

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA: LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA.

POR. RAMIRO SALINAS SICCHA¹

1. AUTORES Y PARTÍCIPES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Aspecto problemático de los delitos contra la administración pública lo constituye saber o identificar quienes son autores, coautores o cómplices en la comisión de un delito.

Es lugar común en la doctrina sostener que solo es autor aquel que realiza por propia mano o por medio de otro todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal, es decir, aquel que tiene el dominio del hecho. En tanto que se consideran coautores a aquellos que cometen conjuntamente el delito. La coautoría exige tres requisitos: “Decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer”².

La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Mientras que la participación secundaria se configura cuando el partícipe de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito.

¹ JUEZ SUPERIOR TITULAR DE LIMA. INTEGRANTE DE LA SALA PENAL NACIONAL.

² Ejecutoria Suprema del 6 de mayo de 1999, Exp. Nº 1199-99-Cañete.

La participación también está prevista en el artículo 24^o del Código Penal que prevé la instigación, y que se configura cuando el agente dolosamente determina a otro a realizar un delito.

Todo lo señalado es desde la postura de la teoría del dominio del hecho³ al cual se adhiere nuestro Código Penal respecto a la autoría y participación. No obstante, los delitos especiales como lo constituyen los delitos contra la administración pública, de modo alguno sirve la teoría del dominio del hecho para identificar al autor y al cómplice. Más bien, para los delitos especiales, tenemos la teoría de infracción de deber. Según esta postura, autor es quien tiene un deber especial penal impuesto por la ley penal y lo infringe, y partícipe es quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial penal.

En principio, en los delitos contra la administración pública no cualquier persona puede ser autor. Para ser autor de esta clase de delitos se necesita tener, tal como lo exige el tipo penal, la condición de funcionario o servidor público, e incluso en ciertos delitos además de tal condición, se necesita tener una relación funcional especial con el objeto del delito al interior de la administración pública. Si en un caso concreto la persona que ha cometido un acto, por ejemplo defraudatorio para el Estado, no tiene la condición de funcionario o servidor público, no podrá serle atribuido un delito contra la administración pública. De igual modo, si se exige la concurrencia de una relación funcional específica a cualquier funcionario o servidor público, no podrá serle atribuida la comisión del delito de que se trate, por ejemplo el delito de colusión o peculado.

En tal sentido, podemos formularnos las siguientes preguntas:

1. ¿qué sucede con los particulares que comenten el delito a pedido o sugerencia del sujeto público obligado?,
2. ¿qué sucede con los particulares que participan junto a un sujeto obligado en la comisión de un delito en perjuicio del Estado?, o

³ Por todos: Roxin, Claus, La teoría del delito en la discusión actual, traducido por Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007, p. 470.

3. ¿qué sucede con el particular que dolosamente determina al sujeto público obligado a cometer un delito contra la administración pública?, o
4. ¿qué sucede con el particular que coopera o ayuda al sujeto público obligado en la comisión del delito en agravio del Estado?
5. ¿qué sucede con los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado y además, tiene relación funcional en la comisión de un hecho punible en agravio del Estado?

La primera pregunta, si respondemos con la teoría del dominio del hecho, seguramente llegaremos al absurdo de afirmar que los particulares serían autores directos y los sujetos obligados autores mediatos o instigadores. Resulta absurda esta respuesta debido que los particulares al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores de un delito especial. Respecto de la segunda pregunta, si respondemos bajo los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que los particulares serían coautores de los sujetos obligados. Sin embargo, tal respuesta no puede aceptarse debido que los particulares al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser coautores de un delito especial.

Asimismo, al responder la tercera pregunta utilizando la teoría del dominio del hecho, llegaríamos a decir que los particulares o extraños a la administración pública, sería autores mediatos o instigadores del delito cometido. No obstante, tal respuesta aparece como absurda, pues el particular al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, no pueden ser autores mediatos. Al responder la pregunta cuarta, si utilizamos los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que el particular que coopera o ayuda al funcionario o servidor público sería cómplice primario o secundario, según el apoyo que haya proporcionado al autor en la comisión del delito. Sin embargo, como luego

analizares, aquí se trata de sólo cómplices. No puede diferenciarse entre primario o secundario.

