condenado y el actor civil que pedía mayor reparación civil.

D) La Sala Suprema declara la nulidad de la condena, la revoca, la sustituye por una absolución y declara sin lugar la pretensión civil I

I) Elementos para el análisis A Un hecho para precisar:

1) Ha estado circulando por las redes sociales la observación de quienes apoyan la ejecutoria y dicen que, si se razonara de forma distinta a esta resolución, el Presidente tendría responsabilidad de todo mal manejo que haya del dinero del Ejecutivo.

2) Ese argumento no es consistente, puesto que la crítica no se apoya solamente en el hecho de que el Presidente sea el administrador de la hacienda pública (cfr· el art· 118º.17 de la Constitución). No es sólo sobre esta base que se dice que él debe asumir responsabilidad penal

3) Hay tema de hecho:

(i) El pase presupuestal de la FAP y el Ejército al SIN fue hecho mediante resoluciones supremas suscritas por el procesado.

(ii) La Sala hace un curioso tour argumental para decir que pese a ello Fujimori no tiene responsabilidad penal:

(a) En efecto, tal pase presupuestal requiere de la participación del Presidente. Pero eso sólo quiere decir que el Presidente estaba cumpliendo con un trámite a su cargo, no que fuera responsable del destino o del uso de ese dinero.

(b) Era el titular del SIN (c) Además, lo autorizado se hallaba dentro de las permisiones presupuestales (no se transfirió nada más allá de lo permitido presupuestalmente)

(iii) Como es fácil comprender para quien quiera de veras entenderlo:

(a) La figura de yo sólo autorizo para cumplir con los trámites pero no me hago responsable, ¿eh? sencillamente no existe en la administración pública.

(b) Sería sencillamente tonto establecer un trámite (que tal o cual funcionario rubrique) que no va a servir para nada. Si al suscribir, el que suscribe no se hace responsable de nada, ¿entonces para qué suscribe?

(c) La rúbrica o firma o media firma supone siempre una manifestación de voluntad del funcionario y eso lo hace responsable por lo que firma.

(d) La resolución razona diciendo que la posesión que tenga el funcionario puede ser mediata o inmediata (FJ 2.1.1.2.a, págs· 12-13). Dice

también que la vinculación del funcionario con los bienes materia de peculado pueden ser directa o indirecta (FJ 2.1.1.2.b, pág· 13).

(e) Pues bien, al contrario de lo que la Sala concluye, la autorización mediante resolución suprema hecha por Fujimori constituye una posesión indirecta y con vinculación indirecta.

4) Sobre otros responsables formales

(i) La idea de que parte la resolución no es la de la imputación

(ii) No se está diciendo que FUJIMORI autorizó un uso de caudales para fines legales y que una pandilla de truhanes dedicó ese dinero a los "diarios chicha".

(iii) Se está diciendo que Fujimori hizo esa transferencia para poder emplear espuriamente los fondos sin tener que dar cuenta a nadie.

(iv) Contra eso, lo que se podría decir es que no se ha probado que esa haya sido la intención del imputado. Pero no contradecir esa imputación con argumentos formales ("no era el responsable").

(v) No en un plano de deberes funcionales, sino en el plano de responder cándidamente con un deber ser ante una imputación fáctica, eso sería equivalente a decir: Se imputa que la empleada doméstica se coludió con su enamorado para sustraer sistemáticamente las joyas de su empleadora. Tal imputación debe desecharse, porque la tarea de la empleada era sólo limpiar

las joyas, no sacarlas, tarea que sólo era de competencia de su empleadora misma.

B) Sobre que no cabe coautoría en delitos especiales propios

1) El desconocimiento del Derecho Administrativo que tiene la Sala ignora que no es verdad que sólo puede haber autoría única en un delito especial propio (cfr· el FJ 2.1.2, págs· 16-17)

2) Esa cándida y simplista idea parte del supuesto de que para un caudal determinado sólo puede haber un responsable. Quienquiera que haya hecho contratación con el Estado sabe que eso no es verdad.

(i) El área usuaria al dar la conformidad está disponiendo indirectamente de la posesión indirecta que tiene sobre el caudal respectivo. Ese dinero está presupuestado para pagar ese contrato. Si es verdad (como de hecho lo es) que el dinero no se moverá a favor del proveedor hasta que el área usuaria no dé la conformidad, entonces el funcionario jefe de esa área, tiene:

(a) A su cargo indirecto ese patrimonio

(b) Dispone del mismo al dar la conformidad.

