



UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

ESCUELA DE POSTGRADO

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tesis para optar el grado de maestro en Derecho

Mención: Ciencias Penales

MÁXIMO FRANCISCO MAGUIÑA CASTRO

Asesor: **Dr. RICARDO ROBINSON SÁNCHEZ ESPINOZA**

Huaraz – Ancash – Perú

2023

Nº de Registro: **T0914**





UNIVERSIDAD NACIONAL
"SANTIAGO ANTUNEZ DE MAYOLO"
ESCUELA DE POSTGRADO

ACTA DE SUSTENTACION DE TESIS

Los miembros del Jurado de Sustentación de Tesis, que suscriben, reunidos en acto público en el Auditorio de la Sala de Audiencias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional "Santiago Antúnez de Mayolo" para calificar la Tesis presentada por el:

Bachiller : **MAGUIÑA CASTRO MÁXIMO FRANCISCO**

Título : **AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

Después de haber escuchado la sustentación, las respuestas a las preguntas y observaciones finales, la declaramos:

APROBADO, con el calificativo de DIECISEIS (16)

De conformidad al Reglamento General a la Escuela de Postgrado y al Reglamento de Normas y Procedimientos para optar los Grados Académicos de Maestro y Doctor, queda en condición de ser aprobado por el Consejo de la Escuela de Postgrado y recibir el Grado Académico de Maestro en **DERECHO** con mención en **CIENCIAS PENALES**, a otorgarse por el Honorable Consejo Universitario de la UNASAM.

Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo
PRESIDENTE

Huaraz, 17 de noviembre del 2022

Dr. Eimer Robles Blacido
SECRETARIO

Dr. Ricardo Robinson Sánchez Espinoza
VOCAL

Anexo de la R.C.U N° 126 -2022 -UNASAM
ANEXO 1
INFORME DE SIMILITUD.

El que suscribe (asesor) del trabajo de investigación titulado:

Presentado por: _____

con DNI N°: _____

para optar el Grado de Maestro en:

Informo que el documento del trabajo anteriormente indicado ha sido sometido a revisión, mediante la plataforma de evaluación de similitud, conforme al Artículo 11 ° del presente reglamento y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de : de similitud.

Evaluación y acciones del reporte de similitud para trabajos de investigación, tesis posgrado, textos, libros, revistas, artículos científicos, material de enseñanza y otros (Art. 11, inc 2 y 3)

Porcentaje	Evaluación y acciones	Seleccione donde corresponda
Del 1 al 20%	Esta dentro del rango aceptable de similitud y podrá pasar al siguiente paso según sea el caso.	
Del 21 al 30%	Devolver al autor para las correcciones y se presente nuevamente el trabajo en evaluación.	
Mayores al 31%	El responsable de la revisión del documento emite un informe al inmediato jerárquico, quien a su vez eleva el informe a la autoridad académica para que tome las acciones correspondientes; sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a Ley.	

Por tanto, en mi condición de **Asesor responsable**, firmo el presente informe en señal de conformidad y adjunto la primera hoja del reporte del software anti-plagio.

Huaraz,



FIRMA

Apellidos y Nombres: _____

DNI N°: _____

Se adjunta:

1. Reporte completo Generado por la plataforma de evaluación de similitud

NOMBRE DEL TRABAJO

T033_NºDEDNI_M.docx

AUTOR

MÁXIMO FRANCISCO MAGUIÑA CASTRO

RECUENTO DE PALABRAS

37916 Words

RECUENTO DE CARACTERES

203243 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

153 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

163.2KB

FECHA DE ENTREGA

Jun 30, 2023 8:29 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Jun 30, 2023 8:35 PM GMT-5**● 15% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos

- 14% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 2% Base de datos de publicaciones
- 11% Base de datos de trabajos entregados

● Excluir del Reporte de Similitud

- Base de datos de contenido publicado de Crossref
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 20 palabras)
- Material bibliográfico
- Material citado

ASESOR

Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza



AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento al doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza, por su inmenso apoyo y orientación para elaborar el presente trabajo de investigación.



En honor a Dalmira, quien me trajo al mundo, me dio todo y se fue; a mi familia, por su cariño, comprensión y apoyo para efectuar el presente trabajo.

Máximo Francisco



ÍNDICE

	Página
Resumen.....	viii
Abstract.....	ix
INTRODUCCIÓN.....	1-5
Capítulo I	
PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	6-11
1.1 Planteamiento y formulación del problema.....	6
1.2 Objetivos.....	9
1.3 Justificación.....	9
1.4 Delimitación.....	11
1.5 Ética de la investigación.....	11
Capítulo II	
MARCO TEÓRICO.....	12-65
2.1 Antecedentes.....	12
2.2 Bases teóricas.....	14
2.2.1 La autoría y participación delictiva.....	14
2.2.2 Los delitos contra la Administración pública.....	51
2.3 Definición de términos.....	63
2.4 Hipótesis.....	65
2.5 Variables.....	67

Capítulo III

METODOLOGÍA	68-71
3.1 Tipo de investigación	68
3.2 Unidad de análisis y plan de muestreo	68
3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de la información.....	70
3.4 Plan de procesamiento e interpretación de la información	71

Capítulo IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	73-130
4.1 Presentación de resultados	73
4.2 Discusión de resultados.....	115
4.3 Validación de hipótesis	125
Conclusiones	132
Recomendaciones.....	134
Referencias bibliográficas	135-138
Anexo	

RESUMEN

La presente investigación tuvo como finalidad determinar las ventajas y limitaciones de la autoría y participación, establecida en el Código Penal peruano en los delitos contra la Administración pública. Para el desarrollo del presente trabajo, se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático-normativo-teórico. Las técnicas que se emplearon fueron el análisis documental y la bibliográfica; y los instrumentos, el análisis de contenido y las fichas textuales, de resumen, de comentario, de ensayo. Como resultado, se obtuvo que para los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal peruano se adoptó la teoría de dominio del hecho propuesto por Claus Roxin. Sin embargo, aquellos resultan ser insuficientes para afrontar los delitos contra la Administración pública, los cuales se rigen por la teoría de los delitos de infracción de deber, en la que el autor es quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial, en tanto que partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno. En consecuencia, resulta necesario que se regule en los delitos especiales, bajo la fórmula de que “autor es aquel funcionario o servidor público que infringe el deber especial”, y “partícipe es aquel particular o *extraneus* que interviene en la comisión u omisión de delitos especiales”, que fundamenten la penalidad del tipo legal y bajo cualquier forma de participación delictiva.

Palabras clave: Autoría, participación, delitos contra la Administración pública, infracción de deber, dominio del hecho.

ABSTRACT

The purpose of this research was to determine the advantages and limitations of authorship and participation, established in the Peruvian penal code in crimes against the public administration. For the development of this work, legal research of a dogmatic-normative-theoretical type was carried out; The techniques and instruments that were used were documentary and bibliographic analysis; in addition to its instruments, content analysis and textual, summary, comment, and essay files, respectively.

As a result, it was obtained that articles 23, 24 and 25 of the Peruvian penal code have been contrasted and adopted the theory of dominance of the fact proposed by Claus Roxin, for whom; However, these turn out to be insufficient to face crimes against the public administration who are governed by the theory of crimes of violation of duty, where the perpetrator is, who performs the prohibited conduct infringing a special duty, while a participant is the one who He also participates in the performance of the prohibited conduct, but without infringing any special duty.

Consequently, it is necessary to regulate special crimes, under the formula of which author is that official or public servant who infringes the special duty and who participates is that individual or extraneous, who intervenes in the commission or omission of special crimes that support the penalty of the legal type and under any form of criminal participation.

Keywords: Authorship, participation, crimes against public administration, violation of duty, domain of fact.



INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno que no solamente afecta al Estado peruano, sino que tiene dimensiones internacionales, en el concurren muchas variables, entre ellas, legales, culturales y sociales, y cuya consecuencia es la debilitación de los pilares del sistema judicial y político, así como la pobreza, que obstruye el desarrollo de los países.

Actualmente, el Perú posee una serie de compromisos con la lucha contra la corrupción en espacios multilaterales. Entre los instrumentos más conocidos para ese fin, se encuentran los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción, entre otros.

En esa línea, en el párrafo primero al cuarto del preámbulo de la Convención Interamericana contra lo Corrupción (1996), ratificada por el Estado peruano el 09 de abril de 1997, se declara:

Convencidos de 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;

Considerando 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;

Persuadidos de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social; reconociendo que, a

menudo, la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos. (p. 1)

Asimismo, en el primer y segundo párrafo del prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004), ratificada por el Perú el 16 de noviembre de 2004, se declara que:

La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.

Este fenómeno maligno se da en todos los países —grandes y pequeños, ricos y pobres— pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo. (p. 3)

De estas dos convenciones, que forman parte del derecho nacional, como se establece en el artículo cincuenta y cinco de la Constitución Política del Estado, se ha recurrido a fortalecer normativamente la lucha contra la corrupción al advertirse que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, así como a la democracia y el Estado de constitucional de derecho, generando desconfianza de la

ciudadanía, permitiendo, además, el fortalecimiento y surgimiento de organizaciones criminales.

Para hacer frente a la corrupción, desde la ciencia del Derecho Penal, los Estados se valen de los referidos instrumentos para reprimir los actos de corrupción ya sean cometidos por los funcionarios o servidores públicos y particulares. Esta situación está en el origen del presente trabajo de investigación referido a la autoría y la participación en los delitos contra la Administración pública.

Así mismo, la corrupción es un fenómeno histórico, estructural y, lo más grave, actual en nuestro país. Pero este fenómeno que corroe las estructuras del Estado se origina y practica en las mismas estructuras del poder central. La sociedad ha visto en el sistema penal como el único medio de control social con capacidad de afrontar con éxito esta problemática y, por ello, ha construido tipos penales, que paulatinamente han incrementado las barreras punitivas.

Sin embargo, no solo pasa por esta problemática sino por determinar la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública. Así, es un problema que ha sido abordado ampliamente por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional. Sin embargo, aún no se han arribado a soluciones concretas o suficientes, esto es, no se tiene un criterio uniforme que sea aplicable a todos los supuestos que representa la fundamentación de la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública.

La falta de unidad de criterio jurídico en la aplicación e interpretación de la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber, también tienen su repercusión frente a los riesgos de manipulación y los peligros de utilización arbitraria de la legislación penal (Gimbernat, 2009). Asimismo, en el ámbito de los procesos de aplicación de

la ley penal, la influencia de los gestores atípicos de la moral puede constatarse cotidianamente en lo que constituye una auténtica jurisdicción mediática que, en la praxis, termina imponiéndose sobre la jurisdicción legal.

Esta circunstancia es evidente en nuestra realidad con relación a los sujetos involucrados en actos de corrupción pública que sufren condena mediática frente a la cual sucumben los Tribunales. Ahora bien, frente a estos riesgos, la dogmática jurídico penal debe significar una auténtica barrera de contención, conforme lo propugna Enrique Gimbernat (2009), al señalar que la dogmática “hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir concepto, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación” (pp. 8-9).

Pero, para eso, es necesario construir un derecho penal científico, sobre el que Jakobs (2008) afirma que la actividad científica se ocupa principalmente de la legitimación del derecho penal: la ciencia del derecho penal debe dar respuesta a la pregunta acerca de cuál derecho penal es legítimo en una época determinada y cuál no lo es. En otras palabras, debe señalar qué discurso acerca de lo justo y lo injusto, en una época determinada, es un discurso verdadero, la verdadera expresión de la constitución normativa.

En consecuencia, siguiendo a Jakobs (2008), corresponde a la ciencia elaborar la autocomprensión normativa de su tiempo, reconducir el conjunto de las instituciones jurídicas al fundamento que les da legitimidad, con la finalidad de que sea resistente al *dictum* de vonKirchaman (1847) y no se convierta en papel de desecho en virtud de “tres palabras rectificadoras de legislador”, ya que el fundamento no se encuentra a disposición del legislador: es este el que, si no acierta al verdadero fundamento, no produce más que “leyes de desecho”, y, como sostiene

el filósofo Hegel, “un código penal pertenece (...) a su tiempo y al estado de la sociedad imperante”, por lo que corresponde a los estudiosos del derecho penal, considerar la época determinada para la legitimidad y fundamento del derecho penal (Jakobs, 2008, pp. 22-23).

En ese sentido, basada en nuestras motivaciones personales y profesionales, esta investigación tiene la finalidad determinar las ventajas y limitaciones de la autoría y participación, establecida en el Código Penal peruano en los delitos contra la Administración pública, y está estructurada de la siguiente manera:

El Capítulo I comprende el planteamiento del problema de estudio, en el que se desarrolla la descripción y formulación del problema; los objetivos de la investigación, las hipótesis de investigación, justificación y limitaciones del estudio.

El Capítulo II está referido al marco teórico de la investigación, en el que se desarrollan los antecedentes de estudio, las bases teóricas y el marco conceptual de la investigación.

El Capítulo III está referido a la metodología e la investigación, y comprende el nivel y tipo de investigación, el diseño, métodos y las técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Finalmente, el Capítulo IV comprende los resultados a nivel teórico y su discusión, así como la validación de las hipótesis de la investigación.

Por último, se presentan las conclusiones, recomendaciones y las referencias bibliográficas.

CAPÍTULO I

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Planteamiento y formulación del problema

Actualmente, a través del Derecho Penal se debe dar una respuesta decidida de lucha frontal contra la corrupción y debido a que aún existen posiciones teóricas distintas respecto a la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber o competencia por institución, asimismo, existiendo también posiciones doctrinarias distintas respecto a la autoría y participación o intervención delictiva.

Por su lado, Jakobs (2004) sostiene que existen delitos –que son delitos especiales en sentido estricto, no solo en cuanto a la formulación– cuyo autor no queda caracterizado por el dominio, sino por un deber que tiene como contenido una aportación positiva a otra persona o a una institución estatal, como, por ejemplo, la Administración de Justicia. Parece claro que no se trata de la configuración general de la sociedad, sino de formas especiales, esto es, de la configuración de ámbitos parciales. En estos delitos, organice el sujeto obligado positivamente mucho, poco o nada, en la medida en que pueda evitar la realización del tipo, siempre responde como autor.

En nuestro medio, Caro (2016) sostiene que en “los delitos de infracción de deber el autor responde solo por la infracción de un deber especial, independientemente de cómo él organice su conducta, esto quiere decir que el deber es independiente de la organización (del dominio)” (p. 134). Este mismo autor señala que en esta categoría de delitos “el obligado especial responde siempre como autor y no como participe y no existe ninguna diferenciación de las distintas formas

de intervención, ni cualitativa ni cuantitativa” (Caro, 2016, p. 135). En consecuencia, rige el principio de la autoría unitaria, por ende, no es admisible la coautoría o autoría mediata.

Por su parte, Salinas (2016) señala que, en los delitos contra la Administración pública, conocidos como delitos de infracción de deber solo serán autores de estos delitos aquellos “agentes públicos, que tienen una relación o competencia funcional específica con el objeto del delito, en tanto que los demás responderán penalmente por el mismo delito, pero en su calidad de cómplice” (p. 4).

Otro de los temas en el que aún no se percibe una posición jurídica unitaria definitiva en la jurisprudencia peruana, es en la participación del particular en los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber, en algunos casos concretos se ha aplicado la teoría de la unidad del título de imputación y en otros la ruptura del título de imputación, que no solo repercute en el grado de intervención delictiva, extendiéndola a los partícipes o excluyéndola, para considerarla en este último caso como delito de dominio, sino también en la imposición de la pena y posible impunidad cuando la conducta del *extraneus* no se adecue o subsuma a los delitos de dominio.

En la intervención delictiva participan –autoría y participación– en sentido amplio varias personas, aunque también se presentan casos de un único interviniente, cuya participación se enfoca o es estudiado desde dos teorías como son la teoría de los delitos de dominio o competencia por organización y los delitos de infracción de deber o competencia por institución.

Este estado de la cuestión nos lleva a realizar la presente investigación, a fin de proponer marcos jurídicos respecto a la autoría y participación en los delitos

contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber y con la finalidad de afianzar la posición jurídica mejorando la delicada función de servicio de justicia que actualmente como integrante de la sociedad peruana desempeñamos.

1.1.1 Problema general

¿Cuáles son las ventajas y limitaciones de la autoría y participación, establecida en el Código Penal peruano en los delitos contra la Administración pública?

1.1.2 Problemas específicos

- 1) ¿Qué limitaciones presentan los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal respecto a los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber?
- 2) ¿Cuáles son los problemas dogmáticos-jurídicos actuales de la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber?
- 3) ¿Qué ventajas otorgaría la regulación normativa de incorporar al Código Penal, que los funcionarios y servidores públicos deben de responder a título de autor?
- 4) ¿Qué ventajas otorgaría la regulación normativa de incorporar al Código Penal, que el particular responde a título de cómplice en los delitos contra la Administración pública?

1.2 Objetivos

1.2.1 Objetivo general

Determinar las ventajas y limitaciones de la autoría y participación, establecida en el Código Penal peruano en los delitos contra la Administración pública.

1.2.2 Objetivos específicos

- 1) Analizar las limitaciones que los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal presentan respecto a los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber.
- 2) Explicar los problemas dogmáticos-jurídicos actuales de la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber.
- 3) Proponer las ventajas que otorgaría la regulación normativa de incorporar al Código Penal, que los funcionarios y servidores públicos deben de responder a título de autor.
- 4) Plantear las ventajas que otorgaría la regulación normativa de incorporar al Código Penal que el particular debe responder a título de cómplice en los delitos contra la Administración pública.

1.3 Justificación

1.3.1 Justificación teórica

La presente investigación se justifica en la medida en que se asumió y profundiza las teorías y enfoques vigentes en las teorías sobre la autoría y

participación en los delitos contra la Administración pública, tales como la teoría de la infracción de deber y dominio de hecho, para evitar que los operadores de justicia conozcan, utilicen y apliquen correctamente estas teorías.

1.3.2 Justificación práctica

La presente investigación nos permitió conocer cuáles son los fundamentos jurídicos teóricos para la determinación de la autoría y participación en delitos contra la Administración pública en nuestro país, para poder verificar si se está aplicando la teoría del dominio del hecho o la teoría de infracción de deber; y dentro de ellas que posiciones se vienen asumiendo, teniendo en consideración que se tienen más de un representante por cada teoría cuyos criterios difieren en varios aspectos luego de realizar un análisis dogmático de las teorías, sus principales principios y criterios.

Luego, en las recomendaciones planteamos posibles soluciones que permita a los operadores jurídicos determinar la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública, ello solo será posible tomando en cuenta las posiciones teóricas y jurisprudenciales desarrolladas en nuestro país, a fin de evitar lagunas de punibilidad, incongruencias en la determinación de la pena y problemas de impunidad.

1.3.3 Justificación legal

Normativamente el presente trabajo se fundamenta en:

- La Constitución Política del Perú.
- La Ley Universitaria N° 30220.

- El Estatuto de la UNASAM.
- El Reglamento General de la UNASAM.
- El Reglamento de la Escuela de Posgrado de la UNASAM.

1.3.4 Justificación metodológica

Se aplicó la metodología de la investigación científica en general, partiendo del cumplimiento los pasos y/o etapas señaladas por el método científico, además, se emplearon diversos métodos de la investigación jurídica, se tomó en cuenta un tipo de investigación, diseño, métodos de investigación, técnicas e instrumentos de recolección de datos, para lo cual se tomaron en cuenta las orientaciones de dicha metodología científica y jurídica.

Además, se utilizaron metodologías como la hermenéutica jurídica que nos permitió interpretar la normatividad referida a nuestro tema de estudio.

1.4 Delimitación

El estudio desarrollado comprende al año 2020.

1.5 Ética de la investigación

Se respetó la ética de la investigación, buscando actuar con objetividad y en base al cumplimiento de principios éticos y axiológicos propios de la investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

2.1.1 Internacionales

Schünemann (2018), en su artículo de investigación “Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales”, concluye que al menos la mayoría de los delitos especiales son delitos especiales de garante, en los que el autor ejerce un dominio de protección o un dominio de supervisión sobre el fundamento o causa del resultado, principalmente sobre la fragilidad o vulnerabilidad del bien jurídico. Solo puede haber delitos puros de infracción de deber en un marco estrecho porque la lesión o infracción de deberes institucionales puede ser, por lo general, suficientemente castigada mediante sanciones dentro de la institución. Para una solución dogmática definitiva, resulta aquí de central importancia la diferenciación entre deberes externos e internos a la institución, si bien esta distinción no ha sido elaborada de manera suficiente. Adicionalmente, los delitos de infracción de deber solo pueden ser legitimados cuando se sobrepase el umbral de insignificancia tematizado bajo la categoría de los delitos acumulativos: debe tratarse de la lesión de normas totalmente fundamentales.

Jiménez (2015), en su tesis doctoral sobre el dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder señala que, en los delitos de infracción de deber, la competencia del autor se fundamenta sólo a través de la lesión de un deber institucional, que afectan a determinados sujetos que poseen un determinado status. Dichos sujetos no pueden ser meros partícipes porque en estos delitos, la

contravención del deber especial conduce directamente a la autoría, sin atender a la importancia o alcance de la intervención del garante que lesiona su deber, puesto que los efectos de ese deber son de carácter personalísimo. Por consiguiente, sólo en los delitos llamados “de organización” sería posible admitir la participación.

2.1.2 Nacionales

Adrianzen-Román (2017), en su tesis *La participación en los delitos especiales. Análisis de la intervención de un extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito*, señala que el binomio: delitos de dominio y delitos de infracción de deber, se distingue por la existencia de instituciones negativas en los delitos de domino, mientras que en lo de infracción de deber concurre una institución positiva. Las instituciones negativas restringen el ámbito de libertad (competencia por organización) de cualquier ciudadano, con deberes generales que están destinados a evitar que estas lesiones bienes jurídicos que la sociedad ha reconocido como valiosos.

Colmenares y Fernández (2018), en su tesis de maestría *La participación del extraneus en los delitos de corrupción de funcionarios y los supuestos para su calificación jurídica como parte esencial en la comisión de dichos ilícitos, a partir de los casos presentados en los juzgados penales de Chiclayo, años 2014 – 2015*, , concluye que el estudio de los delitos contra la Administración pública siempre representa un reto para quienes dedican tiempo en abordar estos temas. La complejidad que representa en sí estructurar un estudio sobre estos ilícitos se enfrenta siempre al reto de elaborar una doctrina especial que, sin alejarse de la

Teoría General del Delito, nos ayude a comprender y a hacer cada vez menos las diferencias para analizar estos injustos penales.

Valenzuela (2019), en su tesis *Autoría y participación en los delitos contra la Administración pública: el problema de la intervención del particular*, arriba a las siguientes conclusiones: De todas las teorías analizadas, se asume postura por la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber, como la más idónea para realizar correctamente el grado de participación de los intervinientes en los delitos contra la Administración pública; De la misma manera, la Teoría de los Delitos de Infracción de Deber, resulta ser la más idónea para poder individualizar el grado de participación de los *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios públicos; la participación del autor será principal, y la del partícipe o cómplice será accesoria, debiendo tenerse en cuenta la contribución al momento de haberse cometido el hecho punible.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 La autoría y participación delictiva

2.2.1.1 La autoría

2.2.1.1.1 Generalidades

Según Jakobs (2004), el dominio del hecho es en la moderna teoría de la codelinuencia la característica de la autoría, en la terminología de Claus Roxin, quien es autor de la monografía más importante sobre el concepto del dominio del hecho, ha refinado y afianzado las conclusiones obtenidas durante más de 35 años y además las ha sometido a discusión en lugar destacado, el dominio del hecho aparece en las formas de dominio de acción (esto es, dominio de quien comete

directamente), del dominio de la voluntad (es decir, dominio del autor mediato) y como dominio funcional (es decir, como dominio del coautor).

