Problemas actuales de política criminal
Anuario de Derecho Penal 2015-2016

# La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios

**Ramiro Salinas Siccha**

**Sumario: 1.** Cuestión previa. **2.** La teoría de infracción de deber. **2.1.** Los delitos especiales de garantes. **2.2.** Los delitos de infracción de deber por competencia institucional. **3.** Teoría de la unidad o ruptura del título de imputación. **4.** El artículo 25º del CP modificado por el decreto legislativo 1351. **5.** La teoría de infracción de deber no admite la coautoría. **6.** Complicidad única.

## 1. Cuestión previa

Cuando participan más de dos personas en la comisión de los delitos especiales que constituyen la mayoría de los delitos contra la administración pública[1], siempre resulta problemático determinar quién es autor y quién es cómplice o instigador. Teniendo como punto de partida la consolidación de una política criminal estatal de hacer frente a las conductas de corrupción que en el caso más extremo

1 Se dice que se trata de la mayor parte, debido a que dentro de los delitos contra la administración pública existen delitos comunes como, por ejemplo, el delito de tráfico de influencias.

desintegran las sociedades, el objetivo de este trabajo es plantear algunas ideas razonables y coherentes para lograr una mejor interpretación y aplicación de los delitos funcionariales en nuestro sistema jurídico.

## 2. La teoría de infracción de deber

Como todo individuo domina su propio comportamiento, en tanto no presente defectos de conducción, es entonces el dominio sobre el propio movimiento corporal fundamento del resultado. Este dominio sobre el propio comportamiento es el punto de partida llevado al concepto de la autoría directa o inmediata en todos los códigos penales (cfr. Schünemann, 2006a, p. 286). De ahí que se afirme, según la teoría del dominio del hecho, que es autor quien domina el evento delictivo. Es autor quien tiene las riendas del acontecimiento criminal. Luego, el dominio ejercido sobre otros en la autoría mediata y el dominio común mediante división de tareas en la coautoría, son expresiones del concepto tipológico (*typus*) de la teoría del dominio del hecho (p. 287)[2].

Si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del delito, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. Es lugar común sostener que la teoría del dominio del hecho sirve para saber quién es autor y quién es cómplice en los delitos comunes o también denominados de dominio; sin embargo, no sirve para tal finalidad en los delitos especiales, pues en estos no necesariamente el que tiene las riendas del acontecimiento delictivo es el autor. Ello es así debido a que el principio de legalidad se opone, como luego veremos.

De modo que, para los delitos especiales, desde nuestra perspectiva dogmática, para saber quién es autor y quién es cómplice, sirve la teoría de infracción de deber introducida en el derecho penal por Claus Roxin en 1963 (Roxin, 2006, p. 26; Schünemann, 2006a, p. 287; Pariona, 2011, p. 69; Caro, 2010, p. 64, 2015, p. 24; Abanto Vásquez, 2014, p. 386; Suárez Gonzales, 2001, p. 152).

En la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la «infracción de deber». Es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal, en tanto que partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno.

2 Aquí se sostiene, tal como enseña Roxin, que son los tipos penales de la parte especial de los códigos penales los que describen el hecho y que, de ese modo, caracterizan como autor a quien pertenece a esa descripción.

Ejemplo de los delitos de infracción de deber son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro código penal con el título de «delitos contra la administración pública», en los cuales *autor* es aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será siempre quien lesione o incumpla el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuya al resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por acción u omisión: «Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado (Roxin, 1997, p. 338; 1998, pp. 383-385)[3]. «En estos delitos lo relevante no es —aunque lo haya— el dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que solo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva» estatal (Sánchez-Vera, 2003, p. 275). De ahí que podemos definir los delitos de infracción del deber como aquellas conductas en las cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de que alguien abusa o descuida el deber especial que surge de su rol social, y de ese modo, pone en peligro u ocasiona una lesión típica de determinados bienes jurídicos[4]. En concreto, son conductas en las cuales el autor, por no cumplir con las exigencias impuestas por su rol social especial, lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido representado por principios y deberes funcionales.

En efecto, aquí es preciso dejar establecido que en los delitos especiales los bienes jurídicos que se pretende proteger siempre se representan en principios o deberes (el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado, el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos, el principio de gratuidad del acto público en los cohechos, los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión, el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, etc.) en tanto que en los delitos comunes o de dominio los bienes jurídicos que se pretende proteger siempre se representan en derechos (derecho a la vida en los homicidios, derecho a la salud en los delitos de

3 En el mismo sentido, Jakobs (1991: Libro II, n. Marg. 116) lo grafica con el siguiente ejemplo: «el autor que da a un tercero un consejo exitoso de cómo esta tercera persona puede sustraer el patrimonio que aquel tutela, es autor de administración desleal, aun cuando, en el momento de la sustracción, a él le faltara el dominio del hecho». De igual modo, Roxin (citado por Pariona Arana, 2011, p. 72).

4 Antes de expresar este concepto, el profesor Roxin insiste en «continuar desarrollando la denominación originaria que hiciera de los delitos de infracción de deber de un modo que se renuncie a tomar como referencia reglas extrapenales como requisito necesario y que destaque su fundamento social, pero manteniendo la idea de la lesión de deberes especiales en su importancia para fundamentar la autoría» (Roxin, 2016, p. 323).

lesiones, derecho a la libertad sexual en los delitos sexuales, derecho a la propiedad en los delitos patrimoniales, el derecho a la salud pública en los delitos de tráfico ilícito de drogas, el derecho a un medio ambiente equilibrado en los delitos ambientales, etcétera).

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. Por ejemplo, en los delitos de peculado (art. 387 CP) o colusión (art. 384 CP), solo pueden ser autores los sujetos que tienen la condición de funcionario o servidor público. En cambio, en el delito de abuso de autoridad (art. 376 CP), autor solo puede ser un ciudadano que tiene la condición de funcionario público. Este delito no puede ser cometido por un servidor público, obviamente debido a que no tiene autoridad.

De modo que el fundamento de esta teoría no es la infracción del deber general que atañe a todos los ciudadanos y que surge en forma abstracta del tipo penal —como, por ejemplo, el no dañar o lesionar el patrimonio del Estado—, sino deberes especiales impuestos por la ley penal. Por ejemplo, en los delitos contra la administración pública los sujetos calificados tienen el deber especial impuesto por la ley de mantener la lealtad, honestidad y veracidad; y de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. En efecto, si el sujeto calificado afecta con su conducta alguno de estos deberes especiales es posible que se convierta en autor de un delito funcionarial, siempre, claro está, que tal conducta esté tipificada como delito en el código penal o en una ley penal especial de acuerdo al principio de legalidad, fundamento último del derecho penal.

En los delitos especiales, la figura central (autor) del evento delictivo se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal (Pariona Arana, 2011, p. 79). Autor será quien interviene en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo aquel deber especial; y partícipe quien interviene en la comisión del delito, pero sin infringir o incumplir deber especial alguno, toda vez que no lo tiene. Por ejemplo, al no trabajar para la administración pública no tienen deber especial alguno. Aquí resulta necesario precisar que aquellos deberes especiales de carácter penal no surgen solo y directamente del tipo penal, que es el que desencadena la sanción penal prevista en la ley. Estos deberes están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y se originan en otras ramas del derecho. Estos deberes especiales para los delitos contra la administración pública nacen del derecho constitucional, más específicamente, de la teoría general del Estado.

Son deberes y principios sobre los cuales se fundamenta la existencia misma del Estado. Recuérdese que administración pública no es otra cosa que el Estado mismo. El Estado solo se puede organizar con base en principios y deberes funcionales que los funcionarios y servidores públicos deben cumplir y materializar. De ahí que, si no se protegen estos deberes y principios por medio del derecho penal, el Estado mismo es inviable. El Estado se desintegra. En consecuencia, estos deberes especiales no se extienden a todos los ciudadanos de un Estado, sino solo a aquellos que trabajan para él, de modo que si en la comisión de un delito funcionarial participan varias personas, solo serán autores, en general, quienes trabajan para el Estado debido a que tienen el deber especial de cautelar y fomentar el normal y recto funcionamiento de la administración pública. Los demás participantes en la comisión del mismo delito solo serán cómplices, debido a que no trabajan para el Estado y, por tanto, no tienen deber específico alguno que cautelar.

No obstante, en el caso de los delitos especialísimos[5] (como colusión, peculado, malversación de fondos y negociación incompatible) donde participan varios funcionarios o servidores públicos, solo serán autores aquellos agentes públicos que tengan 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 cómplices. Así, por ejemplo, en el hecho de sustracción de dinero de una municipalidad, realizado por dos funcionarios públicos, el alcalde y el regidor de limpieza pública, solo será autor el alcalde debido a que además de ser funcionario público tiene la competencia funcional específica de administrar los fondos públicos de la comuna en tanto titular de la entidad; en cambio, el regidor de limpieza pública solo responderá como cómplice del delito, debido a que si bien es también funcionario no tiene alguna relación funcional específica con el objeto del delito de peculado (fondo público). En los delitos especialísimos, la relación jurídica funcional específica entre el agente y el objeto del delito consolida y fundamenta los deberes especiales de fomentar el normal, transparente y correcto funcionamiento del Estado. La relación funcional entre el agente público calificado y el objeto del delito puede ser mediata o inmediata, lo trascendente es que aquel,

5 Los delitos especialísimos son aquellos en los que para ser autor del delito no es suficiente tener la calidad que exige el tipo penal (funcionario o servidor público), sino que es necesario, además, que el agente tenga una relación funcional específica con el objeto del delito (patrimonio del Estado). Por ejemplo, en el delito de peculado (art. 387 CP) solo puede ser autor aquel funcionario o servidor público que tiene la facultad funcionarial de administrar, custodiar o recaudar los fondos públicos. En consecuencia, si en un hecho concreto de peculado participan también funcionarios o servidores que no tienen aquella relación funcional, responderán por el mismo delito, pero en su calidad de cómplices.

según sus funciones competenciales, posea la atribución jurídica de disponer del objeto del delito[6].

El profesor Roxin enseña estos deberes no se extienden a cualquier partícipe delictivo, pero son indispensables para completar el tipo penal. Se trata siempre de deberes que lógicamente están ubicados antes de la norma penal y que, por lo general, surgen en otros ámbitos del derecho vigente, como son los deberes y principios que sustentan la organización del Estado, los deberes del derecho público de los funcionarios y servidores públicos, los preceptos sobre guardar reserva del derecho de las profesiones o las obligaciones civiles de prestar alimentos y guardar fidelidad, que son solamente ejemplos de este tipo de deberes. Es característico de todos ellos el que los portadores de estos deberes destaquen entre todos los demás coparticipantes por tener una relación especial con el contenido del injusto del hecho, y que el legislador, en aras de esta obligación, los considere como figuras centrales de los sucesos configuradores de la acción, y con ello, como autores. Continúa Roxin afirmando que la razón de la sanción radica en que el agente público atenta contra las exigencias de rendimiento provenientes del rol social que él ha asumido al interior del Estado. Son ámbitos jurídicos de la vida ya plenamente formados, cuya funcionalidad debería ser protegida por los tipos penales (cfr. Roxin, 2016, p. 310)[7].

En otro extremo, de acuerdo a esta postura de la teoría de los delitos de infracción de deber, si un funcionario público (tesorero) planifica con su compadre espiritual (extraño a la administración) llevarse los caudales existentes en la municipalidad donde trabaja, y dispone que este último ingrese a la tesorería y se lleve el dinero, mientras que aquel distrae a los trabajadores de la tesorería, el *intraneus* (funcionario) es el autor, mientras que el hombre de adelante es solo cómplice (no infringe deber alguno). Esta solución razonable se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus*

6 En este sentido, la sala penal de la Corte Suprema estableció como doctrina legal en el acuerdo plenario 4-2005/CJ-116, respecto del delito especialísimo de peculado, que «para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por lo tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública». Véase el fundamento 6 del citado acuerdo plenario, dictado el 30 de setiembre de 2005.

7 Aquí es necesario precisar que el citado autor se está refiriendo a todo tipo de deberes especiales, no solamente a los deberes funcionariales.

(el obligado) puede fundamentar la autoría[8]. El *intraneus* es aparentemente un autor mediato, puesto que lo que hace es realizar parte de la acción típica «a través de otro», infringiendo personalmente su deber especial[9]. Decimos 'aparentemente', debido a que el obligado especial responde siempre como autor con independencia de la diferenciación fenomenológica (autor directo, autor mediato o coautor). En cambio, aunque tenga el «dominio del hecho», el *extraneus* es solo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial (no trabaja para el Estado) y, por lo tanto, no puede lesionarlo ni ponerlo en peligro (Pariona Arana, 2011, p. 71).

Una importante característica de los delitos de infracción de deber la constituye la circunstancia de que se puede ser autor sin haber tenido alguna participación en el dominio del hecho. En contrapartida, el tercero o extraño a la administración que ejecuta el hecho por disposición del sujeto público obligado, tan solo será cómplice, aunque únicamente él hubiera tenido el dominio del hecho (cfr. Roxin, 2016, p. 306). La tesis central es que el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor, y ello con independencia de si junto a él un actuante —con o sin dominio del hecho— o un omitente contribuyeron a que se produjese el resultado (Sánchez-Vera, 2003, p. 282). Lo mismo sucede en los casos en los cuales participan solo funcionarios o servidores públicos en la comisión de los delitos especialísimos. Autor será aquel o aquellos sujetos públicos que tienen relación funcional con el objeto del delito, tal como exige el tipo penal, en tanto que serán solo cómplices aquellos agentes públicos que no tienen relación funcional. La relación funcional prevista por el legislador como elemento típico objetivo fundamental del delito especial hace más fuerte a los deberes o principios que sustentan la organización del Estado.

Consideramos que esta teoría contribuye de manera decisiva a la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos delitos donde más de dos personas participan en su comisión y

8 Es más, según el profesor Caro John, que se adhiere a la concepción de Jakobs enseña que en este modelo que rige el principio de autoría única, en todos los supuestos, «el *intraneus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor» (Caro John, 2010, p. 87).

9 No hay inconveniente en hablar aquí, por motivos meramente didácticos, de autoría mediata; es decir, de autoría mediata también para los delitos de infracción de deber. Solo para fines didácticos, toda vez que si un obligado especial (*intraneus*) utiliza a un tercero, *extraneus*, para cometer la infracción de deber, responderá como autor igual que si hubiese omitido impedir el hecho. En otros términos, el obligado especial es siempre autor directo con independencia de la responsabilidad del hombre de adelante (cfr. Sánchez-Vera, 2003, p. 284).

presuponen deberes especiales de carácter penal[10]. La aplicación de esta teoría resuelve razonablemente los vacíos a los que llega la teoría que se basa en el dominio del hecho en el tratamiento de estos casos (Pariona Arana, 2006, p. 770). Por su parte, Abanto Vásquez (2014, p. 408) concluye que la tesis de Roxin de la infracción de deber se está imponiendo tanto por su sencillez como por ofrecer mejores soluciones prácticas a los casos que se presentan en los estrados judiciales.

### 2.1. Los delitos especiales de garante

El profesor Bernd Schünemann, ha planteado una vertiente parecida de los delitos de infracción de deber que aquí se defiende, la misma que en los resultados prácticos coincide en lo central con los planteamientos de Roxin (2016, p. 313)[11], no obstante, Schünemann se resiste a utilizar la denominación de «delitos de infracción del deber», y en cambio, prefiere la de «delitos especiales de garantes» (Schünemann, 2006a, p. 293).

En estos delitos la posición del autor consiste en una posición de garante penal. Según las reglas generales, todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio se coloca en posición de garante. Así, por ejemplo, sostiene Schünemann, no se trata de quién es el dueño de un perro peligroso, sino de quién saca a pasear al perro y no interviene cuando este se lanza contra un transeúnte. Según el citado profesor, con el ejemplo se puede demostrar el parentesco entre los delitos impropios de omisión con los delitos comunes, por un lado, y con los delitos especiales por el otro. Cuando el perro muerde a un transeúnte, quien ha recibido por parte del dueño la tarea de vigilar al animal y no lo detiene cuando ataca, comete lesiones corporales por omisión. Este es un delito especial del dueño del perro, pero es evidente que lo decisivo en este delito no es el deber de derecho público, sino el ejercicio del dominio efectivo sobre el perro al sacarlo a pasear. Quien, por tanto, a pedido del dueño saca a pasear al perro que muerde y no le pone bozal, tiene el dominio sobre el perro a raíz de que ha asumido su vigilancia (p. 294). Así, es autor idóneo —sigue afirmando el profesor Shünemann— lo que es asegurado en el sistema penal mediante las reglas de la responsabilidad por el actuar en lugar de otro.

10 Para los interesados en hacer siempre derecho penal comparado, se les indica que esta teoría de la infracción del deber sustentada por Roxin es dominante en la jurisprudencia penal española. Allí se ha establecido que los *extranei* solo pueden ser partícipes, como cooperadores necesarios, cómplices o inductors (Feijoo Sánchez, 2013, p. 29).

11 En este trabajo, Roxin precisa que se trata tan solo de variantes fundamentadoras —que por cierto no dejan de tener importancia práctica— y que necesitan mayor discusión (2016, p. 323).

Por eso, el criterio de autor en los delitos especiales no debe ser buscado en la infracción de un deber, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el de dominio del hecho en los delitos de comisión. Esto es evidente en los delitos funcionariales, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone (p. 295). De ahí que, para Shünemann, se encuentra libre el camino para lograr una unidad sistemática en la teoría del autor. El criterio del dominio sobre el fundamento del resultado logra los fines también en su aplicación a los delitos especiales. Esta categoría se subdivide en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (con las posiciones de garante en particular, de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de la vigilancia) y el dominio sobre una causa esencial del resultado (el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión, y más allá, en los delitos de omisión las posiciones de garante en particular de los deberes en el tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, del dominio sobre personas o instalaciones peligrosas y, finalmente, la responsabilidad de quien dirige la empresa). El mismo estado de cosas se encuentra también en la mayoría de los delitos especiales que tipifican una relación de dominio como presupuesto de la autoría y, por tanto, pueden denominarse delitos especiales de garantía. Aquí hallamos, por un lado, el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (por ejemplo, en caso de infidelidad del administrador del patrimonio), y por otro lado también hallamos el dominio sobre una fuente de peligro como causa esencial del resultado (por ejemplo, el dominio que existe al dirigir una empresa o al utilizar instalaciones peligrosas o que dañan el medio ambiente). Aquí no es el deber del derecho público el criterio decisivo —ello solo representa una cuestión accesoria al dominio en el ámbito del derecho público—, sino la posesión del dominio mismo, que puede trasmitirse a quien dirige la empresa y lo convierte en autor idóneo. De este modo —sigue afirmando Shünemann—, queda abierta la vía para una sistemática del concepto de autor de los delitos dolosos basada en un principio unitario, que está caracterizada en los delitos de comisión por el dominio del hecho, en los delitos impropios de omisión y los delitos especiales de garantía por un dominio preestablecido sobre el suceso en el sentido del control sobre un ámbito social (p. 298). Ambos son formas de manifestación del dominio sobre el fundamento del resultado como la estructura general de la autoría.

Si bien podemos coincidir con Shünemann en que es plausible su razonamiento cuando se trata de conductas por omisión —como el propuesto ejemplo del perro peligroso—, cuando estamos frente a conductas de comisión aquel razonamiento no rinde, pues cuando, por ejemplo, el funcionario público sustrae los fondos estatales, acuerda o pacta con los interesados para defraudar al Estado, o da o

dispone para un destino diferente los caudales que administra, difícilmente podrá interpretarse que el agente público actuó con falta de vigilancia de una fuente de peligro que él dominaba, o como dominio sobre el desamparo de un objeto del bien jurídico. Se trata más bien de conductas de comisión en las cuales la autoría está limitada a personas vinculadas con deberes en su condición de sujetos públicos[12] y no necesariamente al dominio sobre el suceso como para equipararlo al dominio del hecho de los delitos de comisión. En este tipo de delitos no es suficiente el dominio sobre el suceso, sino —aparte de tener aquel dominio— se exige la vulneración o afectación de algún deber especial de carácter penal.

En efecto, por la estructura misma de los delitos especiales, en los casos donde determinada persona —como por ejemplo un sujeto público— no cumpla por completo con los requisitos de control de una fuente de peligro o de una relación de protección, responderá como autor de la conducta solo si se verifica que con su actuar lesionó un deber especial penal que surge precisamente del dominio del control. De ahí que el profesor Roxin concluya que el dominio sobre la causa del resultado no es por sí mismo el elemento que fundamenta la autoría, sino solo un presupuesto de la realización típica que, por su parte, consiste en una lesión de los deberes que resultan del dominio del control (Roxin, 2016, p. 320). El siguiente ejemplo, citado por Roxin, grafica lo expuesto: cuando en un taller un trabajador se lesiona por imprudencia, el propietario del taller solo responderá como autor de las lesiones si se llegara a verificar que como parte de tener el control del negocio infringió algún deber especial, como, por ejemplo, no dar el mantenimiento oportuno a la maquinaria, no entregar la ropa adecuada a su trabajador, etc. En cambio, si se verifica que el propietario del negocio cumplió con todos sus deberes al interior del negocio, es imposible en nuestro sistema jurídico que responda penalmente por las lesiones ocurridas como producto de la imprudencia del operario, así se verifique que tuvo el pleno control del dominio sobre la causa del resultado. El dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre una causa esencial del resultado, por sí mismos no son suficientes para establecer autoría en los delitos especiales, es necesario algo más. Y ese plus no es otra cosa que verificar si, en el caso concreto, el agente infringió algún deber especial[13].

En los delitos funcionariales, es cierto que —como sostiene Schünemann— los sujetos públicos tienen el poder estatal a su disposición, y por tanto ejercen control calificado sobre los sucesos en el marco de sus competencias. En consecuencia, ellos

12 Véase, con ejemplos diferentes, Roxin, 2016, p. 319.

13 De ese modo, el profesor Roxin concluye que el elemento del dominio del control no es superfluo, sino que es desplazado del centro de la fundamentación de la autoría (2016, p. 320).

mismos están sometidos a un control penal más estricto. No obstante, también es cierto que por el solo hecho de tener el poder estatal, tener el dominio o tener competencia funcional sobre el objeto del delito, no responden penalmente como autores si previamente no se verifica la infracción a algún deber especial de carácter penal. Si no se lesiona algún deber, por más que se verifique el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre una causa esencial del resultado, no hay forma de fundamentar la autoría. En efecto, si en una institución pública existen dos administradores de los fondos públicos, solo será autor del delito de peculado, por ejemplo, aquel funcionario que aparte de tener dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, no cumplió su deber de no lesionar el patrimonio del Estado, apropiándose de parte o del total de los fondos públicos. En cambio, el otro funcionario, con igual dominio, no podrá responder en calidad de autor por delito alguno, debido a que no lesionó aquel deber al no participar en la apropiación de los fondos. En otros términos, se sabe que en las municipalidades normalmente existen dos administradores de sus caudales, el alcalde —que es el titular del pliego— y el jefe de economía o tesorero. En un caso concreto, luego de la investigación del delito se llega a la conclusión de que el titular del pliego se ha apropiado de parte del patrimonio de la municipalidad con total desconocimiento del tesorero. Aquí solo responderá como autor de peculado el titular del pliego. Y esto es así debido que si bien ambos —alcalde y tesorero— tenían o tienen el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, solo el alcalde realizó la conducta prohibida por el artículo 387 del código penal, lesionando de ese modo el deber impuesto por la ley penal, es decir el deber de no lesionar el patrimonio estatal.

Ocurre algo parecido con el delito de colusión. En efecto, por ejemplo, si tres funcionarios públicos conforman la comisión especial de licitación y luego de la investigación se determina que solo uno de ellos concertó o pactó con el tercero interesado para defraudar patrimonialmente al Estado, solo él responderá como autor del delito de colusión previsto en el artículo 384 del CP. Los otros dos no responderán por delito alguno, pese a que es evidente que en tanto miembros de la comisión de licitación tuvieron objetivamente el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o, en todo caso, el dominio sobre la causa esencial del resultado. Por supuesto, solo el que concertó con el tercero interesado será autor, debido a que, aparte de tener alguno de los dominios que alega el profesor Shünemann, lesionó sus deberes funcionales de carácter penal de imparcialidad, transparencia y dar trato justo a los proveedores.

Finalmente, debe precisarse que los deberes duran más o van más lejos que la relación de dominio sobre la causa del resultado. Dos ejemplos citados por el

profesor Roxin (2016, pp. 321-322) grafican lo expresado: cuando una madre emprende un viaje alrededor del mundo y deja a su bebé lactante solo en su casa cerrada con llave, en caso de que el niño muriera de hambre ella será responsable de homicidio por omisión, aun cuando ya no tenía el dominio del control sobre el niño. El otro caso es el de los padres que se van al cine mientras sus hijos se quedan solos en casa. ¿Qué sucede si necesitan ayuda? ¿Quién es responsable? Lo decisivo para cualquier autoría por omisión de los padres tendría que ser el hecho de que todavía subsiste su deber de vigilancia y que ellos deben cumplir con este deber así estén lejos del dominio sobre una causa esencial del resultado. Por supuesto, el cumplimiento de estos deberes excluye de responsabilidad a los padres, mientras su incumplimiento puede fundamentar su autoría del resultado dañoso producido.

Por nuestra parte, respecto de los delitos funcionariales, podemos citar el delito de peculado culposo: la cajera (percibidora) de una empresa pública, al recibir una llamada de su casa por medio de la cual le comunicaban una emergencia ocurrida a su hijo menor, salió corriendo de su oficina dejando todo lo recaudado durante el día en el cajón de su escritorio. Al día siguiente no encontró el dinero, pues había sido sustraído. Probados así los hechos, la cajera será autora del delito de peculado culposo previsto en la última parte del artículo 387 del CP, toda vez que si bien es cierto no tenía el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, lesionó su deber funcional de dejar en la caja fuerte o entregar al tesorero lo recaudado del día. Al incumplir su deber, dio ocasión a que terceros sustrajeran los caudales estatales.

En suma, ese plus al dominio puesto en evidencia, fundamenta la autoría y es lo característico de los delitos de infracción de deber desde la posición de Roxin.

### 2.2. Los delitos de infracción de deber por competencia institucional

Por otro lado, bien sabemos que aparte de Roxin y Schünemann, el profesor Jakobs[14] también ha desarrollado la teoría de los delitos de infracción de deber, pero con contenido totalmente diferente. Para efectos del presente trabajo no se siguen los planteamientos de Jakobs, pese a que, como sostiene el profesor Caro John (2010, pp. 71, 2015, pp. 25), la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado por este autor, quien, en el marco de un pensamiento funcional-normativista del derecho penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación amplia de los delitos de infracción de deber.

14 Quien reconoce que el grupo delictivo de los delitos de infracción de deber fue desarrollado por Roxin (cfr. Jakobs, 1991, n. 119).

En efecto, esta concepción difiere de los planteamientos efectuados por Roxin en cinco puntos importantes. Primero, Jakobs extiende la categoría de los delitos de infracción de deber a los delitos comunes cuando estos son realizados por garantes: «el matar al propio hijo menor de edad implica para los padres un delito de infracción del deber, de manera que siempre habrá autoría sin analizar la existencia o medida de intervención», o «el marido que entrega los medios para que se mate a su mujer, es autor». Segundo, Jakobs restringe el círculo de los delitos de infracción de deber al ámbito de lo que él denomina las competencias institucionales. Un ejemplo de competencia institucional que fundamenta la autoría por obligaciones estatales es la actividad policial: «La policía es […] garante en la protección ante la delincuencia». «El policía que no impide la inducción a un delito […] es autor del delito». Según su teoría, los deberes de la competencia organizacional (por ejemplo, los deberes de seguridad en el tráfico), en caso de ser infringidos, no llevan sin más a la autoría: «Quien solamente es garante de que objetos peligrosos no estén al alcance de otros o que se aseguren objetos en peligro […] será por regla general únicamente un cómplice».

Tercero, la concepción normativista no reconoce como delitos de infracción de deber a aquellos en los cuales se restringe el círculo de autores solo porque al autor «le sería posible un actuar típico o de manera prácticamente relevante», o porque otra persona «es la única [...] que puede atacar un bien de una manera especialmente fácil o prácticamente relevante». Aquí se encontrarían tipos penales como los de «frustración de una ejecución forzada» o «la huida del lugar del accidente». Cuarto, para Jakobs, la lesión del deber es el fundamento penal de los delitos de infracción de deber. La equiparación de delito con lesión de bienes jurídicos fracasaría, «principalmente en los delitos con un deber especial proveniente de una competencia institucional»[15]. En quinto lugar, finalmente, solo pueden ser atribuidos los delitos de infracción de deber a aquellos que tienen competencias institucionales; los demás intervinientes en el delito responderán por un delito común o de dominio, ya sea como autores o cómplices.

Para los objetivos puntuales impuestos a este trabajo, consideramos que, de todas las diferencias, cabe comentar tres de ellas.

No resulta razonable restringir el círculo de los delitos de infracción de deber al ámbito de lo que Jakobs denomina las competencias institucionales. En efecto, para graficar su posición, Jakobs afirma que tienen competencias organizacionales, por ejemplo, «el guía de montañas que acompaña por una ruta difícil, según lo acordado, a turistas inexpertos», o el cuidador de niños, el salvavidas en la playa o el guardaespaldas contratado para protección personal. Si estos, por omisión,

15 Respecto de estas diferencias, véase Roxin, 2016, pp. 315-316.

no actúan para evitar la comisión de un delito en agravio del turista inexperto, del niño, del bañista o del protegido, respectivamente, solo podrán ser sancionados penalmente como cómplices del delito por omisión. En cambio, según Jakobs, tienen competencia institucional, por ejemplo, la policía, que es la institución garante en la protección ante la delincuencia. De modo que si el policía no impide la realización de un delito, responderá como autor del mismo (cfr. Jakobs, 1991, n. 106).

Según nuestro criterio jurídico, siguiendo la lógica de Roxin, cuando un policía no interviene frente a un hecho violento que se produce ante sus ojos, pese a que no hay dudas sobre la posición de garante del policía, es razonable y correcto que se le castigue como autor de un delito por omisión. Sin embargo, no encuentro explicación razonable según nuestro sistema jurídico de por qué el guardaespaldas o el guía de montañas, el cuidador de niños o el salvavidas que uno ha contratado, en caso de inacción, tan solo deban ser sancionados por complicidad. No se entiende esta conclusión, debido a que la relación del guardaespaldas, el guía de montañas, el cuidador de niños o el salvavidas con la persona que deben proteger, guiar, cuidar o rescatar es más cercana y estrecha que la del policía[16]. En nuestro sistema jurídico, en estos casos, el agente responde y será sancionado como autor del delito por omisión en aplicación del artículo 13 del CP.

En otro extremo, según la concepción normativa pura del derecho penal, la infracción del deber fundamenta el injusto; esto es, constituye la razón de la punición del comportamiento delictivo (cfr. Jakobs, 1991, n. 16). La razón de la imputación es la infracción del deber que trae el contenido material del injusto, pues la lesión de una institución positiva fundamenta siempre la punibilidad del autor. En suma, en la infracción del deber radica el fundamento de la imputación jurídico-penal. La infracción de deber siempre fundamenta la punibilidad (Villavicencio Terreros, 2006, p. 307). El profesor Sánchez-Vera (2003, p. 282) sostiene que una de las características de los delitos de infracción de deber es que la base de la responsabilidad es la lesión de un deber específico, al punto que existe ya un delito de infracción de deber completo —por tanto, punible— cuando, por ejemplo, «la madre facilita un arma al asesino para que mate a su hijo (de la madre), con independencia de que el asesino llegue a la consumación del hecho o al menos lo haya intentado». Según esta forma especial de concebir y explicar los delitos de infracción de deber, por ejemplo, se perfeccionará el delito de peculado previsto en el artículo 387º del CP cuando el sujeto público —infringiendo o incumpliendo su deber funcional de administrador— decide y planifica apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene relación funcional. Para efectos de la

16 En parecido sentido, véase Roxin, 2016, p. 332.

consumación y, por tanto, para la correspondiente sanción penal, es irrelevante si el sujeto público inició los actos de apropiación del bien público, objeto del delito. Esta situación, al menos en nuestra patria, no es de recibo, pues la misma construcción de la fórmula legislativa del artículo 387º, que regula el delito de peculado, exige, en primer término, que cuando menos se dé inicio a los actos de apropiación y luego se exija la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos —la calidad del sujeto activo, la relación funcional del agente con el bien objeto del delito, la sustracción o apropiación del bien jurídico protegido, el dolo, etc.— para poder sancionar el delito de peculado. La sola infracción del deber no es suficiente para configurar el peculado y, por tanto, no es suficiente para sancionar al funcionario ni siquiera en grado de tentativa. La razón de la punición de los delitos de infracción de deber tal como ocurre con los delitos de dominio o comunes es la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos (Roxin, 2016, p. 335). La infracción de deber por parte del agente constituye solo un elemento objetivo más del delito de peculado, elemento que para tener trascendencia penal debe ir acompañado de otros elementos objetivos del delito funcionarial de que se trate, de modo que la simple infracción de deber no tiene contenido penal.

Parecida postura sostiene Pariona Arana (2011, p. 73) cuando argumenta que por la manera como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro CP 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, por ejemplo, aparte de la infracción del deber se exige que el sujeto público realice una acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico determinado para completar el injusto penal. La sola infracción de un deber especial no es suficiente; se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos. La punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal, tal como lo exige el artículo IV del Título Preliminar de nuestro CP.

En los delitos de infracción del deber, así como en los delitos de dominio, la razón de su sanción o punición es al menos el inicio de la lesión o puesta en peligro de determinado bien jurídico. Las instituciones fundamentan la obligación especial de preservar los bienes jurídicos que han sido incluidos en esa relación. El obligado es autor, porque se sitúa más cerca de los bienes jurídicos —a diferencia de lo que ocurre con personas que están fuera de la vinculación de deberes—. Debido a su especial posición social, el que —pertenece a la institución tiene acceso directo a cada uno de los bienes jurídicos y puede perjudicarlos de manera

sencilla y considerable mayor que los que están situados fuera de la institución (Roxin, 2016, p. 336).

En este extremo, siguiendo lo expuesto por el profesor Caro John (2015, pp. 31-33), la postura de Sánchez-Vera tiene que ser cuestionada, debido a que ubica la lesión del deber únicamente en el nivel de lo abstracto —si se quiere, de lo formal—, mas no en el nivel de lo material, como corresponde identificar a toda conducta que reúne un significado de relevancia penal. Los delitos de infracción de deber necesitan una objetivización de la lesión acorde a la semántica del tipo penal, a la que se llega cuando se da comienzo a la realización típica. Es imposible —mantiene el citado profesor— que pueda ya hablarse de una realización típica del delito de peculado en el momento en que el tesorero dejó abierta la caja municipal para que terceros, con quienes lo ha planificado todo, se apropien de los caudales públicos a pesar de que estos todavía no han dado inicio a la tentativa. Puede darse el caso de que el funcionario agotara todo lo que le tocaba realizar dentro del plan conjunto de hurtar la caja del municipio; sin embargo, mientras no se inicie la realización típica de sustracción, la lesión no se produce en toda su plenitud penal. En concreto, el infringir o incumplir un deber especial solo tiene sentido jurídico penal cuando se traduce en una realización típica, como mínimo en el grado de una tentativa. La lesión del deber expresa su sentido únicamente en su vinculación con la realización de un tipo penal. La infracción de deber no tiene trascendencia penal si no va acompañada cuando menos con el inicio de la acción típica que describe el tipo penal de que se trate.

En suma, para tener trascendencia penal el elemento de infracción de deber debe ir acompañado de otros elementos objetivos del delito especial de que se trate, como realizar actos de inicio de la acción delictiva. Solo dando inicio a la acción criminal se pone en peligro real o potencial el bien jurídico protegido representado en deberes o principios. La simple infracción de deber no tiene contenido penal. De ahí que en el caso que propone Sánchez Vera, la madre que quiere deshacerse de su hijo y facilita el arma al asesino para que lo mate no podrá ser sancionada ni siquiera por tentativa de parricidio si el asesino no empezó realmente su compromiso criminal.

## 3. Teoría de la unidad o ruptura del título de imputación

Tampoco se sigue aquí la postura del funcionalismo normativista de Jakobs en la explicación de la autoría y participación de los delitos contra la administración pública, debido a que, según esta concepción, si un *intraneus* participa en un hecho concreto con un *extraneus* (un obligado con un no obligado), este responderá por un delito diferente al cometido por el *intraneus*. Por ejemplo, si en la sustracción

de los caudales públicos participan un sujeto público encargado de su custodia junto a un particular, el primero responderá por el delito de peculado por haber infringido su deber funcional, mientras el particular o extraño a la administración responderá por el delito de hurto, que viene a constituir un delito de dominio (García Cavero, 2014b, p. 637). Se propicia que a un solo hecho se le realice doble calificación jurídica. Esta posición tiene su fundamento jurídico en la teoría de la ruptura del título de imputación[17], según la cual solo son autores del delito especial quienes tienen competencia institucional, mientras los que no la tienen responden por otro delito de dominio o común[18]. Según esta postura doctrinaria, en el caso de los delitos especiales de infracción de deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas. La razón radica en la circunstancia que la competencia institucional —sobre la que se fundamenta el delito de infracción de deber— solamente puede atribuirse a los *intranei* al tipo. Los *extranei* no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse sobre la base del delito de infracción de deber. En consecuencia, los partícipes no podrán ser sancionados con el marco penal establecido para los delitos de infracción de un deber (García Cavero, 2014b, p. 634).

Para graficar este aspecto, el profesor Caro John, luego de afirmar que en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*, pone los siguientes casos:

> Una de las partes que redacta la sentencia que luego el Juez ejecuta, o el vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un incremento considerablemente superior al precio real, porque el alcalde corrupto así se lo ha solicitado. Tanto el vendedor de colchones como la parte del proceso que redacta la sentencia contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar *neminem laedere* (pues solo son personas), ellos solo podrán responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo con la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los

17 Para saber más sobre las diferencias entre esta teoría y la de unidad del título de imputación, así como sus consecuencias prácticas, véase Pariona Arana, 2006, pp. 760-761.

18 La teoría de Jakobs sostiene la ruptura del título de imputación, la misma que plantea que solo el funcionario o servidor público responde como autor del delito especial cometido, en tanto que los *extraneus* que participan en la comisión del mismo delito especial responden penalmente por un delito común (cfr. García Cavero, 2008b, p. 600; 2014b, p. 639).

> *extranei* en el mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el Juez y el Alcalde (obligados especiales) (Caro John, 2010, pp. 82).

Consideramos que seguir la teoría de infracción de deber desde la óptica del profesor Jakobs y, en consecuencia, aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación en el análisis e interpretación de los delitos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico general denominado «correcto funcionamiento de la administración pública» no es la forma más adecuada y eficaz, pues es cuestionable que se diferencie el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales. No es razonable que algunos participantes en la comisión de un delito de peculado o colusión, por ejemplo, respondan por el delito realmente realizado —esto es, peculado o colusión— y otros por un delito diferente pero paralelo al anterior —esto es, apropiación ilícita, hurto o estafa—. Asimismo, no resulta razonable para nuestro sistema jurídico que un solo hecho delictivo tenga doble calificación jurídica por la calidad del agente. Igual no resulta razonable que los participantes en la comisión de un delito especial propio, unos respondan por la comisión del delito especial, y otros no respondan por delito alguno, debido a que no existe ilícito penal subyacente o paralelo.

En efecto, en los delitos especiales impropios donde existe una figura delictiva paralela común o subyacente, podría explicarse esta posición aun cuando luego del debido proceso se originen sentencias contradictorias, como, por ejemplo, condenando al sujeto público y absolviendo al particular en proceso penal diferente, debido a que normativamente el bien jurídico solo existe en una estructura social de los delitos contra la administración pública (Rueda Martín, 2013, p. 149). Esto genera impunidad respecto de los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial cometido por un funcionario público[19], lo que es más evidente en los delitos especiales propios[20] sobre los que no existe delito subyacente o paralelo en nuestro catálogo penal, como por ejemplo en el prevaricato, el enriquecimiento

19 Situación que incluso es reconocida por los que sustentan esta posición, como por ejemplo el profesor García Cavero (2008b, p. 601).

20 Vale tener presente que es harto conocida la diferencia entre los delitos especiales impropios y propios. En los primeros, según la definición tradicional, 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. En cambio, en los especiales propios, la cualidad del autor fundamenta el injusto penal, por lo tanto, no existe un tipo penal común similar que pueda aplicarse al sujeto en el caso de que este no reuniera la cualidad exigida en el tipo penal especial (abuso de autoridad, prevaricado, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos) (cfr. Abanto Vásquez, 2014, p. 379).

ilícito, la malversación de fondos, el abuso de autoridad, etcétera. Aquí, para graficar, cabe citar como ejemplo el delito de prevaricato. Si un particular coopera o ayuda a un juez a redactar una sentencia evidentemente prevaricadora, su conducta quedará sin sanción, toda vez que en nuestro código penal no existe un delito común subyacente o paralelo al prevaricato que se le pueda atribuir. Su conducta sería impune[21]. Como justificación de esta situación se podría alegar que es problema del sistema jurídico el no haber previsto delito paralelo; sin embargo, no es razonable sostener tal postura, debido a que en nuestro sistema jurídico existen y se reconocen los delitos especiales propios y los delitos especiales impropios, en los cuales, por su propia naturaleza jurídica, unos no tienen delito paralelo o subyacente y otros sí lo tienen. Lo importante de la dogmática es hacer una interpretación razonable y aplicar teorías que rindan y den conclusiones razonables. Deben aplicarse teorías que expliquen y justifiquen por qué todos los participantes con capacidad de culpabilidad en la comisión de un delito especial, propio o impropio, deben merecer sanción penal.

En los inicios del sistema anticorrupción en el Perú, la teoría de la ruptura del título de imputación tuvo cabida a nivel jurisprudencial[22]. No obstante, tomando en cuenta el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de la participación de unidad del título de imputación y accesoriedad, en nuestra patria se venía imponiendo jurisprudencialmente la posición de considerar a los particulares o *extraneus* como cómplices de los sujetos públicos que cometen en calidad de autores algún delito especial[23]. Todos los que participan en la comisión de un delito especial propio o impropio responden por el mismo

21 Igual planteamiento formula el profesor Alcocer Povis (2014, p. 152).

22 Al inicio de la lucha contra la corrupción en el Perú, la posición de Jakobs, desde su enfoque institucional, tal como precisa el profesor Caro John, logró una amplia acogida en la doctrina y jurisprudencia penal nacional, especialmente en el campo de los delitos funcionariales (cfr. Caro Jhon, 2015, p. 26). Esta posición es asumida todavía en algunos pronunciamientos de las salas penales de la Corte Suprema, en cuanto a su terminología. En efecto, como ejemplo, cabe citar las ejecutorias supremas RN 636-2008-Lima del 1 de julio de 2008 y RN 954-2007-Amazonas, del 7 de marzo de 2008, donde se sostiene que el delito de colusión «no es de dominio […] 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». En parecido sentido, tenemos la sentencia casatoria del 6 de julio de 2016. Allí se sostiene que «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; y 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 solo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales» (casación 782-2015-Santa, Sala Penal Permanente).

23 Parecida impresión tiene Alcocer Povis (2014, p. 151).

delito y en un solo proceso penal. Algunos responderán en calidad de autores y otros en calidad de cómplices. Incluso, así se dejó establecido como doctrina legal vinculante en el acuerdo plenario 2-2011/CJ-116[24], donde entre otros aspectos se precisó que «los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores». Y como *obiter dicta* de la citada doctrina legal establecida en el citado acuerdo plenario, en los considerandos 11 y 12 se precisó que

> Este tipo de delitos restringe el círculo de autores, 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 del título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Esta posición sostiene lo siguiente: a) Un mismo hecho no puede ser reputado bajos dos tipos penales diferentes. b) El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia, a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que, sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber, pues el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe solo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor.

Así, por ejemplo, en nuestra patria, en los inicios del sistema anticorrupción se realizaron diversos procesos penales en los cuales el sujeto público era procesado por peculado o colusión, en tanto que a los terceros (*extraneus*) que habían participado con ellos en la comisión del delito especial y de infracción de deber funcional, se les seguía procesos penales diferentes como partícipes de los delitos

24 De fecha 6 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción). Firmado por los jueces supremos Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santamaría Murillo.

de hurto o apropiación ilícita[25]. Estos al final eran absueltos debido al argumento de que es imposible que existan cómplices de hurto, apropiación ilícita o estafa sin la existencia de un autor de estos delitos, trayendo como lógica consecuencia que muchos casos judicializados pasaran a formar parte de la cifra negra de la criminalidad.

Sin embargo, la situación cambió drásticamente cuando las salas penales de nuestra Corte Suprema comenzaron a interpretar adecuadamente los delitos funcionariales y se dio inicio a la emisión de ejecutorias supremas tomando en cuenta los principios de la accesoriedad y la unidad del título de imputación de la complicidad[26]. En efecto, la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 argumentó con toda propiedad que

> La participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26º del Código Penal[27].

De igual modo, en la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema precisó que

> En cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado[28].

En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

25 Claro está, siguiendo la posición de Jakobs, que aquí no se sigue.

26 Acerca del fundamento penal de la participación, véase Roxin, 2007, p. 483. En el mismo sentido, Gimbernat Ordeig, 1966, p. 2015.

27 Exp. 3203-2002-Lima.

28 RN 1813-2003-Lima.

Luego tenemos el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Allí se afirmó, de modo razonable, 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[29].

Otro ejemplo del cambio jurisprudencial que se realizó para sancionar actos de corrupción es la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004[30]. Aquí se consideró que

> Aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial —propio, en este caso— es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría —el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume—; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes —como todas las personas— tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe.

Un pronunciamiento más reciente donde se asume con contundencia la teoría de la unidad del título de imputación es la ejecutoria suprema del 22 de noviembre de 2012[31]. En esta ejecutoria se sostiene:

29 RN 375-2004-Ucayali. En el mismo sentido, se pronuncia la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, RN 2976-2004-Lima.

30 RN 2976-2004-Lima (San Martín Castro, 2006, p. 652).

31 Cfr. RN 2659-2011-Arequipa, Sala Penal Transitoria.

> El delito contra la administración pública cometido por funcionarios públicos contempla como autores solo al agente que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, 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 ese espacio, de ser el caso, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra, lo que no sucedió en el caso concreto […] En esta connotación subsidiaria, serán partícipes los que, sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber, el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única.

Desde nuestra perspectiva jurídica, la teoría de la unidad del título de imputación supera en muchos aspectos a la teoría de la ruptura de la imputación, llega a soluciones jurídicas más razonables y satisfactorias, y evita caer en la ficción de considerar conductas de complicidad o participación en delitos que en realidad no se han producido (cfr. Pariona Arana, 2006, p. 762). Esta postura es más convincente debido a que, en primer término, la idea rectora decisiva para la tipicidad de los delitos especiales contra la administración pública es la infracción penal de un deber de carácter penal; y, en segundo término, el partícipe *extraneus* en un delito contra la administración pública, generalmente conoce que al sujeto público le resulta más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura social (Rueda Martín, 2013, p. 148).

En resumen, tal como se pone en evidencia, la fundamentación de Jakobs de los delitos de infracción del deber es completamente diferente a la de Roxin. La lesión del deber positivo de corte institucional fundamenta, para Jakobs, la imputación jurídico-penal, y por supuesto, sustenta la teoría de la ruptura del título de imputación, mientras que para Roxin el delito de infracción de deber solo es posible en los tipos penales que tienen el elemento de cualificación personal de la autoría; por ello, el único papel que desempeña dicha teoría es el de determinar la autoría del hecho delictivo –cuestión imposible de lograr con la teoría del dominio del hecho (cfr. Caro John, 2015, p. 28)—, y por supuesto, sustentar la teoría de la unidad del título de imputación.

Ante las críticas efectuadas a la teoría de infracción de deber desde la postura del funcionalismo radical, Sánchez-Vera (2003, p. 286) ha ensayado una posición interesante pero no necesaria. Sostiene que, dentro de esta categoría, no hay sitio para una diferenciación entre delitos de infracción de deberes propios e impropios (delitos especiales propios y delitos especiales impropios, en la terminología tradicional). La punibilidad se fundamenta en la infracción del deber positivo; si,

además, el autor tiene el dominio del hecho sobre el suceso, ello es, como sabemos, irrelevante para la fundamentación de su punibilidad como autor de un delito de infracción de deber. No es correcta, por tanto, ni siquiera la afirmación de que hay un delito común subyacente en los delitos de infracción de deber impropios que han sido llevados a cabo por acción. La suposición de que el injusto —continúa el citado autor— de un delito de infracción de deber impropio sería distinto —«más débil»— que el de un delito de infracción de deber propio no calza con la teoría del delito de infracción de deber. En ambos casos, se trata, de igual manera, del incumplimiento de los deberes que impone una institución positiva.

Consideramos que el planteamiento de Sánchez-Vera no es necesario, pues por la misma construcción de las fórmulas legislativas, no podemos desconocer la existencia de los delitos especiales propios e impropios para sostener razonablemente —siguiendo a Roxin— que será autor del delito especial aquel que participó en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial de carácter penal impuesto por la ley, en tanto que responderá como cómplice aquel que también participó en la comisión del mismo delito pero sin infringir o incumplir un deber especial de carácter penal impuesto por la ley, toda vez que no tiene ese deber. La regla se aplica tanto para delitos especiales propios como impropios. En los delitos contra la administración pública, el tercero, extraño o *extraneus* que participa junto a un *intraneus* en la comisión de un peculado, por ejemplo, no tiene el deber especial de no lesionar el patrimonio del Estado, debido a que no tiene la condición especial de funcionario o servidor público que exige el tipo penal 387 del Código Penal.

En otro extremo, debemos precisar que de modo alguno se violenta el contenido del artículo 26º del CP[32] que establece que las circunstancias y cualidades que afecten las responsabilidades de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, toda vez que resulta claro que la circunstancia especial que califica a los autores de los delitos contra la administración pública —infringir un deber especial de carácter penal— de modo alguno modifica ni menos se traspasa a los *extraneus* que ayudan o auxilian

32 Como sugiere García Cavero, no se puede admitir —tal como lo proscribe el artículo 26 del CP— que las circunstancias o cualidades que afectan la responsabilidad penal de un autor cualificado se amplíen a los partícipes que no tienen una relación institucional. Precisamente, en el caso de agravantes por el abuso de la calidad de funcionario o servidor público para cometer el delito, tiene lugar una incomunicabilidad de la circunstancia agravante. Si este deber se comunicase a los partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico (García Cavero, 2008b, p. 601; 2014, p. 637). En el mismo sentido, Villa Stein, 2014, p. 394.

en la comisión de un delito especial. De ahí que se afirme en forma tajante que un particular o extraño jamás puede ser autor de un delito funcionarial, debido a que la condición de funcionario o servidor público no se le puede traspasar ni transferir. La circunstancia o cualidad de sujeto público que afecta la responsabilidad del autor no modifica la responsabilidad del partícipe del hecho punible. Solo es autor aquel que tiene las condiciones o circunstancias especiales (sujeto público) que exige el tipo penal. Aquellos que también participan en la comisión del delito, pero sin reunir aquellas condiciones o circunstancias especiales, no pueden ser autores sino simplemente responderán como cómplices del delito. La teoría de la unidad del título de imputación es coherente con tal principio, y esta es la plausible interpretación efectuada por las dos salas penales de la Corte Suprema en el acuerdo plenario 2-2011/CJ-116 ya citado.

De ahí que no es de recibo la posición asumida en la sentencia casatoria del 6 de julio de 2016[33]. Allí se argumentó, dejando de lado, sin explicación alguna, la interpretación efectuada en el acuerdo plenario 2-2011/CJ-116 citado[34], que

> […] 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 solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el desvalor 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[35].

Desde nuestra perspectiva, en los delitos especiales se criminalizan conductas que solo ciertos sujetos pueden desplegar como autores. Si lo que permite sancionar es la condición particular del agente como sujeto público, todo aquel que no tenga tal condición escapa al radio punitivo de la norma en su calidad de autor, y solo podrá constituirse en cómplice si se llega a acreditar que también participó en la comisión del delito especial de que se trate. Este razonamiento de modo alguno

33 Casación 782-2015-Santa, Sala Penal Permanente.

34 Y se necesitaba la explicación del cambio de postura, toda vez que esta última casación fue firmada por los jueces supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana y Neyra Flores, firmantes del acuerdo plenario 2-2011/CJ-116.

35 Parecida posición adoptó la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016. RN 615-2015-Lima (caso «Diarios Chicha»).

lesiona el principio de legalidad, por el contrario, lo consolida y lo que es más importante, se evita dejar en la impunidad conductas delictivas graves[36].

## 4. El artículo 25 del CP modificado por el decreto legislativo 1351

Haciendo uso del otorgamiento de facultades legislativas del Congreso al Poder Ejecutivo, se promulgó el decreto legislativo 1351[37], que, según entiendo, supera la discusión dogmática y jurisprudencial que se generó en nuestra patria por la ausencia de una norma expresa que recogiera algún planteamiento de la teoría de infracción de deber en nuestro código penal. En efecto, luego de la modificatoria, el artículo 25 del código penal tiene el siguiente texto:

> 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.

36 Como aparentemente sucedió en el caso judicial objeto de la sentencia casatoria de fecha 6 de julio de 2016. En efecto, allí los hechos se resumen en lo siguiente: «Se imputa a la señora Amelia Victoria, que, en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010 haberse enriquecido valiéndose de una relación o núcleo familiar y en la cuenta de su presunto esposo en la cantidad de S/. 1'028,703.44 nuevos soles, que se tiene la prueba de las cuentas del señor Wilmer Agapito […] para ocultar la sociedad económica que mantenían y que no pudieron ocultar el dinero que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias, cuando la imputada ejercía el cargo de regidora y después de alcaldesa». Utilizando la teoría de la ruptura del título de la imputación, la Sala Permanente casó la sentencia condenatoria y, actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo, revocaron la sentencia condenatoria, y reformándola absolvieron a los procesados por el delito de enriquecimiento ilícito (cfr. casación 782-2015-Santa, Sala Penal Permanente). También sucedió en el caso denominado «Diarios chicha», en el cual los hechos se resumen en lo siguiente: «Alberto Fujimori Fujimori, en su condición de Presidente de la República, ordenó entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional-SIN por un monto de S/. 122'000,000 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de "gastos reservados", que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados "diarios chicha", para su campaña de reelección presidencial del periodo 2000-2005, con lo que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios politicos». Invocando la teoría de infracción de deber del funcionalismo radical, la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte declaró nula la sentencia condenatoria y, reformándola, absolvió al acusado de los graves hechos imputados.

37 Publicado en *El Peruano* el 7 de enero de 2017.

> 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.

De la fórmula legislativa modificada se ponen en evidencia dos cuestiones fundamentales. Primero, que los dos primeros párrafos del artículo 25 tienen sustento en la teoría del dominio del hecho que diferencia entre complicidad primaria y complicidad secundaria, dependiendo de la magnitud de la cooperación, asistencia o auxilio doloso del cómplice en la realización del hecho punible. Si la cooperación dolosa es indispensable para la comisión del hecho punible, estaremos ante una complicidad primaria; en tanto, si la cooperación dolosa no es importante o es dispensable, estaremos ante una complicidad secundaria. En el primer supuesto se mantiene la arbitrariedad de establecer que el cómplice será sancionado con la misma pena prevista para el autor; en cambio, en el segundo, el juez disminuirá prudencialmente la pena del cómplice. Sostenemos que es arbitrario que a un cómplice primario se le reprima con la misma pena prevista para el autor, toda vez que la conducta del autor, quien domina el hecho delictivo, es más reprochable penalmente puesto que el cómplice solo se limitó a auxiliar o prestar una cooperación temporal en la realización del hecho punible. En suma, en estos aspectos no ha habido cambio legislativo alguno.

Segundo, la cuestión significativa que se ha producido es la introducción del último párrafo del artículo 25 del CP. 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 concurran en él[38]. 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. Legislativamente, luego de la entrada en vigencia del decreto legislativo 1351, se ha descartado la teoría de la ruptura del título de imputación en nuestro sistema jurídico.

Asimismo, al preverse 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 concurran en él, significa que así en el cómplice

38 El antecedente legislativo de la modificación, al parecer, fue el proyecto de código penal ingresado al área de trámite documentario del Congreso de la República el 29 de enero de 2015. En este documento legislativo encontramos el artículo 31.2º, que establece: «Es reprimido a título de partícipe la persona que interviene en el hecho punible y en quien no concurren las circunstancias y cualidades que se exigen para el autor».

no concurran los elementos especiales que fundamentan la penalidad del autor, igual responderá por el delito cometido[39]. Se entiende que en la mayoría de los delitos contra la administración pública los elementos especiales que fundamentan la penalidad del autor son que este debe tener la calidad de funcionario o servidor público y, además, un deber funcional de carácter penal respecto del bien jurídico que se pretende proteger. Elementos especiales que, por ejemplo, no tiene un extraño o ajeno a la administración pública o, en su caso, un funcionario o servidor público que no tiene un deber funcional específico, no obstante —según la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin—, si se verifica que también participaron en la comisión del delito junto al autor, responderán penalmente por ese delito pero en calidad de cómplices. Sin duda, en este aspecto la teoría de infracción de deber de Roxin resulta el sustento de la modificatoria producida al artículo 25 del Código Penal.

Sin embargo, el legislador nada ha indicado 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. La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice[40] que no infringió deber especial de carácter penal alguno. Esta solución jurídica no es nada nueva, pues en el derecho comparado encontramos que en el derecho penal alemán se contempla una regla específica para estos casos, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente (cfr. García Cavero, 2008b, p. 603; Abanto Vásquez, 2014, p. 405)[41].

Además, siempre se ha sostenido, y ahora se consolida, que la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80° del

39 Igual enseña Prado Saldarriaga, 2017b, p. 188.

40 Esta tendencia incluso es la predominante en España. Al respecto, véase Rueda Martín, 2013, p. 152.

41 Incluso el profesor Abanto Vásquez propone en forma coherente la fórmula siguiente: «Si en el partícipe no concurrieran especiales elementos personales que fundamenten, modifiquen o exoneren la punibilidad del autor, el marco penal que se emplee para él se atenuará conforme […] (regulación específica de las atenuaciones legales)».

código penal solo alcanza a los autores o *intranei* y no a los partícipes o *extranei*. Resulta claro que al *extraneus*, al participar en la comisión de un delito contra la administración pública sin lesionar o infringir un deber especial de carácter penal —como sí lo hace el autor—, no le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80º del código penal que desarrolla el contenido del último párrafo del artículo 41° de la constitución política vigente. En efecto, la última parte del artículo 80° del CP[42] establece que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción de la acción penal se duplica. Por lo tanto, solo a los autores de los delitos que lesionan el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este les alcanza la dúplica de la acción penal.

Esta posición, en la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, ha quedado establecida hasta en dos acuerdos plenarios. Así tenemos el acuerdo plenario 01-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 (problemas actuales de la prescripción), donde se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente:

> El ataque contra el patrimonio público es ejecutado por un sujeto público al que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquel. Esto implica un mayor desvalor de la acción, complementado con el desvalor del resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

Se incrementa el plazo de la prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al Ministerio Público un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune. De modo que para que se produzca el incremento del plazo de la prescripción se requiere que:

42 Modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30077, del 20 agosto de 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2014, cuyo texto es el siguiente: «En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica».

1. Exista una relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado.
2. El vínculo del sujeto público y el patrimonio implique que aquel ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre el patrimonio del Estado; y
3. Una orden administrativa sirva como fuente de atribución, y por lo tanto sea posible que a través de una disposición verbal se pueda transferir o delegar el ejercicio de funciones de administración, percepción o custodia.

Los bienes sobre los cuales recae la acción pueden ser:

1. Íntegramente del Estado.
2. Bienes de sociedades de economía mixta.
3. Bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico válido.

En tanto que en el acuerdo plenario 2-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción), al exponer que resultaba necesario determinar si la duración de la prescripción varía según se trate propiamente del autor (*intranei*) o, en su caso, del partícipe, inductor o cómplice (*extraneus*), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación, el código penal, al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80º CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. De tal modo, la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la administración pública. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los *extranei* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores.

## 5. La teoría de infracción de deber no admite la coautoría

Otro aspecto no menos importante de la teoría de la infracción de deber es el hecho de que no admite la coautoría[43] definida en el artículo 24° de nuestro código penal como el hecho de cometer conjuntamente el hecho punible. Esto es, existe coautoría cuando dos o más personas cometen conjuntamente un delito. Ocurre cuando dos o más personas con acuerdo de voluntades lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido. La coautoría también es hija de la teoría del dominio del hecho (cfr. García Cavero, 2008b, p. 574), que explica la autoría y participación en los delitos comunes. La coautoría se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles para la lesión al bien jurídico protegido, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención[44]. Por ejemplo, hay coautoría en un delito de robo cuando dos o más personas se ponen de acuerdo y se reparten roles específicos para lesionar el bien jurídico patrimonio de la víctima. Igual puede ocurrir en un homicidio, hay coautoría cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en poner fin al derecho a la vida de la víctima y luego para conseguir su objetivo se reparten roles específicos. En suma, ello ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos se representan en derechos de las personas.

Sin embargo, ello no ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos están constituidos por deberes impuestos por la ley penal a determinadas personas. Por ejemplo, el deber de lealtad, el deber de imparcialidad, el deber de no lesividad del patrimonio del Estado, etcétera, son deberes personalísimos que impone el Estado a aquellas personas que desempeñan un cargo público al interior de la administración pública. Son deberes personales que se conocen también como principios que sustentan la administración pública y no pueden dividirse ni compartirse (cfr. Salinas Siccha, 2013, p. 368; 2016a, pp. 275-318), pues son deberes personalísimos. El término de coautoría presupone una relación de dominio que en realidad no existe, pues el deber tiene un carácter personalísimo cuyo cumplimiento o incumplimiento incumbe solamente al obligado, y cuando el obligado infringe su deber (por omisión o comisión) siempre lo habrá ejecutado él mismo y directamente (Sánchez-Vera, 2003; Abanto Vásquez, 2014, p. 389).

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraer el patrimonio de la institución sobre la cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios

43 Sin embargo, en los orígenes de la teoría Roxin sí lo admitía (véase Roxin, 2000, p. 388).

44 Ejecutoria suprema del 18 de octubre de 1999, RN 3429-99-Callao.

afecta su deber personal de no lesionar el patrimonio público. Cada funcionario en forma personal lesionará o infringirá el deber especial penal impuesto por el Estado. Cada funcionario será solo autor del delito de peculado. Es imposible sostener que dos o más funcionarios se ponen de acuerdo y luego se reparten roles para infringir un deber especial. No hay forma de sostener que el funcionario «A» lesiona una parte de un deber especial, el funcionario «B» la otra parte del mismo deber, y el funcionario «C» la otra parte del mismo deber especial. Los deberes especiales impuestos por la ley materialmente no pueden dividirse. En suma, la infracción del deber especial penal es único, materialmente la infracción de un principio no se hace en coautoría (cfr. Salinas Siccha, 2016b).

De modo que no es de recibo el criterio jurisprudencial expresado en la ejecutoria suprema del 18 de octubre de 2010[45] y vuelto a repetir en la ejecutoria suprema del 3 de noviembre de 2010[46], cuando se sostiene que «en los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; b) una división de funciones; y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello». Aquí, erróneamente, se utilizan los parámetros de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la coautoría para identificar la autoría y participación en un delito especial como el peculado, el mismo que, como ya se expresó, se explica razonablemente con la teoría de infracción del deber. Es más, se señala que debe haber un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, cuando bien sabido es que el bien jurídico que se protege con el delito de peculado no son los bienes o el patrimonio del Estado, sino lo que se pretende proteger es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado como, incluso se ha precisado de modo razonable como doctrina legal vinculante en el acuerdo plenario 4-2005/CJ-116[47].

## 6. Complicidad única

Para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la administración pública que comete un sujeto público con deber especial penal, será simplemente cómplice. Según la teoría de infracción del deber, la complicidad también es única.

45 Véase RN 3181-2009-Lima, Sala Penal Permanente.

46 Véase RN 1320-2009-Huánuco, Sala Penal Permanente.

47 Incluso la misma Sala Penal Permanente en la ejecutoria suprema del 2 de julio de 2010 tiene claro tal aspecto. Véase RN 1594-2009-Puno.

La diferencia entre complicidad primaria o secundaria es hija 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. De modo que en los delitos especiales de infracción del deber no es de aplicación lo dispuesto en los dos primeros párrafos del modificado artículo 25° del CP, que establece que al cómplice primario se le impone la misma pena que el autor, y al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena. No debe obviarse que estos supuestos tienen como fundamento la teoría del dominio del hecho.

Aplicando el texto original del artículo 25 del CP, la Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte no tenía claro este aspecto, pues para resolver los casos concretos de delitos de infracción de deber invocaba y aplicaba la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice[48]. En efecto, en la ejecutoria suprema del 6 de mayo de 2013[49] argumentó que «su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial. De ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por lo tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria».

No obstante, luego de la modificación producida en el artículo 25 del CP, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, al pronunciarse sobre el delito especial de negociación incompatible, invocando una sentencia de 2005 del TC[50] insiste en sostener que nuestro sistema jurídico penal acoge las teorías restrictivas para determinar la autoría y participación en un hecho delictivo y que para ello sirve la teoría del dominio del hecho[51].

En suma, la teoría del dominio del hecho, que ya hemos señalado, sirve para determinar quién es autor y quién es cómplice en los delitos de dominio o

48 Pero la razón de tal forma de proceder tiene su origen en el hecho de que, según da cuenta el profesor Abanto Vásquez, «la mayoría de los autores aplican, de distinta manera, los principios de la teoría del dominio del hecho también en los delitos especiales» (Vásquez, 2014, p. 380).

49 RN 546-2012-Lima.

50 STC1805-2005-HC/TC- Lima, Caso Cáceda Pedemonte. Se precisa que la invocación al precedente del TC es inadecuada. En efecto, el TC emitió la citada sentencia en un proceso constitucional planteado por el beneficiario Cáceda Pedemonte, a quien se le seguía un proceso por el delito de asociación ilícita para delinquir, un delito común o de dominio. En consecuencia, es coherente que el TC haya declarado que para saber quién es autor y quién es cómplice en el delito de dominio (asociación ilícita para delinquir) sirve la teoría de dominio del hecho. Diferente naturaleza tiene el delito objeto de pronunciamiento de la Sala Penal Suprema, como es el delito especial de negociación incompatible.

51 Cfr. fundamento 4.57 de la casación 23-2016-Ica, de fecha 16 de mayo de 2017. Incluso en el fundamento 4.58 se hace un resumen de lo que sostiene la teoría del dominio del hecho.

comunes, así como en el delito especial de negociación incompatible. Se obvió sin miramientos la teoría de infracción de deber, que ya nadie cuestiona en lo central, así como la modificación del contenido del artículo 25 del CP, producida en enero de 2017.

Consideramos que con la modificatoria producida en el artículo 25 del CP por el decreto legislativo 1351 se ha impuesto la teoría de infracción del deber desde la óptica de Roxin, y, por tanto, debemos hablar de complicidad única. Solo queda esperar que se vaya imponiendo a nivel jurisprudencial.

El Ministerio Público, tal como actualmente es conocido en el derecho continental europeo y en América Latina, es resultado de una larga evolución, en estrecha relación con la consolidación de la defensa pública de la legalidad y el tránsito de la acción popular, relacionada con el modelo acusatorio puro o clásico, al procedimiento de oficio.