(ii) El área de contabilidad o caja, al expresar que cuenta con los fondos para ese contrato, está disponiendo indirectamente de la posesión indirecta que tiene sobre el caudal respectivo. Ese dinero está presupuestado para pagar ese contrato. Si es verdad (como de hecho lo es) que el dinero no se

moverá a favor del proveedor hasta que el área de contabilidad no dé su visto bueno, entonces el funcionario jefe de esa área, tiene:

(a) A su cargo indirecto ese patrimonio

(b) Dispone del mismo al dar la conformidad.

(iii) Tesorería, al hacer el depósito en la cuenta del proveedor o girar un cheque a su favor, está haciendo una disposición directa. Pero esta disposición:

(a) Requería indispensablemente de la intervención de los otros dos.

(b) Y no sólo eso: la intervención de esos otros dos:

(1) Eran por razón de su cargo

(2) Y por razón de su cargo, su intervención generó la disposición del patrimonio estatal.

(iv) Por tanto, si algún acto ilícito hubiera en el pago de un contrato, y esto se hubiera hecho con la intervención concertada de las tres áreas mencionadas, habría una verdadera coautoría, pese a lo que afirma la resolución bajo comentario.

e) Una propuesta alternativa y superadora a la aplicación acrítica de la teoría de infracción del deber.

5.6. El dominio sobre el fundamento del resultado[198] como alternativa sobre autoría y participación

Schunemann, sustentando su postura al respecto sostiene "Esta categoría superior se subdivide en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (con las posiciones de garante en particular, de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de la vigilancia) y el dominio sobre una causa esencial del resultado (dentro de esto se encuentra, en primer lugar, el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión y, más allá, en los delitos de omisión las posiciones de garante, en particular de los deberes en el tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, del dominio sobre personas o instalaciones peligrosas y, finalmente, la responsabilidad de quien dirige la empresa). Al mismo tiempo, esto demuestra la corrección lógico objetiva de la clasificación de las posiciones de garante (que en la actualidad es generalmente reconocida en Alemania en sentido formal) en dos grandes grupos: Las posiciones de garante en virtud de la defensa en torno al bien jurídico, y las posiciones de garante en virtud del control de la fuente de peligro".

Aquí, ya no se trata de una concepción formal, maniquea o hasta mecánica de la autoría y participación, sino atendiendo a dos extremos importantes: Posición de garante en torno al bien jurídico y, posición de garante en virtud del control de la fuente de peligro.

[198] SCHUNEMANN, Bernard. "Dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico objetiva de común para toda las formas de autoría". En: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1037/981, fecha de acceso 2 de enero del 2017.

La explicación al fenómeno concreto, deviene en más real, más accesible a una realidad empírica verificable.

Con estos conceptos e ideas, ya no será posible que en la persecución penal, la cadena se rompa por el lado más débil o, la sanción solo recaiga en quien tiene formalmente el deber; sino en lo acaecido en la realidad. Con ello, ya no podrá quedar en impunidad quienes desde la invisibilidad que le da el poder, pueda delinquir o coadyuvar a ella.

Analizando mejor, lo postulado por el Dr. Schunemann, el abogado Mendoza Yana Daniel[199], dice: ¿Qué consecuencia práctica acarrearía esto en el ámbito del supuesto del instrumento doloso no cualificado? Básicamente según la teoría aquí analizada el *extraneus* debería responder como autor en virtud del dominio del suceso por el cual accede el no cualificado, pues recordemos que no es el status de funcionario el fundamento de la imputación, sino el dominio que tiene en virtud de su acceso privilegiado al bien jurídico caracterizado por su indefensión. Precisamente en el supuesto del instrumento doloso no cualificado consiste "en la asunción por parte de un *extraneus* de un círculo de actividad ajeno, el del *intraneus*. Recuerda Schünemann que en la teoría de los delitos de omisión impropia se aceptaría sin problemas el traspaso de la función de la función de protección del bien jurídico asumida voluntariamente de un sujeto a otro" (Gómez Martín, 2006, p. 358). En base a ello, en el caso del

[199] MENDOZA YANA, Daniel (2016). La exigencia del uso del dominio sobre el fundamento del resultado como criterio determinador de la intervención delictiva en los delitos contra la administración desde la perspectiva funcionalista reductora en el Perú. Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Nacional "San Agustín" de Arequipa, Pag. 88.

instrumento doloso no cualificado, "que tengan lugar en el contexto de un delito especial de garante, podría afirmarse, igualmente, que la función de protección del bien jurídico que recaería sobre el *intraneus* también podría ser "asumida" por un sujeto ajeno a dicha función, es decir, por un *extraneus*" (Gómez Martín, 2006, p. 358)".