El mismo Jakobs (2004), haciendo referencia al trabajo de Claus Roxin, menciona a tres importantes penalistas:

En primer lugar, esta Welzel, para quien es señor del hecho aquel que configura un hecho por medio de su voluntad de realización que dirige el curso de modo planificado, lo que significa que ejecuta personalmente el hecho o complementa como titular de la decisión común de ejecutar el hecho las aportaciones al hecho de los demás con su propia contribución; sigue Gallas, quien, argumentando desde la comisión propia, denomina señor del hecho a quien tiene...la obra en su mano. (p. 4)

Finalmente, Jakobs (2004) se refiere a Maurach, quien es autor de las definiciones más comunes, incluso, *sit venia verbo*, más abocadas del dominio del hecho, que en la actual elaboración del tratado por Gossel, prácticamente sin modificaciones, así: el dominio del hecho es el “tener entre manos, abarcado por el dolo, el curso típico de los acontecimientos”, y este dominio ha de corresponder a cualquiera “que pueda, al árbitro de su voluntad, detener, dejar continuar o interrumpir la realización del resultado global” (Jakobs, 2004, p. 4).

Como se observa todos estos autores apuntan a definir qué, es autor directo o inmediato el que comete el hecho punible por sí mismo, surge como consecuencia de la realización del tipo penal correspondiente interviniendo en las diferentes etapas de la ejecución del delito.

Para García (2012), la determinación de la autoría resulta muy sencilla cuando el hecho delictivo es completamente preparado, ejecutado y consumado por

una única persona y, como sostiene Roxin (2016), el autor es la figura central del acontecer de la acción. Existen teorías para establecer la, autoría por lo que se hace necesario explicar cuáles son los fundamentos para determinar la autoría en el Derecho penal.

2.2.1.1.2 Teorías para determinar la autoría

a. El concepto restrictivo de autor

El concepto restrictivo de autor parte según Mir (2016) de que “no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo, causación no es igual a realización del tipo” (p. 381) y para García (2012), el concepto restrictivo de autor, autor solamente puede ser quien comete el hecho descrito en el tipo penal, comparte el criterio de Mir Puig, cuando sostiene que “la sola contribución causal al resultado mediante alguna acción no típica no podría fundamentar una imputación a título de autor” (p. 675).

Sin embargo, con mayor claridad es la definición brindada por Gimbernat (2006), quien, sostiene, que para este tipo sólo abarca el autor en sentido estricto (al que realiza una acción ejecutiva o al que tiene el dominio del hecho; según las distintas opiniones), los preceptos que punen la inducción y la complicidad son “causas de extensión de la pena” y esta extensión de punibilidad no se encuentra en la parte especial del Código Penal en el que se describen los tipos penales abstractos correspondientes, del cual se abstraen los elementos objetivos y subjetivos para establecer si una conducta concreta se adecua o no al tipo penal, sino en la parte general de los códigos penales, que son aplicables cuando exista la acción ejecutiva

o dominio del hecho que viene a ser la categoría de la intervención delictiva del autor.

b. El concepto extensivo de autor

El concepto extensivo de autor parte también de la teoría de la equivalencia de las condiciones, entiende que desde el punto de vista lógico todos los sujetos que aportan alguna intervención que afecta el hecho son igualmente causas del mismo, pero reconoce que la ley obliga a distinguir grados de responsabilidad (Mir, 2016).

El fundamento dogmático básico de esta teoría es, como en el concepto unitario de autor, la equivalencia de todas las condiciones del resultado, de manera tal que todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico es autor, aunque no haya realizado una acción típica, el inductor y el cómplice también serían autores, pero su regulación expresa de manera especial hace que se distingan de la autoría misma (García, 2012).

2.2.1.1.3 La autoría en la teoría del dominio del hecho

a. Generalidades

Su principal exponente el profesor Roxin (2016), haciendo historia de la teoría del dominio del hecho sostiene que:

fue Hegler el primero que empleó en el Derecho penal la expresión “dominio del hecho”, quien en su monografía de 1915 sobre los elementos del delito introdujo en numerosos lugares el término “dominio del hecho” o “dominio sobre el hecho” como concepto básico de la sistemática del Derecho penal.
(p. 46)

El mismo Roxin (2016), refiriéndose ya a los orígenes dogmáticos y contenido del dominio del hecho, se refiere a Lobe, quien parte de una crítica a la doctrina del *Reichsgericht* del *animus auctoris*, enlazando a esta la siguiente reflexión:

Lo esencial para la autoría no es (...) solo la existencia de una *voluntad con el contenido* de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esa voluntad debe tener lugar de manera que el hecho *se ejecute bajo su dominio*; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendente a su realización. (pp. 49-50)

Según esta teoría al autor se determina, por tanto, con arreglo a estos dos elementos *subjetivo-objetivos*. Así posibilita a una delimitación suficiente de la participación con respecto a la autoría. En la participación falta el dominio de la acción ejecutiva encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad del otro, sobre estas ideas, Roxin (2016) sostiene que se tratan de ideas básicas, aún hoy validas, de la teoría del dominio del hecho.

El mismo Roxin (2016), considera como representantes de la teoría del dominio del hecho en la actualidad:

i) Welzel, para quien se refiere que sigue propugnando su teoría del dominio del hecho en su forma originaria sin modificaciones sustanciales, refiere que, ha abandonado el concepto de dominio “social” del hecho, pero sigue enumerando como los tres requisitos de la autoría al dominio final del hecho, así como a los requisitos subjetivos y objetivos ii) Maurach, para él, el

dominio del hecho es “el mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico. (p. 88)

Dominio del hecho lo tiene todo cooperador que puede impedir o dejar continuar, a su albedrío, la realización del resultado total; es “configuración del hecho sustentada por la Voluntad”, teniendo también a los siguientes autores:

iii) Gallas, quien a diferencia de Welzel y Maurach, sostiene que la teoría objetivo-formal (1) representa el punto de partida de sus consideraciones. A esta la conecta con la teoría final de la acción, con la idea de la adecuación (3) y con un concepto “normativo” de dominio (4) hasta formar una síntesis que supone una teoría del dominio del hecho totalmente original, finalmente.

iv) Richard Lange, defiende una teoría subjetiva atenuada, señalando que, en la cuestión de la autoría [...] ha de verificarse siempre si el sujeto actuante ha tenido el dominio del hecho y el dominio del hecho del que determina depende aquí de su dirección de voluntad. (Roxin, 2016, p. 88)

Roxin (2016) también hace referencia a otros representantes de la teoría del dominio del hecho, que no vamos hacer referencia, sino más bien como el mismo sostiene, para adentrarnos en la materia, escoge un procedimiento que se apoya en la distinción común entre autoría única, autoría mediata y coautoría, en primer lugar indaga que influencia ejerce la medida de la realización del tipo de propia mano sobre la autoría (dominio de la acción), después se pregunta si (hasta qué punto) uno puede ser autor, sin intervención propia en la ejecución del hecho, en virtud de su poder de voluntad (dominio de la voluntad), y por último analiza en qué medida un interviniente, cuando ni emprende la acción típica ni ejerce poder de voluntad

sobre el actuar de otros, por su sola colaboración en estos puede llegar a ser figura central del suceso (dominio del hecho funcional), cuyas distinciones lo desarrolla ampliamente en tres capítulos, para aterrizar tomando postura con respecto al concepto de dominio del hecho como un todo en el capítulo de dominio del hecho y estado actual de la cuestión.

Para determinar el concepto del contenido del dominio del hecho, Roxin (2016), considera que los criterios más importantes son: el “dominio” del autor en el sentido de que “transcurso y resultado del hecho dependen decisivamente de su voluntad” (i); el punto de vista semejante, pero no idéntico, de que el autor “tiene en su manos” el hecho y podría “dejar suceder, impedir o interrumpir” la realización del tipo “dependiendo de su comportamiento” (ii); el criterio, algo distinto con respecto al anterior, de que el autor puede, “interviniendo, dar el giro decisivo” a la actuación (iii); el concepto introducido por Niese del poder sobre el hecho (iv); el elemento modificado objetivamente, de la subordinación de la voluntad, de Bockelman (v); y por último el concepto de la “voluntad de autor” o del “sentimiento de autoría” tan utilizado, orientado a lo subjetivo (vi), luego explica cada uno de los criterios ampliamente, seguidamente, desarrolla el concepto de la estructura del concepto de dominio del hecho, sosteniendo como base que, el dominio del hecho no constituye un concepto de autor ontológico (esto es, captable a partir del sentido previo, dado), ni tampoco un criterio formado únicamente por medio de valoración jurídica, sino el producto de una síntesis polifacética de enfoques ontológicos y teleológicos y si se delimitan los elementos normativos (pp. 300-301).

Con respecto a los descriptivos, sobre la base de aquellos, se refieren a datos ... a los que solo cabe concebir presuponiendo lógicamente una norma”, se trata entonces de un fenómeno que coincide ampliamente con lo que hemos designado con el concepto teleológico, por el contrario, si se comprende en lo descriptivo aquello que es perceptible sensorialmente, mientras que en lo normativo lo solo inteligible mentalmente, el dominio del hecho sigue siendo un concepto normativo en una medida sensible. (Roxin, 2016, p. 313).

b. La autoría directa

El Código Penal peruano, en el artículo 23º, se refiere al autor individual, cuando indica, el que realiza por sí, es decir el que tiene el dominio de la acción, el que comete directamente o si realiza la acción típica personalmente, como indica García (2012) siguiendo a Roxin (2000) señala que la autoría directa es la forma de autoría que tiene lugar por la ejecución del hecho delictivo, y como sostiene Ernst (2007), “el que, culpable y antijurídicamente, realiza por sí solo un tipo legal por su propia actividad, es un autor individual” (p. 466), sin embargo, como bien sostiene García (2012), esta disposición no solo requiere que el ejecutante haya realizado responsablemente el delito, sino que se le pueda imputar penalmente la configuración del delito en un grado relevante, de manera que pueda afirmarse tanto su competencia por el hecho, como una competencia preferente respecto del resto de intervinientes.

Para Jakobs (2004), en su tesis sobre el ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización, desde un punto de vista normativo, denomina a

la autoría directa, como comisión propia, y contestándose a la pregunta ¿por qué tiene dominio? refiere que, tiene dominio porque decide definitivamente acerca de la producción o no producción de la realización del tipo, dicho con mayor exactitud, porque solo puede organizarse una libertad general de comportamiento si las personas al menos han de responder de las consecuencias directas, no medidas por otros, de su conducta; continua sosteniendo, que, se trata, por lo tanto, del sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, que constituye una configuración básica y asentada de la sociedad que abarca a todas las personas.

En ese sentido, una institución social que abarca a todos, considera además, que al principio de imputación, no está en un dominio factico, sino una institución, y ello no sólo en los delitos de deber, “sino también en el caso de los deberes, - como los denomina- en virtud de competencia por organización” (Jakobs, 2004, p. 15), es el mismo autor, quien desde el componente normativo de la comisión directa, cuestiona el dominio, afirmando:

que el dominio es una cuestión de la medida de la calificación de la intervención, una cuestión cuantitativa, mientras que la cuestión cualitativa - ¿Quién responde?- no se determina en función de la concurrencia de dominio, sino en función de la atribución del comportamiento y de las consecuencias. (Jakobs, 2004, p. 16)

Como se puede observar, lo importante no es el dominio, sino el comportamiento no permitido de acuerdo al ámbito de responsabilidad en virtud de la competencia por organización y el comportamiento no permitido esta descrito en el tipo penal correspondiente.

c. La autoría mediata

La jurisprudencia peruana explica el concepto de la autoría mediata, sosteniendo que, nuestro Código Penal en su artículo 23, optando por la teoría del dominio del hecho para distinguir entre autoría y participación, establece que quien realiza por medio de otro el hecho punible es autor mediato, es decir, es autor quien realiza o se aprovecha de la actuación de otra persona para concretizar su designio criminal.

Según la doctrina la autoría mediata puede presentarse: a) por dominio de la voluntad en virtud de **coacción**- el hombre de atrás dirige la voluntad del ejecutor empleando la amenaza o intimidación de un mal eminente y grave que estaba en sus facultades realizar-. b) En virtud de error – el autor mediato dominaba la voluntad del ejecutor a través del engaño sobre las circunstancias reales del hecho que este realizaba, o al darle al suceso donde aquel intervenía un sentido o significado distintos del que realmente le correspondía. c) Vía la utilización de inimputables –quien motiva o da una cooperación cualquiera para cometer un delito a un inimputable, como es un enajenado mental, y en tanto éste carezca de comprensión del suceso desde el punto de vista volitivo e intelectual, no comprenda el injusto material o desvalor social de su acto o, teniendo claridad acerca de lo no permitido de su conducta, es incapaz de obrar con arreglo a esa comprensión-: y d) en virtud de estructuras de poder organizados -que surge en el debate sobre la vinculación y el status penal que debía imputarse a los órganos centrales o entes estratégicos de aparatos de poder organizados, que si bien no intervienen directamente en la ejecución de delito realizados desde estas estructuras, sí los decidían, programaban y planificaban-.

Así, en la misma línea argumentativa podemos señalar los aspectos doctrinarios mencionados en la sentencia emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema de Justicia de la República de 07 de abril de 2009, (caso Fujimori Fujimori), respecto a la definición de autoría mediata, los cuales fueron recogidos en la Ejecutoria Suprema de 30 de diciembre de 2009, al declarar No haber nulidad en la aludida sentencia condenatoria, pues se, indicó, que se identifica como autoría mediante aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta, que, por tano, será autor mediato aquel que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo.

Tales supuestos tradicionalmente han sido vinculados al empleo de la coacción sobre el intermediario material; o aprovechándose el error en que este se encuentra; o empleando en la ejecución del delito a personas incapaces. “La función asignada a la categoría dogmática de la autoría mediata, es, pues, la de hacer responder penalmente al autor real de un delito que ha sido cometido por otra persona. Se trata, en consecuencia, de una forma especial de autoría en la que el agente realiza el hecho punible valiéndose de la persona interpuesta por lo que debe hacersele acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita” (Recurso de Nulidad 1192-2012-Lima, f. 4.1.1.).

Sobre esta forma de intervención delictiva, el profesor Jakobs (2004), no acepta, la autoría mediata en virtud de estructuras de poder organizados, sosteniendo que, un instrumento es naturaleza con apariencia humana, de modo que no lo es el sujeto que ocupa una posición subordinada en un aparato organizado de poder, y no lo es quien ejecuta con dolo, pero sin intención, o faltándole algún otro

elemento de cualificación, afirmando su posición sostiene que, el uso de un instrumento es el empleo de las fuerzas instrumentales de otra persona, pero, precisamente, de las fuerzas instrumentales no responsables.

d. La coautoría

En los supuestos de coautoría (según el artículo 23° del Código Penal: los que cometan conjuntamente el hecho punible), la división del trabajo delictivo es una exigencia fundamental y básica en la actuación conjunta de los autores; la coautoría es, pues, la realización del delito mediante la división vinculante del trabajo delictivo –lo determinante es la repartición del trabajo–.

Lo que explica la autoría es, en suma, la vinculación normativa que, por aprovechamiento del sentido de un contexto delictivo, surge entre dos o más sujetos. Es claro, desde esta perspectiva, que, si uno de los agentes delictivos se excede en el plan delictivo, estará excluido del exceso porque en este caso: “el sentido delictivo de la infracción de la norma no tiene la consideración de división vinculante del trabajo con una significación delictiva” (Polaino, 2013, p. 242).

Roxin (2016), lo denomina el dominio funcional del hecho y aborda el tema de la cooperación desde la fase ejecutiva y la cooperación en la fase de preparación. Sobre la cooperación en la fase ejecutiva, explica con ejemplos, indicando, si se parte de ejemplos en los que el cooperador, sin tener el dominio de la acción ni el de la voluntad, satisface en la medida de lo posible el criterio, para nosotros – *dice Roxin* – decisivo, de ser la “figura central del suceso de la acción” y si pensamos p. ej., en el atracador del banco con la pistola o en el interviniente en el asesinato que sujeta a la víctima la situación es la siguiente: el interviniente no puede ejecutar

nada solo; la intimidación de los empleados del banco o el sujetar a la víctima no realizan el resultado: únicamente si el compinche coopera “funciona” el plan.

Pero también el otro se ve igualmente “desamparado”; de no quedar inmovilizado los empleados del banco, sería detenido; y de no sujetar nadie a la víctima, esta se defendería o huiría. Así pues, para ambos la situación es la misma; solo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación.

En esa medida cada uno tiene el hecho en sus manos y al referirse a la cooperación en la fase preparatoria, señala que, la idea de la división del trabajo acierta en la esencia de la coautoría únicamente si se la limita a la fase ejecutiva, solo en ella la imbricación de los actos individuales procura a los intervinientes el dominio conjunto sobre el acontecer típico, con lo cual solo queda demostrado, en principio que los actos preparatorios no pueden procurar el dominio del hecho (Roxin, 2016).

El principio de la división del trabajo como criterio determinante de la coautoría en cada fase de la realización del delito no quedaría aún refutado, si merced a él se quisiera tildar de incorrecta la teoría del dominio del hecho (Roxin, 2016); fluyendo de lo expuesto que solo pueden realizar su plan actuando conjuntamente en la fase ejecutiva y los hechos de preparación no forman parte la cooperación.

2.2.1.1.4 La autoría en la teoría de infracción de deber

a. Generalidades

Es frecuente encontrar en los textos escritos como doctrina sobre la autoría y participación, afirmando, que se trata de temas complicados, como sostiene

Abanto (2004), pocos temas son tan polémicos como los que derivan de la “autoría y participación” en el delito. Si bien es cierto, existe una base legal que permite un consenso sobre algunos puntos discutidos anteriormente (p. ej.: admisibilidad, en nuestros países, de la “teoría diferenciadora”, diferencia de tres formas de “autoría”, accesoriedad de la participación, etc.), todavía existen vivas discusiones sobre algunos puntos: “los criterios para distinguir entre autor y partícipe; entre autores directos, mediatos o coautores; entre autores mediatos e instigadores; entre cómplices (primarios) y coautores, etc.” (Abanto, 2004, p. 6).

El mismo Abanto (2004) señala que “la discusión condicionada en parte por la base legal existente– se vuelve mucho más complicada aun cuando se llega al terreno donde la base legal no es clara o ni siquiera existe” (p. 6). Por su parte, Roxin (2016) sostiene que, a pesar de una amplia jurisprudencia y de una doctrina inabarcable que se remonta hasta el pasado siglo, a pesar de un rico material de la práctica y de numerosas y sutiles teorías, sin embargo, hasta hoy no se ha conseguido delimitar satisfactoriamente estas formas de participación entre sí.

Así se refiere cuando trata el tema respecto a los sujetos que intervienen en el delito, entre autores, inductores y cómplices, esto se genera debido a que como sostiene Bacigalupo, los tipos penales contenidos en el Código Penal se refieren a la realización del hecho punible por una única persona, son las disposiciones contenidas en la Parte General las que extienden la pena a casos en los que el hecho es obra de más de una persona y en otros tipos penales la participación de dos o más personas constituyen circunstancias agravadas que incrementan la pena (Bacigalupo, 2007).

Es necesario remarcar que nuestro Código Penal en los artículos 23°, 24° y 25° del Capítulo IV de la parte general, establece dos formas de intervención delictiva: autoría y participación, con relación a la primera claramente describe en el artículo 23°, tres formas de autoría, señalando, el que realiza por sí –*autoría propiamente dicha*–, o por medio de otro –*autoría mediata*– y los que cometen conjuntamente –*coautoría*–, y en el artículo 24°, señala, el que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible –*instigación*–; respecto a la segunda –*participación*– en el artículo 25°, se expresa, el que, dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado –*complicidad primaria*–, a los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena –*complicidad secundaria*–.

Finalmente, el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él, este último supuesto abstracto, según algunos tratadistas solucionaría el problema de la participación del *extraneus particular o extraño*–, en los delitos de infracción de deber, no obstante, consideramos que no es así, lo que explicaremos en la parte de la intervención delictiva del partícipe en los delitos de infracción de deber de la presente investigación.

Como bien apunta García (2012), la intervención en el delito es un aspecto de la imputación penal que se establece en el tipo penal, en la medida en que es allí donde se indica quienes pueden realizar la conducta típica.

b. Autoría en los delitos de infracción de deber

La distinción entre las formas de autoría y participación no es, como ya señalaba Roxin (2000), una discusión concluida en la ciencia del Derecho Penal, así iniciaba su introducción Bacigalupo (2007), en su monografía sobre la Autoría y Participación en delitos de infracción de deber, situación que aún continua, más aún si nuestro Código Penal, ha sido elaborado, estructurado bajo la teoría finalista y del dominio del hecho.

Nuestro Código Penal, para describir los tipos penales inicia la descripción al sujeto con la denominación “el que” y para los delitos especiales describe al sujeto como “el funcionario o servidor público”, “el Juez o Fiscal”, entre otros, identificando al sujeto activo, para los primeros resulta de aplicación la teoría del dominio del hecho, debido a que se fundamenta en el dominio de la acción, es decir quien comete directamente, para los de los segundos, no resulta de aplicación la referida teoría, sino la teoría de los delitos de infracción de deber, por exigir un requisito indispensable para la autoría.

Roxin (2000) sostiene que solo un *intrañeus* puede ser autor de los delitos de funcionarios, continuando, el mismo autor, refiere que, no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la investigación lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de “los implicados de comportarse adecuadamente cuya infracción consciente fundamenta la autoría” (p. 386), continuando este mismo autor, refiere que, tampoco la categoría de los “delitos especiales” comprende el elemento determinante para la autoría, únicamente puede ser autor aquel que infringe un deber; quien no sea sujeto de ese deber, aun cuando domine el curso del suceso, solo responde como participe, señala

además, que el criterio determinante para la autoría reside en una infracción de deber, no se alude a aquel deber surgido de la norma penal cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo (Roxin, 2000).

El mismo Roxin (2000) señala que este deber existe en todo delito, sobre todo, se extiende a los inductores y cómplices no cualificados, pues si los partícipes no estuvieran comprendidos como destinatarios de la norma por el efecto de la obligación, no cabría fundamentar su punibilidad hasta hoy casi indiscutida y define, que el elemento que decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal (Schunemann, 2018) que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo.

Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por la general, se originan en otras ramas jurídicas; coloca como ejemplos de esta categoría a los deberes jurídico-públicos de los funcionarios, que se caracterizan porque el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho y porque el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esa obligación (Roxin, 2000), por lo que si el obligado —funcionario o servidor público— infringe o lesiona su deber institucional, responderá a título de autor, aunque su comportamiento o su actuación sea materialmente la de un cómplice o instigador.

Como afirma Reston (2014), siguiendo a Roxin (2000), considera al autor como la figura central del suceso y lo que advierte es que el dominio del hecho es el criterio rector en el terreno de los delitos de primer plano o nucleares, pero no alcanza para explicar la autoría en todos los delitos, invitando a interpretar el sentido

de cada acción típica, puesto que “el concepto de autor ha de extraerse de la materia jurídica, no imponérsela a ésta” (p. 21).

Continúa Reston (2014), citando a Roxin (2000), sobre la teoría de los delitos de infracción de deber, y señala que “el legislador destaca a la persona del autor mediante otros elementos de entre los intervinientes” de acuerdo con “criterios ajustados a la específica materia de regulación” y la circunstancia de que el legislador caracterice al sujeto de la acción mediante elementos distintos del mero “el que” (p. 22), expresión que para Roxin (2000) es equivalente a “el que domina el hecho” tiene que producir efectos inmediatos en el concepto de autor, “cuando el legislador habla, como sujeto del delito, de un funcionario o de un médico, esto es algo distinto a un señor del hecho.

Un funcionario no necesita tener dominio del hecho, y quien domina el hecho no necesita ser funcionario. Por tanto, “es evidente que allí donde la ley asigna al ejecutor elementos especiales, el concepto de figura central resulta dotado de contenido mediante otros criterios” (Reston, 2014, p. 22).

Para Roxin (2000), en los delitos de infracción de deber, únicamente puede ser autor aquel que infringe un deber, una infracción de un deber de naturaleza extrapenal que establece una relación especial con los bienes jurídicos, que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo, otorgándole importancia al significado del tipo, es decir que solamente el *intraneus* podrá ser autor de los delitos de infracción de funcionarios o profesionales o de cualquier delito de infracción de deber.

Reston (2014) refiere que de acuerdo a la legislación peruana son considerados *intraneus* los funcionarios o servidores públicos que aparecen en el

artículo 425° del Código Penal, los que de infringir sus deberes extrapenales incurrirían en los tipos penales de infracción de deber que son la mayoría de los delitos contra la Administración pública, debiendo quedar claro que no es necesario que la acción típica en si misma sea realizada por el *intrañeus*, bastando con que el aporte de este sea la sola infracción de deber.

Por otro lado Jakobs (2004), sostiene que, existen delitos –*que son delitos especiales en sentido estricto, no solo en cuanto a la formulación*– cuyo autor no queda caracterizado por el dominio, sino por un deber que tiene como contenido una aportación positiva a otra persona o a una institución estatal, como por ejemplo, la Administración de Justicia, continúa Jakobs, señalando que parece claro que no se trata de la configuración general de la sociedad, sino de formas especiales, esto es, de la configuración de ámbitos parciales.

En estos delitos, organice el sujeto obligado positivamente mucho, poco o nada –en la medida en que pueda evitar la realización del tipo, siempre responde como autor– nótese ya, que Jakobs, hace referencia que el obligado positivamente solo responde como autor–, menciona dos ejemplos ilustrativos, la administración desleal por parte de los padres del patrimonio de sus hijos que les ha sido confiado: serán autores de la administración desleal cuando se apropien ellos mismos de manera no permitida de la fortuna de sus hijos, cuando animen a sus amigos a llevar a cabo la apropiación o cuando no hagan nada a pesar de observar que el amigo se apropia del patrimonio *suasponte*, del mismo modo, un fiscal comete un delito de encubrimiento a título de autor cuando hace desaparecer las diligencias de investigación dirigida contra su amigo, cuando induce o ayuda a que se produzca

tal desaparición o cuando no interviene viendo como otro suprime el expediente (Jakobs, 2004).

En esa misma línea, Caro (2016), refiriéndose a los delitos de infracción de deber, precisa:

El autor responde sólo por la infracción de un deber especial, independientemente como organice su conducta, indica además, que este quiere decir que el deber es independiente de la organización (del dominio), continuando señala, 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 autor como participe de un delito de infracción de deber y que en esta categoría de delitos el obligado especial responde siempre como autor y no como participe, porque “el injusto penal 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 (p. 134).

El mismo autor señala (Caro, 2016, p. 135):

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 a ella determinarse la magnitud del aporte, el deber no conoce ninguna cuantificación, él se refiere a una cuestión cualitativa antes que cuantitativa, por esta razón en los delitos de infracción de deber el obligado especial responde no en razón de la accesoriedad, sino porque él mediante su conducta ha lesionado “el mundo

en común” que le une con los bienes que forman parte de su esfera de deber de protección.

Los autores citados precedentemente, sostienen la tesis de autor único, con lo que tendríamos que estar de acuerdo si somos coherentes de que existe diferencias fundamentales entre los delitos de dominio del hecho e infracción deber, es decir, la autoría y participación resulta cuantificable en los delitos de dominio, más no así en los delitos de infracción de deber, debido a que el aporte material o la mano propia es irrelevante en los delitos de infracción de deber, lo que importa es la infracción del deber institucional, del obligado especial imbuido de un deber y diferenciar o cuantificar el deber para establecer el grado de participación delictiva en los delitos de infracción de deber resulta imposible porque no se puede tener funciones o deberes parcializados, los deberes son únicos, no obstante, pueden ser varios, se incumple, se quebrante, se infringe o no, no es por partes y el aporte no es cuantificable, el funcionario no requiere tener el dominio del hecho para infringir su deber institucional, mientras que organizar una actividad es algo que puede ser llevado a cabo mediante la división del trabajo.

c. Coautoría en los delitos de infracción de deber

Para explicar la coautoría en los delitos de infracción de deber, debemos partir de lo establecido en el artículo 23º de nuestro Código Penal, en el que se define como coautor a los que comenten conjuntamente, a lo que el profesor Roxin (2000) denomina “dominio funcional”, es decir, como ya hemos explicado esta categoría jurídica es para los delitos de dominio o dominio del hecho y no para los

delitos en el que infringen un deber especial extrapenal o deberes especiales, que son los delitos de infracción de deber, en las que la teoría del dominio del hecho.

En nuestro medio Salinas (2019), sostiene que, en los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber “solo serán autores de estos delitos aquellos agentes públicos, que tienen una relación o competencia funcional especifican con el objeto del delito, en tanto que los demás responderán penalmente por el mismo delito, pero en su calidad de cómplices” (p. 27).

Para explicar el problema de si existe coautoría en los delitos de infracción de deber, es oportuno citar a Roxin (2000), quien sostiene que el que cooperando en la división del trabajo con otro, realiza el tipo de un delito de infracción de deber, no por eso tiene que ser coautor, luego se plantea la siguiente pregunta ¿resulta necesario el dominio conjunto del curso del hecho al menos junto a la infracción de deber, o no hace falta?, para luego de afirmar que hay que descartar completamente la idea del dominio del hecho—también afirma que, “hay que eliminar por completo el criterio del dominio del hecho y atenerse para delimitar entre autoría y participación únicamente a si el cooperador ocupa o no la posición de deber extrapenal descrita en el tipo—” (Roxin, 2016, p. 344).

d. Autoría mediata en los delitos de infracción de deber

La autoría mediata es otra de las formas de intervención delictiva, regulado en el artículo 23 de nuestro Código Penal, como ya se ha expuesto diferencia la intervención delictiva de autoría, coautoría y autoría mediata, no obstante, reiteramos que esta distinción es para los delitos de dominio —Roxin— o competencia o responsabilidad por organización —Jakobs— y no para los delitos de

infracción de deber especial–Roxin– o competencia o responsabilidad institucional –Jakobs–.

Por cuanto, nuestra normatividad penal sustantiva de 1991, ha sido elaborado bajo la concepción de la teoría del dominio del hecho, y, en los delito de infracción de deber especial “la relación entre autor y bien jurídico no se establece mediante el comportamiento delictivo –como en el delito de organización–, sino que ya existía con anterioridad a éste, y que por ello, es indiferente que al autor actué u omita” (Sánchez – Vera, 2002, p. 40), sino solo si cumple o no con su deber preestablecido como parte de su competencia dentro de los roles institucionales, como en el caso de los funcionarios y servidores públicos.

Para el enfoque de la autoría mediata en los delitos de infracción de deber resulta necesario plantearse dos preguntas: como sostiene Mentealgre (2007), por un lado, aquellos en los que el hombre de adelante (autor inmediato) es un *extraneus* y el de atrás (mediato) un *intraneus*, de otra parte, cuando tanto el hombre de atrás como el de adelante son *intraneus* (p. 133), así como también hace referencia Sánchez–Vera (2002), al señalar que, en relación a la denominada autoría mediata y los delitos de infracción de deber, han de ser estudiados tres grupos de casos: en primer lugar, habrá que analizar los supuestos en los que el hombre de adelante es un *extraneus* (un no obligado especialmente), siendo el hombre de atrás un obligado especial o *intraneus*. En segundo término, se ha de estudiar aquellos otros en que tanto el hombre de delante como el de detrás son *intraneus* (Sánchez Vera, 2002), según el aporte de cada uno de los intervinientes para la configuración del tipo penal correspondiente.

Como cuestión general en la autoría mediata el hombre de atrás usa como instrumento al hombre de adelante, entendiéndose solo como interviniente al hombre de atrás, debiendo quedar claro que no estamos hablando de la autoría mediata en los delitos de dominio, nos estamos refiriendo a la autoría mediata en los delitos de infracción de deber, y, como sostiene Sánchez Vera (2002), en pureza, pues, “no es posible sostener para los delitos de infracción de deber la existencia de autoría mediata” (p. 207), quien, además, siguiendo a Roxin (2000), indica que, una vinculación entre los distintos sujetos en el delito de infracción de deber de deber únicamente sería imaginable cuando un deber conjunto incumbiese a los distintos obligados a la vez, entonces habría vinculación, pero la misma no fundamentaría una autoría mediata sino una coautoría.

En aquellos casos en los que el hombre de adelante (autor inmediato) es un *extraneus* y el de atrás (mediato) un *intraneus* y viceversa, considerando que los delitos de infracción de deber son delitos especiales por la cualidad del autor cuyo requisito personal es intransmisible (Gimbernat, 2009), solo es este último el que tiene competencia, debido a que el hombre de adelante o autor inmediato actúa o es utilizado como instrumento y en este caso, tal como afirma Montealegre (2007), cuando un *intraneus* utiliza a un *extraneus*, se tiene por resultado la lesión del deber por parte del obligado positivamente *–intraneus–*, lo que como ya se mencionó en repetidas ocasiones fundamenta la autoría, es decir quien infringe su deber funcional solo es al autor y el autor inmediato o el ejecutor actúa como instrumento.

En sentido contrario, cuando el *extraneus* actúa como autor mediato u hombre de atrás y el *intraneus* es utilizado como instrumento, como autor inmediato o ejecutor, el *extraneus* no puede ser autor mediato de un delito especial

(Gimbernat, 2009), debido a que en los delitos especiales el requisito personal de la cualidad del autor es intransmisible, las funciones, competencia y atribuciones de los funcionarios o servidores públicos se encuentran debidamente delimitadas en normas extrapenales (ROF, MOF y otros), por dos razones, uno para viabilizar o facilitar la función y por otro lado para que las obligaciones y responsabilidades se encuentren adecuadamente delimitadas.

2.2.1.2 La participación

2.2.1.2.1 Generalidades

El Código Penal peruano, en el artículo 24° respecto a la instigación, señala: “el que dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor” y en sentido estricto conceptúa la participación en el artículo 25°, señalando que, “el que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor”, en el segundo párrafo, señala, a los que, “de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”.

En el tercer párrafo establece, “el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él” (art. 25°), podemos indicar que no soluciona el tema de la participación o complicidad del *extraneus* o particular en la intervención delictiva en los delitos de infracción de deber, sobre el que retornaremos posteriormente.

El Código Penal, no define si la instigación es una forma de participación, sobre el que los doctrinarios tampoco se han puesto de acuerdo, sin embargo, tal como afirma Wesseles (2018), la instigación y la complicidad dependen de la existencia de un hecho principal antijurídico (accesoriedad de la participación), dada su calidad de intervención en la realización ajena del tipo, ambas formas de participación derivan su contenido de injusto del injusto del hecho principal.

En esa misma línea García (2012), indica que, si se sigue la sistemática de nuestro Código Penal, la inducción constituye una forma de participación junto con la complicidad, continuando el mismo autor aclara, que “la inducción precede a la decisión de cometer un delito, por lo que podría cuestionarse si, en sentido estricto, la inducción es realmente una forma de participación en el delito” (García, 2012, p. 709), sobre el que, resultaría necesario ahondar el tema a fin de definir si la instigación es una forma de autoría o una forma de participación, no obstante, no es tema de investigación, lo que si definiremos es la diferencia existente entre la instigación y la complicidad en la intervención delictiva.

2.2.1.2.2 Teorías de imputación

a. La teoría de imputación de la unidad del título de imputación

La teoría dominante o mayoritaria respecto a las teorías de imputación es la teoría de unitaria o unidad del título de imputación, debido a que si bien el particular, extraño o el *extraneus* no puede ser autor, coautor o autor mediato del delito especial, por carecer de la cualidad especial, sí responde como partícipe sobre la base del delito cometido por el funcionario o servidor público, con la finalidad de que los comportamientos de los particulares que concurren en la comisión del

delito especial no queden impunes, no se estaría violando el principio de accesoriedad, pues se reconoce a un autor y un *extraneus* participe, más aún si conforme se ha expuesto en los delitos de infracción de deber el particular o *extraneus*, no solo interviene accesoriamente, sino también el grado de su intervención delictiva puede ser la de autor, coautor o autor mediato, en la que su participación se convierte en necesaria en la comisión de los delitos de infracción de deber y la teoría de la unidad del título de imputación radica en que si bien el autor infringe el deber, los partícipes necesariamente tendrían que responder por el delito del autor.

Asimismo, en el caso de que actúen que los *extraneus* o *extraneus* ejecutores directos también deben responder como partícipes del delito de infracción de deber, debido a que como ya se ha expuesto el funcionario o servidor público que infrinja su deber especial siempre responderá a título de autor y el particular o extraño como participe y no por un delito común subyacente, por dos razones: i) no todos los delitos contra la Administración pública, tienen su correspondencia o concurren los mismos elementos objetivos y subjetivos en los delitos comunes, por lo que ante la inexistencia de un delito común subyacente del delito contra Administración pública, la conducta punible puede generar impunidad ii) La afectación de bienes jurídicos y su resarcimiento es distinto en los delitos contra la Administración pública, que en los delitos comunes.

Afirma Sánchez-Vera (2002) que el participe *extraneus* en un delito de infracción de deber responderá como participe, siempre, del delito cometido por el *intraneus*; este autor sostiene esta afirmación con argumentos variados: “la

condición de funcionario público opera en estos casos como elemento integrante del tipo y no como circunstancia modificativa” (p. 236), así como:

la solución contraria infringiría la teoría de la unicidad, según el cual todos los partícipes intervienen en un solo y único delito, sin que sea lícito penar a unos subsumiendo su conducta en una figura delictiva y a otros encuadrado su comportamiento en una hipótesis legal distinta. (Sánchez-Vera, 2002, p. 236)

El mismo autor sostiene que, si bien es cierto que el partícipe *extraneus* no es denominado habitualmente coautor, puesto que él no reúne la cualificación especial, puede responder, en su caso, como cooperador necesario, igual que el autor, continuando, justificando la línea jurisprudencial invoca un ejemplo:

Ello debe ser así, pues al fundirse la voluntad del *extraneus* con la del *intraneus*, bien conformando esta última a través de la inducción, bien cooperando materialmente el hecho falsario con una aportación causal necesaria al mismo, de un lado, la conducta del no cualificado pierde sustantividad en favor de la principal y preferente del cualificado, pues ambas aparecen finalmente ejecutadas para el logro del resultado típico de la falsedad documental en documento oficial, y, de otro, el *extraneus* asume el *plus* de desvalor de la conducta del funcionario sujeto activo propio, al ser consciente de que induce o coopera a que aquel quebrante los deberes ínsitos a su función, jurisprudencia de lo que se abstrae, en el que la teoría de la unidad del título de imputación se sostiene en la unicidad del título de imputación en el que todos los que participan o intervienen en un solo y único delito. (Sánchez-Vera, 2002, pp. 236-237)

En los delitos de infracción de deber o delitos contra la Administración pública, cometidos por funcionarios o servidores públicos, se afectan bienes jurídicos al cual todos estamos obligados a proteger tanto los *intraneus* como los *extraneus*, por lo que hipotéticamente no es posible sostener que el *extraneus* o particular al apropiarse del bienes públicos juntamente con un *intraneus*, no sea consciente que lo que está afectando no es un bien particular, sino un bien público, por lo que la conducta o voluntad del *extraneus* es absorbida por la del *intraneus* quien viene a ser el protagonista principal por la cualidad especial que posee y por al bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública.

b. La teoría de imputación de la ruptura del título de imputación

Esta teoría de la “ruptura del título de imputación”, se sostiene en que el autor de un delito especial tiene que ser un “*intraneus*” o sujeto especial, en el caso materia de investigación el funcionario o servidor público, y, el “*extraneus*” nunca podrá ser ni autor ni partícipe de este delito, es decir cada interviniente en el ilícito penal correspondiente deberá responder por su propio injusto penal, aun cuando hayan participado en la comisión de un solo hecho, así, como también afirma Sánchez-Vera (2002), indicando que, quien induce a un funcionario a cometer una malversación de efectos públicos o le presta ayuda para ello no participa en una mera apropiación indebida, sino en la lesiones de deberes positivos especialmente asegurados ex relación funcional, y esta circunstancia debe ponerse de manifiesto tanto en la punibilidad del autor como el del partícipe.

Asimismo, en el Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116 de 12 de junio de dos mil diecisiete -“*Asunto: “La participación del extraneus en los delitos especiales*

proprios: el caso del enriquecimiento ilícito”-, se trató el tema de la participación del particular o *extraneus* en los delitos especiales propios de infracción de deber, en el que en el fundamento 9, se sostiene lo siguiente: “(...) una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos *intraneus* y *extraneus* ellos deben responder por distintos títulos de imputación”.

Esto es, el *intraneus* responderá, como autor de un delito especial; mientras que el *extraneus* responderá como partícipe o autor de un delito común (Rueda, 2001). De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (*extraneus*) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención.

Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la comunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26° del Código sustantivo, estimando que dicha disposición legal consagraría la exigencia de impedir que la imputación del *extraneus* se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducirse hacia un delito común. Asimismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del *intraneus* al *extraneus*. Y que sólo el traslado de tales cualidades personales posibilitaría imputar al *extraneus* la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, se agrega, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio.

En consecuencia, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los *extraneus* sólo la autoría o la participación de los delitos comunes” (Cfr. Recurso de Nulidad N° 2628-2006-Ucayali; Recurso de Nulidad N° 18-2008-Huancavelica; Casación N° 782-2015-Del Santa); teoría jurídica con lo que no compartimos, principalmente porque generaría impunidad, debido a que no todos los delitos contra la Administración pública cometidos por los funcionarios o servidores públicos, guardan o encontrarían similitud o correspondencia en la estructura típica —*elementos objetivos y subjetivos*— en los delitos cometidos por cualquier persona.

2.2.1.2.3 Formas de participación

a. La instigación

Según el Código Penal peruano, la instigación se encuentra en el artículo 24°, prescribe: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”. Mientras que la jurisprudencia, para advertir la diferencia entre la autoría mediata y la instigación, que son formas de intervención delictiva, explica:

Al respecto, por instigación o inducción, se entiende a la figura en virtud de la cual una persona determina a otra a realizar el injusto doloso concreto, de allí que el instigador sea quien se limita a provocar en el autor la resolución delictiva determinada sin tener el dominio del hecho, lo cual lo distingue del coautor.

Se puede instigar mediante regalos, promesas, amenazas, violencia, coacción, provocación de error en el instigado, con abuso del ascendiente o autoridad que se detenta, mediante la emisión de consejos, a través de la expresión de deseos, valiéndose de apuestas, etc., lo importante es que cualquiera de los medios utilizados sea idóneo y eficaz de cara a la realización de la conducta perseguida. (Recurso de Nulidad N.º 1192-2012-Lima)

En la misma jurisprudencia señalada precedentemente se cita a Mir (2005) quien refiere que la instigación es: “la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante el influjo psíquico de otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría doloso” (p. 403). Además, se señala que la inducción es una forma de participación moral consistente en hacer nacer en otro dolosamente la resolución de ejecutar el acto punible. De allí que se llama también autoría intelectual por cuanto es el inductor quien concibe y quiere inicialmente el delito, que pretende que cometa materialmente otro.

Para la existencia de esta figura debe llenarse condiciones de diverso orden, la Corte Suprema de la República, señala tal como se indica a continuación:

a) debe existir un vínculo entre el hecho principal y la acción del indicador –la conducta típica y antijurídica realizada por el autor (injusto) debe ser producto de la actividad desplegada por el inductor, valiéndose de cualquiera de los medios antes mencionados; a su turno, el autor debe haber realizado el injusto al cual ha sido determinado, sin importar que lo haya hecho de manera culpable-, b) la actuación del inductor debe ser determinante –la acción desplegada por el inductor debe ocasionar la

resolución en el autor de la conducta típica y antijurídica de cometer el hecho, debe compelerle o determinado, lo cual resulta de suma importancia, pues el agente puede intentar inducir a quien ya está decidido de realizar el injusto-: c) el hecho realizado debe, por lo menos, implicar el comienzo de ejecución- el actuar al que se induce debe consumarse o alcanzar, siquiera el grado de tentativa punible-; d) el inductor debe carecer del dominio del hecho final-social –el instigador debe carecer de dominio del hecho, pues si lo tiene debe pensarse en la figura de la coautoría-; y, e) el inductor debe actuar en forma dolosa -para aludir la exigencia subjetiva a diferencia de las anteriores que son objetivas, el inductor debe actuar con dolo, por lo menos eventual, de donde se infiere la ausencia de punibilidad de la instigación culposa. (Recurso de Nulidad N° 1192-2012-Lima, f. 4.1.2)

Reiterando, cuando el Código Penal, al referirse a la instigación, indica que, el que, dolosamente debe determinar a otro a cometer el hecho punible, incorpora a dos protagonistas o intervinientes, uno de ellos el instigador o inductor y el otro el que ejecuta en forma directa el hecho punible, por lo que, tal como sostiene García (2012), la regulación legal de la inducción exige la presencia de dos elementos, en primer lugar es necesario un elemento objetivo que consiste en provocar la resolución criminal en otra persona, seguidamente refiere que, obviamente no existe entre la conducta del inductor y la determinación del autor una relación de causalidad natural, sino una relación de imputación objetiva, además indica que, en ese sentido, a la conducta del inductor hay que imputarle objetivamente el hecho de que un sujeto penalmente responsable se determine a cometer delito, en ese sentido

por determinar debemos entender como influenciar, incitar en otra persona a cometer el hecho punible.

b. La complicidad

De acuerdo a nuestra legislación, la complicidad viene a ser, prestar auxilio dolosamente, para la realización del hecho punible, como tal el partícipe se halla en una posición secundaria del autor, el hecho principal pertenece al autor, no al partícipe, éste no realiza el tipo principal, sino un tipo dependiente de aquel.

La doctrina a esta forma de participación le otorga la categoría jurídica de cooperadores o cómplices en ambos casos dolosos y por el grado de intervención lo divide el complicidad primaria y complicidad secundaria, en el primer grado la disposición penal exige que la prestación del auxilio tiene que tener como consecuencia que sin el cual no se hubiera perpetrado y para el segundo grado no existe esta primera exigencia, se indica que de cualquier otro modo, lo que significa que puede prescindirse del aporte del cómplice secundario en la realización del hecho punible.

Wessels (2018) señala que la complicidad se distingue de la autoría por la ausencia del dominio del hecho, el cómplice se limita a ayudar en el hecho principal mediante su apoyo físico o psíquico, prestando auxilio para la realización del hecho punible y los actos de complicidad pueden presentarse en el momento de preparación del delito o durante su ejecución (García, 2012) y no cuando el hecho punible está consumado, tal como afirma Wesseles (2018), cuando sostiene que, de acuerdo a una opinión unánime, los actos de cooperación tras la consumación del hecho principal no pueden fundamentar una complicidad.

Teniendo en cuenta que nuestra legislación penal sustancial diferencia la complicidad primaria con la secundaria: sobre la primera podemos señalar, que también podríamos denominarla cooperación necesaria sin el cual no podría perpetrarse o ejecutarse el hecho punible y la complicidad secundaria o cooperación accesoria para prestar asistencia para la realización del hecho punible.

2.2.1.2.4 La participación en los delitos de infracción de deber

Como ya venimos sosteniendo para la delimitación entre la autoría y participación en los delitos de infracción de deber, no podemos aplicar los razonamientos respecto a la participación o accesoriedad que se realizan para con los delitos de dominio, debido a que en la comisión u omisión de los delitos de infracción de deber interviene el funcionario o servidor público con obligaciones especiales *-intraneus-* y también podría ser un particular *-extraneus-*, que no posee obligaciones especiales o no tiene la condición de funcionario o servidor público, como se observa distinto a las del dominio del hecho en el que el autor puede ser cualquier persona.

Asimismo, como sostiene Montealegre (2007), tradicionalmente la delimitación entre autoría y participación ha girado, directa o indirectamente, en torno a un criterio formal: la realización de actos ejecutivos. El autor interviene durante la ejecución del tipo; el cómplice, durante los actos preparatorios. “Con apoyo en el concepto normativo, se puede ser autor, aunque el aporte se otorgue en la etapa de los actos preparatorios, y cómplice, aunque la contribución se presente durante los actos de ejecución (...)” (p. 118).

En los supuestos en que un sujeto defrauda expectativas por no desempeñar correctamente los deberes vinculados a una institución positiva, la autoría y participación no pueden delimitarse acudiendo a la magnitud del aporte que cada uno de los intervinientes ha hecho. El criterio para delimitar autoría y participación no es cuantitativo, porque lo determina sólo el *status* que ocupa el obligado institucional. Por esta razón, toda contribución a la comisión del hecho es autoría, aunque se trate de aportes insignificantes (Montealegre, 2007), esto pues desde la perspectiva normativista, en el que la calidad de autor no depende necesariamente de que el aporte se brinde en la etapa de ejecución.

Sánchez-Vera (2002), sostiene que, el comportamiento de un *extraneus* que contribuye a un delito de infracción de deber no es, desde luego, jurídicamente neutro, sino que también a él se ha de imputar el suceso, aun cuando se tenga en cuenta con efecto parcialmente *exonerante* el hecho de que el *extraneus* careciese de la obligación especial derivada de la institución positiva. Sólo a través de la persona del especialmente cualificado con un deber positivo se convierte en relevante el aporte que el no cualificado realiza, pero en todo caso, esto es suficiente, como se observa, señala que el comportamiento del extraño no es neutro, sin embargo, enfatiza que resulta necesaria la intervención del especialmente cualificado, es decir, si el partícipe contribuye a afectar el bien jurídico produciéndose el delito de infracción de deber, la conducta del partícipe debe ser sancionada.

Roxin (2016), el creador de los delitos de infracción de deber, sostiene, que en los delitos de infracción de deber la delimitación entre autoría y participación ha

de efectuarse con criterios distintos que el dominio del hecho puede considerarse como teoría ampliamente dominante.

Este mismo autor sostiene que únicamente puede ser autor del tipo de administración desleal (art. 266 StGB- Código Penal Alemán) aquel que infringe el deber que le incumbe de velar por el patrimonio ajeno, quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del suceso, solo responde como partícipe y también este mismo autor, afirma que la posición de deber fundamentadora de autoría comprende, según el principio básico de los delitos de infracción de deber, todas las formas de cooperación (Roxin, 2016, p. 726), de este razonamiento se puede entender que resulta intrascendente distinguir el grado de intervención o cooperación delictiva del obligado especial, quien al infringir el deber especial responderá siempre como autor.

Tal como se desprende de la afirmación de Roxin (2000), quien además indica que, también el inductor y cómplice emprenden un ataque al bien jurídico pero la autoría solo se fundamenta por el quebrantamiento del deber especial característico del tipo, por lo que resulta válido sostener que en los delitos de infracción de deber son los *intraneus* -funcionarios o servidores públicos-, los que infringen o quebrantan su deber especial, este quebrantamiento no solo puede ser por comisión sino también por omisión, mas no así los *extraneus* -extraños o particulares por no poseer la cualidad especial que exige el tipo, quienes sin embargo, sí, vulneran el bien jurídico protegido, por lo que a pesar de que este último sea el que domine el curso del suceso o es empleado por el *intraneus*, solo responderá como partícipe, de acuerdo a la concepción del profesor Roxin.

Continuando con el tema de la participación en los delitos de infracción de deber, si bien la participación a título de cómplice primario y secundario se encuentra previsto el artículo 25° de nuestro Código Penal, esto es para los delitos de dominio y no para los delitos de infracción de deber, no es menos cierto que en los delitos especiales en la mayoría de los casos interviene un particular, extraño o *extraneus*, que no tienen la cualidad especial, que no se encuentra regulado con claridad en la legislación penal material peruana.

Si bien se ha añadido un párrafo más al artículo 25° del Código Penal, no obstante, no se encuentra delimitado con claridad o precisión, afectándose de esta manera el principio de legalidad, que viene a ser el principio fundamental y pilar del ordenamiento jurídico penal, por lo que merece sustentarse porque debe responder el particular como partícipe del delito de infracción de deber -no importando el grado de participación, viéndose desde la óptica del dominio del hecho, su participación puede ser la de autor, coautor o autor mediato, cómplice primario o secundario-, responderá siempre como cómplice.

2.2.2 Los delitos contra la Administración pública

2.2.2.1 Delitos especiales y de infracción de deber

a. Delitos especiales —propios e impropios—

Como afirma Reston (2014), tradicionalmente, la doctrina ha entendido que son delitos especiales aquellos de los cuales no puede ser autor cualquier persona, sino tan solo quien reúna las particulares condiciones objetivas exigidas para aquél por el tipo penal, de ahí que también se los llame delitos de autor calificado, continuando, esta misma autora sostiene, que, en vez de lo que ocurre con respecto

a los *delicta communia*, por lo que deberá responder como autor cualquiera que lleve a cabo el comportamiento descrito en el tipo, en este caso la posibilidad de que se atribuya el hecho en términos de autoría se encuentra acotada a los sujetos que reúnan la calidad especial prevista por el legislador (la de ser funcionario público, profesional, sacerdote, obligado tributario, entre otros).

En palabras de Gimbernat (2009), en esta clase de delitos el círculo de posibles autores no es abierto, ejemplificado: no todo el mundo puede realizar una malversación, sino solo un funcionario. No todo el mundo puede ser parricida, sino sólo determinados parientes de la víctima.

Asimismo, Abanto (2004), sostiene que existen determinados delitos que la doctrina (alemana) ha conocido tradicionalmente como delitos especiales (Sonderdelikte) para distinguirlos de los delitos comunes (Jedernabbsdelikte). Mientras que, en estos últimos, cualquiera puede ser autor del delito, en los primeros el círculo de autores está circunscrito solamente a un grupo de sujetos que reúnen la cualidad exigida en el tipo penal (los *intranei*). La cualidad puede estar expresamente mencionada en el tipo penal (...). Otros sujetos que participen en la comisión de estos delitos, al no poseer dicha cualidad –ya por decisión del legislador- no podrán ser nunca considerados autores de estos delitos especiales (son *extraneus*), así hayan tenido efectivamente un dominio del hecho.

Los delitos especiales se dividen en delitos especiales propios e impropios, en los delitos especiales propios la cualidad o calidad del autor esta descrito en el tipo penal correspondiente, como ocurre casi en todos los delitos contra la Administración pública, no en todos por su supuesto, cuando designa al sujeto activo, señalando “el funcionario o servidor público”, “El Magistrado, Árbitro,

Fiscal, Perito, Miembro del Tribunal Administrativo”, “el miembro de la Policía Nacional”, y otros, como se observa identifica la calidad del sujeto activo, es decir, son delitos especiales propios aquellos en los que la calidad del autor es requerida por el tipo básico (Reston, 2014, p. 6).

Por otro lado, los delitos especiales impropios, la cualidad de especial se ubica fuera del tipo base, que puede ser como una agravante o también atenuante, tal como sostiene Reston (2014), son delitos especiales impropios los que guardan una relación de correlato con un delito común base, del que, por eso mismo, puede ser autor cualquier sujeto. Es decir que no son sino algunos delitos genéricos previstos en el código, que, al ser cometidos por un determinado autor, cobran autonomía, pasando a ser tipos independientes distintos de aquellos que constituyen su tipo básico. Se trata, tal como tradicionalmente se los ha atendido, de tipos calificados en función de la especial calidad del autor, que coloca a este frente a un deber más severo de velar por el bien jurídico que se tutela.

El de los deberes a cargo de ese autor o el de confianza que socialmente se la ha depositado hacen que su conducta sea merecedora de una sanción autónoma. A diferencia del caso anterior, se suele entender que, en esos supuestos, el elemento especial de autoría agrava la pena, como en el delito de Apropiación Ilícita, como se observa se identifica la calidad del autor para agravar la pena, es decir la pena prevista para esta agravante, no se puede imponer al agente que comete el tipo penal base (Reston, 2014, p. 7).

b. Delitos de infracción de deber

Recordando, que el tema de investigación, es la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública, por lo tanto, es necesario definir con claridad los delitos de infracción de deber, conforme ya hemos adelantado, los delitos contra la Administración pública, son considerados como delitos de infracción de deber, por las razones que pasamos a explicar.

Para sostener esta afirmación, recurrimos Roxin (2000), quien indica que, junto a los delitos de dominio, introduce la categoría de los delitos de infracción de deber, en los que (con arreglo a la concepción aquí desarrollada) no es el dominio del hecho lo que fundamenta la autoría, sino la infracción de un deber especial extrapenal, en esa misma obra, ya hace referencia de que, en los delitos de infracción de deber la delimitación entre autoría y participación ha de llevarse con criterios distintos que el dominio del hecho que puede considerarse doctrina en auge, aun cuando en este ámbito, hasta ahora poco se ha investigado, hay muchas cuestiones que se resisten a más esclarecimiento, esta afirmación lo efectuaba Roxin, en el año 2000, hasta ahora han pasado más de 20 años, y aún en nuestro país no tenemos posiciones definidas tanto legislativamente como doctrinariamente, respecto a la delimitación entre la autoría y participación en los delitos de infracción de deber, lo que es materia de investigación.

En los delitos de infracción de deber, el deber de evitar el riesgo de producción del resultado típico tiene fundamento en una institución positiva, preconfigurada, con reconocimiento jurídico que delimita las funciones *-deberes positivos-* y limita el poder o libre disposición del funcionario o servidor público.

Desde la teoría funcionalista si bien es cierto se hace referencia a deberes, no obstante, su mentor Gunter Jakobs, sostiene, que, el resultado de las reflexiones

de Feurbach es que en las relaciones entre personas que no se encuentra especialmente vinculadas, es decir entre personas cualesquiera, sólo se puede amenazar con una pena la infracción de deberes negativos, y tales son aquellos deberes que consisten en no lesionar o dañar al otro. Tratándose, en cambio de deberes positivos, que tiene por objeto el mejoramiento de la situación del otro, es preciso contar con un fundamento jurídico especial, es decir, en todo caso con un fundamento de carácter auténticamente jurídico, estos deberes positivos nacen de la propia concepción del Estado, que ha sido creado para brindar u otorgar bienestar general a los ciudadanos, función que se realiza a través de los funcionarios o servidores públicos (Jakobs, 2008).

Asimismo, Jakobs (2004), al referirse a la infracción de deber sostiene que, junto con éste ámbito de deberes negativos, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, estos son deberes, sin embargo, que en cuanto deberes positivos tiene como presupuesto necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial: los padres frente a sus hijos, funcionarios, jueces y otros. La infracción de esos deberes positivos da lugar a los delitos de deber.

En los delitos de deber, la autoría no se infiere del dominio del hecho, ya que su contenido no es la usurpación de libertad ajena, al menos no lo es *per se*, sino la falta de cuidado por una persona o una institución del Estado, dicho de otro modo, la competencia por no mejorar su situación, de lo que se desprende que también Jakobs, sostiene categóricamente que en los delitos de deber, lo que se sanciona es la infracción del deber especial positivo, es decir el autor

necesariamente debe desempeñar un rol obligado a mejorar la situación (Jakobs, 2008, p. 36).

Este mismo autor, señala que queda identificada la línea de unión, sosteniendo que lo decisivo es la competencia, en los delitos en virtud de competencia por organización, una competencia por el empeoramiento de otra organización (infracción de un deber negativo), y en los delitos de deber, una competencia por no mejorar la situación (infracción de un deber positivo, lo que desde luego- abarca el empeoramiento). Los así llamados delitos de dominio son delitos comunes; por ello puede haber en ellos reparto de tareas. Los delitos de deber son delitos especiales (Jakobs, 2008).

Puede que haya reparto de tareas, el sujeto afectado por el deber especial puede pedir sugerencias y dejarse ayudar, pero lo característico es la separación de roles: todo obligado por el deber especial y sólo él es el obligado, y quebranta su deber ya por medio de la más mínima aportación activa o por la omisión. Esto, desde luego, no significa que su infracción del deber siempre pese más que las aportaciones de personas externas, seguidamente, explica con un ejemplo esta última afirmación, refiriendo: cuando unos *extraneí* convencen a un administrador de un patrimonio, que ya está en estado de senilidad y sólo presenta una imputabilidad reducida, para que administre de modo desleal, puede ser que la competencia de aquellos sea más intensa que la suya (Jakobs, 2008).

Gunter Jakobs, no se refiere al deber especial extrapenal, al que describe Claus Roxin, sino que en los delitos de deber el autor tiene que desempeñar un rol especial, con competencia por mejorar la situación, que le otorga el deber positivo, de lo contrario infringe el deber positivo, empeorando la situación; en esta parte, es

necesario hacer notar la diferencia entre Roxin y Jakobs, el primero considera que la infracción de deber no fundamenta el injusto, sino tan solo decide sobre la autoría, el segundo cree que el injusto (la defraudación de expectativas) viene definido exclusivamente con la lesión de la institución a la que sirve el deber (Reston, 2014, p. 36).

Jakobs (2008) realiza la diferenciación de dos categorías delictivas según el tipo de responsabilidad que fundamente los diversos delitos que integran ambos elencos, así en el supuesto básico de los delitos de comisión –entiéndase delitos de dominio–, el fundamento de la responsabilidad es la organización defectuosa del ámbito de organización propio, pieza complementaria de la libertad de acción que caracteriza al desenvolvimiento del ciudadano en sociedad, en esta clase de delitos, la relación entre el autor y el objeto de protección está íntegramente regulada por el deber emergente de la norma penal de la que se trate (por ejemplo no matar a otro).

Tal deber es puramente negativo: no dañar esferas de organización ajenas, de ahí que el binomio organización/libertad exija mantener separadas las distintas esferas de organización, con la finalidad de evitar injerencias lesivas en ámbitos ajenos, a la par de esa responsabilidad de no dañar a otro inherente a todo ciudadano y presente en la enorme mayoría de los delitos de dominio, aparece otra, a causa de la lesión de deberes de cuidado de determinados bienes, que recaen sobre ciertos individuos en particular, el deber de cuidado propio de este segundo tipo de responsabilidad es especial, solidario y, sobre todo, se encuentra institucionalmente asegurado, esta clase de deberes es la que da lugar a los delitos de infracción de deber.

En los que con independencia del hecho, “existe un vínculo entre el autor y el bien que es previo a la norma penal, aquí el deber se limita a asegurar penalmente una relación ya existente entre el autor y el objeto” (Jakobs, 2008, p. 36), como se observa, la obligación positiva de fomento de protección de los bienes públicos es preexistente a la norma penal; Jakbos, afianza su posición, sosteniendo que, junto a estos deberes negativos, esto es, de velar por que la propia organización no se expanda demasiado en perjuicio de otros, hay deberes positivos cuyo contenido es evitar un curso lesivo, también en el caso en que dicho curso no se funde en una expansión excesiva de la propia organización.

Asimismo, como sostiene Sánchez-Vera (2002), del mismo modo que Roxin (2000) diferencia, esencialmente, entre dos categorías de delitos –los de dominio y los de infracción de deber–, Jakobs, establece también una clasificación bifronte de los delitos, “en delitos de dominio” –también por él llamados “en virtud de una organización” o, simplemente, “de organización”– y en “delitos de infracción de deber”, estas dos clases de delitos, según Jakobs (2004), responde a dos fundamentos diferentes de la responsabilidad o imputación, “en los delitos de dominio del hecho se trata de responsabilidad en virtud de la propia organización, en los de infracción de deber, en virtud de una relación de carácter institucional” (p. 38).

En Jakobs, por tanto, junto a la responsabilidad por una organización defectuosa –que en definitiva se corresponde con los clásicos “delitos de dominio del hecho de Roxin–, aparece también una responsabilidad por la lesión de deberes de comportamiento solidario en favor de un determinado bien jurídico, estamos, pues, ante dos motivos diferentes de imputación, a saber, por un lado, la imputación

como consecuencia de una relación sinalagmática “libertad de organizar / responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice, y, por otro, la imputación con causa en ciertas instituciones, cuyo fundamento, según Jakobs (2008), reside en que poseen el mismo peso que el sinalagma que acabamos de mencionar, en la responsabilidad por organización se imputan como consecuencias de la propia organización, en la responsabilidad en virtud de una institución, por su parte existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor (Sánchez-Vera, 2002).

En ese entendido el deber de velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración pública, así como la Administración de Justicia como principio fundamental del Estado de Derecho y al interior de las mismas se genera un mundo en común entre el obligado y el bien objeto de protección y custodia, el cual supone que lo esperado respecto de él no sea idéntico a lo que se espera de cualquier persona, considerando que el tema de investigación es la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública

Resulta necesario remarcar, que se encuentra dentro de las instituciones estatales obligadas voluntariamente *ex ante* a contribuir con el aseguramiento de las expectativas normativas, fomentando y protegiendo el bien jurídico, al haber asumido las funciones o deber especial inherentes al cargo o rol competencial y nuestro ordenamiento jurídico a través de los legisladores especifica cuando el funcionario y servidor público infringe, lesiona o viola su deber institucional al describir los tipos penales correspondientes (Falcone, 2018).

2.2.2.2 El concepto de Administración pública

El concepto de Administración pública, se refiere a las facultades conferidas a los funcionarios y servidores del Estado, con la finalidad de ejercer funciones de administrar los servicios públicos, así como distribuir y proteger los bienes y asuntos que corresponden al Estado. Nuestra Constitución, en el Capítulo IV referido a la Función Pública, en el artículo 39, establece:

Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio de la Nación y, en ese orden, los representantes del Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo Nacional de la Magistratura, los Magistrados Supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados alcaldes de acuerdo a Ley.

La misma Constitución, en el artículo 40, establece:

La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.

Como se observa, se refiere a la función pública, así como a la jerarquía de los altos funcionarios públicos y finalmente establece que la ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos, más no conceptualiza a la Administración pública.

Vizueta (2003) sostiene que el concepto de Administración pública está estrechamente e indisolublemente ligado al Derecho Administrativo. Se ha dicho que para una correcta conceptualización de éste es necesario previamente dar una respuesta al contenido de aquella, ya que el derecho administrativo surge como necesidad de regular la Administración pública, tanto por lo que concierne a sus peculiaridades internas como por lo que se refiere a sus comportamientos ad extra. Ello explica que la definición y delimitación de lo que deber ser la Administración pública ha sido desde los orígenes el Derecho Administrativo el caballito de batalla de quienes se han dedicado a esta disciplina.

Este mismo Vizueta (2003), citando a Entrena, señala: “La Administración pública puede ser considerada, en cuanto a su concepto, fundamentalmente, desde dos puntos de vista: subjetivo y objetivo. En el primer sentido se entiende por la Administración pública un conjunto de órganos; en el segundo una actividad” (p. 119). Asimismo, Salinas (2016) refiere que la Administración pública es entendida como toda actividad o trabajo realizado por los funcionarios o servidores públicos, los mismos que se encargan de poner en funcionamiento al Estado, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía o nivel y roles o funciones en todos sus órganos o entidades.

De ahí que se acepte que la Administración pública se concibe en doble sentido. Objetivamente, como el conjunto de actividades o trabajos realizados por

los sujetos públicos y que constituye el desarrollo, el movimiento o la dinámica de la función misma. Y subjetivamente, se constituye en el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquía, entidades, cargos, funciones. Roles y oficios delimitados en sus competencias por la ley (Salinas, 2016).

2.2.2.3 Concepto de funcionario y servidor público

El artículo 425 del Código Penal peruano, establece quienes son funcionarios o servidores públicos, entre ellos los que están comprendidos en la carrera administrativa, los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular, todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos, los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades, los demás indicados por la Constitución Política y la ley; nótese que solo indica quienes son funcionarios o servidores públicos, no conceptualiza el porqué de la denominación de funcionario o servidor público y tampoco explica a qué se debe la distinción o diferencia entre funcionario y servidor público.

En el derecho penal es necesario tener en cuenta al sujeto activo como uno de los elementos objetivos del tipo penal correspondiente, tal es así que, en los delitos contra la Administración pública o infracción de deber, por tratarse de delitos especiales el sujeto activo viene a ser una persona calificada, es decir una personal especial que viene a ser el funcionario o servidor público.

Tanto el funcionario como servidor público, son personas que desempeñan una función pública específica en cualquier ámbito o dependencia de la Administración pública, es sabido que el Estado, está conformado por los tres poderes (ejecutivo, judicial y legislativo), los diferentes organismos autónomos, el gobierno regional y local y otras entidades del Estado, es en estas entidades en las que los funcionarios y servidores públicos, desempeñan o ejercen funciones competenciales de intereses general y en beneficio de todos los ciudadanos o del pueblo. No hay funcionario o servidor público sin funciones o deber especial.

2.3 Definición de términos

Autoría en delitos de infracción del deber

Fundamenta la autoría en los delitos especiales un “deber especial de carácter penal” que no recae en todas las personas, sino solo en aquellos sujetos calificados por la propia fórmula legislativa. Sujetos que al ser calificados se constituyen en los únicos que pueden ser autores de determinados delitos. Por respeto al principio de legalidad, autores de los delitos especiales solo pueden ser aquellas personas que reúnen las condiciones personales que el tipo penal exige (Salinas, 2016, p. 145).

Delito

“El delito, en sentido dogmático, es definido como una conducta, acción u omisión típica (descrita por la ley), antijurídica (contraria a Derecho) y culpable a la que corresponde una sanción denominada pena con condiciones objetivas de punibilidad” (García, 2012, p. 201).

Delitos contra la Administración pública

“El elemento del tipo “funcionario o servidor público” es central en los delitos contra la Administración pública que, especialmente, se refieren a cohechos, peculados, colusiones, negociaciones incompatibles, abuso de autoridad, malversaciones, tráfico de influencias especial y enriquecimiento ilícito. En tal sentido, el legislador ha decidido que en estos delitos de corrupción tenga que intervenir necesariamente, como autor, un funcionario o servidor público” (Abanto, 2004, p. 22).

Derecho penal

“Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora” (Jiménez, 2005, p. 18).

Doctrina

“Ciencia del derecho elaborada por los jurisconsultos y comprende el conjunto de sus investigaciones, estudios, análisis y planteamientos críticos. Contiene juicios, procesos u operaciones mentales efectuados por abogados con una sólida, experta y calificada formación académica” (García, 2007, p. 262).

Jurisprudencia

“Es el conjunto de fallos emanados de los órganos jurisdiccionales, que sirven para regir la solución de un número indefinido de casos semejantes que pudiesen presentarse. En puridad lo sustancial de la jurisprudencia consiste en encontrar aquellos principios y criterios sustentatorios de la actividad creadora del juez formalizado en la expedición de la resolución” (García, 2007, p. 255).

Participación en delitos especiales

“En los delitos especiales, el partícipe, contribuye a la comisión del delito y con su contribución al hecho delictivo, también defrauda expectativas positivas acerca del correcto accionar de los funcionarios públicos, por lo que estos merecen, igualmente, ser sancionados” (Jakobs, 2004, p. 37).

2.4 Hipótesis

2.4.1 Hipótesis general

Las limitaciones en el tratamiento jurídico de la autoría y participación establecida en el Código Penal peruano en los delitos contra la Administración

pública, denominados delitos de infracción de deber, actualmente genera posiciones discrepantes en su interpretación y aplicación.

2.4.2 Hipótesis específicas

- 1) Las limitaciones que presenta el artículo 23°, 24° y 25° del Código Penal, es que resulta aplicable fundamentalmente para los delitos de dominio; siendo insuficiente para los delitos contra la Administración pública, llamados delitos de infracción de deber.
- 2) Los efectos jurídicos que generaría la toma de postura jurídica penal, en el Código Penal peruano, con relación a la autoría y participación en los delitos contra la administración Pública, denominados delitos de infracción de deber, sería la predictibilidad y seguridad jurídica, en cuanto a la responsabilidad y la pena.
- 3) Partiendo de los fundamentos teórico, dogmático del funcionalismo, las ventajas que otorgaría la regulación normativa de incorporar al Código Penal, que los funcionarios y servidores públicos deben de responder a título de autor, generaría predictibilidad, seguridad jurídica y se sancione a los responsables del hecho delictivo.
- 4) Partiendo de los fundamentos de la teoría de la Unidad del Título Imputación, las ventajas que otorgaría la regulación normativa de incorporar al Código Penal, que el particular responde a título de cómplice en los delitos contra la Administración pública, generaría la unidad de criterio jurídico, predictibilidad jurídica y se sancione a los particulares como cómplices.

2.5 Variables

Variable X: Autoría y participación

Indicadores:

- Autor, coautor y autor mediato.
- Teoría de la unidad de imputación
- Teoría de la ruptura del título de imputación
- Cómplice e instigador.

Variable Y: Delitos contra la Administración pública

Indicadores:

- Tipos penales especiales
- Teoría de dominio de hecho
- Teoría de infracción de deber.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Tipo de investigación

- **De modo general:** Corresponde por su finalidad a la denominada investigación básica o teórica, el cual estuvo orientado al conocimiento y comprensión de los fenómenos sociales (jurídicos) (Sierra, 2001).
- **De modo específico:** Corresponde a una investigación jurídico-dogmática-normativa o jurídica formal que posibilitó ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre la autoría y participación, establecida en el Código Penal peruano en los delitos contra la Administración pública.
- Corresponde al denominado diseño no experimental, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no tuvo grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia (Hernández et al., 2010).
- El **diseño general**, corresponde a la Transeccional o Transversal, debido a que se recolecto los datos del hecho jurídico en un solo tiempo, específicamente para el año 2020.

3.2 Unidad de análisis y plan de muestreo

A continuación, se detallan las actividades del proceso que se seguido en la construcción de la información y/o conocimiento:

Proceso que incluye:

- a) Determinación de la población o sujetos de estudio

- b) Selección de la muestra
- c) Diseño del instrumento
- d) Aplicación del método para procesar la información (Zelayaran, 2000).

3.2.1 Población

- **Universo físico:** Estuvo constituida por el ámbito nacional e internacional.
- **Universo social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que generado la jurisprudencia correspondiente.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2020 (Zelayaran, 2000).

3.2.2 Muestra

- **Tipo:** No probabilístico.
- **Técnica muestral:** Intencional.
- **Marco muestral:** Doctrina, jurisprudencia, normatividad.
- **Unidad de análisis:** Elementos documentales.

3.2.3 Unidad de análisis

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

- Unidad temática: Constituido por las variables de estudio

- Categorización del tema: En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis.
- Unidad de registro: Documental en base al análisis de categorías e informaciones en las fuentes del derecho, obtenido mediante los IRI.

3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de la información

- 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.
- b) También se aplicó la ficha de análisis de contenido para poder realizar la doctrina y jurisprudencias 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 delimitará áreas para la recopilación de información que reflejen la situación actual de discusión.
- c) Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.
- d) En resumen, se emplearon las siguientes técnicas e instrumentos:

Técnicas	Instrumentos
Análisis documental	Análisis de contenido
Bibliográfica	Fichas: Textual, de comentario, de resumen, críticas.

3.4 Plan de procesamiento e interpretación de la información

- (1) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales y de resumen.
- (2) 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.

Para la obtención de información de la presente investigación se hizo a través del enfoque cualitativo lo que permitirá recoger información sobre el problema planteado. Es por esta razón que la presente investigación no perseguirá la generalización estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina.

Análisis e interpretación de la información. Se siguieron los pasos siguientes:

- a) Selección de la comunicación que será estudiada;
- b) Selección de las categorías que se utilizarán;
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del sistema de recuento o de medida

Criterios: Los criterios a seguir en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.

- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 Presentación de resultados

4.1.1 Resultados doctrinarios

4.1.1.1 Los delitos de infracción de deber

El Código Penal peruano, en su artículo 23, establece: “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción”. De su lectura podemos advertir que habría adoptado la tesis de Roxin (2016) del “dominio del hecho”, es decir la clasificación de las teorías diferenciadoras, criterio a partir del cual se distingue entre autoría directa (dominio de la acción), autoría mediata (dominio de la voluntad), y coautoría (dominio del hecho funcional).

Esta teoría del dominio de hecho reconoce que se tiene que distinguir dos grupos de casos: la cooperación en la fase ejecutiva (Coautoría) y la cooperación en la fase de preparación (complicidad). Sin embargo, el propio Roxin (2018) reconoce la limitación de la teoría del dominio del hecho para poder ser el criterio que fundamente adecuadamente la imputación penal. Por cuanto, señala que “el dominio del hecho no puede ofrecer un criterio idóneo de delimitación entre autoría y participación para todos los delitos y sus tipos” (p. 362).

Roxin (2018) establece como ámbitos impenetrables a la operatividad del criterio del dominio del hecho: los delitos de omisión, los delitos de propia mano, y los delitos de deber. A diferencia del resto de tipos penales (delitos comunes que Roxin equipara a los delitos de dominio), en los delitos especiales o de infracción de deber “la idea del dominio del hecho no rige como criterio para determinar la

conducta típica de autoría; más, también en estos casos, se dice que el fundamento de la punición consiste en la lesión de un bien jurídico” (Reaño, 2019, p. 26).

Es donde surge la teoría de infracción de deber, por lo que a fin de no caer en las imprecisiones que pudieran derivarse del uso de una terminología común para designar construcciones dogmáticas diversas, la aproximación a la discusión científica sobre la categoría de los “delitos de infracción de deber” resulta necesario distinguir entre su formulación original llevada a cabo por Claus Roxin y el punto de inflexión trazado en los posteriores estudios de Gunther Jakobs y sus seguidores (Reaño, 2019, p. 54).

Otro aspecto con el que se enfrenta Roxin (2018), es respecto a la intervención del extraneus en delitos especiales, donde manifiesta que hay figuras en las que el autor no es quien domina el hecho. Por ende, en los delitos en que se requiere una calidad especial en “quien realiza la conducta ocurre que si quien tiene el dominio del hecho es un sujeto que no goza de dicha calidad, es decir el extraneus y en virtud del principio de legalidad no podrá ser sancionado como autor por el tipo correspondiente” (Ossandón, 2016, p. 3).

En esa línea Caro precisa que el contenido de estos delitos se deriva a partir de la existencia de deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización, es decir “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” (2003, p. 54).

Pero podemos advertir que el planteamiento de Roxin (2018) sobre los delitos de infracción de deber, “no es posible encontrar un fundamento que nos diga en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas

al tipo, dejándose en manos del legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber” (p. 55), puesto que finalmente – y a juicio de Roxin –, es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador el de si conforma un delito como de dominio del hecho o como de infracción de deber. Por tanto, según Sánchez-Vera (2002) “la existencia o no de un delito de infracción de deber se infiere de la interpretación del correspondiente tipo penal de la parte especial” (p. 39).

En ese sentido, los postulados de Roxin (2018) sobre los delitos de infracción de deber dejan abiertas muchas interrogantes de vital importancia, que su oportunidad las formuló Sánchez-Vera (2002), las cuales hacemos nuestras (Ossandón, 2006, p. 6):

¿Qué se entiende por una posición de deber? ¿Cuáles son las posiciones de deber existentes? ¿Se pueden éstas reconducir a un principio superior? Y es que, en general, no todos los aspectos han sido suficientemente aclarados, sino que algunas respuestas parecen más bien producto de la intuición: ¿Es per se la formulación de un tipo penal siempre relevante para su clasificación como delito de dominio o de infracción de deber? ¿A qué criterios se encuentra supeditado el legislador? En efecto, la breve argumentación de Roxin que hemos visto va dirigida esencialmente al intérprete de la Ley; pero, ¿y el legislador?, ¿cómo debe adoptar su decisión?, ¿cómo saber, en definitiva, si debe o no positivizar un delito como infracción de deber?

Pese a estas limitaciones que tiene la teoría del dominio del hecho y sin que hayan sido absueltas estas interrogantes, la doctrina y jurisprudencia peruana

asumió el planteamiento de Roxin (2018), a partir del cual intentó, prácticamente sin mayor éxito, encontrar una solución a los problemas generados por la intervención de los *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración pública. “Los inconvenientes dogmáticos al momento de procesar y juzgar los graves casos de corrupción suscitados en el país, no se hicieron esperar, demostrando así la insuficiencia de los criterios penales aplicados” (Abanto, 2004, p. 43).

Resulta oportuno realizar algunas precisiones respecto a los delitos especiales y delitos de infracción de deber, situación que genera confusiones. De acuerdo a la dogmática tradicional, con respecto a los “delitos especiales” (a los cuales se confunde con los “delitos de infracción deber”), podemos distinguir dos clases: delitos especiales propios y delitos especiales impropios. Sobre los primeros, Abanto (2004) afirma que en estos delitos:

la cualidad del autor fundamenta el injusto penal, por lo que se predica de ellos el hecho de no tener un tipo penal equiparable entre los delitos comunes, el mismo que pueda eventualmente aplicarse al sujeto activo que no reuniera la calidad exigida por el tipo especial. (p. 42)

Mientras que el segundo, son aquellos que sí tienen delitos equiparables entre los delitos comunes, por lo que la cualidad solamente equivale a “un elemento adicional que agrava (o eventualmente atenúa) el injusto ya existente en un “delito común”, de tal manera que, si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común” (Abanto, 2004, p. 42).

Frente a estos aportes limitados de Claus Roxin, nace las propuestas de Gunther Jakobs, donde la clasificación bifronte propuesta por Roxin ha sufrido una reelaboración en el sistema funcional normativista de Jakobs y sus discípulos a la categoría de los delitos de infracción de deber. Así, Un rasgo fundamental en la teoría de la imputación objetiva de Jakobs, y que se encuentra en la base de su sistema funcionalista, es la concepción del injusto no como la mera lesión de un bien, sino como la infracción de un rol. “Las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta aspectos individuales” (Jakobs, 1996, p. 54). Pues, como estas expectativas (como todas) se dirigen a personas, es decir, a portadores de un rol, “la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol” (Jakobs, 2016, p. 67).

En este nuevo esbozo, según Reaño (2019), enseña que:

La responsabilidad por dominio de una organización y por vinculación institucional a un bien no se deduce de la descripción formal contenida en los tipos penales de la Parte Especial, sino que, en principio, todos los delitos pueden ser cometidos por infracción de una competencia organizativa o institucional, según cómo se encuentre relacionado el interviniente con el titular del bien afectado por la defraudación de la expectativa normativa: relación negativa (separación de esferas) o positiva (vinculación de esferas) (p. 27).

Es importante resaltar que los criterios en el planteamiento de Claus Roxin fundamentan la delimitación de la autoría son redefinidos en el sistema de Gunther Jakobs “como estructuras de imputación penal, concibiéndose los delitos de

dominio como infracción de competencias en virtud de organización y los delitos de infracción de deber como quebrantamiento de competencias institucionales” (Reaño, 2019, p. 27).

La competencia por organización, se trata del ámbito general, cuyo contenido es la expectativa de que todas las personas mantendrán el orden dentro de su círculo organizacional, de modo que no surja ninguna influencia externa dañina sobre terceros. Por lo tanto, esta es un área de la organización que su titular puede administrar libremente y su limitación es la obligación de no dañar a los demás, es decir, la obligación de no usurpar la esfera organizativa de otra persona (*neminen laede*) (Pinedo, 2010). En suma, los delitos de organización se corresponden a los delitos de dominio propuestos por Roxin.

Mientras que los delitos de competencia institucional, hay fundamento para atribuir responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de obrar en general, exigida en beneficio de una determinada ley, en virtud de una actitud institucional. La violación de un rol particular da lugar a una responsabilidad basada en la capacidad institucional (responsabilidad basada en el deber), que caería bajo la responsabilidad de quienes tienen autoridad, ya que tienen un servicio directo con la víctima para mantener el territorio común. En definitiva, estamos hablando del delito de incumplimiento, donde el fundamento de la imputación penal es precisamente la violación de una obligación institucional (Pinedo, 2010).

Asimismo, corresponde realizar una distinción entre “delitos especiales” y “delitos de infracción de deber”. A diferencia de Roxin, Jakobs (2004) entiende que la “infracción de un deber institucional no es sólo una regla para determinar la autoría sino, sobre todo, el fundamento de la imputación jurídico penal” (p. 25). En

ese sentido, la distinción de delitos comunes y delitos especiales tiene un fundamento distinto a la distinción entre delitos de infracción de deber y delitos de dominio; de ahí precisamente que un delito común tampoco puede ser igual a un delito de dominio. Efectivamente, “la delimitación de las conductas prohibidas a través de la exigencia de determinadas cualidades personales en el destinatario no obedece a razones materiales, sino que se trata simplemente de un uso lingüístico del legislador” (Pinedo, 2010, p. 35).

Sobre estos tipos de delitos, Pariona (2011) sostiene que:

La manera como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro Código Penal en su parte especial, no es posible sostener que la sola infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico-penal. Según las fórmulas legislativas de la mayoría de los delitos contra la Administración pública (p. 69).

En consecuencia, no basta el incumplimiento de un deber específico; también se requiere una concurrencia de otros factores objetivos y subjetivos. La punibilidad de los delitos no puede agotarse por la infracción de deberes legales o especiales, porque exige también un contenido material determinado por el bien jurídico protegido por la naturaleza del delito o puesta en peligro del bien jurídico, como exige nuestra ley penal en el artículo IV del título anterior.

4.1.1.2 La autoría en delitos contra la Administración pública

De acuerdo a la redacción del artículo 23° del Código Penal, no surgen elementos que permitan indicar que allí se establece una determinada y unívoca forma de autoría, ni tampoco un criterio diferenciador entre quien comete el delito y quien ayuda a su realización.

Esto significa que los legisladores pueden reservarse la posibilidad de completar el concepto de autoría en un apartado especial para cada tipo de delito. Sin embargo, el punto de partida es siempre la fórmula legal “quien realiza el hecho punible”. Hasta aquí hemos establecido que existe un sistema dual de determinación de la autoría, el delito de dominio y el delito de infracción de un deber.

Sobre el particular, Bacigalupo (2007), al analizar las posiciones de Roxin y Jakobs, explica:

Mientras que para Roxin los delitos de infracción de deber son aquellos en los que el tipo penal requiere que el autor haya lesionado un deber extrapenal. Este elemento es irrelevante para Jakobs, pues, como vimos, la calificación de delito de infracción de deber dependerá de la relación institucional que tenga el sujeto con el bien jurídico protegido por la norma. Esto explica una diferencia fundamental: para Jakobs no es la estructura del tipo lo que fundamenta la categoría de los delitos de infracción de deber, sino el origen institucional del deber del sujeto activo que lesiona la norma. Para Roxin, por el contrario, es la estructura del tipo la que determina si un delito es de infracción de deber o de dominio.

Por su parte, Sánchez-Vera (2002) señala:

Distingue como categorías los delitos de infracción positivados y el resto de delitos de infracción de deber, el obligado positivamente que quebranta su deber responde siempre como autor de un delito de infracción de deber. Es indiferente si junto a dicho obligado coadyuva para la producción del resultado típico un actuante –con o sin dominio del hecho–, un omitente o,

simplemente, las fuerzas de la naturaleza: el obligado siempre responde como autor. (pp. 34-35)

Ya sea que el perpetrador del delito de deber especial pueda o no controlar su comportamiento, siempre es el objeto principal del delito. Sería una persona que, en virtud de su especial capacidad institucional, tiene el deber de proteger los bienes asociados a él no sólo como institución negativa (prohibición del daño), sino también como institución positiva (protección del daño y prevención del daño) que puede recibir un beneficio (crear bien una zona defensiva). La violación de estas obligaciones caracterizará así el estándar de autoría en tales delitos (Adrianzen, 2017).

a) Los deberes en virtud de responsabilidad institucional

Un deber negativo es evitar ampliar el alcance de la propia organización a expensas de otros intereses, de modo que la relación entre los acreedores y las posibles víctimas termine de forma puramente negativa, en lugar de perjudicar a otros a través de la configuración del propio alcance de la organización. Robles (2013) citando a Jakobs señala que «los deberes positivos son propios de quien ocupa un “estatus especial”» (p. 3).

El mismo Robles (2013), señala que el “obligado positivo” no sólo tiene que garantizar que de su organización no se derivarán efectos lesivos, sino que tiene que preocuparse “de la existencia no disminuida o incluso el fomento de un círculo de organización y en ese sentido conformar un mundo en común con la persona favorecida” (p. 3).

En los delitos de infracción de deber suelen basarse en el deber positivo, que es un deber positivo creado por el sistema social existente y que, por su especial importancia, requiere una protección especial en el derecho penal. Estos delitos no necesitan transgredir ningún deber negativo u organizativo, porque no les interesa transgredir ningún deber de no dañar, sino de proteger las instituciones e imponer un deber de proteger al mundo de los daños externos que puedan ocurrir. Hay dos tipos de obligaciones positivas asociadas con el estado, una es la obligación que resulta de las relaciones de poder del estado, la otra es una obligación que corresponde a la meta del estado (Jakobs, 1997).

b) Necesidad de una distinción entre los diversos delitos especiales

Tradicionalmente se ha sostenido que el estándar para efectuar la imputación sobre la autoría de un delito, son en base a las teorías de dominio del hecho y el de infracción de deber. No obstante, por su parte de Silva (2005) considera que es necesario reconocer que existen subcategorías dentro de los delitos especiales de infracción de deber, tales como: “a) Los delitos especiales de dominio o delitos de posición; b) Los delitos especiales de deber o de infracción de deber en sentido estricto; c) Los delitos especiales de infracción de un deber con elementos de dominio” (p. 241). Por lo que, la distinción de los delitos especiales en propios o impropios ya recaería en teorías obsoletas.

b.1) Los delitos especiales de dominio o delitos de posición

Este tipo de delito se caracteriza por el hecho de que el autor tiene prioridad sobre los bienes jurídicos, ya sea para protección o lesión, frente

a otra persona que no se encuentra en esta posición. El legislador limita determinados actos delictivos que sólo pueden ser cometidos por determinadas personas en posición especial, porque aquí no se castigan los deberes especiales del *intrañeus*, sino que se afectan los bienes jurídicos por el dominio del hecho que tiene en mérito a la posición que ostente. En estas circunstancias, cualquiera puede cometer estos delitos porque es necesario infringir el deber de no hacer daño.

En palabras de Robles (2003), podemos señalar:

Lo único que se requiere para afirmar la concurrencia de este tipo de delitos es la posición especial de un sujeto activo, siendo que, la posición especial de afectación al bien jurídico no determina, per se, la autoría, ya que si bien en general será autor el sujeto que aporte la posición especial, pero puede suceder que éste no sea el que configure en mayor medida el hecho típico, obrando, por ejemplo, bajo error de tipo, inducido por un tercero.

b.2) Los delitos especiales de deber o de infracción de deber en sentido estricto

García (2009) señala que “el delito especial es, por el contrario, un delito de infracción de un deber si el fundamento de la imputación no está en el dominio del riesgo, sino en la infracción de un deber institucional” (p. 119). Así, la afectación al deber especial por el sujeto no sólo establece la autoría del delito atribuido, sino que también forma la base de su responsabilidad. En este tipo de delitos, verificar la infracción del deber y la

institución positiva que le atañe, es suficiente para imputarle a título de autor el delito especial de infracción de deber.

En estos delitos, la identificación de la infracción del deber y la institución positiva asociado son suficientes para atribuir la autoría del delito especial de infracción de deber. Siendo que la obligación del titular del deber, ya Adrianzen (2017) señalaba que “es construir la protección del bien jurídico, en ese sentido, al verse afectado este, se le imputa tal afectación por no haberla evitado o por haberla provocado. Y su prototipo se encuentra en los delitos cometidos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos” (p. 58).

b.3) Los delitos especiales de infracción de un deber con elementos de dominio.

Sobre esta subcategoría García (2019) señala que el fundamento de este tipo de delitos, es necesario distinguir entre instituciones positivas fuertemente vinculadas e instituciones débilmente vinculadas, a través de lo cual es necesario evaluar si las instituciones positivas incluyen capacidad organizativa o viceversa. Para ello, es necesario determinar el grado de vinculación que tiene la referida organización positiva.

c) Incomunicabilidad de las circunstancias o condiciones personales.

Sobre el particular es necesario remitirnos a lo dispuesto en el artículo 26° de nuestro Código Penal, que ha adoptado el criterio normativo que establece el alcance de intervención de cada sujeto que interviene en un hecho punible. El

legislador ha establecido: “[...] no modificaran las circunstancias o condiciones personales que afecten la responsabilidad de otros autores o partícipes que eventualmente intervengan en un mismo hecho punible”.

En consecuencia, de la revisión de la posición adoptada por nuestros legisladores la distinción de los delitos de infracción de deber y dominio de hecho dependerá de los tipos penales regulados en la parte especial y en lo que nos atañe. En ese sentido, en delitos contra la Administración pública para ser autor se requiere una condición especial que necesariamente se tiene que ostentar la condición de funcionario o servidor público, e incluso en ciertos delitos además de tal condición, se necesita tener una relación funcional especial con el objeto del delito al interior de la Administración pública (Salinas, s/f).

Asimismo, el mismo autor nos señala que en los delitos como el de peculado, colusión, negociación incompatible y malversación de fondos, donde intervienen varios funcionarios o servidores públicos, solo ostentarán la calidad de autores aquellos funcionarios o servidores públicos que tengan una relación o competencia funcional específica con el objeto del delito, mientras que los demás responderán penalmente por el mismo delito, pero en calidad de cómplices (Salinas, s/f).

Respecto a la coautoría el mismo Salinas (s/f), sostiene que no es admisible la coautoría, bajo los términos señalados en el artículo 23° del Código Penal como el hecho de cometer conjuntamente el hecho punible. Debido a que estamos ante la coautoría cuando dos o más personas cometen conjuntamente un delito en base al reparto funcional de roles con diferentes intervenciones, pero el resultado es un todo atribuible a cada coautor. Asimismo, cuando dos o más personas con acuerdo de

voluntades lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido. También, la coautoría resulta siendo una manifestación de la teoría del dominio del hecho que explica la autoría y participación en los delitos comunes.

4.1.1.3 La participación en delitos contra la Administración pública

a) Criterios aplicables a la participación

a.1) La accesoriadad de la participación

La doctrina de manera unánime sostiene que el partícipe no realiza un injusto autónomo, ya que no decide sobre el hecho del autor ni tampoco sobre su consumación.

Entre ellos encontramos a Robles (2013) quien señala:

El partícipe no realiza un injusto autónomo, ya que no decide sobre el hecho del autor ni tampoco sobre su consumación, siendo que, sin la realización del hecho por parte del autor, la acción del partícipe devendrá en atípica (salvo que por sí misma constituya un delito distinto). No obstante, contribuye con una razón a la lesión del bien jurídico, en una relación mancomunada con el autor (pp. 179-180).

En la ley penal peruana, la regulación lo encontramos en el artículo 25°, respecto a la complicidad establece:

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

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

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

García (2012) señala que es forzada la interpretación que se viene realizando del artículo citado, debido a que al “hecho punible” solamente se conceptúa como antijurídico.

a.2) La accesoriadad en los delitos especiales

Se plantea que siendo las instituciones positivas deberes personalísimos exigibles únicamente a los sujetos especiales, la relación de accesoriadad resultará en todo caso modificada, por ser indiferente si “[...] junto al positivamente obligado, coopera en el resultado típico un agente, por más que tenga dominio del hecho no le atañe el deber especial, un omitente o las fuerzas de la naturaleza” (Bacigalupo, 2007, p. 132). Así las cosas, en los casos en los “que exista un aporte por parte de un extraneus este resultará inoficioso para la realización del hecho final, ya que se ve configurado y es plenamente reprochable, con el solo incumplimiento del deber por parte del obligado” (Bacigalupo, 2007, p. 132).

En ese sentido, en este tipo de delitos, el partícipe sencillamente no puede acceder al hecho principal, por existir un límite a su capacidad organizativa, que es, no tener el deber positivo.

a.3) El hecho final como objeto de referencia de la accesoriedad

Sobre el particular, Robles (2013) sostiene:

En un sistema de intervención el hecho adquiere significado por sí mismo y queda desprendido de la conducta de uno de ellos (el autor), la accesoriedad se integra en aquel nexo que permite poner en relación al interviniente con el hecho. En tanto la conducta de un interviniente sea en sí misma considerada atípica (no realización completa de un tipo), sólo podrá ser llevado a la responsabilidad mediante la imputación por accesoriedad, esto es, por el acceso a un tipo y no por la realización completa del mismo (en sentido, pero solo en este, es decir, en el sentido de agregación puede hablarse de dependencia respecto del hecho principal) (p. 220).

En ese sentido, la accesoriedad entendida tradicionalmente no tiene sentido, ya que no se evaluará la conducta de participación respecto de la conducta del autor, sino que la relación de dependencia se produce entre interviniente y hecho final.

a.4) Los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo

Al Código Penal peruano se ha incorporado un tercer párrafo al artículo 25 mediante Decreto Legislativo N° 1351, quedando de la siguiente manera:

El que, dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiese perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo,

hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

Sobre esta incorporación, Adrianzen (2017) señala:

Se pueden extraer dos aspectos neurálgicos para la presente investigación: a) se estaría reconociendo legislativamente que existe una categoría de delitos en los que los elementos especiales que ostente el autor fundamentan la penalidad (delitos especiales de infracción de deber); y, b) que en los delitos de infracción de deber en los que sea posible la intervención delictiva a título de complicidad, el partícipe responderá como cómplice del delito cometido por el autor y no por otro común subyacente. (p. 83)

b) El partícipe en delitos contra la Administración pública

Es necesario para esclarecer quién será autor y quién será partícipe en los delitos contra la Administración pública, se encuentra dos grandes teorías que se contraponen, la primera es la teoría de la ruptura del título de imputación y la segunda la teoría de la unidad del título de imputación. Las que procedemos a esbozar las ideas más importantes.

b.1) La teoría de la ruptura del título de imputación

Para esta teoría, el *extraneus* en los delitos especiales contra la Administración pública nunca podrá ser autor ni mucho menos partícipe. El *extraneus*, en el peor de los casos, responderá por un delito común, en caso se trate de un delito especial impropio contra la Administración pública. En palabras de Sánchez-Vera (2002), significa de plano que “si el sujeto activo es un *extraneus* que interviene como autor o partícipe de un delito especial propio contra la Administración pública, no quedará más remedio que la impunidad” (p. 236).

Entre los argumentos que sustentan esta teoría es el principio de legalidad, debido a que el *extraneus* no puede responder por delitos especiales porque el tipo penal de éstos no lo permite. Otro argumento es la existencia de un límite que vendría dado por las reglas de incommunicabilidad de circunstancias y cualidades personales, lo que impediría considerar como sujeto activo a un *extraneus* en el caso de un delito especial contra la Administración pública; pues esta incommunicabilidad, que establece el artículo 26° del Código Penal, no lo permitiría.

Sin embargo, esta teoría es criticada, debido a que, “en los delitos especiales propios contra la Administración pública, el *extraneus* siempre terminará siendo impune, no responderá ni como autor ni como partícipe” (Sánchez-Vera, 2002, p. 236).

b.2) Teoría de la unidad del título de imputación

Para esta teoría sostiene que el *extraneus* sí puede ser partícipe del delito especial como es el los delitos contra la Administración pública. Un primer fundamento lo encontramos en que la norma que subyace al tipo penal especial también está dirigida al *extraneus* en materia de delitos contra la Administración pública, debido a que el bien jurídico “correcto funcionamiento de la Administración pública”, cuyo bien jurídico es indispensable “para la convivencia social, para la existencia y el desarrollo mismo del Estado y, en consecuencia, no solamente se debe reconocer como tal sino que, además, tanto particulares como funcionarios públicos deben tener presente dicha máxima para no vulnerarla” (Pinedo, 2010, p. 22).

El segundo fundamento, es que la famosa tesis de que la incomunicabilidad, el mismo que lo encontramos en el artículo 26° del Código Penal donde establece ser personalísima y no es transmisible, “no es aplicable para los efectos de la autoría ni la participación, puesto que ello no tiene relación con el tema concreto de la tipicidad” (Pinedo, 2010, p. 22).

La “incomunicabilidad está absolutamente vinculada con el tema de la culpabilidad; por tanto, al estar, el tema de la autoría y la participación dentro del ámbito de la tipicidad y no de culpabilidad, no es aplicable la regla prevista en el artículo 26° del Código Penal” (Pinedo, 2010, p. 23).

Según Salinas (2013):

Los particulares (*extraneus*) que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente con los bienes estatales responden a título de complicidad del delito de

peculado cometido. Sólo complicidad. No hay diferencia entre complicidad primaria y secundaria como se hace en la teoría del dominio del hecho, la misma que no sirve para explicar los delitos de infracción de deber. (p. 366)

Tanto las teorías de la ruptura y de la unidad del título de imputación ha sido criticada debido a que la diferencia entre autor y partícipe únicamente se encuentra en un plano cualitativo. Se habla así de un “hecho principal” (cometido por el autor o autores/con dominio del hecho) y un “hecho accesorio” (cometido por el partícipe o partícipes/sin dominio del hecho).

Para Rojas (2022), el Código Penal peruano asume “la tesis de la accesoriedad de la participación de lo cual se deriva que toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia (tesis de la unidad de imputación) (p. 76).

Asimismo, Rojas (2012) señala:

Los actos de complicidad de los particulares asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la ruptura de la imputación) implicaría hacer una doble tipificación sobre la base de un solo hecho y, por lo tanto, doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone plantear un concurso de tipos penales (especial y común) que satisfaga la tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado,

situación que, de aceptarse, dejaría en la impunidad muchos actos de participación. (p. 76)

Asimismo, refiriéndose específicamente a los delitos contra la Administración pública, Salinas (2016) señala:

Los funcionarios o servidores públicos que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado. En este último supuesto sólo en calidad de cómplices. Es obvio que en los delitos de infracción de deber no se hace diferencia entre complicidad primaria o secundaria, como en la teoría del dominio del hecho. En la teoría de infracción del deber solo hay partícipes ya sea como instigadores o como cómplices. (p. 366)

4.1.2 Resultados jurisprudenciales

a) Recurso de Nulidad 375-2004/Ucayali, del 11 de octubre de 2004

Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la ‘accesoriedad de la participación’, es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas ‘extraneus’ que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee

tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo... En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder 'en segundo término' y por tanto solo limitadamente.

b) Recurso de Nulidad 2628-2006/Ucayali, de fecha 25 de abril de 2008

Los votos en discordia del R.N. 2628-2006, Ucayali y el R.N. 18-2008, Huancavelica, se sostiene que al no tener los encausados la calidad de funcionarios públicos, en atención a la tesis de la autonomía o de la ruptura del título de imputación, no se les puede imputar el delito de función a título de complicidad, dado que el *extraneus* es ajeno a la Administración pública, carece de las condiciones de funcionario o servidor público, y no se le puede exigir, en tanto *extraneus*, posición de garante que legitime la exigencia de rendir cuentas como deber, con lo que indebida e inconstitucionalmente se les invertiría la carga de la prueba, contraviniendo los principios de presunción de inocencia y de legalidad. Conforme esta tesis, los *intranei* y *extraneus* deben responder por la naturaleza de sus contribuciones al delito, siendo la contribución del autor diferente a la del cómplice; en consecuencia, la contribución del autor será imputada a título del delito especial o más propiamente de infracción de deber, y la del cooperador a título de delito común. Una interpretación que sostenga la unidad del título de imputación, esto es, que tanto los cómplices particulares como los autores funcionarios o servidores públicos respondan por el mismo delito especial, es violatoria del principio de legalidad; en particular del artículo 26 del Código Penal

peruano en el que expresamente se opta por la incomunicabilidad de las circunstancias que modifican la responsabilidad de los partícipes.

c) Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, de fecha 06 de diciembre de 2011

9°. El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

10°. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor

del delito contra la Administración pública, sin perjuicio –claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

11°. Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “extraneus”, que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “extraneus”. Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial.

d) Recurso de Nulidad N° 2368-2011/Cusco, de fecha 09 de agosto de 2012

Tercero: Que, el delito de colusión tipificado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, sanciona al funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenciones, justes, liquidaciones o suministros (...)” -debe tenerse presente la normatividad vigente al momento de 25 la comisión del referido delito-. Al respecto, este Tribunal Supremo considera pertinente desarrollar algunas características nucleares para interpretar los

elementos consumativos de este tipo penal; así, i) Fundamento de Imputación jurídico-penal: no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laede* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (...).”

e) Casación N° 841-2015/Ayacucho, de fecha 28 de junio de 2016

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

Vigésimo noveno: Para determinar el nivel de injerencia típica del tercero en este delito, es necesario analizar la estructura del mismo. Este artículo se encuentra regulado en el artículo 399° del Código penal, siendo su tenor literal el siguiente: “Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

Trigésimo: Como podemos observar, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurando un delito distinto (Cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado. Este delito se configura con el surgimiento del interés indebido de promover un interés particular, el cual va a patrocinar en contra del deber de promover el segmento de la Administración pública al cual pertenece. Este interés debe concretarse en un provecho para un tercero o para sí mismo. El tercero no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro que podría resultar beneficiado -de alguna manera- con este acto administrativo que perjudicase a la Administración pública.

f) Casación N° 782-2015/Del Santa, de fecha 06 de julio de 2016.

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 testafarro.

10. El artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. 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 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 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.

g) Recurso de Nulidad 615-2015/Lima, de fecha 16 de agosto de 2016.

2.1.1. El delito de peculado. El artículo 387 del Código Penal vigente, tipifica el delito de 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 fundamento en instituciones positivas. Es delito especial porque 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 el quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcional concreta, se ha realizado mediante 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 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 [Vid. Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración pública, Ed. Grijley, Lima, 2007, p.480].

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 sirve 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 los que no gozan o no tienen tal 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 del 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.

2.1.2. 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, sólo 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 [Cfr. Sánchez-Vera Gómez- Trelles, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp.182 y ss.].

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' [Vid. Caro John, José Antonio, Autoría y participación: los grados de intervención delictiva. En Revista el Derecho Penal y Procesal Penal hoy, N° 8, contexto, Chaco, 2013, p.283]. Por tanto, el denominado reparto de funciones o roles, que usualmente caracteriza la coautoría, solo es aplicable en los delitos de dominio o de 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 sea un *extraneus* y el hombre de detrás un intraneus, o

viceversa, no cambia nada' [Vid. Roxin, Täterschaft und tatherrschaft, 1963, p.360. Citado por Caro John, Óp. Cit. 284]. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, pues basta que el actuante esté sujeto a una relación directa con el deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor único [...].

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

Vigésimo Séptimo. Ahora bien, sobre el aspecto doctrinario sobre el cual se desarrolla el tema materia de análisis, el magistrado emitente del presente voto dirimente es de la opinión que los más altos funcionarios o servidores de las instituciones estatales no deben ni pueden ser excluidos automáticamente de investigaciones en su contra por el simple hecho de encontrarse en la más alta esfera de decisión administrativa, pues conllevaría a implementar un marco de impunidad sobre el cual los funcionarios de primera escala jamás pudiesen ser pasibles de investigación; tanto más si la historia de nuestro país nos enseña que son precisamente estos altos funcionarios quienes bajo el velo de protección que les brinda la distancia de sus cargos, ordenan, dirigen o disponen actos en contra de la Administración pública que lesionan los bienes jurídicos del Estado (patrimonio estatal y probidad en la actuación de los funcionarios y servidores públicos).

Vigésimo Octavo. Sobre lo antes referido, debemos recalcar que la actual posición doctrinaria avala una visión más amplia en lo que concierne a la determinación de categorías típicas para la identificación de autores y partícipes en delitos de infracción del deber, como lo es el tipo penal de peculado. Así, desde la creación de las teorías explicativas de infracción del deber, a finales del siglo veinte

por el profesor Claus Roxin, su evolución a cargo del maestro Günther Jakobs y su actual discusión por los jurisconsultos Silva Sánchez y Sánchez-Vera Gómez-Trelles, se ha podido arribar a una concepción de competencia organizativa, a la que se encuentra sujeto el funcionario o servidor público y que lo coloca en una esfera de deberes positivos (y ya no solo negativos) que debe cumplir, lo que conlleva al juzgador a la obligación de apreciar todas las atribuciones que estos sujetos cualificados tengan, ya no de un modo automático sino que se deberá analizar cada caso en concreto y sobre los distintos elementos particulares que se encuentren vinculados con sus especiales atribuciones institucionales, lo que sin duda, para el presente caso, debe hacerse con una suficiente valoración fáctica y jurídica que garantice una correcta decisión jurisdiccional, que en definitiva escapa a las competencias jurisdiccionales que se debaten en la vía de excepción de improcedencia de la acción; por lo que no debe ampararse la exclusión del procesado ÁLVAREZ AGUILAR, a través del medio de defensa planteado.

i) Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116: Participación del extraneus en delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito, de fecha 12 de junio de 2017.

1. Sobre la autoría y participación en delitos especiales propios

6°. La clásica discusión teórica sobre la autoría y la participación en delitos especiales propios ha motivado complejos debates en el derecho penal contemporáneo. Sobre todo, a partir de los enfoques y planteamientos que califican a estos delitos como delitos de infracción de deber y delitos de infracción de deber por competencia institucional (Cfr. Claus Roxin. La Teoría del Delito en la

Discusión Actual. Tomo II. Grijley, Lima.2016, p. 305 y ss.; Jesús María Silva Sánchez. El Nuevo Escenario del Delito Fiscal en España Atelier. Barcelona. 2005, p.65 y ss.).

8°. Ahora bien, la participación del extraneus en los delitos especiales propios de infracción de deber, que cometen los funcionarios públicos competentes contra la Administración pública, ha promovido también distintas posiciones teóricas sobre su punibilidad o no punibilidad. Al respecto, el tema controvertido se relaciona con el señalamiento de las implicancias y consecuencias dogmáticas o prácticas, que conlleva el admitir la eficacia sobre dicha materia de la categoría de los delitos de infracción de deber especial. En efecto, actualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce que existen tipos legales que se configuran y forman sólo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor intraneus, lo cual es una característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que, para esta clase de delitos funcionariales, no adquiere trascendencia jurídica. Fundamentalmente, porque el hecho punible está construido por la posición o estatus en relación al deber estatal que sólo incumbe al funcionario, cual es conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo para con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia.

9°. Sin embargo, en lo que concierne a la participación del “extraneus” que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos (Cfr. Alonso R. Peña Cabrera. La Punibilidad de la Participación del Extraneus en el Delito Especial Propio: La Unidad del Título de Imputación. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 89. Noviembre 2016, p. 104 y ss.). El primero, que plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos intraneus y extraneus ellos deben responder por distintos títulos de imputación. Esto es, el intraneus responderá, como autor de un delito especial; mientras que el extraneus responderá como partícipe o autor de un delito común (María Ángeles Rueda Martín. Reflexiones sobre la Participación de los Extraneus en los Delitos Contra la Administración pública, Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 8. 2° Época. Madrid 2001, p. 157). De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (extraneus) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26° del Código Penal, estimando que dicha disposición legal consagraría la exigencia de impedir que la imputación del extraneus se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducirse hacia un delito común. Asimismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del intraneus al extraneus. Y que sólo el traslado de tales cualidades personales posibilitaría imputar

al extraneus la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, se agrega, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. En consecuencia, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los extraneus sólo la autoría o la participación de los delitos comunes (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2628-2006. Procedente de Ucayali del 25 de abril 2008; Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad. N° 18-2008. Procedente de Huancavelica del 05 de junio 2008; Casación N° 782-2015. Procedente del Santa del 06 de julio 2016).

10°. La segunda posición jurisprudencial, en cambio, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el extraneus si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe quien sólo colabora, no hay ningún impedimento para que los extraneus respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad (Mercedes Pérez Manzano. Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995. Civitas, Madrid. 1999, p. 22 y ss.). En tal sentido, el extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el mismo injusto realizado por el autor funcional que infringe el deber especial. Sobre todo, porque la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal (Cfr.

Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 375-2004. Procedente de Ucayali, del 11 de octubre 2004). Esto es, no posee una autonomía o configuración delictiva propia aún en aquellos casos donde aquél toma parte directa en la realización de la conducta punible.

2. Artículo 26° del Código Penal y delitos especiales propios

11°. Ha sido frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia nacional atribuir al contenido del artículo 26° del Código Penal la función dogmática de justificar el tratamiento del extraneus en delitos especiales propios de naturaleza funcional. En ese contexto, el mismo dispositivo legal ha sido utilizado coyunturalmente para afirmar o negar la validez de la teoría de la unidad del título de imputación y posibilitar o impedir el tratamiento de un tercero como partícipe de aquellos delitos especiales propios que colocan en su tipificación como autor exclusivo y excluyente a un funcionario público, vinculado con deberes específicos y no transferibles del cargo o posición funcional que desempeña u ocupa en la Administración pública. Es así que tanto en el Acuerdo Plenario N° 2 – 2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011 (Cfr. Fundamento Jurídico 12°), como en la Casación N° 782-2015 procedente del Santa del 6 de julio de 2016 (Cfr. Fundamento Jurídico 10), se ha hecho evidente una contradictoria aplicación operativa del artículo 26° del Código Penal. Resulta, por tanto, necesario, establecer cuál es la condición dogmática y el rol normativo que realmente posee y cumple el citado artículo en la legislación penal vigente. Especialmente, porque la discusión teórica y práctica sobre dicha disposición legal adquiere particular relevancia, cuando se recurre con frecuencia a ella para justificar decisiones jurisdiccionales sobre la autoría o la participación en una modalidad relevante de delito funcional contra la Administración pública, cual es el de

enriquecimiento ilícito. A este nivel, pues, resulta pertinente precisar también si en esta modalidad de delito especial propio y funcional es posible admitir la participación de tercero extraneus; así como identificar hasta que momento de la ejecución de dicho ilícito penal se debe admitir la materialización de actos de complicidad o instigación.

12°. Según el texto legal del artículo 26° del Código Penal de 1991: “Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de los autores o partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”. El antecedente legislativo e inmediato de dicha disposición lo encontramos en el artículo 104° del Código Penal de 1924. La fórmula normativa utilizada por este precedente legal era muy similar a la actual, destacando también que “las circunstancias y cualidades personales que afecten la culpabilidad y la penalidad de alguno de los autores o cómplices, no modifican las de los demás autores o cómplices del mismo hecho punible”. Sin embargo, en otro texto legal histórico, el Código Penal de 1863, la redacción empleada por un dispositivo equivalente, el artículo 56°, fue mucho más precisa al establecer el rol dogmático de dicha norma, señalando de modo específico que “las circunstancias agravantes o atenuantes que resulten del estado moral o intelectual del reo, o de sus relaciones con el ofendido, sólo atenúan o agravan las penas de los delincuentes en quienes concurren”.

Resulta, por tanto, evidente, que en el devenir del tiempo las normas legales citadas han tenido un mismo propósito y función, cual es disponer la incommunicabilidad de circunstancias modificativas de la punibilidad que sólo concurrían en determinados autores o partícipes de un mismo delito. Ello significa

que su eficacia operaba únicamente en torno a la determinación conminada o concreta de la penalidad de un mismo hecho punible en cuya realización concurrirán varias personas, sea como ejecutores o como partícipes. Se trataba, pues, de circunstancias antecedentes, concurrentes o posteriores que incidían en la configuración de la posibilidad punitiva de un determinado delito sea este común o especial, de infracción de deber o de dominio, pudiendo ellas ejercer una eficacia agravante o atenuante; así como de incremento o disminución de punibilidad únicamente sobre los intervinientes, autores o partícipes, en quienes se dieran sus presupuestos de configuración. Siendo así, el artículo 26° y sus antecedentes históricos nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; ni mucho menos, su disposición normativa estuvo dirigida a delimitarla calidad o condición particular de quien desde un tipo penal debía fungir como autor exclusivo de la conducta criminalizada.

Cabe destacar, además, que las circunstancias no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor potencial. Sólo de manera excepcional en la Parte Especial del Código Penal peruano, ellas se integran o fusionan con un tipo penal básico para permitir la construcción de tipos penales derivados (elementos típicos accidentales). Lo cual ocurre en los casos de los denominados homicidios calificados o privilegiados que derivan del delito de homicidio simple (Cfr. Artículos 106, 108, 112). Sin embargo, en ninguno de los diferentes tipos penales que describen delitos funcionariales contra la Administración pública se ha empleado dicha técnica legislativa. Por el contrario, en la descripción de tales tipos penales que tratan de delitos especiales propios o de infracción de deber, el autor es siempre identificado como componente esencial de

la estructura típica. Y al él se refiere la ley como un funcionario público o titular de un deber especial derivado o asignado por las competencias o facultades que ejerce. Tal condición funcional, no es, pues, una circunstancia para medir la intensidad de la punición del delito sino un elemento constitutivo fundamental para que el hecho punible se pueda configurar y realizar.

En consecuencia, pues, los delitos funcionariales especiales propios o de infracción de deberes institucionales no reproducen circunstancias específicas, sino a un modelo específico de autor. No tienen, por tanto, ninguna conexión dogmática o político criminal con lo regulado por el artículo 26° del Código Penal.

Lo expuesto, pues, permite señalar que el artículo 26° no es una disposición que permita sustentar, legal o técnicamente, la adopción o preeminencia de cualquier enfoque teórico dirigido a excluir la necesaria accesoriedad de la intervención de un tercero extraneus como cómplice o instigador del mismo delito especial propio o de infracción de deber que sólo puede ejecutar el funcionario público (teorías de ruptura del título de imputación). La eficacia y utilidad dogmática de dicha norma, se limita, en realidad, únicamente a evitar que la mayor o menor punibilidad que puede proyectar una circunstancia genérica, específica o cualificada; así como causales de disminución o incremento de punibilidad (Cfr. José Reaño Peschiera. La Participación del Extraneus en el Delito Especial: Punibilidad o No Punibilidad. Tratamiento Sustantivo. Actualidad Penal N° 29. Noviembre de 2016, p. 75-76).

j) Casación N° 1500-2017/Huancavelica, de fecha 15 de mayo de 2019.

Primero. Que, como se estableció en la Ejecutoria Suprema número 2124-2018/Lima, de veintinueve de abril de dos mil diecinueve, el delito de peculado doloso por apropiación, según el artículo 387, primer párrafo, del Código Penal, según la Ley número 29758, de veintiuno de julio de dos mil once, se comete por “El funcionario o servidor público que se apropia [...], en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...”.

Este delito requiere: (i) que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público –no cabe duda de tal condición en el presente caso respecto de gerentes municipales en actividad–; (ii) que la conducta del agente público importe una apropiación –disponga de los bienes públicos como si fueran parte de su patrimonio o, mejor dicho, aparte los bienes públicos del ámbito de custodia de la Administración pública; y, (iii) que el agente público tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional –que es lo que se denomina disponibilidad o custodia jurídica–, a título de percepción, administración o custodia. Debe respetarse el nexo funcional que ha de mediar entre el sujeto activo y el bien público, de suerte que varios funcionarios o servidores públicos pueden tener disponibilidad jurídica de los mismos, siempre que hubieren tenido el deber de actuar en algún eslabón del acto complejo y que hubiesen sustituido por su conducta los postulados del reglamento que contemplan tal deber.

El delito de peculado es uno de infracción de deber (más específicamente, un delito especial de deber). Se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes

jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada. Lo que se castiga es, en buena cuenta, la infracción de normas muy específicas –para la constitución del tipo penal es necesaria la presencia de un deber especial–.

A los efectos del juicio de imputación se necesita comprobar (i) que el agente público competente cumplió o no con su deber positivo, y (ii) que, además, materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo. Cuando en el hecho típico han intervenido varios sujetos especiales, muy común en estructuras jerárquicas organizadas, cada uno será en principio autor –autoría paralela–; y, cuando uno o alguno de ellos realiza la conducta típica, los otros Intraanei pueden ser, eventualmente y según la conducta que lleven a cabo, partícipes –distinto es el caso, por cierto, de los extraneus–.

Tercero. Que la fiscalía provincial, en su acusación escrita de fojas una, de ocho de agosto de dos mil dieciséis, Tomo I, calificó la conducta de Capcha Ortiz, a nivel de título de participación, de complicidad primaria, al igual que la de los demás funcionarios municipales, excepto a Monge Donaires a quien tildó de autor.

Sobre esta última base, de un lado, el Juez de la Investigación Preparatoria señaló que el imputado Capcha Ortiz no tuvo participación en la apropiación o utilización del dinero que cobró su coimputado Monge Donaires, y que lo que hizo fue llevar a cabo actos propios de su función genérica como gerente municipal; y, de otro lado, la Sala Penal Superior acotó que en los delitos de peculado solo existe autor único y no hay complicidad, que el encausado Capcha Ortiz no tenía las condiciones de custodia, administración por un cargo en forma específica detallada en el Reglamento de Organización y Funciones o en el Manual de Organización y

Funciones, que él solo aprobó el Plan de Trabajo, el cual aun cuando no se hubiese aprobado el delito se habría cometido igual por terceros.

Cuarto. Que, ahora bien, desde lo estipulado en el fundamento jurídico primero, el tipo penal de peculado es un delito de infracción de deber –o, más específicamente, un delito especial de deber –, con todo lo que ello entraña cuyas lógicas son distintas de los delitos de dominio –que sería la equivocada línea seguida por el Juez de la Investigación Preparatoria–.

Desde la prueba documental aportada y la declaración sumarial del encausado Monge Donaires –a partir de la cual se realizaba el examen del caso–, se tiene lo siguiente: que la aprobación del Plan cuestionado fue indebida –violaba la legalidad presupuestal–, en cuya confección intervino; que el encausado Capcha Ortiz, como Gerente Municipal, a quien se dirigió su coimputado Monge Donaires, tenía la administración de los dineros públicos municipales, y fue por ello que fijó la cuantía de los recursos asignados, ordenó el procedimiento de pago e, incluso, firmó el cheque por cien mil soles que cobró este último.

El encausado Capcha Ortiz, por ello, (i) no cumplió con su deber positivo (véase artículo 41 del Reglamento de Organización y Funciones de la municipalidad agraviada) y, además, (ii) realizó parte de la conducta exigida por el tipo penal de peculado por apropiación: ordenó se entregue a su coimputado Monge Donaires el dinero municipal bajo su administración –lo apartó ilegalmente de la esfera de custodia de la administración municipal–, el cual luego fue desviado por este último. Su conducta, en este marco fáctico y cuando se trata de un delito cometido en el seno de una municipalidad provincial en el que intervienen varios funcionarios, que como toda organización compleja organizada se nutre de las

reglas de jerarquía y de la división del trabajo, por su nivel jerárquico y rol funcional, no puede ser otra que la de autor. Recuérdese que lo que origina la competencia del autor en esta categoría no es un acto de organización, sino el incumplimiento de un deber especial derivado de una institución social específica; y como el incumplimiento de deberes institucionales no admiten graduaciones, no es posible una diferenciación cuantitativa de la competencia que permita distinguir entre autores y partícipes [GARCÍA CAVERO, PERCY: Derecho Penal – Parte General, Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 697].

4.2 Discusión de resultados

De la revisión y análisis del artículo 23° del Código Penal peruano, advertimos que el legislador para ese entonces adoptó la teoría de dominio del hecho propuesta por Claus Roxin, para quien, la autoría en los delitos de dominio se subdivide en tres: La autoría directa (dominio de la acción); la autoría mediata (dominio de la voluntad); y la coautoría (dominio del hecho funcional) (Roxin, 2016).

Sin embargo, durante el desarrollo de la investigación (marco teórico y resultados) hemos podido establecer conforme a los principios o criterios postulados por la teoría de dominio del hecho propuesta por Roxin, resulta tener ciertas insuficiencias al momento de determinar la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública, por lo que la teoría del dominio sólo se hace aplicable a los delitos comunes, es decir aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona.

Estas limitaciones de la teoría del dominio de hecho también fueron advertidos en el año 1963 por el mismo Claus Roxin, quien ante las limitaciones de la teoría de dominio del hecho en la determinación de la autoría y participación en los delitos especiales como lo delitos contra la Administración pública, postuló su teoría de infracción de deber.

Por otro lado, los resultados encontrados también guardan relación con la teoría de infracción de deber postulado por Claus Roxin, para quien, “siguiendo su clasificación en la teoría del dominio de hecho, sostiene también que la autoría en los delitos de infracción de deber, se subdivide en la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata” (Roxin, 2016, p. 258), de acuerdo a lo desarrollado en el apartado del marco teórico.

En esa línea, Roxin (2018) establece que, si en los delitos de dominio lo fundamental es el dominio factico del hecho para ser considerado autor, pero en los delitos de infracción de deber vendría a ser la infracción de un deber extrapenal, ya sea de forma individual o colectiva, o través de otro. Sobre esta afirmación debemos expresar posición, señalando que, si bien esta teoría resuelve las limitaciones de la teoría del dominio del hecho, ello no significa que haya dejado de contener en sus postulados o principios ciertas insuficiencias; pues la remisión estricta a normas extrapenales para fundamentar la autoría no resulta ser suficiente.

Para sostener en esa insuficiencia, a modo de ejemplo propuesto por Añanca (2018), piénsese en una niñera que luego de cumplir con el horario establecido en el contrato (norma extrapenal), deja morir al menor que estaba a su cargo (del cual tiene posición de garante), sólo porque de acuerdo a las cláusulas del contrato su jornada laboral termina a cierta hora, y posterior a ello, no le sería exigible el

cuidado del menor, aunque los padres no hayan retornado al domicilio o simplemente no lo hayan hecho nunca, en el citado ejemplo si en sentido estricto se tomara en cuenta el deber extrapenal (contrato) la conducta de la niñera quedaría impune, y de esta manera se estaría vulnerando el principio de la última ratio de derecho penal; ya que no se estaría tomando en cuenta la posición de garante que ostenta la niñera (y con ello el dominio sobre el resultado).

Es importante tener en cuenta y precisar que cuando Roxin (2000) postuló por primera vez su teoría, consideró que todos los delitos de omisión impropia eran delitos de infracción de deber, el mismo que el propio Roxin en sus posteriores trabajos reconoce que fue un error y fue corregido en sus trabajos posteriores, ello se debe a que la omisión impropia si bien en algunos casos se configura a través una posición de garante, donde la comisión se equipara a la omisión, en otras no existe esa posición de garante, por lo que no se configuraría la infracción de un deber, sino sólo el incremento del riesgo permitido, convirtiéndose de esta manera en un delito común, la vía de solución para ambos supuestos sería distinta, en el primer caso se imputará un parricidio y en el segundo un homicidio, ambos en comisión por omisión. En consecuencia, consideramos que la sola infracción de un deber extrapenal es insuficiente para fundamentar la autoría y participación en delitos contra la Administración pública.

Por otro lado, de los resultados obtenidos se ha podido advertir que estas también guardan relación con la teoría de infracción de deber propuesto por Günter Jakobs, para quien los delitos contra la Administración pública son delitos en los cuales el autor infringe un deber positivo de preservar el bien jurídico; es decir, el

funcionario o servidor público infringe un deber institucional, ya sean estos por comisión u omisión.

Otro aporte de Günter Jakobs que debemos de tener en cuenta es que los deberes institucionales son estrictamente personales e intransferibles, por lo que se descarta las figuras de coautor, autor mediato (criterio del autor único), asimismo elude la accesoriedad, especialmente respecto a la intervención del extraneus en un delito de infracción de deber; sin embargo, consideramos que esta posición sigue conteniendo algunas insuficiencias, esto se puede apreciar claramente en la impunidad que se le otorga al extraneus que interviene junto al intraneus en la comisión de un delito de infracción de deber, muestra clara tuvimos en la Casación N° 782-2015 el mismo que fue materia del Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116.

Ahora bien, desde los postulados de la política-criminal de un estado de derecho constitucional como el nuestro, de generar impunidad resulta ser una situación intolerable; debido a que, se brinda una carta libre al *intraneus* para poder afectar el bien jurídico a través de un *extraneus*, y a la inversa le permite al *extraneus* poder vulnerar de manera directa e impune el bien jurídico; por lo cual consideramos que descartar cualquier elemento de dominio en los delitos de infracción de deber, conlleva a soluciones insuficientes, más aún si tenemos en cuenta que Günter Jakobs en su intento de normativizar todos los delitos y convertirlos en delitos de infracción de deber (delitos de infracción de deber organizacionales o institucionales), todavía recurre a criterios cuantitativos (criterios de dominio) para delimitar la coautoría y la complicidad en los delitos de infracción de un deber organizacional (en el cual se infringe un deber negativo), y en la figura de la tentativa, siendo ello así se debe considerar que la idea de dominio

todavía es necesaria para poder resolver de manera eficiente algunos problemas concretos, y así evitar vacíos de punibilidad e impunidad.

En ese contexto, ante las insuficiencias de los postulados por Claus Roxin y Günter Jakobs, surge el discípulo de Roxin, Schünemann (2009) quien postula su tesis del “dominio sobre el fundamento de resultado”, quien rechaza la existencia de la teoría de la infracción del deber y reconoce que el único criterio que fundamenta la imputación en un delito, corresponde a la teoría del dominio de hecho.

Por ende concibe el delito como la expresión de la decisión tomada por el autor de que es lo que ha de pasar en su ámbito de dominio y que no, esto es, el fundamento material de la responsabilidad penal como *intraneus* recae en todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio y se coloca así en una posición de garante respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico, así, la ratio essendi de los deberes especiales en el tipo será la especial lesionabilidad del bien jurídico respecto del autor descrito en el tipo. En ese marco, Bernd Schünemann no admite la división de los delitos comunes y de infracción.

Finalmente, Schünemann (2009) fundamenta que los delitos especiales no son delitos de infracción del deber, pues estos de ser así la posición de garante sería bifronte: posición de garantía de normas extra penales y posición de garante penal, señalando que la posición del autor que interesa en el derecho penal es la posición de garante penal y no extra penal por lo cual el criterio del dominio sobre el fundamento del resultado se erige como el correcto.

En ese sentido, los resultados obtenidos también guardan relación con la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado propuesta por Schünemann

(2009), quien postula el criterio del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico para aquellos delitos donde la causalidad es determinante, y un criterio del dominio sobre el desamparo del bien jurídico, para aquellos casos donde se ostente una posición de garante, dentro de los cuales se encuentra comprendido los delitos contra la Administración pública.

Sin embargo, en esta teoría existe una falencia es que no nos señala de qué manera se determina ese criterio de estar ahí del “garante” en relación al bien jurídico, que lo convierte en protector del bien jurídico (pues a un tercero no se le puede exigir dicho comportamiento), sólo nos señala que ejerce un dominio sobre la causalidad del resultado, que se puede materializar a través de la comisión u omisión, por lo cual consideramos que esta teoría también es insuficiente al momento de resolver la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública, toda vez que, se hace necesario recurrir y/o contar con un elemento normativo con el cual se pueda sustentar la obligación de “estar ahí”, esa incumbencia por deber institucional en términos de Jakobs; bajo ese contexto no podemos desmerecer el aporte importante que Schunemann brinda pues es necesario un elemento ontológico para poder determinar de manera suficiente la autoría y participación.

En consecuencia, proponemos los presupuestos para imputar la autoría y participación en delitos contra la Administración pública, bajo la teoría de infracción de deber, de acuerdo al siguiente cuadro:

Presupuestos para imputar la autoría y participación en delitos contra la Administración pública bajo la teoría de infracción de deber	
1.- Respecto al tipo penal	a) Determinar el tipo de delito descrito en la norma penal ¿delito de dominio o infracción de deber?
2.- Respecto a la calidad del agente	b) Delimitar la calidad del sujeto activo: especial o común.
3.- Respecto al deber especial	c) Si estamos frente a un delito de infracción de deber, establecer el deber específico emanado de la norma extrapenal (Ley especial, manual, reglamentos, o institución positiva reconocida, etc.)
4.- Respecto a la relación funcional	d) Establecer la relación funcional o fáctica del intraneus y extraneus con el bien jurídico protegido en razón al deber que ostenta.
5.- Imputar la autoría y participación	e) Imputar y fundamentar la responsabilidad penal del autor o participe en base al delito imputado.
6.- El obligado especial – intraneus	f) El obligado especial o intraneus va a responder sólo y siempre como autor del delito, con independencia de la entidad de su contribución o del dominio que tenga sobre el hecho.
7.- El participe o extraneus	g) En el Perú, se ha adoptado la teoría de la unidad del título de imputación jurisprudencialmente y legislativamente artículo 25° del Código Penal: “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.”
En ese marco al ente persecutor, es decir los representantes del Ministerio Público son quienes deben de construir las proposiciones fácticas en los requerimientos de acusación fiscal para atribuir responsabilidad penal en todos los delitos de infracción de deber.	

Nota. Fuente: Elaboración propia.

Respecto a los resultados para determinar el grado de participación ya sea en condición el de cómplice e instigador, es necesario tomar en cuenta el hecho principal del autor, del cual es dependiente la conducta del partícipe, sin embargo esta situación se hace complicada cuando se trata de resolver la intervención del extraneus en los delitos contra la Administración pública, motivo por el cual de acuerdo a los resultados obtenidos se tiene que muchas veces se recurre a la teoría de la unidad de título de imputación, tal como es el caso recogido en la jurisprudencia en el Recurso de Nulidad N° 3203-2012-Lima y el Recurso de Nulidad 375-2004) o ruptura del título de imputación, en el Recurso de Nulidad N° 2628-2006-Ucayali o la Casación N° 782-2015.

Si bien es cierto que mediante el Decreto Legislativo 1351 se modifica el artículo 25° del Código Penal, con la finalidad de superar la discusión dogmática y jurisprudencial que se generó en nuestro país sobre la teoría de infracción de deber, quedando redactado el tercer párrafo de la siguiente manera:

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

En esta redacción del último párrafo del artículo 25° del Código Penal, se ha previsto que el cómplice siempre responderá por el hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él. En consecuencia, al establecerse que el cómplice siempre responderá penalmente por el delito efectuado por el autor, el legislador ha optado por la teoría de la unidad del título de imputación. De modo que si en un hecho punible participan más de dos personas —unos como autores, otros como

cómplices—, todos responderán penalmente por ese mismo delito y en un solo proceso penal.

Sin embargo, el legislador nada ha señalado respecto a la pena que se impondrá al cómplice, de modo que, siendo coherentes con la teoría recogida en la modificatoria, debe concluirse que si en el cómplice no concurre el deber especial penal que sí concurre en el autor, el juez le atenuará prudencialmente la pena. De ahí que en los delitos especiales que lesionan o ponen en peligro el normal desenvolvimiento de la Administración pública, al cómplice siempre se le impondrá menos pena que al autor, pues la conducta del autor es más reprochable penalmente que la del cómplice, pues este participa en la comisión del delito infringiendo un deber especial de carácter penal; en cambio, aunque el cómplice también participa en la comisión del mismo delito, no infringe deber especial alguno, debido a que no lo tiene. Lo que sostenemos que la conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice, quien no infringió deber especial de carácter penal alguno.

Respecto a la clasificación de los delitos especiales en propios e impropios, el fundamento de estas distinciones recae en el dominio factico del hecho los mismo que en cierto modo también resultan insuficientes e innecesarias, pues no podremos hallar una solución adecuada al problema, sólo con la búsqueda de un delito común subyacente en la parte especial del código; bajo ese contexto consideramos que estas posiciones también son limitadas, al problema de la participación en los delitos contra la Administración pública, pues consideramos que el igual que en la autoría se debe tener en cuenta los elementos de dominio (elemento ontológico) y el elemento del deber (elemento normativo) como fundamento de la participación.

En resumen, la autoría y participación en los delitos de dominio de hecho e infracción de deber, existen diferencias marcadas el mismo que lo resumimos en el siguiente cuadro:

La autoría y participación en los delitos de dominio de hecho y de infracción de deber	
Delitos de dominio	Delitos de infracción de deber
Autoría directa	
Es autor quien domina y ejecuta el hecho delictivo.	Es autor quien infringe un deber especial emanado en una norma extra-penal.
Autoría mediata	
Es autor mediato el hombre de atrás, quien tiene el dominio de la voluntad del hombre que ejecuta el hecho y no responde penalmente.	No admite este tipo de autoría, los deberes positivos que afectan al obligado especial son unipersonales, directos e intransmisibles, lo cual significa, que jurídico-penalmente solo importa la infracción del deber positivo, independientemente de la forma fáctica como se realice.
Coautoría	
Son coautores los que ejecutan conjuntamente el hecho punible, mediando un reparto funcional del suceso delictivo.	No admite la coautoría, Los deberes institucionales son directos e individuales, es decir, los intraneus no se encuentran vinculados en forma colectiva, sino en forma personal.
Instigación	
Se configura cuando el agente dolosamente determina a otro a realizar un delito, por ende, los particulares o extraños, sería autores	Los particulares que instiguen o colaboren con los funcionarios que no tienen vinculación funcional con los bienes del Estado, serán partícipes

mediatos o instigadores del delito cometido.	(instigadores o cómplices) del delito común perpetrado.
Complicidad primaria y secundaria	
Es cómplice primario quien realiza un aporte esencial sin el cual no se hubiere perpetrado el hecho punible y cómplice secundario quien de cualquier forma aporta dolosamente al hecho delictuoso. El criterio de diferenciación entre ambas es cuantitativo.	No admite esta división, ya que la responsabilidad penal se fundamenta en aspectos cualitativos del agente. El <i>extraneus</i> responde solo como cómplice, por infringir el principio <i>nemimen laede</i> , la pena a imponerse siempre será menor a la del autor.

Nota. Fuente: Elaboración propia.

4.3 Validación de hipótesis

Considerando que nuestra investigación es del tipo dogmático jurídico; la validación de la hipótesis se dio a nivel teórico, es decir, se validó a nivel de la denominada Contrastación Teórica; el cual consiste en fundamentar las hipótesis científicas con bases distintas de la evidencia empírica, es decir, en una base teórica ya establecida que, al estar constituida por un sistema de hipótesis, éstas sirven de apoyo a la nueva hipótesis que se pretende fundamentar.

4.3.1 Hipótesis específicas

1. Las limitaciones que presentan los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal tienen que ver con que resultan aplicables fundamentalmente para los delitos de dominio, siendo insuficientes para los delitos contra la Administración pública llamados delitos de infracción de deber.

Fundamentos:

- Del análisis del artículo 23° del Código Penal peruano se han contrastado adopto la teoría de dominio del hecho propuesto por Claus Roxin, para quien, la autoría en los delitos de dominio se subdivide en tres: La autoría directa, la autoría mediata y la coautoría.
- Según el art. 24° del CP peruano, es instigador “...quien determina a otro a cometer el hecho”. Por lo tanto, se necesita dos elementos: a) Objetivamente la causación imputable, mediante un influjo psíquico suficiente intensidad en otro, con relación a los medios puede ser mediante consejos, una solicitud, una provocación, etc. b) Subjetivamente, que dicha causación sea dolosa.
- El comportamiento del inductor, en los delitos contra la Administración pública, solo puede ser vinculado normativamente, al hecho principal del autor, mediante las reglas generales de la participación, que están configuradas por el principio de accesoriadad y los criterios de imputación objetiva
- De acuerdo al artículo 25° se hacía una diferenciación entre complicidad primaria o secundaria por cuanto, esta clasificación el producto de la teoría del dominio del hecho, donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito.
- Estos postulados resultan ser insuficientes cuando intervienen más de dos personas en la comisión de los delitos especiales que constituyen la mayoría de los delitos contra la Administración pública, siempre resulta problemático determinar quién es autor y quién es cómplice o instigador.

- En ese marco la teoría de los delitos de infracción de deber procurar dar por superado está problemática, el autor o figura central se concretiza en la teoría de “infracción de deber”. En ese sentido, el autor es quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial, en tanto que partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno.
2. Los efectos jurídicos que generaría la toma de postura jurídica penal, en el Código Penal peruano, con relación a la autoría y participación en los delitos contra la administración Pública, denominados delitos de infracción de deber, sería la predictibilidad y seguridad jurídica, en cuanto a la responsabilidad y la pena.

Fundamentos:

- Los delitos contra la Administración pública son delitos especiales porque formalmente los tipos penales restringen la órbita de autoría al funcionario o servidor público, pero se trata de un delito de infracción de un deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente.
- Nuestro código al asumir la teoría unitaria del concepto de autor genera inseguridad jurídica debido a que, si bien la doctrina distingue en dos clases del concepto unitario de autor uno formal y otro material, ello no se encuentra claramente delimitada, y al final no podría realizarse una distinción entre las intervenciones del *intraneus* y *extraneus*.

- En consecuencia, se debe adoptar en nuestro Código Penal la posición sobre la teoría de infracción de deber, lo que conllevaría a una interpretación uniforme por los operadores jurídicos, de esa manera se garantizará los principios de predictibilidad y seguridad jurídica, debido a que por ser una garantía para todos los individuos son consustanciales al Estado Social de Derecho, en la medida que les asegura una expectativa razonablemente fundada respecto a cómo actuarán los poderes públicos.
3. Partiendo de los fundamentos teórico, dogmático del funcionalismo, las ventajas que otorgaría la regulación normativa de incorporar al Código Penal, que los funcionarios y servidores públicos deben de responder a título de autor, generaría predictibilidad, seguridad jurídica y se sancione a los responsables del hecho delictivo.

Fundamentos:

- La teoría de infracción del deber, es un planteamiento que sustenta la responsabilidad penal en la infracción de un deber positivo específico que ostenta una persona en la sociedad y en una situación concreta.
- Autor en los delitos contra la Administración pública, es aquel que está obligado, en tanto, que garante, a la tutela, institucionalmente asegurada (institución positiva), de un bien jurídico (por comisión u omisión).
- Es inconcebible la coautoría, en los delitos contra la Administración pública, ya que el interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido.

4. Partiendo de los fundamentos de la teoría de la Unidad del Título Imputación, las ventajas que otorgaría la regulación normativa de incorporar al Código Penal, que el particular responde a título de cómplice en los delitos contra la Administración pública, generaría la unidad de criterio jurídico, predictibilidad jurídica y se sancione a los particulares como cómplices.

Fundamentos:

- El cómplice es aquel que coopera dolosamente en la ejecución del hecho ajeno y que, por consiguiente, actúa con un dolo que le es propio, pues su finalidad es que el autor alcance su designio criminal. La doctrina de manera unánime considera que la participación requiere: a) que objetivamente se haya prestado una ayuda al autor; y, b) que subjetivamente se haya accedido a un hecho doloso principal, proporcionando un aporte encaminado a lesionar el mismo bien jurídico atacado por el autor.
- El Código Penal sufrió la reforma del artículo 25° del Código Penal, dicha reforma regula la figura de la complicidad única, en razón del auge de casos de corrupción de funcionarios en los que participan extraños a la función y en los cuales se busca su responsabilidad jurídico-penal; sin embargo, el legislador omitió reformar o derogar el artículo 26° con el cual se mantiene aún regulada la teoría de la unidad de título de imputación y su ruptura.
- Por lo que ha sido frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia nacional atribuir al contenido del artículo 26° del Código Penal la función

dogmática de justificar el tratamiento del extraneus en delitos especiales propios de naturaleza funcional.

- En ese contexto, el mismo dispositivo legal ha sido utilizado coyunturalmente para afirmar o negar la validez de la teoría de la unidad del título de imputación y posibilitar o impedir el tratamiento de un tercero como partícipe de aquellos delitos especiales propios que colocan en su tipificación como autor exclusivo y excluyente a un funcionario público, vinculado con deberes específicos y no transferibles del cargo o posición funcional que desempeña u ocupa en la Administración pública.

4.3.2 Respecto a la hipótesis general:

Las limitaciones en el tratamiento jurídico de la autoría y participación establecidas en el Código Penal peruano en los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber, actualmente genera posiciones discrepantes en su interpretación y aplicación.

Queda validada en base a los siguientes,

Fundamentos:

- La distinción entre las formas de autoría y participación no es, una discusión concluida en la ciencia del Derecho Penal, esto dentro de la teoría del dominio del hecho y se agudiza en los delitos de infracción de deber.
- En los delitos de infracción del deber solamente se configuran con la infracción objetiva del deber; el dolo sería necesario para la punibilidad del autor intraneus, pero no influiría en la punibilidad del extraneus.

- En la dogmática y la jurisprudencia peruana no existe un criterio uniforme que nos permita fundamentar la intervención del autor y partícipe, con lo cual las soluciones que se ofrecen generan una incertidumbre jurídica; esa sí que, en algunas ocasiones se recurre a las de dominio de hecho y otras en la infracción de deber, mientras que para determinar la participación se recurre a las teorías de unidad y ruptura del título de imputación.
- La “ruptura del título de imputación”, se sostiene en que el autor de un delito especial tiene que ser un “intraeus” o sujeto especial, en el caso materia de investigación el funcionario o servidor público, y, el “extraneus” nunca podrá ser ni autor ni partícipe de este delito, es decir cada interviniente en el ilícito penal correspondiente deberá responder por su propio injusto penal.
- La determinación de la complicidad, en los delitos contra la Administración pública, se realizará, según los criterios de la imputación objetiva, contribuyan, de manera accesoria, a la creación de riesgos típicos para los deberes positivos, que se encuentren asegurados institucionalmente.

CONCLUSIONES

1. Del estudio de los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal peruano, se ha constatado que para estos se adoptó la teoría de dominio del hecho. Sin embargo, la teoría de los delitos de infracción de deber resulta más idónea para determinar correctamente el grado de participación de los intervinientes en los delitos contra la Administración pública, es decir, para determinar la autoría y participación.
2. Se ha establecido que los presupuestos que sustentan la teoría de infracción del deber son: (i) determinar el tipo de delito descrito en la norma penal, (ii) delimitar la calidad del sujeto activo: especial o común, (iii) establecer el deber específico emanado de la norma extra-penal, (iv) establecer la relación funcional o fáctica del *intraneus* y *extraneus* con el bien jurídico protegido en razón al deber que ostenta, y (v) Imputar y fundamentar la responsabilidad penal del autor o participe en base al delito imputado.
3. En esa misma línea, la teoría de los delitos de infracción de deber, resulta ser la más idónea para poder individualizar el grado de participación de los *extraneus* en los delitos cometidos por funcionarios públicos, bajo la teoría de la unidad del título de imputación más no la ruptura del título de imputación.
4. De acuerdo con los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber, al autor es a quien se le denomina *intraneus*, mientras que el *extraneus* es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría, lo que implica que la

participación de los *extraneus* en los delitos contra la Administración pública sea como partícipe.

5. La jurisprudencia no ha adoptado decisiones uniformes, debido a que en algunos casos, para fundamentar la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública, se basa en la teoría del dominio del hecho, y en otros, en la de infracción de deber. Asimismo, se ha verificado la incorrecta determinación de la participación de funcionarios y *extraneus* en la justicia penal peruana, ya que genera impunidad de los intervinientes en los delitos contra la Administración pública en el caso de los particulares.
6. De acuerdo con el Código Penal, al cómplice siempre se le impondrá la misma pena que al autor, lo cual es desproporcional, pues la conducta del autor resulta ser más reprochable penalmente que la del cómplice, pues este participa en la comisión del delito infringiendo un deber especial de carácter penal; en cambio, aunque el cómplice también participa en la comisión del mismo delito, no infringe deber especial alguno, debido a que no lo tiene.

RECOMENDACIONES

1. La teoría de la infracción de deber es la más idónea para poder determinar la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública. En ese sentido, los operadores jurídicos deben verificar en qué supuestos están ante la actuación del *intraneus* y en qué delitos se admite la participación del *extraneus* para su configuración.
2. A la academia y entidades relacionadas con la administración de justicia en materia penal se les recomienda promover y realizar eventos académicos en temas relacionados con los delitos contra la Administración pública, especialmente en los fundamentos de la autoría y los criterios de imputación de la autoría y la participación.
3. Resulta necesario realizar una reforma legislativa de acuerdo con los fines de la política criminal y considerando el incremento de la comisión de delitos contra la Administración pública, y teniendo en consideración: a) “En los delitos especiales el funcionario o servidor público que infringe el deber especial responderá siempre a título de autor” y b) “El particular o *extraneus*, que intervenga en la comisión u omisión de delitos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal, bajo cualquier forma de participación delictiva, siempre responde a título de cómplice”. Así, con respecto a la pena del cómplice, el juez podrá disminuirla prudencialmente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. *Revista Penal*, (14), 3-23.
<http://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>
- Adrianzen, P. (2017). *La participación en los delitos especiales. análisis de la intervención de un extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito* [Tesis de maestría, Universidad de Piura]. Repositorio institucional.
https://pirhua.udpe.edu.pe/bitstream/handle/11042/3042/MAE_DER_052.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Añanca, M. (2018). *Dominio del hecho e infracción de deber en la determinación de la autoría y participación en delitos contra la Administración pública, Ayacucho-2017* [Tesis de maestría, Universidad San Martín de Porres]. Repositorio institucional.
<https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/4205>
- Bacigalupo, S. (2007). *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber: Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*. Marcial Pons.
- Caro, J. (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho Penal*, (1), 49-69.
- Caro, J. (2016). *Material auto instructivo del curso “Problemas centrales de la teoría del delito en la doctrina y la jurisprudencia penal actual”*. Academia de la Magistratura del Perú.
- Ernst, M. (2007). *Derecho penal. Parte general*. IBdeF.

- Falcone, R. (2018). Una aproximación a los delitos de infracción de deber. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 8-18.
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/05/doctrina46524.pdf>
- García, P. (2003). Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el derecho penal. En J. Vallejo (Ed.), *Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al profesor Dr. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*. Ara Editores.
- García, P. (2012). *Derecho penal. Parte general*. Jurista Editores.
- García, V. (2007). *Introducción a las ciencias jurídicas*. Jurista Editores.
- Gimbernat, E. (2006). *Autor y cómplice en derecho penal*. IBdeF.
- Gimbernat, E. (2009). *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?* Ara Editores.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2010). *Metodología de la investigación*. McGraw-Hill.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Civitas.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2004). *El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*.
https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6904/mod_resource/content/1/7-JAKOBS-El_ocaso_del_dominio_del_hecho.pdf
- Jakobs, G. (2008). *El derecho penal como disciplina científica*. Civitas.
- Jakobs, G. (2016). *La imputación objetiva en derecho penal*. Civitas.

- Jiménez, L. (2005). *Principios del derecho penal. La ley y el delito*. Abeledo Perrot.
- Mir, S. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Reppertor.
- Montealegre, E. et al (2007). *Pensamiento filosófico y jurídico-penal de Gunther Jakobs*. Flores Editor Y Distribuidor.
- Naciones Unidas (2004). *Convención de las naciones unidas contra la corrupción*.
https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf
- Organización de los Estados Americanos (1996). *Convención Interamericana contra la Corrupción*.
http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B_58_contra_Corrupcion.asp.
- Ossandón, M. (2006). Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal. *Política Criminal*, (1), 1-22.
- Pariona, R. (2011). La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencia. *Gaceta Penal*, (19), 1-13.
- Pinedo, C. (2010). Problemas de intervención delictiva en los delitos contra la Administración pública. *VII Congreso nacional de derecho penal y criminología*. Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión.
- Polaino, M. (2013). *Lecciones de derecho penal – Parte general*. T. II. Tecnos.
- Reaño, J. (2009). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Juristas editores.
- Reston, M. (2014). *Los delitos de infracción de deber*. IBdeF.
- Robles, R. (2003). *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons.

- Robles, R. (2013). Deberes negativos y positivos en derecho penal. *InDret*, (4), 1-22.
- Rojas, F. (2002). *Delitos contra la Administración pública*. Grijley.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Marcial Pons.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Marcial Pons.
- Roxin, C. (2018). *Dogmática penal y política criminal*. Ediciones Nueva Jurídica.
- Rueda, M. (2001). Reflexiones sobre la participación de los *extraneus* en los delitos contra la Administración pública. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 127-165.
- Salinas, R. (2013). *Delitos contra la Administración pública*. Idemsa.
- Salinas, R. (2016). *Delitos contra la Administración pública*. Grijley.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración pública*. Iustitia.
- Salinas, R. (s/f). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Anuario de Derecho Penal*, 93-126
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d>
- Sánchez-Vera, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons.
- Schünemann, B. (2009). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia con una aportación a la metodología del Derecho penal*. Marcial Pons.

- Schunemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP*, (81), 93-112.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003>
- Sierra, R. (2001). *Técnicas de investigación social. Teoría y ejercicios*. Paraninfo.
- Silva, J. (2005). *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Atelier.
- Vizueta, J. (2003). *Delitos contra la Administración pública: Estudio crítico del delito de cohecho*. Comares.
- Wessels, J., et al (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*. Instituto Pacífico.
- Zelayaran, M. (2000). *Metodología de la investigación jurídica*. Ediciones Jurídica.

ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p>Problema General ¿Cuáles son las ventajas y limitaciones de la autoría y participación, establecida en el Código Penal peruano en los delitos contra la Administración pública?</p> <p>Problemas específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Qué limitaciones presentan los artículos 23°, 24 y 25 del Código Penal, respecto a los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber? - ¿Cuáles son los problemas dogmático-jurídico, actuales de la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber? - ¿Qué ventajas otorgaría la regulación normativa de 	<p>Objetivo General Determinar las ventajas y limitaciones de la autoría y participación, establecida en el Código Penal peruano en los delitos contra la Administración Pública</p> <p>Objetos Específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> - Analizar las limitaciones que el artículo 23° del Código Penal, 24 y 25, presenta respecto a los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber. - Explicar los problemas dogmático-jurídicos, actuales de la autoría y participación en los Delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber. - Proponer las ventajas que otorgaría la regulación 	<p>Hipótesis Principal Las limitaciones en el tratamiento jurídico de la autoría y participación establecida en el Código Penal peruano en los delitos contra la Administración pública, denominados delitos de infracción de deber, actualmente genera posiciones discrepantes en su interpretación y aplicación.</p> <p>Hipótesis Específicas</p> <ul style="list-style-type: none"> - Las limitaciones que presenta el artículo 23°, 24 y 25 Código Penal, es que resulta aplicable fundamentalmente para los delitos de dominio; siendo insuficiente para los delitos contra la Administración pública, llamados delitos de infracción de deber. - Los efectos jurídicos que generaría la toma de postura jurídica penal, en el Código Penal peruano, con relación a la autoría y participación en los delitos contra la administración Pública, denominados delitos de infracción de deber, sería la predictibilidad y seguridad jurídica, en cuanto a la responsabilidad y la pena. - Partiendo de los fundamentos teórico, dogmático del funcionalismo, las ventajas que otorgaría la regulación normativa de 	<p>Variable X: <i>Autoría y participación</i></p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Autor, coautor y autor mediato - Cómplice e instigador (Unidad del Título de Imputación y Ruptura del Título de Imputación) <p>Variable Y <i>Delitos contra la Administración pública</i></p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Imputación objetiva 	<p>Tipo de Investigación Pertenece a una investigación dogmática jurídica</p> <p>Métodos de investigación</p> <p>Métodos Generales: Se empleará el Método Dogmático y el descriptivo.</p> <p>Métodos Específicos: Inductivo-Deductivo, analítico – sintético y lógico.</p> <p>Métodos jurídicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Método Dogmático ▪ Método hermenéutico ▪ Método Exegético ▪ Método de la Interpretación Jurídica



<p>incorporar al Código Penal, que los funcionarios y servidores públicos deben de responder a título de autor?</p> <p>- ¿Qué ventajas otorgaría la regulación normativa de incorporar al Código Penal, que el particular responde a título de cómplice en los delitos contra la Administración pública?</p>	<p>normativa de incorporar al Código Penal, que los funcionarios y servidores públicos deben de responder a título de autor.</p> <p>- Plantear las ventajas que otorgaría la regulación normativa de incorporar al Código Penal, que el particular debe responder a título de cómplice en los delitos contra la Administración pública.</p>	<p>incorporar al Código Penal, que los funcionarios y servidores públicos deben de responder a título de autor, generaría predictibilidad, seguridad jurídica y se sancione a los responsables del hecho delictivo.</p> <p>- Partiendo de los fundamentos de la teoría de la Unidad del Título Imputación, las ventajas que otorgaría la regulación normativa de incorporar al Código Penal, que el particular responde a título de cómplice en los delitos contra la Administración pública, generaría la unidad de criterio jurídico, perfectibilidad jurídica y se sancione a los particulares como cómplices.</p>	<p>- Elementos del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad)</p> <p>- Imputación Objetiva</p>	<p>Técnicas e Instrumentos de recolección de datos</p> <p>Análisis documental (Análisis de contenido)</p> <p>Bibliográfica (Fichas: Textual, de resumen, de comentario)</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



ANEXO 2: PROYECTO DE LEY

Proyecto de Ley N°.....

Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 635, Código Penal, que incorpora un segundo párrafo en el artículo 23° y modifica el artículo 25°.

La Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, a iniciativa del tesista Máximo Francisco Maguiña Castro, en ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa que nos confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presentan a consideración del Congreso el siguiente proyecto de ley:

FORMULA LEGAL

Artículo 1°.- Objeto de la Ley. La presente ley tiene por objeto garantizar el principio de legalidad en la imputación penal

Artículo 2°.- Incorpórese un segundo párrafo al artículo 23° y modifíquese el tercer párrafo del artículo 25° del Decreto Legislativo 635, Código Penal, debiendo quedar redactado de la manera siguiente:

Artículo 23.- Autoría, autoría mediata y coautoría

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

En los delitos especiales el funcionario o servidor público que infringe el deber especial responderá siempre a título de autor, imponiéndosele la pena establecida para el tipo penal.

Artículo 25°.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

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

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamenten la penalidad del tipo legal no concurran en él.

El particular o extraneus, que intervenga en la comisión u omisión de delitos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal, bajo cualquier forma de intervención delictiva, siempre responden a título de cómplice, debiendo el juez disminuir prudencialmente la pena.

Huaraz, noviembre de 2022.



I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La parte general del Código Penal se suele definir como el “común denominador” de la parte especial. Se trata de normas -explicado a grandes rasgos- que informan sobre cómo se han de aplicar los tipos de la parte especial, o, en su caso, en qué supuestos éstas no han de ser aplicadas. La parte especial, por su parte, contiene las normas de comportamiento concretas, o dicho de una forma fácilmente entendible, los delitos en particular (...). La parte general es, por ello, un producto de una elaborada teoría del delito que ofrece un esquema para la comprensión y solución de los diferentes problemas de la parte especial (Sánchez-Vera, 2002).

Del estudio de los artículos 23º, 24 y 25º de la parte general del Código Penal peruano se han constatado que adoptó la teoría de dominio del hecho; sin embargo, consideramos que la teoría de los delitos de infracción de deber, es como la más idónea para atribuir correctamente el grado de intervención delictiva en los delitos contra la Administración pública, para determinar la autoría y participación.

En general, hay dos formas de estar ligado a una realización delictiva. Bien mediante una organización, mediante el establecimiento de condiciones que constituyen un aporte más o menos importante al hecho delictivo -delitos comunes o de dominio del hecho- (con dominio o sin dominio del hecho), o bien por estar unido con un determinado bien jurídico mediante una relación positiva que obliga a su cuidado y fomento; esto es, mediante un deber especial —delitos de infracción de deber-. En el primero de los supuestos, en los delitos de dominio, es el comportamiento delictivo el que reúne al autor y la víctima; si el delito no se hubiera producido, tampoco habría existido vinculación alguna entre ellos. En el segundo de los supuestos -en los delitos de infracción de deber-, en cambio, bien jurídico y autor ya se encontraban vinculados mediante una relación institucional positiva (de fomento y ayuda), con anterioridad al hecho delictivo (Sánchez-Vera, 2002).

Se ha establecido que los presupuestos que sustentan la teoría de infracción del deber, son: (i) determinar el tipo de delito descrito en la norma penal, (ii) delimitar la calidad del sujeto activo: especial o común, (iii) establecer el deber específico emanado de la norma extra-penal, (iv) establecer la relación funcional o fáctica del *intra-neus* y *extra-neus* con el bien jurídico protegido en razón al deber que ostenta, y (v) Imputar y fundamentar la responsabilidad penal del autor o participe en base al delito imputado. En esa misma línea, la teoría de los delitos de infracción de deber, resulta ser la más idónea para poder individualizar el grado de intervención de los *extra-neus* en los delitos cometidos por funcionarios públicos, bajo la teoría de la unidad del título de imputación más no la ruptura del título de imputación.

De acuerdo a los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber, al autor es a quien se le denomina *intra-neus*, mientras que el *extra-neus*, solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que

incurrir el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría, lo que implica que los *extraneus* su participación en los delitos contra la Administración pública sea como participe.

La jurisprudencia no ha adoptado decisiones uniformes, debido en que en algunos casos para fundamentar la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública en la teoría del dominio del hecho y en otros a la de infracción de deber. Asimismo, se ha verificado incorrecta determinación de la participación de funcionarios y *extraneus* en la justicia penal peruana, ya que genera impunidad de los intervinientes en los delitos contra la Administración pública, en el caso de los particulares.

De acuerdo con el Código Penal al cómplice siempre se le impondrá la misma pena que al autor, situación que consideramos desproporcional, pues la conducta del autor es más reprochable penalmente que la del cómplice, pues este interviene en la comisión del delito infringiendo un deber especial de carácter penal; en cambio, aunque el cómplice también interviene en la comisión del mismo delito, no infringe deber especial alguno, debido a que no lo posee.

La teoría de la infracción de deber es la más idónea para poder determinar la autoría y participación en los delitos contra la Administración pública, en ese sentido, los operadores jurídicos deben tender en verificar en qué supuestos estamos ante la actuación del *intraneus* y en que delitos se admite la participación del *extraneus* para su configuración.

Resulta necesario realizar una reforma legislativa acorde a los fines de la política criminal y teniendo en consideración el incremento de la comisión de delitos contra la Administración pública, se propone: a) *“En los delitos especiales el funcionario o servidor público que infringe el deber especial responderá siempre a título de autor”* y b) *“El particular o extraneus, que intervenga en la comisión u omisión de delitos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal, bajo cualquier forma de participación delictiva, siempre responden a título de cómplice”*. Así como respecto a la pena del cómplice el juez podrá disminuir prudencialmente.

II. EFECTO SOBRE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACION NACIONAL.

La presente iniciativa legislativa, tiene por objeto que se incorpore un segundo párrafo al artículo 23° y modifíquese el tercer párrafo del artículo 25° del Decreto Legislativo 635, Código Penal y de esa manera se garantice el principio de legalidad en la imputación penal.

IV. ANALISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta legislativa y su aplicación no genera ningún costo para el Estado, contrariamente se trata de prevenir cuestionamientos que puedan afectar el principio de legalidad en la administración de justicia.