Finalmente, al responder la pregunta quinta con la teoría del dominio del hecho, los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado serían coautores. Sin embargo, tal respuesta no es correcta, pues los funcionarios o servidores públicos que no tienen el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores del delito especial y menos coautores.

En la jurisprudencia nacional, se viene aceptando en forma pacífica, que las interrogantes planteadas y otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la administración pública son razonablemente respondidas por la teoría de infracción de deber formulada también por Claus Roxin por vez primera en 1963, cuyos planteamientos pasamos a analizar.

2. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En los delitos especiales como lo constituyen la mayor parte de los delitos contra la administración pública, se tiene como criterio para la determinación o delimitación de la autoría y participación, la teoría de los delitos de infracción de deber formulada desde la óptica de Claus Roxin⁴.

Como ya se explico, para diferenciar a la teoría del dominio del hecho con la teoría de infracción del deber, resulta necesario afirmar que según la teoría del dominio del hecho, es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. En cambio, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción del deber”. Ejemplo de ellos son la mayoría de delitos que se tipifican

⁴ De entrada debe quedar claro que aquí no se sigue la teoría de los delitos de infracción de deber según la explicación y desarrollo dogmático del profesor Günther Jakobs, por las razones que luego explicaremos.

en nuestro Código Penal con el título de “delitos contra la administración pública”, en los cuales *autor* es aquel sujeto que ha infringido un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será quien lesione el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. “Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado”⁵.

Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un “deber especial de carácter penal” que no recae en todas las personas, sino en aquellos sujetos calificados que pueden cometer estos delitos. De modo que el fundamento no es el deber general que surge del tipo penal, cuya infracción provoca la sanción prevista en el tipo. En consecuencia, en los delitos contra la administración pública, los sujetos públicos tienen deberes especiales como por ejemplo el deber de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto funcionamiento de la administración pública.

Se entiende por delitos de infracción de deber a aquellos en los cuales la figura central (autor) de evento criminal se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal⁶. Autor será quien infringe el deber especial penal, y participe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial.

Según los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber, el hombre de atrás *intraneus* es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante extraño es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría⁷. De ello, se concluye que el *intraneus* es

⁵ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, parte general*, T. I, Editorial civitas, Madrid, 1997, p. 338; también en Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, 6ta. edición traducido por Cuello-Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 383- 385. De igual modo, ROXIN citado por PARIONA ARANA, ob. Cit., 2011, p. 72.

⁶ PARIONA ARANA, ob.cit., 2011, p. 79.

⁷ 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

autor mediato, puesto que lo que hace es realizar la acción típica “a través de otro”, infringiendo personalmente su deber especial. 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 y, por lo tanto, no puede lesionarlo⁸. Sin duda, esta teoría contribuye decisivamente en la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos tipos penales que presuponen deberes especiales de carácter penal⁹. La aplicación de esta teoría resuelve razonablemente los vacíos a los que llegaban las teorías que se basaban en el dominio del hecho en el tratamiento de estos casos¹⁰.

Aquí no se sigue la teoría de los delitos de infracción de deber en la vertiente de Jakobs, pese a que como sostiene el profesor Caro John¹¹ 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 sistema del Derecho Penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación amplia de los delitos de infracción de deber. Bajo esta concepción normativa pura del derecho penal, se enseña que la infracción del deber fundamenta el injusto, esto es, constituye la razón de la punición del comportamiento. Para esta forma de explicar el derecho penal, la razón de la imputación es la infracción del deber, la que trae consigo 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 radicaría el fundamento de la imputación jurídico-penal. La infracción del deber siempre fundamenta la

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”. Ob. cit., 2010, p. 87).

⁸ PARIONA ARANA, ob. Cit., 2011, p. 71.

⁹ Para los interesados en hacer siempre derecho penal comparado, se les indica que esta teoría de la infracción del deber sustentada por Roxín es dominante en la jurisprudencia penal española. Allí se ha establecido que los extranei sólo pueden ser partícipes (cooperadores necesarios, cómplices e inductores). Véase: Feijoo Sánchez, Bernardo, ob. Cit., 2013, p. 29.

¹⁰ Cfr. Pariona Arana, Participación en los delitos especiales, en el libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrea, Ara editores, Lima, 2006, p. 770.

¹¹ CARO JOHN, ob. cit., 2010, p. 71.

punibilidad¹². Según esta forma de explicar el derecho penal, por ejemplo, se perfeccionará el delito de peculado previsto en el artículo 387º del Código penal, si el sujeto público infringiendo su deber funcional de administrador se dispone a apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene relación funcional. Para esta teoría sería irrelevante penalmente si el sujeto público llega realmente a apropiarse del bien público. Situación que al menos en nuestra patria, no es de recibo, pues como veremos, la misma construcción de la fórmula legislativa del 387º exige la concurrencia de otros elementos objetivos para la consumación del delito de peculado. De modo que la sola infracción del deber no es suficiente para sancionar penalmente la conducta de peculado.

En tal línea del razonamiento, no se sigue esta postura, pues como lo sostiene Pariona Arana¹³, por la forma como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro Código penal en su parte especial, no es posible sostener al menos en el Perú, que la sola infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico-penal. Según las fórmulas legislativas 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. De modo que 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 Código Penal.

En otro extremo, no sigue también 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 en un

¹² VILLAVICENCIO TERREROS, citando a Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Derecho Penal, parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 307.

¹³ PARIONA ARANA, ob. Cit., 2011, p. 73.

hecho concreto participa un *extraneus*, este responderá por un delito diferente al cometido por el *intraneus*. Por ejemplo, si en la sustracción de los caudales públicos participan el sujeto público encargado de su custodia junto a un particular, para esta concepción, el primero responderá por el delito de peculado por haber infringido su deber funcional, en cambio, el particular extraño, responderá por el delito de hurto que viene a constituir un delito de dominio¹⁴. Un mismo hecho tendría doble calificación jurídica. En efecto, según esta concepción en el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas y por tanto no sigue, en principio, la teoría de la unidad del título de imputación, sino por el contrario, sigue la teoría de la ruptura del título de imputación¹⁵. La razón del cambio de criterio radica en la circunstancia que la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un 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 con base en el delito de infracción de un deber. En consecuencia, el partícipe no podrá ser sancionado con el marco penal establecido para el delito de infracción de un deber¹⁶.

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 la 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

¹⁴ Véase, García Cavero, Responsabilidad penal del partícipe Extraneus, en los delitos especiales cometidos por funcionario públicos, en Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la administración pública, (coordinadora Castañeda Otsu, Susana), Jurista Editores, Lima, 2014, p. 637.

¹⁵ Para saber la diferencias entre una y otra teoría, así como sus consecuencias prácticas véase: Pariona Arana, Participación en los delitos especiales, ob. Cit., Lima, 2006, pp. 760-761.

¹⁶ García Cavero, citando a Heiko Lesch, ob.cit., 2014, p. 634.

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 laede* (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 *extranei* en el mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el Juez y el Alcalde (obligados especiales)¹⁷.

Esta forma de enfrentar el delito que lesiona o pone en peligro el bien jurídico general denominado correcto funcionamiento de la administración pública, no es de lo más adecuado y eficaz. Genera impunidad respecto de los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial cometido por un funcionario público¹⁸. Esto es más evidente en los delitos especiales propios donde no hay delito subyacente como por ejemplo en el prevaricato. Aquí si un particular ayuda a un juez a cometer el citado delito, su conducta quedaría sin sanción. Su conducta sería impune.

Por tal razón, como ya hemos indicado, en el Perú ha sido superada luego que a inicios del siglo XXI, con el derrumbe de la cúpula política que gobernó el país desde 1990 hasta el 2000, se procesaron múltiples casos por la comisión de múltiples delitos contra la administración pública.

Jurisprudencialmente se ha impuesto en nuestra patria, la posición de considerar que por el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de la participación de unidad del título de imputación¹⁹ y accesoriedad,

¹⁷ CARO JOHN, ob. Cit., 2010, p. 82.

¹⁸ Situación que incluso es reconocida por los que sustentan esta posición como por ejemplo el profesor García Caverro, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Grijley, Lima, 2008, p. 601.

¹⁹ En cambio la teoría de Jakobs sostiene la ruptura del título de imputación, la misma que sostiene 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 Caverro, ob.cit., 2008, p. 600; también ob.cit., 2014, p. 639.

los particulares o *extraneus* responden por la comisión del delito especial cometido por el sujeto público autor, pero como cómplices. Incluso, así se ha previsto como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116²⁰. En efecto aquí 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”.

Nuestro Código Penal asume la tesis de la accesoriedad de la participación de lo cual se deriva que toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia (tesis de la unidad de imputación)²¹. Aceptar que los actos de complicidad de los particulares asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la ruptura de la imputación) implicaría hacer una doble tipificación sobre la base de un solo hecho y, por lo tanto, doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone plantear un concurso de tipos penales (especial y común) que satisfaga la tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado, situación que, de aceptarse, dejaría en la impunidad muchos actos de participación.

Así por ejemplo, en nuestra patria, en los inicios del sistema anticorrupción, se tuvo diversos procesos penales en los cuales, el sujeto público era procesado por peculado o colusión, en tanto que los terceros (*extraneus*) que habían participado con ellos en la comisión del mismo delito especial y de infracción de deber funcional, se les seguía procesos penales diferentes como partícipes de los delitos de hurto o apropiación ilícita²², los mismos que al final eran absueltos debido al uso del argumento siguiente: es imposible que existan partícipes de hurto, apropiación ilícita o estafa sin la existencia de un autor de estos delitos,

²⁰ De fecha 06 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción).

²¹ ROJAS VARGAS. *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2002, p. 76.

²² Claro está siguiendo la posición de Jakobs que aquí no seguimos.

trayendo como lógica consecuencia que muchos casos pasaran a engrosar las cifras de la impunidad.

Sin embargo, la situación cambio drásticamente cuando nuestra Corte Suprema comenzó a emitir ejecutorias supremas sobre la base de los principios de la accesoriedad y la unidad del título de imputación de la complicidad²³. 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 26° del Código Penal”²⁴.

De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, de 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”²⁵. En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

Luego tenemos el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Aquí, la ejecutoria suprema sostuvo “Que, el Código Penal respecto a la

²³ Acerca del fundamento penal de la participación, véase ROXIN, Claus, ob. Cit., 2007, p. 483.

²⁴ Exp. N° 3203-2002-Lima (SALAZAR SÁNCHEZ, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 231).

²⁵ R.N. N° 1813-2003-Lima.

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”²⁶.

Finalmente, como ejemplo del cambio jurisprudencial que se produjo en la lucha contra los actos de corrupción, tenemos la Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre de 2004²⁷. En efecto allí se expone 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; que 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”.

²⁶ R.N. Nº 375-2004-Ucayali (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 6, Grijley, Lima, 2005, p. 545). En el mismo sentido se pronuncia la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, R.N. Nº 2976-2004-Lima, en la misma revista jurídica, p. 548.

²⁷ R.N. Nº 2976-2004-Lima (SAN MARTÍN CASTRO, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 652). También en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 6, Lima, 2005, p. 546.

Lo cierto es que la teoría de la unidad del título de imputación supera en muchos aspectos a la teoría de la ruptura de la imputación y llega a soluciones jurídicas más satisfactorias, y evita caer en la ficción de considerar conductas de complicidad o participación en delitos que en realidad no se han producido²⁸.

Antes de concluir con este tema, es de precisar que de modo alguno se violenta el contenido del artículo 26 del CP²⁹ 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 circunstancias especial que califica a los autores de los delitos contra la administración pública, cual es infringir un deber especial de carácter penal, de modo alguno modifica ni menos se traspasa a los extraneus que ayudan o auxilian en la comisión de un delito especial. Por ello se afirma y se sostiene en la doctrina jurisprudencial peruana que en estos casos, la pena del partícipe siempre será menor a la del autor e incluso se sostiene, que la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80° del Código Penal sólo alcanza a los autores o intranei y no a los partícipes o extranei. Además, se debe tener claro que el artículo 26° del Código Penal no puede ser empleado para determinar el tipo penal de la parte especial aplicable al caso concreto, esto es, no puede utilizarse para asignar el título de imputación del agente. Es solo una regla general que asegura o busca un marco penal justo, para aquellos casos donde de la aplicación de los tipos de la parte especial y los dispositivos de la participación pudiere resultar penas desproporcionadas³⁰.

²⁸ Cfr. Pariona Arana, Participación en los delitos especiales, ob.cit., 2006, p. 762.

²⁹ Como sugiere García Caveró, al señalar que no se puede admitir tal como lo proscribió 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. Ob. Cit. 2008, p. 601; también: Ob.cit., 2014, p. 637.

³⁰ Cfr. Pariona Arana siguiendo a Schunemann, Participación en los delitos especiales, ob. Cit., 2006, p. 768.

Como es de advertirse en los delitos contra la administración pública, no todos son especiales. Existen también delitos comunes como por ejemplo el delito de tráfico de influencias. Es obvio, que cuando se trata de delitos comunes la teoría del dominio del hecho debe ser utilizada para identificar o determinar quién es autor y quién es partícipe del delito.

3. COMPLICIDAD UNICA. 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 es única.

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 no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 25° del Código penal que establece que a 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 tal artículo tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho.

La siguiente pregunta se impone: ¿cuál es la pena que se impone en consecuencia al cómplice en los delitos de infracción del deber? El hecho que las reglas generales de la autoría y participación actualmente existentes en nuestro sistema penal, no resultan suficientes para fundamentar de manera general el castigo de un partícipe en un delito especial de infracción de un deber, de modo alguno podemos aceptar y consentir pacíficamente que se siga aplicando las reglas de la teoría del dominio del hecho para aplicar la sanción correspondiente al cómplice. Más bien debe propiciarse que el juez al momento de aplicar la pena al cómplice de un delito contra la administración pública, jamás debe imponer una pena igual o mayor a la impuesta al autor del delito. La pena para el cómplice será siempre menor a la del autor. El fundamento es que la conducta del autor al haber cometido el delito infringiendo un deber especial penal, es más reprochable que la

conducta desarrollada por aquel que no infringió deber especial alguno. La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice³¹.

En el Proyecto de Código Penal de 2009, cuya parte general está aprobada y publicada por el Congreso de la República, y donde ya se toma en cuenta la teoría de infracción del deber para establecer la autoría y participación en los delitos especiales, encontramos el artículo 26° donde se establece que: “si en el partícipe no concurren los especiales elementos personales que fundamenten, agraven, disminuyen o excluyan la punibilidad, se atenuará la pena para él conforme al artículo 45 del Código Penal”.

Esto significa que si en el cómplice no concurre el deber especial penal que si concurre en el autor, el juez atenuará la pena para el cómplice conforme a los parámetros del artículo 45 del Código Penal. En conclusión, 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.

Esta solución jurídica no es nada nueva, pues haciendo 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 especialmente³².

La Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte aun no tiene claro este aspecto, pues para resolver los casos concretos de delitos de infracción del deber todavía viene aplicando la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice. En efecto en la Ejecutoria Suprema del 06 de mayo de

³¹ Esta tendencia incluso es la predominante en España, al respecto véase: Rueda Martín, Ángeles, reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública, en *Delitos contra la administración pública* (Francisco Heydegger- coordinador) Idemsa, 2013, p. 152.

³² Cfr. García Cavero, Ob.cit., 2008, p. 603.

2013³³, argumentó que “su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el Jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria”. Considero que si el Juez se decide por aplicar la teoría de infracción del deber debe hacerlo en toda su magnitud. No podemos seguir mezclando las teorías penales.

4. LA DUPLICA DE LA PRESCRIPCION. ¿Al *extraneus* le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código Penal? En la línea interpretativa que se viene exponiendo, resulta claro que el *extraneus*, al participar en la comisión de un delito contra la administración pública, sin lesionar o infringir un deber especial de carácter penal como si lo hace el autor, no le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código penal que desarrolla el contenido de el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política vigente. En efecto, la última parte del artículo 80° del CP, establece que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción de la acción penal se duplica. Significa que sólo a los autores de los delitos que lesionan el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, 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 N°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

³³

R.N. N° 546-2012-Lima.

desvalor del resultado derivado de la específica función de protección que tiene esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tiene 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: 1.- Exista una relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado. 2.- El vínculo del sujeto público y el patrimonio implica que aquel ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre el patrimonio del Estado, y 3.- Como fuente de atribución sirve una orden administrativa, y por tanto es 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 N° 2-2011/CJ-116 del 06 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción), al exponer que resultaba necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (intrañei) 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, se estableció como doctrina legal vinculante lo siguientes: El Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80° 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 éste. De modo que es evidente que 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 éstos 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 *intraanei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. 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.

5. NO ES ADMISIBLE LA COAUTORIA. Otro aspecto no menos importante de la teoría de la infracción del deber es el hecho que no admite la coautoría 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 hecho³⁴ que explica la autoría y participación en los delitos comunes como se tiene ya expuesto. La coautoría se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente a la entidad material de su intervención³⁵. 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

³⁴ Cfr. García Caveró, Ob. Cit, 2008, p. 574.

³⁵ Ejecutoria suprema del 18 de octubre de 1999, R. N. N° 3429-99-Callao.

coautoría cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en poner fin 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 son derechos de las personas.

Sin embargo, ello no ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos lo constituyen 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, etc. 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. No pueden dividirse ni compartirse³⁶.

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraerse el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. Cada funcionario en forma personal lesionaría o infringiría 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 solo deber especial. No hay forma de sostener que el funcionario A lesiona una parte de un deber especial, el funcionario B otra parte del mismo deber y el funcionario C la otra parte del mismo deber especial. Los deberes especiales impuestos por la ley no pueden dividirse. En suma, la infracción del deber especial penal es único, materialmente la infracción de un principio no se hace en coautoría.

De modo que no es de recibo el criterio jurisprudencial ensayado en la ejecutoria suprema del 18 de octubre de 2010³⁷ y vuelto a repetir en la ejecutoria

³⁶ Cfr. Salinas Siccha, Ramiro, el delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana, en Delitos contra la administración pública (Francisco Heydegger- coordinador) Idemsa, 2013, p. 368.

³⁷ Véase: R.N. N° 3181-2009-Lima, Sala Penal Permanente.

suprema del 03 de noviembre de 2010³⁸, 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 la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte utiliza los parámetros de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la coautoría, para identificar la autoría y participación en un delito especial como lo es 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 con el citado delito es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado como incluso, así se ha precisado de modo adecuado como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116³⁹.

No debe obviarse que en el delito de peculado, como se analiza mas adelante, se afecta el patrimonio del Estado en forma indirecta pero no como bien jurídico protegido sino como objeto material del delito.

³⁸ Véase: R. N. N° 1320-2009-Huánuco, Sala Penal Permanente.

³⁹ Incluso, la misma Sala Penal Permanente en la Ejecutoria Suprema del 02 de julio de 2010 tiene claro tal aspecto: Véase el R.N. N° 1594-2009-Puno.