Pero las ideas del maestro Schunemann, tampoco son de recepción pacífica; sino todo lo contrario. Ante las críticas al funcionalismo normativista, le han salido al encuentro tratando de refutar sus posturas.

Analizando dichas críticas el abogado Mendoza Yana Daniel[200] ha señalado que: "Desde un punto de vista funcionalista radical Sánchez-Vera Gómez-Trelles critica la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado partiendo de los propios ejemplos propuestos por Schünemann, en el cual el dominio de la custodia fáctica (aunque sea reducida) de los padres que se han ido al cine respecto de los hijos que permanecen durmiendo en la vivienda puede ser fundamentado porque ellos tienen la disposición sobre la llave de la casa, conocen el lugar donde se encuentran los niños y los peligros de la vivienda, etc. Sin embargo, a decir de Sánchez-Vera, en un segundo ejemplo propuesto por Schünemann se sostiene que no existe un deber de retirada del mercado de un producto peligroso, porque faltaría al fabricante el dominio del hecho, incluso para el caso de que hubiera quebrantado el deber de cuidado exigible (2002, p. 156). Esto hace concluir a Sánchez-Vera que el distinto tratamiento de ambos casos no parece

[200] Ob. Cit. Págs.88-89.

correcto. El fabricante del producto peligroso conoce los peligros del producto, igual que los padres conocen los de la casa y posee la "llave"; sin embargo no lo retira del mercado, igual que los padres tienen en su poder la de la vivienda. ¿Por qué no existe pérdida del dominio del hecho cuando los padres se encuentran en el cine y sí, en cambio, cuando el fabricante permanece en su empresa y no retira el producto del mercado? (p.156), por tanto, si se es consecuente con el fundamento del dominio sobre el fundamento del resultado tendría que negarse la responsabilidad de los padres al igual que lo hace en el caso de la responsabilidad por el producto".

VI. CONCLUSIONES

1.- No se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; debido a una concepción formalista, maniquea de los deberes especiales que tienen los sujetos cualificados.

2.- La aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación en la práctica contraviene los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; toda vez que dejando en impunidad a lo que tiene el poder real, en todo caso, la responsabilidad solo alcanza a los mandos medios.

3.- No es uniforme la jurisprudencia de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación; debido a la distinta formación doctrinal de sus miembros y asesores principales; así como a la inexistencia de una sola doctrina que unifique y sintetice las distintas posibilidades que se tiene para la determinación responsabilidad penal en los delitos especiales.

4.- Existe una alternativa intermedia, más real, racional y empíricamente demostrable para la mejor determinación de la autoría y participación en los delitos especiales de infracción del deber. Esa es: El dominio sobre el fundamento del resultado, que parte de dos posturas importantes: Posición de garante en torno al bien jurídico y, posición de garante en virtud del control

de la fuente de peligro.La aplicación de esta postura doctrinal sustentada por el maestro Schunemann, podría permitir que los poderosos, los que tienen el poder real no queden en la impunidad y, por ende se cumpliría a plenitud los postulados de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.

VII. RECOMENDACIONES

1.- Crear una ley de financiamiento de candidaturas y partidos políticos, donde se controle en forma estricta la contabilidad de estas, prohibir las donaciones anónimas, de empresas ligadas a contrataciones con el Estado y, controlar el origen de las donaciones.

2.- Tipificar como delitos las siguientes actividades ligadas a la actividad privada: Soborno en la actividad societaria y empresarial; abuso de información privilegiada en general y en particular de los mercados de valores; administración desleal; falsedad de cuentas anuales o balances, fraude de subvenciones y que se incorpore a las organizaciones juveniles en la lucha anticorrupción.

3.- Proponer la fiscalización permanente y de manera inopinada a la labor de los funcionarios y servidores públicos de todo nivel, sin ninguna omisión y bajo responsabilidad.

4.- La transparencia y el acceso a la información como herramienta fundamental contra la corrupción y la rendición de cuentas como mecanismo para combatir la corrupción.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERTO RAMOS, Carlos (2015). Los paradigmas de la investigación científica, UNIFE, Lima.
- ANDRADE, NEILEM (2016). Paradigma Jurídico y Científico. Disponible en: https://issuu.com/neilemandrade14/docs/paradigma.
- ARANZAMENDI, LINO (2011). "Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho". Editorial Jurídica Grijley, Lima.
- BACILALUPO, Enrique (1999). Derecho Penal, Parte General, editorial Bloch, España.
- BOBBIO, Norberto (2006). El problema del positivismo jurídico. Editorial Fontamara, México.
- BONORINO, Pablo y PEÑA, Jairo (2002). Filosofía del Derecho. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá.
- BRIONES, Guillermo (1986). Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales. Editorial Trillas, México.
- BULYGIN, Eugenio (1998). "¿Hay vinculación necesaria entre Derecho y Moral?" En: Varios autores. Derecho y Moral. Ensayos Sobre un Debate Contemporáneo. Editorial Gedisa, Barcelona.
- BULYGIN, Eugenio (2006). El positivismo jurídico. Editorial Fontamara, México.

- CANTOR, Guillermo (2002) “La Triangulación Metodológica en Ciencias Sociales”. Cinta de Moebio - Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales, Nº 13, Chile, En: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=301285
- CARBONELL, Miguel (2013). Transparencia, ética pública y combate a la corrupción una mirada constitucional. Editorial Universidad nacional Autónoma de México-UNAM.
- CARO JHON, José Antonio (2014). Manual Teórico Práctico de teoría del delito. Lima-Perú, ARA editores.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentzu (1999). Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CHANJAN DOCUMET, Rafael Fernando (2014). La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso. Lima-Perú, Tesis para optar el título de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DENZIN, Norman K. (1970): Sociological Methods: a Source Book. Aldine Publishing Company. Chicago.
- DIEGO BAUTISTA, Oscar (2005). La ética y la corrupción y la administración pública. Madrid-España.
- GARCIA CAVERO, Percy (2008). Lecciones de Derecho Parte General, editorial Grijley, Lima.

- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1998). Principios y positivismo jurídico, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARCIA RAMIREZ Sergio (2014). "Recepción nacional del Derecho interamericano de los derechos humanos. implicancias penales". En: Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: Influencia y repercusión en la justicia penal. editorial de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, Publicado también en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3817/24.pdf.
- GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). "La argumentación en el derecho". Editorial Palestra. Lima.
- GIRALDO ÁNGEL, Jaime y otros (2002). Metodología y técnica de la investigación sociojurídica, Ediciones Librería del profesional, Bogotá.
- GOMES, Romeu (2003). "Análisis de datos en la investigación". En: Investigación social. Buenos Aires.
- HABERMAS, Jurgen (1984). Ciencia y técnica como ideología. Editorial Tecnos, Madrid.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto et al. (2010). Metodología de la Investigación. Editora McGraw-Hill, México.
- JAKOBS, Günther (2000). "El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", en Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá, Sobre la génesis de la

obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho, Rubinzal-Culzoni.Buenos Aires.

- JAKOBS, Günther (2002). Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de la 2.a ed. alemana (1991) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, Marcial Pons, Madrid.
- JIMENEZ, H (2010). La gestión de intereses en la administración pública Peruana. Tesis de maestría, Universidad Nacional de Ingeniería, Lima.
- KELSEN, Hans (1979). La teoría pura del derecho, trad. Roberto Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- KUHN, Thomas (1996). La Estructura de las Revoluciones Científicas. Fondo de Cultura Económica, Bogotá.
- LAPORTA Francisco J. (1997). "La corrupción política introducción genera". En Laporta Francisco y Álvarez Silvina (eds). La corrupción política. editorial Alianza, Madrid,
- LESCH, Heiko (1995). Intervención delictiva e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá:
- MADRIGAL NAVARRO, Javier (2015). Delitos de peligro abstracto. Fundamento, crítica y configuración normativa. Publicado en Revista Judicial N° 115, Costa Rica, Marzo del 2015; también se encuentra en: https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/documentos/revs_juds/revista_115/pdfs/010delitos.pdf

- MARQUEZ PIÑERO Rafael. El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Lhumann. En: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad.../25741.
- MARQUEZ PIÑERO Rafael. El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Lhumann. En: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad.../25741.
- MASSINI, Carlos (2004). Constructivismo y Justicia Procedimental en John Rawls. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.
- MAURACH, Reinhart (1962). Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Ediciones Ariel, Barcelona.
- MENDOZA AYMA, Francisco Celis y MENDOZA YANA, Daniel (2016). Autoría y formalismo normativo: el fundamento material de la autoría. A propósito del caso Diarios chicha. En: http://legis.pe/autoria-formalismo-normativo-fundamento-material-la-autoria-proposito-del-caso-diarios-chicha/.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Gunter Jakobs. En: Daza Gomez, Carlos (2007)(Coordinador). El pensamiento filosófico y jurídico penal de Gunter Jakobs, Flores Editor y Distribuidor SA,.México.
- MUJICA, J y Tuesta, D (2012) Problemas de construcción de indicadores criminológicos y situación comparada del feminicidio en el Perú, Scielo, diciembre, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

- PARIONA ARANA, Raúl (2014). Derecho Penal consideraciones dogmáticas y político criminales. Editorial Instituto Pacífico SAC, Lima.
- PEZO RONCAL, Cecilia Alexandra (2014). "El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito", Lima-Perú. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho Penal de la Pontifica Universidad Católica del Perú, Lima.
- PRIETO SANCHIS, Luis (2001). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Publicado en anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid-España.
- QUIROZ, Alfonso W. (2013). Historia de la Corrupción en el Perú, primera edición. Instituto de Estudios Peruanos Eds. Lima.
- RAMIREZ ERAZO, Ramón. (2010). Proyecto de investigación / Cómo se hace una tesis, UNMSM, Lima.
- RAMOS SUYO, Juan A. (2008). Elabore su Tesis en Derecho, Editorial San Marcos, Lima, Perú.
- ROBLES TREJO, Luis (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Editorial Fecatt, Lima.
- ROBLES TREJO, Luis et al. (2012). Fundamentos de la investigación científica y jurídica. Editorial Fecatt, Lima.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Óscar (2005) "La Triangulación como Estrategia de Investigación en Ciencias Sociales" Revista de Investigación en Gestión de la Innovación y Tecnología. En: http://www.madrimasd.org/revista/revista31/tribuna/tribuna2.asp.

- ROXIN Claus (1997). Derecho Penal Parte General, 1ª Edición, Madrid, España, Editorial Civitas.
- ROXIN, Claus (2000).Autoría y dominio del hecho en derecho penal, traducción de la 7.a ed. alemana (1999) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona:
- SALAZAR SANCHEZ, Nelson (2005), "Imputación objetiva y participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber", en Revista Peruana de Ciencias Penales, N.° 16, Lima.
- SANCHEZ VERA GOMEZ TRELLES, Javier (2002). Delito de infracción del deber y participación delictiva. editorial Marcial Pons, Madrid.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, "Delito de infracción de deber", en Daza Gómez, Carlos (dir.); María Eloísa Quintero y Miguel Polaino-Orts (coords.), Pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs, México D. F.
- SCHMILL, Ulises (1988). "Derecho y Moral. Una Relación Externa" En: Varios autores. Derecho y Moral. Ensayos Sobre un Debate Contemporáneo. Editorial Gedisa, Barcelona.
- SOLIS ESPINOZA, Alejandro (1991). Metodología de la Investigación Jurídico Social, Lima.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de (2006). "Conocer desde el Sur-Para una Cultura Política Emancipatoria". Fondo de Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la UNMSM, Lima.

- TIEDEMANN, Klaus (2013). Constitución y derecho penal. Palestra Editores,Lima.
- TORRES VÁSQUEZ, Aníbal (1999). Introducción al Derecho / Teoría General del Derecho, Editorial Palestra, Lima.
- VILCAPOMA, José Carlos (2013). Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario, Editorial Argos, Lima.
- VILLA STEIN, Javier (2014). Derecho Penal Parte general, editorial Grijley, Lima.
- VILLANUEVA GARRIDO, Gustavo Adolfo (2001). El funcionalismo y la imputación objetiva en la doctrina y la jurisprudencia nacional. Ediciones nueva jurídica, Bogotá.
- VILLAVICENCIO TERREROS Felipe (2009). Derecho Penal, Parte General, Editora Jurídica Grijley, Lima.
- VON, Rohland (1976). La puesta en peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal, Bosch, Barcelona.
- WELZEL, Hans (1976). Derecho Penal alemán. Parte General. Traducción de la edición alemana de Conrado A. Finzi, editorial Depalma, Buenos Aires.
- ZACCARIA, Giuseppe (s.f.e.).”Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho, traducción”. p.1. En: http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/corr/2014%20Zaccaria%20texto%20ingreso1.pdf.
- ZELAYARAN DURAND, Mauro (2007). Metodología de la investigación jurídica, Ediciones Juridicas, Lima.

IX. ANEXO

ANEXO 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: DOCTRINA DE INFRACCIÓN DEBER NORMATIVISTA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y SU RELACIÓN CON LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	ASPECTOS METODOLÓGICO
Problema general ¿Se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción? **Problemas específicos** a) ¿Cuál es el tratamiento dogmático sobre la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación? b. ¿Existe jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación? c. ¿Trastoca la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación con los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción? d. ¿Qué alternativas jurídicas se deben de plantear para compatibilizar la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación con los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción?	**Objetivo general** Determinar si se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción. **Objetivos específicos** a) Describir el tratamiento dogmático sobre la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación? b) Explicar si existe jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación. c) Analizar si trastoca la aplicación de la doctrina de de infracción del deber en la determinación de autoría y participación los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción. d) Proponer alternativas jurídicas para compatibilizar la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación con los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.	**Hipótesis general** Se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; toda vez que ambas tienen su sustento en cuanto a sus postulados en el funcionalismo normativista penal. **Hipótesis Específicos:** a) Hay cierta uniformidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación; pues quienes la sostienen o suscriben tienen formación doctrinal en el funcionalismo normativista penal. b) No hay discordancia absoluta entre la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación y los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción; debido a que tiene una misma base doctrinal: El funcionalismo normativista.	**Variable independiente (X):** Doctrina de infracción del deber **Indicadores:** - Doctrina sobre infracción del deber - Manifestaciones de los delitos de infracción del deber. - El funcionalismo penal y su vertiente normativista. - Relación del normativismo y delitos de infracción del deber. **Variable dependiente (Y):** Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción. **Indicadores:** - Fundamentos y justificación - Vinculatoriedad de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción. - Explicaciones jurídicas penales de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción.	TIPO DE INVESTIGACIÓN: Dogmática TIPO DE DISEÑO: No Experimental DISEÑO GENERAL: Longitudinal DISEÑO ESPECÍFICO: Explicativa METODOS ESPECIFICOS**:** Exegético, Hermenéutico, Dogmático, Argumentación jurídica. UNIDAD DE ANALISIS: Estará será DOCUMENTAL conformada por la Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANALISIS ▪ Identificación del lugar donde se buscará la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recojo de información en función a los objetivos y categorías. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información Para el análisis de la información se empelará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías. INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido. VALIDACIÓN DE LA HIPOTESSIS: Método de la argumentación jurídica.

ANEXO 02: OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Variables	Definición conceptual	Definición operacional	Indicadores
Independiente: Doctrina de infracción del deber	Los delitos de infracción de deber son una categoría específica de hechos punibles, en los cuales el autor quebranta deberes especiales, identificándoseles por ello con los delitos especiales. No se trata entonces de la infracción de cualquier deber, sino deberes con específicas características. Siendo así, no todos los delitos podrían considerarse como de infracción de deber. Solo el que tuviera determinadas atribuciones podría ser autor de estos delitos, no cualquier sujeto.	Permitió determinar si se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.	- Doctrina sobre infracción del deber - Manifestaciones de los delitos de infracción del deber. - El funcionalismo penal y su vertiente normativista. - Relación del normativismo y delitos de infracción del deber.
Dependiente: Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción	La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un instrumento internacional de carácter amplio destinado a combatir el flagelo de la corrupción en todo el mundo. Como se observa en el preámbulo de la Convención, la corrupción no solo pone en peligro la estabilidad y seguridad de las sociedades, las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia, el desarrollo sostenible y el estado de derecho, sino que constituye también un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella..	Permitió analizar los factores o condiciones de la aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación con los postulados y fines de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción.	- Fundamentos y justificación - Vinculatoriedad de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción. - Explicaciones jurídicas penales de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción.