

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA INTERVENCIÓN DEL
EXTRANEUS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA SOBRE LA BASE DE LAS TEORÍAS DE TÍTULO DE
IMPUTACIÓN, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

TESIS

PRESENTADA POR:

**CRISTIAN ALCIDES QUISPE JAPURA
YOYSI MAYUMI TAYPE CONDORI**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

PROMOCIÓN XXXVI

PUNO – PERÚ

2018

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA INTERVENCIÓN DEL
EXTRANEUS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA SOBRE LA BASE DE LAS TEORÍAS DE TÍTULO DE
IMPUTACIÓN, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN**

TESIS PRESENTADA POR:

**CRISTIAN ALCIDES QUISPE JAPURA
YOYSI MAYUMI TAYPE CONDORI**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO



APROBADO POR EL JURADO REVISOR, CONFORMADO POR:

PRESIDENTE

: 
M.Sc. Jovin Hipólito Valdez Peñaranda

PRIMER MIEMBRO

: 
Abg. Jesus Leonidas O. Belon Frisancho

SEGUNDO MIEMBRO

: 
Dr. Sc. Rolando Sucari Cruz

DIRECTOR DE TESIS

: 
Dr. Sc. Sergio Valerio Serruto Barriga

AREA : Ciencias Sociales

LÍNEA : Derecho

SUB LÍNEA : Derecho Penal

TEMA : Delitos contra la Administración Pública

FECHA DE SUSTENTACIÓN: 27 DE NOVIEMBRE DE 2018

DEDICATORIA

*Con mucho cariño y aprecio, a mis
Padres, mi motivo esencial de destacar,
que me encaminaron en cada etapa de mi
vida, inculcándome valores.
Para mi hermana, que se encuentra junto
a Dios, guiándome día a día.*

Yoysi Mayumi Taype Condori

*Con aprecio y mucho amor, mis Padres,
Cayetano y Andrea, mis hermanas, Lisseth y
Anahi; quienes irradiaron mi ser, con
inconmensurable bondad y afecto.*

Cristian Alcides Quispe Japura.

AGRADECIMIENTO

A Dios todopoderoso, por guiarnos y protegernos diariamente. A la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, alma mater de la formación profesional. Y gracias a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela Profesional de Derecho y nuestros Docentes, por habernos imbuido y trazarnos la senda del éxito de la Abogacía.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE FIGURA	7
ÍNDICE DE CUADRO	8
ÍNDICE DE ACRÓNIMOS.....	9
RESUMEN.....	11
ABSTRACT	12
I. INTRODUCCIÓN	13
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	15
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	17
1.3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	17
1.4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO.....	19
1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	20
II. REVISIÓN DE LITERATURA	21
2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	21
2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL.....	21
2.1.2. A NIVEL NACIONAL.....	22
2.1.3. A NIVEL LOCAL	29
2.2. MARCO TEÓRICO	30
2.2.1. EL EXTRANEUS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	30
2.2.1.1. GENERALIDADES	30
2.2.1.2. EL EXTRANEUS Y SUS PROBLEMAS DOGMÁTICOS EN LOS DELITOS ESPECIALES	49
2.2.1.3. PLANTEAMIENTO DE LAS SOLUCIONES RESPECTO DE LA PROBLEMÁTICA DEBATIDA EN LA INVESTIGACIÓN	54
2.2.4. JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL MARCO DE LA TEORIA DE INFRACCIÓN DEL DEBER	59
2.2.5. MARCO JURÍDICO-NORMATIVO.....	62
2.2.5.1. NORMATIVA NACIONAL	62
2.3. MARCO CONCEPTUAL	63

2.3.1. EXTRANEUS:.....	63
2.3.2. INTRANEUS.....	64
2.3.3. TÍTULO DE IMPUTACIÓN	65
2.3.4. AUTORÍA.....	66
2.3.5. COMPLICIDAD.....	66
2.3.6. INSTIGACIÓN	67
2.5. OPERACIÓN DEL EJE TEMÁTICO (DIMENSIONES, INDICADORES, MÉTODO, TÉCNICA E INSTRUMENTO), EN EL MARCO DEL MAPIC.	69
III. MATERIALES Y MÉTODOS	70
3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	70
3.1.1. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN	70
3.1.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	71
3.2. OBJETO DE ESTUDIO.....	72
3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO	73
3.3.1.- CASOS PARA ACREDITAR LA BASE FÁCTICA DE LA INVESTIGACIÓN	74
3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.	76
3.4.1. MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.....	76
3.4.2. LA TÉCNICA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.	80
3.4.3. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN	81
3.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS)	82
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	85
4.1. SUB CAPITULO N° 01	87
4.2. SUB CAPITULO N° 02.....	101
4.3. SUB CAPITULO N° 03.....	132
V. CONCLUSIONES.....	143
VI. RECOMENDACIONES.....	146
VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA	148
ANEXOS.....	154

ÍNDICE DE FIGURA

Figura 1: Sistematización del Método Sistemático	79
---	-----------

ÍNDICE DE CUADRO

CUADRO 1: BASE FÁCTICA DE LA INVESTIGACIÓN	75
CUADRO 2: ANALISIS DEL CASO I	95
CUADRO 3: ANÁLISIS DE CASO II	96
CUADRO 4: ANÁLISIS DE CASO III	97
CUADRO 5: ANÁLISIS DE CASO IV	98
CUADRO 6: ANÁLISIS DE CASO V	99

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

Const.	: Constitución
CP	: Código Penal
CPP	: Código Procesal Penal
DE	: Delitos Especiales
DCAP	: Delitos contra la Administración Pública
EXT.	: Extraneus, sujeto particular
CSJP	: Corte Superior de Justicia de Puno
FECF	: Fiscalía Especializado en Corrupción de Funcionarios
JECF	: Juzgado Especializado en Corrupción de Funcionarios
EXP.	: Expediente Judicial
MP	: Ministerio Público
CIDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
TEDH	: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	: Tribunal Constitucional
PNP	: Policía Nacional del Perú
Ibídem	: Ahí mismo
LOMP	: Ley Orgánica del Ministerio Público
D. L.	: Decreto Legislativo
Art.	: Artículo
Cfr.	: Confróntese
pp.	: Páginas
p.	: Página
F.J.	: Fundamentos Jurídicos
Sic.	: Así está

STC	: Sentencia del Tribunal Constitucional
RN	: Recurso de Nulidad
ROF	: Reglamento de Organización y Funciones
MOF	: Manual de Organización y Funciones
CS.	: Corte Suprema de la República del Perú
CAS.	: Casación
A.P.	: Acuerdo Plenario

RESUMEN

Se analiza la intervención del extraneus en los delitos especiales, desde la dogmática y política criminal, asimismo, se hace hincapié a las dificultades que se presenta para imputar un delito especial, y el estudio plantea los supuestos en las que el extraño debe ser imputado y sancionado por un delito funcional. Se ejecutó en el año dos mil diecisiete y dos mil dieciocho. **OBJETIVO:** Analizar el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia, la problemática en la teoría y los supuestos en la que se justifica la punibilidad del extraneus en los delitos especiales. **METODOLOGÍA:** La investigación es de tipo cualitativo y de diseño dogmático y estudio de caso. **RESULTADOS:** (i) El tratamiento del extraneus en la jurisprudencia ha transcurrido, desde la concepción que el extraneus es ajeno a los delitos especiales, a la concepción que el extraneus es punible y responsable de un delito especial. (ii) La problemática gira en torno a los siguientes escenarios: a) El extraño pese a no tener un deber especial, puede entrar en los delitos especiales, b) Es factible que el extraño pueda ser imputado bajo el título de instigador, c) el extraneus responde por un delito común o por un delito especial, d) bajo qué títulos de autoría y participación puede ser imputado un extraño. (iii) Los supuestos en las que el extraneus es responsable: a) Bajo el respeto del principio de legalidad, b) La conducta indispensable para la comisión del delito, c) En cuanto a la prescripción, para los extraños se regirá por las reglas de los delitos comunes.

Palabras claves:

Extraneus, Administración Pública, Imputación, Autoría y Participación.

ABSTRACT

The intervention of extraneous in the special crimes is analyzed, from the dogmatic and criminal policy, likewise, it emphasizes the difficulties that arise to impute a special crime, and the study raises the assumptions in which the stranger must be imputed and sanctioned for an official offense. It was executed in the year two thousand seventeen and two thousand eighteen. **OBJECTIVE:** Analyze the treatment of extraneous in jurisprudence, the problematic in the theory and the cases in which the punishability of extraneous in special crimes is justified. **METHODOLOGY:** The research is qualitative and dogmatic design and case study. **RESULTS:** (i) The treatment of extraneous in jurisprudence has passed, from the conception that the extraneous is alien to special crimes, to the conception that the extraneous is punishable and responsible for a special crime. (ii) The problem revolves around the following scenarios: a) The stranger despite not having a special duty, can enter special crimes, b) It is feasible that the stranger can be charged under the title of instigator, c) the extraneous responds for a common crime or for a special crime, d) under which titles of authorship and participation can be imputed to a stranger. (iii) The cases in which the extraneous is responsible: a) Under the principle of legality, b) The conduct indispensable for the commission of the crime, c) As for the prescription, for the foreigners it will be governed by the rules of common crimes.

Keywords:

Extraneous, public administration, imputation, authorship and participation.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación busca encontrar una respuesta consistente y adecuada a la siguiente interrogante central: ¿Cómo es el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia, qué problemática se presenta en la teoría y los supuestos en la que se justifica la punibilidad del extraneus en los delitos especiales?; tal como alcanzamos advertir la investigación se inscribe en el área del Derecho Penal parte general y los delitos especiales (parte especial), sobre la punibilidad de los extraños en los delitos funcionariales.

El asunto céntrico del debate gira entorno a la intervención del particular en los delitos contra la administración pública, a partir de ello se derivan los siguientes ejes temáticos; se analiza en primer lugar el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia peruana, como lo considera la jurisprudencia al extraneus respecto al delito especial, cual es el fundamento que destaca para su punibilidad, y/o exclusión de los delitos especiales, como ha evolucionado los pronunciamientos de la Corte Suprema de la República del Perú y su postura actual al respecto. En un segundo momento analizamos la problemática que se debate en la doctrina, relacionado con los siguientes puntos: a) El extraño no posee un deber especial, por tanto no puede entrar en los delitos especiales, b) Es factible que el extraño pueda ser imputado bajo el título de instigador en el marco de los delitos funcionariales, c) el extraneus responde por un delito común o por un delito especial, d) bajo qué títulos de autoría y participación puede ser imputado un extraño. Por último, el estudio, realiza una propuesta legislativa a fin de plantear los supuestos en las que el extraneus debe responder penalmente por los delitos especiales.

La problemática planteada en el párrafo anterior, es abordada desde la dogmática y la política criminal, analizando el fundamento justificatorio de la intervención del extraño en los delitos especiales, al respecto la investigación construye y defiende una postura intermedia entre las teorías. Es así que:

En la primera parte, se desarrolla el planteamiento del problema de investigación; que abarca la descripción del problema, formulación del problema, la justificación del estudio y los objetivos de la investigación. Ulteriormente, se considera la revisión de la literatura, donde se desarrolla los antecedentes, sustento teórico, marco conceptual y la operación de unidades de estudio; que nos dan una visión de las referencias teóricas empleadas en el desarrollo de esta investigación. Consecutivamente, se encuentra el diseño metodológico de la investigación, considerando el tipo y diseño de la investigación, el objeto de estudio, los métodos, las técnicas e instrumentos de recolección de datos. Por último, se hace referencia a los resultados de la investigación, tomando en cuenta los objetivos logrados en cuanto a las unidades de estudio analizadas y discutidas con teorías, doctrina y la jurisprudencia. Finalmente, como en toda investigación, se presenta las conclusiones a las que se ha llegado y en función de ella se realizó las respectivas sugerencias. Además, se presenta la referencia bibliográfica y los anexos correspondientes.

Los Autores (2018).

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Partiendo de la tesis que los delitos contra la administración pública, se construyen sobre la base a las infracciones del deber, contenido en los instrumentos y normas administrativas extrapenales. Para la comisión de un delito especial el autor o cómplice, previamente tiene que infringir un deber especial de lealtad dentro del ejercicio de sus funciones; en esta línea de ideas está claro que el autor es el funcionario o servidor de una entidad pública investido de facultades para la administración de la “cosa pública”, sin embargo, nace la problemática respecto del particular “extraneus” y surge inmediatamente la pregunta: ¿los particulares cómo responden penalmente en los delitos funcionariales?, es así que en base a la teoría de ruptura de título de imputación, no se puede incorporar a un extraneus e imputar responsabilidad penal, sea como cómplice y/o instigador en los delitos contra la administración pública, dado que no es un sujeto cualificado (carece de cualidades especiales), pero también tenemos la otra tesis en el sentido que los particulares sí responden penalmente en los delitos especiales bajo la teoría de unidad de título de imputación, este es el conflicto que aborda la investigación, para tal fin se verificó el tratamiento de los extraños en el plano de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú, y se responde a la pregunta: *¿Cómo es el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia peruana?*

Ahora bien, el segundo componente del estudio fue abordar la problemática que se suscita en la teoría respecto de la intervención del extraneus en los delitos especiales, y concretamente se busca una respuesta a la pregunta: *¿Cuál es la problemática que plantea la teoría respecto de la intervención del extraneus en los delitos especiales?* la problemática de cada uno de ellos surge

a partir de la presencia de formas más sofisticadas de cometer delitos, es así que el delito de enriquecimiento ilícito, si bien es un delito especial, y cometido por un funcionario público, pero qué ocurre si este funcionario público busca un tercero para depositar el dinero indebidamente obtenida de la administración pública en el ejercicio irregular de sus funciones, en el hipotético caso que le realicen una pericia contable, nunca habrá desbalance patrimonial, la pregunta es ¿Este delito debería quedar impune, o hay que buscar una solución concreta a partir de la dogmática penal?

En esta misma línea tenemos al delito de negociación incompatible, este delito especial según algunos operadores del derecho no es de participación necesaria, pero contrariamente en la vida práctica de la litigación encontramos que un funcionario para cometer este delito se sirve de un particular, llámese empresa contratista, el funcionario se interesa en la contratación pública y comete irregularidades y no lo hace sin que sepa el particular, sino lo hace a sabiendas, por lo menos existe un mínimo aporte del particular para la configuración de este delito.

Asimismo, otro escenario que la investigación analizó es respecto al delito de tráfico de influencias (simuladas y reales), donde evidentemente la calidad del sujeto activo recae al vendedor de influencias y ésta siempre será el funcionario público, pero, qué pasa con el comprador de influencias, es decir el tercero interesado, en un escenario hipotético donde el particular hasta puede determinar la voluntad del funcionario público; ¿en este caso el particular queda impune?

Finalmente, el tercer tópico de investigación, está referido al planteamiento y la propuesta de la investigación, es así que la contribución del

estudio es haber delimitado y postulado los supuestos en las que el extraneus debe ser imputado y sancionado en la participación de los delitos especiales, ello en armonía de la política criminal y el principio de legalidad y responde a la siguiente interrogante: *¿Es pertinente plantear una fórmula legislativa para delimitar en qué supuestos es punible la intervención del extraneus en un delito especial?*

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL:

¿Cómo es el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia, la problemática que se presenta en la teoría y los supuestos en los que se justifica la punibilidad del extraneus en los delitos especiales?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS:

- 1.- ¿Cómo es el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia Peruana?
- 2.- ¿Cuál es la problemática que plantea la teoría respecto de la intervención del extraneus en los delitos especiales?
- 3.- ¿Es pertinente plantear una fórmula legislativa para delimitar en que supuestos es punible la intervención del extraneus en un delito especial?

1.3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. HIPÓTESIS GENERAL:

Los delitos contra la administración pública teniendo el carácter especial, la intervención de los sujetos activos como regla general están reservados sólo

para los funcionarios públicos, sin embargo, delitos como enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias y negociación incompatible, necesariamente comportan la participación del extraneus para la realización del delito y en este marco es necesario plantear los supuestos en las que el extraneus debe responder penalmente en los delitos especiales.

1.3.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

1.- El tratamiento del extraneus en la jurisprudencia peruana ha variado progresivamente, desde la concepción de ruptura de título de imputación hacia la teoría de unidad de título de imputación, es decir, en las jurisprudencias anteriores se sostenía que el extraneus es ajeno a los delitos especiales, sin embargo, en la actualidad se defiende la tesis que el extraneus es punible por un delito especial.

2.- La problemática de la intervención del sujeto particular en los delitos especiales gira entorno a los siguientes escenarios: El extraño no posee un deber especial, no es sujeto cualificado, por lo tanto no puede entrar en los delitos especiales, el extraño puede ser imputado bajo el título de instigador en el marco de los delitos funcionariales, el extraneus responde por un delito común o por un delito especial cuando está inmerso o participó en un delito especial, bajo qué títulos de autoría y participación puede ser imputado un extraño.

3.- Los supuestos en la que un extraneus puede ser imputado y sancionado en el marco de la comisión de un delito especial pueden ser los siguientes: i) Bajo el respeto del principio de legalidad, por tanto se merece reformar el artículo 25 del CP. ii) La participación del extraño haya sido indispensable para la comisión del delito especial, caso contrario responderá por un delito común en forma

autónoma, iii) En cuanto a la prescripción, para los extraños se regirá por las reglas de los delitos comunes.

1.4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

La investigación es importante por las siguientes razones:

El estudio justifica su importancia, al abordar una problemática actual y concreto, que se presenta a nivel de los delitos contra la administración pública, problemática que nace a partir del análisis de la responsabilidad penal del extraneus en los delitos especiales, es así que se contribuye con analizar y alcanzar a la comunidad jurídica un análisis completo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú respecto al tratamiento del extraneus en los delitos especiales.

Otro aspecto, que la investigación pretende alcanzar es analizar cómo y bajo qué fundamentos teóricos se justifica la punibilidad del extraneus en la intervención de los delitos contra la administración pública; como enriquecimiento ilícito, negociación incompatible y tráfico de influencias y otros delitos especiales en la jurisprudencia peruana.

La investigación se justifica por abordar un tema de debate actual, la problemática que se suscita en torno a la punibilidad o no del extraneus en los delitos especiales analizando los siguientes escenarios: a) El extraño no posee un deber especial, no es sujeto cualificado, por tanto no puede entrar en los delitos especiales, b) debate respecto a si el extraño puede ser imputado bajo el título de instigador en el marco de los delitos funcionariales, c) el extraneus responde por un delito común o por un delito especial cuando está inmerso o

participó en un delito especial, d) bajo qué títulos (categorías) de autoría y participación puede ser imputado un extraño.

El estudio se realiza para sentar las bases en la construcción de una doctrina en la línea que los extraneus deben responder penalmente si se demuestra que su intervención ha sido determinante y necesaria en el proceso de la comisión del delito especial, para tal efecto la investigación plantea una propuesta legislativa para delimitar los supuestos en las que el extraño debe ser imputado, procesado y sancionado por un delito especial.

1.5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. OBJETIVO GENERAL:

Analizar el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia, la problemática en la teoría y los supuestos en que se justifica la punibilidad del extraneus en los delitos especiales.

1.5.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- 1.- Analizar el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia peruana emanada de la Corte Suprema de la República.
- 2.- Establecer la problemática que plantea la teoría respecto de la intervención del extraneus en los delitos especiales.
- 3.- Plantear una solución doctrinaria-legislativa para delimitar en que supuestos es punible la intervención del extraneus en un delito especial.

II. REVISIÓN DE LITERATURA

2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL

A nivel internacional (Derecho comparado) se encontró algunos estudios materializados en tesis científicas y/o jurídicas, referidos al tema materia de estudio, publicados en la página virtual de internet, la cual se citó y se tomó como punto de referencia para realizar el presente estudio:

1.- Artículo jurídico presentado por Alberto Suárez Sánchez, (2002), con el título: **“EL INTERVINIENTE”**, artículo publicado en formato pdf.

Cuyos planteamientos fueron: Primero.- En vigencia de los códigos penales anteriores hubo controversia en torno a determinar la forma de participación del extraneus en la comisión de delito especial o de infracción de deber; sobre todo su intervención en el momento de la ejecución. Para tal efecto se plantearon dos tesis diversas. (i) Una sostenía que para mantener el principio de unidad de imputación del injusto el intraneus respondía como autor y el extraneus como cómplice de delito de infracción de deber; así, por ejemplo, si el recaudador de impuestos, en desarrollo del plan común, de manera simultánea con un particular, realizaba el acto de apropiación de los bienes estatales el recaudador (intraneus) era autor y el particular (extraneus) era cómplice. (ii) La otra tesis abogaba por el concurso de hechos punibles, al ser el intraneus autor de delito especial (delitos contra la administración pública) y el extraneus autor de delito común (delito contra el patrimonio económico).

Llegando a las siguientes conclusiones: Como se sostiene, el particular o extraneus en los delitos especiales puede actuar como determinador o cómplice, pero al carecer del elemento personal exigido por el tipo, de ninguna manera podrá ser autor (directo o mediato) ni coautor. Esto evidencia el desacierto en el cual incurrió la Corte al hacer la afirmación antes transcrita, porque sostiene que el extraneus podrá ser coautor o autor mediato de delito especial. (pp. 3-17). Colombia.

2.1.2. A NIVEL NACIONAL

El antecedente que se tomó en cuenta son artículos referidos al tema y algunas tesis de relevancia en el tema:

1.- Artículo jurídico presentado por Nelson Salazar Sánchez, (2005), con el título: **“LA PARTICIPACIÓN DE LOS EXTRANEUS EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER”**, artículo publicado en link: ambitoJuridico.com.br.

Cuyos planteamientos fueron: La problemática de la autoría y participación es uno de los tópicos más complejos de la teoría del delito. Por ello, en la doctrina existen diversas teorías que tratan de explicar cuando un sujeto, que concurre en un delito, es autor o partícipe. Para ello, la doctrina mayoritaria ha clasificado a los delitos en injustos de dominio y de infracción de deber. En los primeros es autor quien tiene el dominio o control del acontecer delictuoso que emana de su competencia, en los segundos es autor no sólo quien lesiona o pone en peligro el bien jurídico mediante una organización comisiva defectuosa, sino también aquel sujeto que no impide que terceros lesionen los bienes jurídicos que se encuentran bajo su tutela. En los primeros, el autor lesiona o pone en peligro ámbitos de libertad de terceros mediante la infracción

de un deber jurídico negativo; en los segundos, el autor crea riesgos típicos con la infracción de un deber jurídico positivo. Sin embargo, la polémica surge cuando se trata de delimitar la autoría y la participación en los delitos de infracción de deber. Si la delimitación de la autoría respecto de la participación en los delitos comunes o de dominio es un tema complejo, esta complejidad aumenta en los delitos de infracción de deber, sobre todo en aquellos supuestos donde: los extraneus tienen el dominio del hecho, el sujeto especial comete el delito mediante omisión impropia o valiéndose de un tercero, etc. Por ello, en la presente investigación, se dilucidarán algunas de estas controversias.

Llegando a las siguientes conclusiones: Para fundamentar correctamente la imputación jurídico-penal de los partícipes extraneus en los delitos de infracción de deber, el fundamento de la imputación de dicha participación no se debe realizar en relación a la falta de dominio del hecho o de la infracción del deber mediato, pues dichos planteamientos, tienen muchas deficiencias de diversa índole. Por ello, en concordancia con lo planteado al referirnos a la naturaleza jurídica y al bien jurídico tutelado, la participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber se debe fundamentar en virtud de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, esto es, en la infracción del deber de no dañar. Pues la lesión o creación de riesgos típicos se puede realizar desde dentro del sistema como desde el exterior. Sólo así, por ejemplo, se puede fundamentar la imputación penal contra los funcionarios y particulares que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico sin tener una posición prevalente, todos ellos deben responder jurídico-penalmente como partícipes, por haber generado riesgos prohibidos. Pues dichas conductas, por un lado, influyen en la lesión del bien jurídico por parte de los funcionarios públicos (v. gr. en el delito

de cohecho pasivo, es el particular quien incentiva al funcionario para que delinca) y, por otro, sirven de medios idóneos para tergiversar el sistema (piénsese en aquellos supuestos en los que el funcionario público comete el delito a conjuntamente con un extraneus). Ambos casos quedan comprendidos en el ámbito de lo sancionable. (pp. 1 -16).

2.- Artículo jurídico presentado por Jorge A. Pérez López, (2012), con el título: **“EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y SU TRATAMIENTO EN LA DOCTRINA Y NORMA SUSTANTIVA”**, artículo publicado en derecho y cambio social.

Cuyos planteamientos fueron: Primero.- Este delito también ha planteado dudas de legitimidad en torno al merecimiento de pena, en los siguientes sentidos: 1) porque se adoptaría una fórmula lacónica, quizás vacía de contenido del injusto y entonces infractora de los principios de lesividad y legalidad reconocidos en los artículos 44° y 2°.24.d de la Carta Magna; 2) podría violarse la garantía de no autoincriminación o nemo tenetur prevista en el artículo 8°.2.g de la Convención Americana de Derechos Humanos; y 3) porque podría conculcarse el principio de presunción de inocencia del artículo 2°.24.e de la Constitución; este último aspecto, vinculado a una posible inversión de la carga probatoria.

Y llegando a las siguientes conclusiones: La figura de la autoría mediata resultaría aquí innecesaria, pues el que infringe el deber especial que le incumbe (intraneus) induciendo a otro (extraneus o “instrumento doloso no cualificado”) a producir la acción descrita en el tipo ya es autor, directo o inmediato, dado que el deber lo infringe al poner en marcha el suceso que

producirá el daño patrimonial. Lo contrario, exigir del intraneus que viola el deber, además el dominio del hecho, determinaría que, en los delitos especiales propios, como es el caso del enriquecimiento ilícito, tanto el intraneus como el extraneus resulten impunes; así, la conducta del extraneus sería atípica porque carecería del dominio del hecho, y, por el principio de accesoriedad limitada como por su vinculación del deber especial, la participación del intraneus también sería irrelevante. Lo mencionado anteriormente dejaría aún intacta la discusión sobre la responsabilidad del extraneus, el cual no podría ser sancionado como autor por su no sujeción al deber, sino únicamente como partícipe, instigador o cómplice, según el caso. Así lo indica ROXIN, al señalar que la participación es “intervención sin infracción del deber especial. (pp. 2 - 24).

3.- Artículo jurídico presentado por Percy García Cavero, (2009), con el título: **“LA PENA DEL PARTÍCIPE EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES”**, publicado en anuario del derecho penal 2009.

Cuyos planteamientos fueron: Simplificando la discusión, podría decirse que se encuentran en disputa fundamentalmente dos teorías: la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación. Mientras la primera considera que la pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial correspondiente, la segunda sostiene que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor, pero no la del partícipe. La persona que contribuye a la realización de un delito especial solo podrá ser castigada penalmente si su comportamiento se subsume en un delito común y, de ser así, la pena a imponer tendrá que determinarse a partir del marco penal previsto en dicho delito común.

La inclinación por una u otra teoría para resolver el problema de la pena de los partícipes extraneus en los delitos especiales se ha hecho, por lo general, destacando los aspectos discutibles de la teoría opuesta. Por ejemplo, los detractores de la teoría de la unidad del título de imputación señalan que esta teoría lleva finalmente a la consecuencia de convertir los delitos especiales en delitos comunes, por lo que, al final, la construcción dogmática de los delitos especiales no tendría ningún sentido práctico, lo que no parece conciliarse con la voluntad del legislador de reducir el círculo de posibles autores. Esta crítica tiene especial asidero en aquellos sistemas penales, como el nuestro, en los que el cómplice (primario) es reprimido con la pena prevista para el autor.

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) La disputa entre la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación, en relación con la cuestión de la pena a imponer al partícipe extraneus de un delito especial, debe solucionarse en función de las estructuras de imputación penal que informan el delito especial. Si el delito especial es un delito de dominio deberá seguirse lo establecido por la teoría de la unidad del título de imputación, mientras que, si el delito especial es un delito de infracción de un deber, habrá que seguir lo dispuesto por la teoría de la ruptura del título de imputación. Esta solución requiere, sin embargo, una doble matización. En el caso de la inducción, es posible castigar la conducta de determinar a otro a cometer un delito, tanto si el delito es de dominio como si es de infracción de un deber, pues la inducción tiene una estructura autónoma al injusto de los autores y los cómplices. Por otro lado, si es que se admite la existencia de delitos de infracción de un deber con elementos de dominio, entonces respecto de este componente organizativo es posible una participación del extraneus en el delito

especial, aunque la pena a imponerle deberá necesariamente atenuarse de manera relevante. (pp. 125-126). Perú.

4.- Artículo jurídico presentado por Juan E.C Torres Alzamora, (2011), con el título: **“LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER”**, publicada en Centro de Estudios de Derecho Penal - Universidad de San Martín de Porres – Perú.

Cuyos planteamientos fueron: Se examinaron los diferentes puntos que abordan los delitos de infracción de deber, es decir, sus propuestas y consecuencias en la solución práctica y se extraerán unas conclusiones, debe resaltarse, que la figura en cuestión en este trabajo es la de extraneus y así mismo algunas críticas a la teoría de la infracción de deber. (p. 1).

Llegando a las siguientes conclusiones: (i) Ciertamente, la categoría de los delitos de infracción de deber constituye una construcción muy criticada, que no se ha impuesto ni en Alemania ni en España ni, menos aún, en nuestro país. Los principales reparos de que es objeto en relación con una transgresión de los principios de legalidad y lesividad, así como que constituye una categoría superflua que no aporta nada nuevo frente a la ya consagrada distinción entre delitos comunes y especiales. (ii) En cuanto al Principio de legalidad y en relación con este principio existen dos objeciones imprescindibles desde nuestro punto de vista: En primer lugar, que los delitos quedan configurados sobre la base de deberes que adolecen de una gran vaguedad, poniendo en peligro el principio de legalidad. Aunque en ocasiones ello puede ser cierto, cabe replicar que la institución positiva no es más imprecisa, por ejemplo, que construcciones como la del riesgo permitido en los delitos de dominio, salvo en cuanto esta última ha

sido objeto de una mayor preocupación doctrinal en su delimitación. En segundo término, por sus consecuencias también estaría en contradicción con este principio, que prohíbe considerar a las acciones de inducción o cooperación como acciones de autoría, salvo que la ley lo diga expresamente. Sin embargo, tras esta crítica existe una suerte de confusión. Porque con los delitos de infracción de deber no se pretende sancionar acciones de inducción o complicidad de un sujeto especialmente obligado como si fuesen de autoría, sino lo que se intenta es determinar si estamos ante una inducción o complicidad o ante auténticos comportamientos de autoría. Por lo demás, cuando existe algún comportamiento de la persona obligada que aparentemente no configura más que una inducción o complicidad, se configura al mismo tiempo una omisión en la protección del bien jurídico, suficiente para sancionar por la autoría del delito.

(iii) La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, por el contrario, recoge una diferenciación material reflejo de la propia realidad social. La interpretación de una figura como delito de dominio o de infracción de deber no está determinada por la forma de tipificación, sino que depende de la institución, positiva o negativa, que le sirve de fundamento. Así, aun cuando los delitos de infracción de deber se expresan típicamente como delitos especiales, en casos excepcionales pueden no serlo. Es lo que sucede, por ejemplo, con el delito de omisión del deber de socorro, delito común de infracción de deber, en cuanto sería expresión de un deber institucional común a todos los ciudadanos: la solidaridad. Otro tanto ocurre, más en general, en los supuestos de tipos formulados como delitos comunes que se convierten en delitos de infracción de deber cuando el interviniente es un obligado especial. A la inversa, también existen delitos especiales que siguen siendo delitos de dominio porque no

responden a la configuración de un deber institucional. Es el caso, por ejemplo, de los delitos de apropiación indebida o quiebra. En suma, la categoría de los delitos de infracción de deber no coincide con la de los delitos especiales porque responde a diversos criterios de clasificación. Por lo tanto, no es posible afirmar que ellas resulten categorías absolutamente coincidentes o superpuestas. Al obedecer, la primera, a criterios materiales de configuración, no sólo puede conducir a consecuencias diversas de las que permite adoptar el criterio de los delitos especiales, sino también más acordes con la realidad social a la que ofrece respuesta. (pp. 17-18).

2.1.3. A NIVEL LOCAL

En la Región de Puno y más precisamente en la facultad Ciencias Jurídicas y Políticas en la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano-Puno, asimismo, en la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez Sede Puno, a la fecha, no existen investigaciones en el que se sistematice y desarrolle con amplitud el tema materia de investigación.

Las investigaciones y los trabajos académicos mencionados en este rubro de los antecedentes de investigación, son las que sirvieron de base y cimiento de la presente investigación que proponemos a la comunidad jurídica.

2.2. MARCO TEÓRICO

2.2.1. EL EXTRANEUS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.2.1.1. GENERALIDADES

Iniciamos el desarrollo del eje temático propuesto en la investigación, anunciando la siguiente interrogante: ¿la intervención del extraño por qué debe ser punible por un delito especial?, teniendo el concepto dogmático, que el particular no es portador de la condición especial que exige la morfología de los tipos penales que regulan los delitos contra la administración pública, si esto es así, entonces ¿Cómo justificamos su punibilidad?

En este orden, cabe mencionar dos premisas fácticas desarrolladas por el profesor Caro John (2017), donde verificamos con suma nitidez la intervención del extraneus y el título de su intervención:

“Como punto de partida, iniciaremos con dos casos:

- 1) El primer caso se refiere a un policía que le pide a su vecino (ajeno a la función pública) que durante una mañana lo traslade en su movilidad particular en una carretera en donde, en diferentes puntos, el policía impone arbitrariamente papeletas por infracciones de tránsito inventadas. Su finalidad es solamente imponer papeletas, pues su intención es hacer méritos ante su institución para lograr ascender en el grado. Esto podría calificar un delito de abuso de autoridad. Dejaremos en suspenso si el vecino ha de responder (penalmente).

- 2) En el segundo caso, la novia de un alcalde (también ajena a la función pública), que recibe en nombre de éste, el diezmo de un empresario para entregárselo luego al alcalde, como una gratitud o compensación por haberle hecho ganar al empresario la buena pro. Si pudiera calificar este hecho en algún delito para funcionarios sería el de cohecho pasivo propio”.

En principio la primera tesis sostiene que para solucionar esta premisa fáctica debemos recurrir a los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal, y añade que esto debe aplicarse para todos los delitos mencionados en la parte especial. Salvo que el tipo penal de la parte especial señale algunas exclusiones y precisiones al respecto, pero la regla general es que se aplica para todos los delitos de la parte especial del Código Penal.

Ahora bien, la segunda tesis planteada es que el artículo 25 del Código Penal, no se puede aplicar automáticamente, sino antes de aplicar hay que deslindar si el tipo penal es un tipo penal que admite sujetos cualificados o no admite sujetos cualificados, es decir, estamos ante un tipo común o un tipo especial, recién una vez deslindado esa situación es posible aplicar el artículo 25 para los tipos comunes, mas no así a los tipos penales especiales donde en su nomenclatura exige la cualificación del sujeto activo.

Hecha esta pequeña alusión a las posturas que existen a cerca de la intervención de los extraños en los delitos contra la administración pública, iniciamos a desarrollar las teorías de título de imputación, y en este punto haremos alusión a dos teorías, uno denominada teoría de la unidad de título de imputación y el otro denominada teoría de ruptura de título de imputación, teorías

que serán de mucha utilidad al momento de deslindar la responsabilidad del particular frente a los delitos funcionariales.

Adicionalmente, es importante precisar la distinción entre los delitos especiales impropios y propios, al respecto invitamos al profesor Sergio López (2015), quien indica lo siguiente:

“La doctrina ha diferenciado la existencia de los delitos especiales impropios y propios. En cuanto a los primeros, son aquellos que “tienen correspondencia con uno común, es decir, se trata de delitos en los que la calidad personal del sujeto (su condición de funcionario público, por ejemplo) no es determinante puesto que el comportamiento tiene correspondencia con un delito común” (Rebollo Vargas, 2000, p. 135). Por el contrario, los delitos especiales propios, son entendidos como “aquellos que sólo se han previsto para sujetos cualificados y no existen al margen de éstos”, es decir que exigen una específica condición del sujeto activo”.

Aquí, tenemos claro la idea que los delitos especiales propios no admiten la participación de los terceros, por tanto estos no podrían responder penalmente, sin embargo, los delitos especiales impropios si admiten la responsabilidad accesoria de los terceros en la comisión de los delitos contra la administración Pública, hecha esta necesaria aclaración, iniciemos con la tarea que nos hemos encomendado.

TEORÍA DE UNIDAD DE TÍTULO DE IMPUTACIÓN

Iniciemos este punto del debate, con el profesor Daniel Mendoza (2017), Quien sostiene: “El problema se encuentra en la determinación de si las

cualidades del sujeto activo en los denominados delitos especiales impropios fundamentan el injusto, y, en consecuencia, son accesorios a los partícipes o únicamente constituyen “circunstancias específicas” modificatorias de la responsabilidad penal.

En el debate doctrinal anteriormente parecía obtener dominancia la respuesta de la ruptura del título de imputación, sin embargo, últimamente está resurgiendo, con buenos argumentos, la postura que considera que también el extraneus debe responder por el delito especial. La modificación del artículo 25 no resuelve aún el problema porque hace referencia a *elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal*.

El argumento central que los propulsores de la teoría de unidad del título de imputación plantean es la admisión de la sanción del extraneus como partícipe del delito especial, sea propio o impropio, cometido por el autor intraneus. Esta posición se apoya en la vigencia del principio de accesoriedad limitada de la participación respecto de la autoría, a la par que se reconoce que la incomunicabilidad prevista en el art. 26 del CP únicamente opera frente a las circunstancias modificativas de responsabilidad, más no ante las que fundamentan el injusto.

Asimismo, esta postura es mencionada por AGUILERA (2016); quien sostiene: “Esta teoría de la unidad del título de imputación, sostiene que el extraneus si bien es cierto no puede ser autor del delito especial; sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio y partícipe quien sólo colabora, no hay ningún impedimento para que los extraneus respondan como

partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización. Sus defensores sostienen que la incomunicabilidad de las circunstancias, lejos de impedir que los extraneus sean considerados partícipes del delito especial, la fundamenta”.

“Para esta teoría, tanto el servidor público como el particular, cometen un solo injusto penal; pues, la norma penal está dirigida a todo los ciudadanos, aunque, para los efectos de la autoría, estas recaigan solo en cabeza del primero (intraneus). En tal línea, nada impediría que el extraño sea considerado partícipe de un delito de peculado (especial impropio) o de un cohecho (especial propio). Solo podrá presentarse la impunidad del extraño, si el peculado es cometido por un agente público sin dominio del hecho: “en el peculado, cuando no fuera el intraneus sino el extraño quien, con el dominio del hecho, se apropie de los bienes que aquel debe administrar”; aquí, ambos responderán por hurto (tema debatible, porque el intraneus podría responder por peculado culposo si tenía a cargo el deber de cuidado de los bienes públicos). En cambio, habrá impunidad típica especial de los dos, cuando se tratara de un delito especial propio, ejecutado con dominio del hecho por el extraño: caso del abuso de autoridad del artículo 376, cuando en nombre del funcionario, el acto es llevado a cabo por el particular” (CLUBENSAYOS, 2014).

Esta afirmación que antecede está respaldado por la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de la Republica del Perú, RN N° 375-2004/UCAYALI y RN N° 2976-2004.

TEORÍA DE LA RUPTURA DE TÍTULO DE IMPUTACIÓN

El postulado de esta teoría sostiene que el extraneus no puede responder penalmente en los delitos especiales, toda vez, que carecen de esa cualidad especial que exige el tipo penal, la infracción del deber especial únicamente está reservado para los funcionarios y servidores públicos mas no para los particulares, sin embargo, ello no quiere decir que la conducta del extraño quede impune, sino responderá penalmente por un delito común, como apropiación ilícita, hurto y otros.

“Según esta teoría los tipos penales de delitos especiales solamente se referirían a los intraneus; por lo tanto, los extraneus solamente serían punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurren (cada uno responde por su propio injusto). Los partidarios de esta teoría se apoyan para esta afirmación en un supuesto apoyo legal contenido en el artículo 26 del código penal referido a la comunicabilidad de circunstancias personales la cual exigiría que la “cualidad” de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad (y la pena) de los partícipes extraneus” (García Caveró, por AGUILERA, 2016, p. 56).

“En este caso cuando el funcionario público, con dominio del hecho, comete el delito especial con ayuda de un particular, el primero será autor del delito especial, mientras que el segundo solamente será cómplice de delito común; contrario sensu, cuando el “dominio del hecho” lo haya tenido el particular (extraneus) y el funcionario (intraneus) únicamente haya colaborado con aquél, la consecuencia lógica será que el primero responda como autor del

delito común y el segundo como partícipe del delito especial”. (AGUILERA, 2016, p. 56).

“Cuando el tipo penal especial determina que el autor es un funcionario o servidor público, el extraño nunca podría llegar a tener tal status de autor para responder por la misma figura especial tipificada. Cada quien responderá por su propio injusto penal, aun cuando ambos participen del mismo hecho: ejemplo en los delitos especiales impropios como peculado, solo responde como autor el funcionario público, mientras que el extraño que ha colaborado con él, sería un autor de hurto. Y, en los delitos especiales propios, como prevaricato, el extraño siempre será impune porque no hay un tipo penal aplicable a él”. (CLUBENSAYOS, 2014).

EL TRATAMIENTO DEL EXTRANEUS EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

En este apartado se desarrolla el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia peruana, es decir, se verifica la evolución jurisprudencial de la Corte Suprema de la Republica del Perú, respecto de la responsabilidad del extraneus en los delitos especiales, como son los delitos contra la administración pública.

Iniciemos este desarrollo analizando el Recurso de **Nulidad N° 375-2004-UCAYALI – PECULADO**.

“El tipo penal previsto en el artículo 387^o del código sustantivo es un delito especial que exige como elemento constitutivo para la configuración del tipo penal una determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitado (no está abierta a cualquiera) a determinados

sujetos, siendo el bien jurídico tutelado en este tipo penal lesionado por la conducta de los funcionarios o servidores públicos desde adentro, es decir, por los intraneus. Consecuentemente, el particular, al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración típica de la conducta, gozar de la calidad de funcionario o servidor público, no puede ser autor material del delito de peculado. 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 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. Aquel determina a otro obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, habiéndose establecido en la doctrina al respecto que en los delitos especiales [...] (sic) en tanto que no se describe, o no solo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un status del autor, las expectativas de comportamiento conforme a derecho se determinan también a través del titular del deber. 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". (Recurso de Nulidad N° 375-2004-UCAYALI).

La mencionada jurisprudencia, sostiene que el extraneus no puede responder como autor en los delitos especiales, sino responder como cómplice

ello aplicando el principio de accesoriidad, por el delito del autor quien es el funcionario público, en el caso que el funcionario sea absuelto, el cómplice particular correrá la misma suerte, sostiene entre otras cosas que el particular no es portador de ese deber especial que exige la norma penal.

ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116

Asunto: “La participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito”.

Este Acuerdo Plenario deslinda y reflexiona a cerca de dos posturas contrapuestas, por un lado se admite la punición del extraneus y por otro lado basado en otra teoría, niega categóricamente la punición del extraneus, pero que finalmente llega a la conclusión admitiendo con meridiana claridad que los extraños sí deben responder como cómplice en el delito de enriquecimiento ilícito pero deja un gran vacío respecto a otros delitos.

Postura 1.- “El primero, que plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos intraneus y extraneus ellos deben responder por distintos títulos de imputación. Esto es, el intraneus responderá, como autor de un delito especial; mientras que el extraneus responderá como partícipe o autor de un delito común (María Ángeles Rueda Martín. Reflexiones sobre la Participación de los Extraneus en los Delitos Contra la Administración Pública, Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 8. 2º Época. Madrid 2001, p. 157). De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (extraneus) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de

infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26° del Código Penal, estimando que dicha disposición legal consagraría la exigencia de impedir que la imputación del extraneus se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducírsele hacia un delito común. Asimismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del intraneus al extraneus. Y que sólo el traslado de tales cualidades personales posibilitaría imputar al extraneus la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, se agrega, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. En consecuencia, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los extraneus sólo la autoría o la participación de los delitos comunes (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2628-2006. Procedente de Ucayali del 25 de abril 2008; Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 18-2008. Procedente de Huancavelica del 05 de junio 2008; Casación N° 782-2015. Procedente del Santa del 06 de julio 2016)". (Fundamento 9).

Postura 2.- “La segunda posición jurisprudencial, en cambio, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el extraneus si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho

y participe quien sólo colabora, no hay ningún impedimento para que los extraneus respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriadad (Mercedes Pérez Manzano. Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995. Civitas, Madrid. 1999, p. 22 y ss.]. En tal sentido, el extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el mismo injusto realizado por el autor funcional que infringe el deber especial. Sobre todo, porque la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 375-2004. Procedente de Ucayali, del 11 de octubre 2004). Esto es, no posee una autonomía o configuración delictiva propia aún en aquellos casos donde aquél toma parte directa en la realización de la conducta punible”. (Fundamento 10).

El Acuerdo Plenario en análisis, además de plantear la problemática, desarrolla otro tópico más específico, esto referido a la intervención del particular en el delito de enriquecimiento ilícito, en este punto el acuerdo plenario llega a la conclusión que es perfectamente posible sancionar penalmente al tercero en este delito en calidad de cómplice primario. “La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional.” (Fundamento 14).

ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116

Asunto: “Alcances de la prescripción en delitos funcionariales”.

Este acuerdo plenario realiza importantes precisiones respecto a la calidad de funcionario y el tercero que no ostenta dicha calidad, es en este marco de ideas es que justifica la no aplicación de los términos prescriptorios establecido para los funcionarios públicos sino postula la aplicación ordinaria y extraordinarias de prescripción establecido para las personas que cometen delitos comunes.

Veamos dichas precisiones:

“El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra” (Fundamento 9).

“Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “extraneus”, que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de

título de imputación para resolver la situación del “extraneus”. Esta posición, sostiene lo siguiente:

- A. Un mismo hecho no puede ser juzgado bajo dos tipos penales diferentes.
- B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible”. (Fundamento 11).

En este último fundamento, la Corte Suprema desarrolla el tema de la accesoriidad de la participación del extraño en los delitos especiales, al respecto plantea que el tercero nunca puede ser autor de un delito funcionarial, pero si puede responder en calidad de cómplice por el mismo delito cometido por el autor, ello por principio de accesoriidad, además, se señala que en el caso que el autor sea absuelto, por consecuencia lógica también se debe absolver a los partícipes particulares “extraneus”, por estar supeditada a la condición principal del autor.

CASACIÓN N° 102-2016 – LIMA, EMITIDA POR LA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA

Asunto: “Complicidad en el delito de peculado”.

Esta jurisprudencia vinculante desarrolla específicamente la intervención del extraño en el delito de peculado, que es considerado como un delito especial impropio, y la Corte Suprema no se hace problemas en el sentido que por tratarse de un delito especial impropio es absolutamente permitido y punible la conducta del tercero en relación al delito cometido por el funcionario o servidor público, señalando, además que en este tipo de delitos debe acreditarse la relación funcional con el bien objeto de protección, razón suficiente para afirmar que el particular no puede ser autor.

Fundamento destacado.- “La complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos elementos, a saber: i) La intensidad objetiva de su aporte al delito, vale decir que sin este el hecho no hubiera podido cometerse, y ii) El momento en que realiza su aporte, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último caso se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en tal caso respondería como autor”.

“Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado, nuestro ordenamiento jurídico no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario o servidor público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado; así pues, constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas; siendo un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero se trata de un delito de infracción de deber porque el

fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de un determinado status o rol especial". (Fundamento 15.1).

"(...) Respecto a la participación, toma la tesis de la accesoriedad de la participación, es decir, que la participación es factible cuando existe realmente un hecho cometido por un autor, toda vez que, la complicidad no contiene autonomía típica propia o estructura delictiva diferente a la desplegada por el autor del hecho punible, por lo que la unidad del título imputativo deberá ser la que le corresponda al autor -unidad del título de imputación" (Fundamento 17.1).

ACUERDO PLENARIO N° 3-2015/CIJ-116

Asunto: "La participación del interesado en el delito de tráfico de influencias y la legitimidad de la intervención penal en la modalidad de influencias simuladas".

Lo que llama la atención de esta doctrina legal, es haber creado un escenario de impunidad del tercero interesado, al interpretar que el sujeto quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice en el delito de tráfico de influencias. Para mejor comprensión reproducimos los puntos relevantes de la casación en análisis:

"Ha de quedar claro que el partícipe desarrolla un papel facilitador de la ejecución del delito y no el rol de ejecutor dueño y señor del hecho. El aporte del partícipe en este sentido, ya sea en fase de preparación o de ejecución, supone su involucramiento en el hecho típico y, por tanto, lo hace penalmente competente por el mismo. Es decir, su prestación debe expresar el sentido de

facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configurando uno o más de sus componentes típicos (...). Esta consideración básica resulta de suma importancia para el problema abordado en la medida en que permite delimitar prima face el ámbito de la intervención delictiva y, en consecuencia, sienta las bases para definir el título de imputación del tercero interesado en el delito de tráfico de influencias” (Fundamento 7).

“(…) El cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa, se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad, por ejemplo, “A” tiene un proceso civil en el Despacho del Juez “B”; “C” le dice a “A” que tiene gran amistad con “B”; y, por tanto, puede influir en este pero a cambio de solucionar su problema deberá entregarle mil soles; en la conversación interviene “D” que reafirma la amistad entre “B” y “C” y la influencia de este sobre aquél. En el ejemplo citado, se advierte, pues, que “C” es autor y “D” cómplice del delito de tráfico de influencias, pues ayudó en la invocación de las mismas realizadas por “C”; sin embargo, el “comprador o solicitante de influencias” (en este caso “A”) nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25° CP, como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al “vendedor de influencias” en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia”. (Fundamento 8).

“En este sentido, el tercero interesado en el delito de tráfico de influencias, mejor dicho, quien promete o entrega el donativo, la ventaja o el beneficio al autor, no puede ser considerado cómplice de tal ilícito (...)” (Fundamento 9).

CASACIÓN 782-2015, DEL SANTA, SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA

Asunto: “El incremento del patrimonio que configura enriquecimiento ilícito debe corresponder al funcionario o servidor público”.

Esta casación es la que ha despertado acalorados debates en la doctrina nacional, no solamente por su carácter vinculante, sino por dar un giro, y asumir la teoría de ruptura de título de imputación, dado que en ese entonces esa teoría no tenía mayor repercusión; tanto la jurisprudencia y un gran sector de la doctrina siempre asumida la teoría de la unidad de título de imputación, es así que a partir de esta jurisprudencia vinculante se generó una serie de problemas que llevaron a que la Corte suprema enmiende la plana a travez de la dación de posteriores acuerdos plenarios incluso con la propuesta y modificación del artículo 25 del Código Penal. Veamos sus argumentos y puntos relevantes de esta polémica casación.

“El artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad”. (Fundamento 10).

“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; o no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo, aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción”. (Fundamento 11).

CASACIÓN N° 841-2015, AYACUCHO DE FECHA 21 JUNIO DE 2016

El particular extraneus por regla general es impune en los delitos de infracción de deber, sin embargo, la única posibilidad de su inclusión como partícipe se da si es que su conducta es comprendida en el tipo penal, es decir, si el delito regula la figura de la participación necesaria. En ese orden, podrán ser responsables los particulares en el delito de peculado a favor de tercero, o en el delito de colusión.

Fundamento destacado: “Como podemos observar, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurándose un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria”. (Fundamento 30).

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

independiente. Por ejemplo, -según primer párrafo del mismo considerando-, si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, entonces la conducta será considerada como un cohecho. Si el funcionario realiza un acuerdo con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del Estado, entonces realizará una colusión”. (Fundamento 31).

RECURSO DE NULIDAD N° 615-2015, LIMA (DIARIOS CHICHA) DE FECHA 16 AGOSTO DE 2016

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

Fundamento destacado: “El tipo penal de peculado hace referencia a un funcionario público no *in abstracto*, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública «por razón de su cargo»; es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar los bienes públicos objeto del delito deben encontrarse en posesión [inmediata o mediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Debe tener, por tanto, competencia funcional específica.

Por lo que, si dicha relación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no se configura el delito de peculado”.

2.2.1.2. EL EXTRANEUS Y SUS PROBLEMAS DOGMÁTICOS EN LOS DELITOS ESPECIALES

Frente a la problemática planteada, la doctrina ha postulado diversas soluciones, (López, 2015) así:

1. El *extraneus* no tiene responsabilidad alguna (Suárez Sánchez, Autoría y participación, 1992, p. 361).
2. El *extraneus* siempre tendrá responsabilidad bajo la calidad de cómplice (ibídem, pp. 360-361).
3. El *intraneus* debe responder como autor del delito especial (peculado) y el *extraneus* como autor del delito común (hurto) (Córdoba Angulo, Ob. Cit., p. 77).
4. Otra postura propone hacer responder al *intraneus* como autor y al *extraneus* como partícipe (ya sea como determinador o bien como cómplice) (ibídem).
5. El *extraneus*, adquirirá la categoría de coautor-interviniente o de partícipe-interviniente (Corte Suprema de Justicia, Rad. No. 12.191, 25/04/02).
6. El *extraneus* solo podrá ser coautor-interviniente (Corte Suprema de Justicia, Rad. No. 20.704, 08/07/03).

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL Y EL EXTRANEUS.- Al respecto el ACUERDO PLENARIO N° 2-2011, planteó el problema en el sentido

siguiente: No obstante, la participación de los extraneus en esta clase de delitos plantea interesantes problemas en torno al cómputo del plazo de la prescripción. Surge pues como tema de debate la cuestión relativa a la aplicación de la dúplica de los plazos de prescripción también para el extraneus. La trascendencia de este asunto resulta evidente, por lo que se hace necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (*intraneus*) 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.

EXTRANEUS Y LOS DELITOS ESPECIALES.- 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 cometen el delito ha 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. ¿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? (SALINAS, s/f).

EXTRANEUS Y LA TESIS DE LA RUPTURA DE LA UNIDAD DE IMPUTACIÓN.- Según la tesis de la ruptura de la unidad de imputación el punto de partida para delimitar la autoría de la participación se encuentra en la institución jurídica de la incomunicabilidad de las circunstancias (Art. 26º del C. P. peruano y 65º del C. P. español), la cual consagra la exigencia de impedir que la imputación del partícipe extraneus se fundamente en el tipo penal especial (v. gr. peculado), sino en un delito común. Argumentan que los tipos penales especiales, como el peculado, solamente irradian su campo de acción sobre los funcionarios o servidores públicos, mas no respecto de los particulares. Por tanto, según este planteamiento, (en el Derecho Penal Peruano) los particulares que contribuyen en la realización del delito de peculado únicamente responden sobre la base de un delito común, ya sea como autores o partícipes. Siguiendo dicha lógica, cuando un funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales o efectos -cuya percepción, administración o custodia le estén

confiados por razón de su cargo- con la contribución de un particular, ocurre que el funcionario o servidor público será autor del delito de peculado si ha tenido el dominio, y el extraneus, que no ha tenido el dominio del hecho, será partícipe del delito común (apropiación ilícita). Por el contrario, si el dominio del hecho se encuentra en manos del extraneus, éste responderá como autor del delito de apropiación ilícita, mientras que el funcionario o servidor público será partícipe del delito de peculado. (Salazar, 2005).

EL EXTRANEUS Y LA TESIS DE LA UNIDAD DE IMPUTACIÓN.- La teoría de la unidad de imputación, en cambio, sostiene que el extraneus -si bien es cierto no puede ser autor del delito especial- sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio y partícipe quien sólo colabora, no hay ningún impedimento para que los *extraneus* respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización. En dicha concepción tanto los extraneus como los intraneus, responderían o bien por el delito común o bien por el delito especial, según quien tenga el dominio del hecho sea el extraneus o el funcionario, pero de ninguna manera pueden responder por delitos distintos. En ese sentido, si en el delito de peculado, el dominio del hecho lo tiene el funcionario público, éste será autor, mientras que el particular sería partícipe del mismo delito. Contrario sensu, si el dominio del hecho lo tiene el extraneus, éste sería autor de un delito común, y el intraneus partícipe del mismo ilícito penal. De lo dicho se infiere que, para los partidarios de esta teoría, la concurrencia de un funcionario público y un particular en la comisión del delito de infracción de deber [v.gr. Malversación], trae consigo dos alternativas: a) el funcionario público será autor, si el dominio del hecho pertenece a la esfera de su competencia,

mientras que el particular será partícipe del mismo delito. b) de ser el extraneus quien tiene el control del hecho, será éste el autor, y el funcionario el partícipe, pero del delito de apropiación ilícita. (Salazar, 2005).

EL EXTRANEUS Y LA INFRACCIÓN DE DEBER ESPECIAL.- En este tópico, la problemática estriba, en la línea que los delitos especiales exigen para su configuración que el sujeto activo tenga cualidades especiales, sea funcionario y servidor público, es decir, se tiene que verificar el quebrantamiento del deber expresado en la norma extrapenal, sin embargo, los particulares, extraneus no están investido de tal cualidad exigido por la norma especial penal, el particular no posee un deber, por tanto, surge la siguiente pregunta; ¿Cómo imputar al extraneus?, ¿Cómo debe responder penalmente el extraneus, bajo que título?

Al respecto, como se ha señalado en líneas precedentes, la única forma que el extraneus responda penalmente por un delito especial, es la imputación a título de cómplice, dado que, la conducta del extraño está supeditada al delito cometido por el autor, es decir, por principio de accesoriedad.

POLÍTICA CRIMINAL Y LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS.- “Hasta el día de hoy, la discusión se ha llevado a cabo utilizando conceptos dogmáticos obsoletos, que en modo alguno se ajustan a la realidad actual de la criminalidad. Así, la insuficiencia dogmática, legislativa y jurisprudencial existente en nuestro país -aunado ello a la gran conmoción social que generan los actos de corrupción- se observa en el intento por evitar, a como dé lugar, la impunidad del extraneus que interviene en un delito de infracción de deber; y ello con la agravante que implica el llegar a dicha solución sin respetar las garantías que

constituyen el límite del ius puniendi, esto es, fundamentalmente, los principios de legalidad y de proporcionalidad” (Pinedo, s/f).

“Por ello consideramos necesario volver sobre esta interminable discusión -pero dándole un nuevo y adecuado enfoque-, buscamos así contribuir al replanteamiento del problema de la "intervención" de los extraneus en los "delitos especiales de infracción de deber cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública", esbozando -por ahora- las posibles salidas dogmáticas que, ajustándose a las últimas tendencias dogmáticas, no dejen de lado las clásicas garantías que informan el debido uso del ius puniendi por parte del Estado”. (Pinedo, s/f).

2.2.1.3. PLANTEAMIENTO DE LAS SOLUCIONES RESPECTO DE LA PROBLEMÁTICA DEBATIDA EN LA INVESTIGACIÓN

En este componente, la investigación aborda sobre las posibles soluciones de la intervención del extraneus en los delitos contra la administración pública, al respecto debemos responder puntualmente a las siguientes interrogantes:

- i) ¿Es suficiente el artículo 25 del Código Penal para solucionar la intervención del extraneus en los delitos especiales propios?,
- ii) ¿En qué supuestos los terceros deben responder penalmente por un delito especial?
- iii) ¿Cuáles son los fundamentos que justifican la punibilidad del extraneus en los delitos especiales propios?

Para desarrollar este componente se invita al profesor Nicolay Mayta Peña (2018), quien en un trabajo publicado en Legis.com, con el título: Lo que se dijo y aún no se dijo sobre el extraneus, hace interesantes reflexiones en los siguientes términos:

Mayta (2018).- Cabe indicar que las praxis jurisprudencial, no ha sido del todo uniforme, teniendo en consideración que hasta la actualidad la Corte Suprema, ha venido ofreciendo un tratamiento jurisprudencial sobre el extraneus, pero solo en el delito de enriquecimiento ilícito, provenientes del X Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú: cual asunto fue “ La Participación del extraneus” en los delitos especiales propios”, cuya consecuencia fue el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116, pero solo en los casos de Enriquecimiento Ilícito lo que generó una atrocidad, toda vez que cuando se convocó al X Pleno Jurisdiccional, no fue objeto de debate solo el delito de enriquecimiento ilícito, más por el contrario generalmente delitos especiales propios, evidentemente se puede apreciar que la Corte Suprema se acogió a la tesis del Profesor Claus Roxin, vale decir “Unidad del Título de Imputación Penal” así las cosas el fundamento 14 segundo párrafo, señala:

“Por tanto, no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, lo accesorio de la participación de aquél lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25° del Código Penal, por el artículo 2°

del Decreto Legislativo N° 1351, que expresamente señala: “*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*”. Cabe destacar que la misma alternativa legal que dispone la aludida reforma, debe también aplicarse para resolver el caso del instigador extraneus de un delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando el artículo 24° del Código sustantivo no haya sido modificado, lo cual, además, ha sido igualmente sugerido por la doctrina nacional (Cfr. Tomás Aladino Gálvez Villegas. Delito de Enriquecimiento Ilícito. IDEMSA. Lima. 2001, p. 185) (Fundamento 14).

En consecuencia, sólo se ha resuelto la situación extraneus a nivel del cómplice, mas no en lo que regula la conducta del instigador, conflicto que ya venía originado desde la Casación 782-2015, Del Santa, “Delito de Enriquecimiento Ilícito” consagrada como Doctrina Jurisprudencial Vinculante, donde los argumentos fueron “que todo aquel que no ostenta el grado de funcionario o servidor público escapa del radio punitivo de la norma”, generando así actos de impunidad, acogidos a la teoría “ Ruptura del Título de Imputación Penal, así mismo cabe manifestar que se produjo la modificación del artículo 25 del Código Penal, mediante Decreto Legislativo N° 1351, en contraposición a la mencionada Sentencia de Casación, incluyendo un tercer párrafo:

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales no concurran en él. (Código Penal, artículo 25).

Siendo así, en este nuevo marco ya era posible la punibilidad de la conducta del cómplice. En pureza significa “complicidad única” en

concordancia con la STC N° 2758-2004-PHC/TC, del 23 de noviembre del 2004, Caso Bedoya de Vivanco:

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 tercero 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 que protege la norma jurídico penal en cuestión; que es claro entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible como todas las personas tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico que protege la norma 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. (STC N° 2758-2004-PHC/TC).

“Sin embargo, la propia Corte Suprema se decanta por la teoría de la unidad del título de imputación, esto es, afirmar que en los delitos especiales tanto el partícipe (Cómplice e instigador) extraneus como al autor intraneus responderían por el mismo delito especial. Esto fue señalado además en el f.j. N°11.a del Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116, y fue reafirmado en la intervención oral del Fiscal Supremo Alcides Chinchay Castillo en el X Pleno Jurisdiccional

Supremo en Materia Penal, de fecha 28 de septiembre del 2016” (García León, Godofredo André, La punibilidad del partícipe extraneus en los delitos especiales, A propósito del Acuerdo Plenario N°3-2016/CJ-116, en Actualidad Penal n°42, Lima: Diciembre del 2017) (Mayta, 2018).

El autor mencionado concluye indicando: Es incierto lo expresado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116, en un primer momento, luego en contraposición la Casación 782-2015, Del Santa , manifestó todo lo contrario, cual produjo la modificación del artículo 25 del Código Penal, dejando establecida la “Complicidad Única”. Así mismo, el Acuerdo Plenario 3-2016/CJ-116, siendo notable el tratamiento jurisprudencial sobre el extraneus pero solo en el delito de enriquecimiento ilícito, cuando lo necesario era regular la conducta del extraneus (instigador), pero a nivel de todo delito especial propio, obviando subsanar, la tarea incompleta que dejó el decreto legislativo 1351, dejar intacto el artículo 24 cual regula la conducta del Instigador, así las cosas generando impunidad en otra clase de delitos especiales propios, no obstante el extraneus (instigador) seguirá acogándose a la teoría ruptura del título de imputación Penal.

¿El extraneus puede ser imputado a título de instigador en un especial propio y/o impropio?

Existe un vacío profundo respecto a este tópico, la jurisprudencia no se ha esmerado en desarrollar y establecer si los extraneus pueden o no responder a título de instigadores en un delito funcional, como peculado, colusión, enriquecimiento ilícito y otros. Si bien se ha modificado el artículo 25 del Código

Penal que regula la complicidad, sin embargo, a la fecha no existe modificatoria para regular la instigación.

Para establecer la punibilidad del extraneus a título de instigación en un delito especial, necesariamente tiene que pasar por modificar el artículo 24 del Código Penal, a fin de que se establezca expresamente esa circunstancia. La nota saltante es que no tenemos una línea jurisprudencial que deslinde este conflicto. Lo que más o menos queda claro es sobre la complicidad más no respecto a la instigación.

2.2.4. JURISPRUDENCIA RESPECTO A LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL MARCO DE LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DEL DEBER

El desarrollo de la jurisprudencia nacional respecto al tratamiento de la intervención del extraneus en el marco de la teoría de infracción del deber es variado e incluso contrapuesto como lo hemos mencionado en los párrafos anteriores, en este párrafo citamos la jurisprudencia adicional de la Corte Suprema, así como la jurisprudencia desarrollada del Tribunal Constitucional:

La implosión de la teoría de la infracción de deber en 4 sentencias de la Corte Suprema en el año 2016.

Tres casaciones y un Recurso de Nulidad pusieron en evidencia los límites del normativismo (moderado o radical) para fundamentar la autoría y la participación. Fieles a una postura idealista de “si la realidad no se adecua a la dogmática, peor para la realidad”, impusieron esa dogmática quietista a la realidad y determinaron la irresponsabilidad de autores y partícipes materiales.

El debate idealista entre normativistas no avizora soluciones. La realidad del dominio, como fundamento y límite infranqueable de la autoría, se impone como alternativa para resolver esas aporías normativistas.

SENTENCIAS

1.- Casación N° 841-2015, Ayacucho de fecha 21 junio de 2016.

El particular extraneus por regla general es impune en los delitos de infracción de deber, sin embargo, la única posibilidad de su inclusión como partícipe se da si es que su conducta es comprendida en el tipo penal, es decir, si el delito regula la figura de la participación necesaria. En ese orden, podrán ser responsables los particulares en el delito de peculado a favor de tercero, o en el delito de colusión.

2.- Casación N° 782-2015, Del Santa (vinculante) de fecha 6 julio de 2016

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

3.- Recurso de Nulidad N° 615-2015, Lima (Diarios Chicha) de fecha 16 agosto de 2016

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

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

A diferencia del Recurso de Nulidad N° 615-2015 LIMA, la superioridad jerárquica no constituye una causal para poder excluir de responsabilidad penal al sujeto activo, pues la relación funcional específica no se explica en la relación directa que tiene el funcionario con los efectos o caudales, pues esta también puede ser mediata. Más bien la relación funcional específica se encuentra en las atribuciones establecidas por ley, sin cabida a la exclusión de competencia por parte de los subalternos. De esta manera establece como doctrina vinculante que “El hecho de ser presidente o gobernador regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta la acreditación de la presencia”. (Recuperado el 30-07-2017, en: <http://legis.pe/la-implosion-la-teoria-la-infraccion-deber-4-sentencias-la-corte-suprema-este-2016/>).

2.2.5. MARCO JURÍDICO-NORMATIVO

2.2.5.1. NORMATIVA NACIONAL

2.2.5.1.1. RESPECTO A LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

CÓDIGO PENAL

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Autoría, autoría mediata y coautoría:

“**Artículo 23.-** El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción”.

Instigación:

“**Artículo 24.-** El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.

“Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria:

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

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

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del

tipo legal no concurren en él". (Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1351, publicado el 07 enero 2017).

Incomunicabilidad en las circunstancias de participación:

“**Artículo 26.-** Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”.

2.3. MARCO CONCEPTUAL

2.3.1. EXTRANEUS:

La doctrina explica la participación de extraneus en delitos especiales a partir de la tradicional "teoría del dominio del hecho", distinguiendo las tesis que se decantan por la ruptura del título de imputación de las que se pronuncian por la unidad del título de imputación, y de la "teoría de los delitos de infracción del deber" (*Pflichtdelicte*), cuya formulación originaria se la debemos a Roxin.

Según la tesis de ruptura del título de imputación, los tipos penales de delitos especiales se refieren exclusivamente a los intraneus, comunes homologables o subyacentes a los especiales. De esta forma, el particular que colabora dolosamente con un funcionario público en la comisión de un peculado, responderá como autor de un delito de hurto, más no por el tipo de complicidad en peculado, Nótese que para atribuir el grado de responsabilidad, esta tesis recurre al dominio del hecho, pues el intraneus será autor del delito especial y el extraneus partícipe del delito común subsidiario, en tanto aquél posea el dominio del hecho. Por el contrario, si es el extraneus quien detenta el dominio del hecho, el intraneus será partícipe del delito especial, mientras que el extraneus será

autor del delito común. En el Perú, esta tesis sólo puede ser sostenida en la medida que se entienda que la regla del art. 26 del CP consagra la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de responsabilidad como de los elementos típicos. Empero, conforme sostiene Quintero Olivares, tal interpretación carece de base, pues rompería con el principio de accesoriedad de la participación, ya que se arribaría a la solución artificial de imputar al extraneus e intraneus delitos distintos, cuando en puridad se trata de un solo hecho punible.

2.3.2. INTRANEUS

El autor del delito de infracción de deber no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de

cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

2.3.3. TÍTULO DE IMPUTACIÓN

Tenemos dos grandes teorías acerca del título de imputación, por un lado tenemos la unidad de título de imputación y la ruptura del título de imputación, veamos la diferencia de estas dos categorías:

En el marco de la tesis de ruptura del título de imputación, los tipos penales de delitos especiales se refieren exclusivamente a los intraneus. De esta manera, el particular que colabora dolosamente con un funcionario público en la comisión de un peculado, responderá como autor de un delito de hurto, más no por el tipo de complicidad en peculado, Nótese que para atribuir el grado de responsabilidad, esta tesis recurre al dominio del hecho, pues el intraneus será autor del delito especial y el extraneus partícipe del delito común subsidiario, en tanto aquél posea el dominio del hecho. Por el contrario, si es el extraneus quien detenta el dominio del hecho, el intraneus será partícipe del delito especial, mientras que el extraneus será autor del delito común. En el Perú, esa tesis sólo puede ser sostenida en la medida que se entienda que la regla del art. 26 del CP consagra la incomunicabilidad de las circunstancias modificativas de responsabilidad como de los elementos típicos. (es.scribd.com, s/f).

Ahora bien, los partidarios de la teoría de unidad del título de imputación" admiten la sanción del extraneus como partícipe del delito especial, sea propio o impropio, cometido por el autor intraneus. Esta posición se apoya en la vigencia del principio de accesoriedad limitada" de la participación respecto de la autoría, a la par que se reconoce que la incomunicabilidad prevista en el art. 26 del CP

únicamente opera frente a las circunstancias modificativas de responsabilidad, más no ante las que fundamenta el injusto. (es.scribd.com, s/f).

2.3.4. AUTORÍA

El concepto de autor que se desprende de la teoría de los delitos de infracción de deber implica que del estudio y análisis del tipo penal se destraba un deber especialísimo en cabeza de una determinada persona, que la obliga frente al bien jurídico, de manera que solo la persona titular de ese deber será considerada autor; cualquier otra que intervenga en la realización de la conducta punible será partícipe, nunca autor; aquí no se está afirmando que cualquiera que realice un aporte causal será considerado como autor y será sancionado de la misma manera; aquí, se repite, existe un claro criterio para determinar quién es autor: no cualquiera que realice al aporte causal, sólo el que tenga el deber especialísimo; y otro tanto para los partícipes, en el entendido que serán aquellos que intervengan causalmente en la conducta delictiva sin tener el deber especialísimo del tipo especial. (TORRES, 2004, p. 21).

2.3.5. COMPLICIDAD

La complicidad puede considerarse como una forma de participación criminal en donde caben a modo de "cajón de sastre" todo auxilio, ayuda o cooperación intencional para la realización de un delito doloso que no constituye autoría, coautoría o autoría mediata. En un sentido amplio, se entiende por complicidad toda colaboración en un hecho ajeno, es posible comprender también aquí a la inducción, pues esta no es otra cosa que una determinación por influjo psíquico al hecho de otro. (Castillo, s/f).

La complicidad constituye un incremento de riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico. Usualmente también se define como la cooperación en un hecho punible cometido dolosamente por otro, o de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro que se consuma o al menos queda en la fase de la tentativa. (Castillo, s/f).

En nuestra legislación resulta impune la tentativa de complicidad. Asimismo, es inadmisibles tanto la complicidad culposa como la complicidad dolosa en un hecho punible culposo. Este criterio se diferencia de un parecer minoritario en el contexto jurisprudencial y dogmático de la ciencia penal española que admite la punición de la cooperación necesaria imprudente, pero excluyen de sanción a la complicidad simple imprudente. Los que admiten la participación culposa sólo exigen: a) La voluntad de la propia acción u omisión, y, b) La conciencia de cooperar en una acción ajena no siendo necesaria la conciencia y voluntad respecto al resultado. (Castillo, s/f).

2.3.6. INSTIGACIÓN

Instigador es aquella persona que tiene la intención de convencer a otro para que cometa un delito determinado y concreto, lo hace mediante un trabajo psíquico realiza acciones tendientes a convencer, a tomar la decisión de ejecutar el delito y que en verdad lo haga en la totalidad de los elementos subjetivos y objetivos, ello implica: Inducir intencionalmente a otro a cometer un hecho delictivo, hacer nacer en una persona la resolución de ejecutar un hecho delictivo y asegurarse que en efecto lo ejecute como delito consumado o como delito tentado.

1. El convencimiento del instigador al instigado Influencia a nivel psíquico, no importa mucho el medio sino que logre convencerlo.
2. La ejecución por parte del instigado de un delito consumado o de una tentativa de delito, si la instigación no es seguida por la ejecución, la instigación será impune.

2.5. OPERACIÓN DEL EJE TEMÁTICO (DIMENSIONES, INDICADORES, MÉTODO, TÉCNICA E INSTRUMENTO), EN EL MARCO DEL MAPIC.

EJE TEMÁTICO	DIMENSIONES	INDICADORES	MÉTODO	TÉCNICA	INSTRUMENTO
<p>La INTERVENCIÓN del EXTRANEUS en los DELITOS contra la ADMINISTRACIÓN Pública</p>	<p>1.- El tratamiento del extraneus en la jurisprudencia peruana.</p>	<p>1.1. Autoría 1.2. Coautoría 1.2. Complicidad 1.3. Instigador</p>	<p>1.- Método Sistemático</p>	<p>-Análisis de contenido -Parfraseo -Resumen</p>	<p>-Fichas de análisis de contenido</p>
	<p>2.- El extraneus y sus problemas dogmáticos en los delitos especiales.</p>	<p>2.1. El extraneus y los delitos especiales 2.2. El extraneus y la instigación 2.3. El extraneus y delitos comunes 2.4. Extraneus y la infracción del deber</p>	<p>2.- Método Dogmático</p>	<p>-Consulta bibliográfica -Interpretación -Citas textuales</p>	<p>-Ficha de Resumen -Fichas bibliográficas.</p>
	<p>3.- La propuesta legislativa (emisión de un acuerdo plenario o ley).</p>	<p>3.1.- Acuerdo Plenario 3.2.- Proyecto de Ley</p>	<p>3.- Método de Interpretación jurídica.</p>	<p>-Revisión Documental. - Estudio de caso</p>	<p>-Ficha Textual -Ficha de análisis Documental. -Ficha de análisis de caso cualitativo.</p>
<p>4.- Método de estudio de casos</p>					

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1. ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN

La investigación desarrollada se enmarca dentro del enfoque cualitativo, para el profesor Carlos Muñoz Razo, son las tesis cuya investigación se fundamenta más en estudios descriptivos, interpretativos e inductivos (que van de lo particular a lo general) y se utilizan para analizar una realidad social al amparo de un enfoque subjetivo, con el propósito de explorar, entender, interpretar y describir el comportamiento de la realidad en estudio, no necesariamente para comprobarla. (Cursiva y subrayado es nuestro).

Por lo general, esta exploración se realiza con la recopilación de datos sin medición numérica, lo cual permite que emerjan puntos de vista, emociones, experiencias y otros aspectos no cuantificables. De esta manera, se pretende entender la realidad a través de esas aportaciones subjetivas, o bien, a través de las interpretaciones, también, subjetivas que de ellas hace el propio investigador. (Muñoz Razo, 2011, p. 22).

En el caso concreto, la investigación sigue la línea cualitativa, dado que, analizamos e interpretamos nuestro eje temático: “**LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**”, para tal efecto desarrollamos los siguientes tópicos (dimensiones de estudio): (i) El tratamiento del extraneus en la jurisprudencia peruana, (ii) El extraneus y sus

problemas dogmáticos en los delitos especiales y (iii) finalmente la propuesta legislativa (emisión de un acuerdo plenario y/o ley según corresponda).

En este apartado es importante precisar que la presente investigación (tesis) gira en función a los ejes temáticos previamente ya delimitados en el proyecto y no se trabaja en base a variables de estudio que son exclusivos de una investigación de corte cuantitativo.

También es oportuno señalar que las hipótesis de estudio en las investigaciones cualitativas son opcionales y facultativas, y tienen una naturaleza distinta que las investigaciones cuantitativas, en estas últimas las hipótesis son obligatorias, mientras que en las investigaciones cualitativas son opcionales y representan guías que orientan el resultado, materializados en afirmaciones preliminares con las que inicia el investigador.

3.1.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

En resumen, para KERLINGER, un diseño expresa la estructura del problema, así como el plan de la investigación, para obtener evidencia empírica sobre las relaciones buscadas. (Recuperado en fecha 03 de abril del año 2017, y disponible en: <http://mey.cl/apuntes/disenosunab.pdf>).

Es así que, la investigación ha seguido el diseño Dogmático y propositiva, por un lado, se enfocó al plano teórico; análisis desde la perspectiva doctrinaria, jurisprudencial, y legislativa, y, por otro lado, en el plano fáctico, la investigación analizó las Casaciones emanadas de la Corte Suprema de la República del Perú, que desarrolla sobre delitos especiales propios e impropios a fin de verificar la intervención del extraneus en los delitos contra la administración pública (delitos

funcionariales), más precisamente sobre el extraneus y sus problemas dogmáticos en los delitos especiales, para tal efecto hemos formulado la siguiente interrogante para que sea respondida a través del estudio: ¿Es punible la intervención del extraneus en los delitos especiales propios, y bajo qué fundamentos?, este es uno de los tópicos que la investigación analiza, asimismo el estudio nos trae a debate el tratamiento del extraneus en la Jurisprudencia Peruana, se analiza la evolución jurisprudencial que se ha dado a lo largo de los últimos años: ¿Cómo es el tratamiento del extraneus en la Jurisprudencia Peruana? Esta interrogante es desarrollada a la luz de las casaciones emitidas por la Corte Suprema, teniendo en cuenta que en la actualidad no tenemos un criterio fijo y uniforme, tenemos diversos criterios, la Jurisprudencia de la Corte Suprema establece, por un lado que el extraneus no puede ser punible por un delito especial, y por otro lado, sostiene todo lo contrario, y reconoce que el extraneus si puede responder penalmente por la comisión de un delito especial.

Otro de los tópicos estudiados, es la propuesta legislativa (emisión de un acuerdo plenario y/o ley), ¿Es pertinente plantear una formula legislativa para delimitar en que supuestos es punible la intervención del extraneus en un delito especial?, a partir de ello la investigación ha planteado criterios y/o supuestos a fin de que sean filtros que se tiene que superar para la punibilidad del extraneus en los delitos especiales propios e impropios.

3.2. OBJETO DE ESTUDIO

El objeto de la tesis está constituido por aquella parcela de la realidad jurídica sobre la cual concentramos nuestra atención para describir, comparar, analizar, proyectar o detectar la evolución de una institución o problema jurídico

específico. Al objeto de la tesis se le suele llamar tema o asunto de la misma. Es el eje sobre el que gira la investigación, desde el inicio hasta el final. Pero la investigación nos conduce a un resultado que no era conocido en el punto de partida, puesto que al finalizarla hemos logrado encontrar nuevas cualidades o nuevas determinaciones acerca del objeto jurídico, que era desconocida o confusa, antes de iniciar su indagación sistemática. En consecuencia, la tesis permite incrementar nuestro conocimiento acerca de la institución o problema (tema) que hemos adoptado como materia de ella.

En consecuencia, el objeto de la tesis planteada es: La intervención del extraneus en los delitos contra la administración pública.

3.3. ÁMBITO DE ESTUDIO

El ámbito de estudio de la investigación está conformado, por las teorías, doctrina, y estudio de las normas referida al tratamiento del extraneus en la jurisprudencia, la problemática que presenta en la discusión dogmática y en qué supuestos se justifica la punibilidad del extraneus en los delitos especiales, a partir de ello proponer los presupuestos que se deben cumplir para que los terceros respondan penalmente, esa propuesta se hizo mediante una fórmula legislativa; para ello se recurrió a los libros, revistas especializadas, artículos científicos, artículos jurídicos, ensayos jurídicos, piezas jurisprudenciales, tesis de investigación y opiniones relevantes tanto de los autores nacionales e internacionales.

Ahora bien, para desarrollar el ámbito fáctico de la investigación, se recurre a la jurisprudencia emanada de la máxima instancia del poder judicial, (Corte Suprema), y las sentencias emblemáticas emitidas en las diferentes

Cortes Superiores del Perú en los llamados casos emblemáticos, básicamente con la finalidad de verificar la intervención del extraño en la comisión de los delitos especiales, establecer que postura es la que están optando: la teoría de título de imputación y/o la ruptura de título de imputación, o que método de imputación es la que están utilizando, es decir, cual es el fundamento material que los jueces expresan al momento de sentenciar o absolver a los particulares involucrados en los delitos especiales, basado en la infracción de un rol asignado en el marco del cargo que desempeña (funcionario de facto).

Esta problemática es debatida en la presente investigación, y partir de este debate instaurado se plantea una propuesta de solución proponiendo la reforma parcial del artículo 25 del Código Penal, a fin de que se incluya los supuestos especiales para que el extraneus responda penalmente por los delitos especiales, de tal manera que se armonice los fundamentos político criminales, con la dogmática penal y la imputación penal.

Esta solución también es factible realizar vía acuerdo plenario, donde se establezca los supuestos, tal como se realizó para el delito de enriquecimiento ilícito, donde expresamente se aborde la intervención del extraneus en los delitos especiales propios.

3.3.1.- CASOS PARA ACREDITAR LA BASE FÁCTICA DE LA INVESTIGACIÓN

La base fáctica de la presente investigación está constituida por diez casos (Casaciones Penales), relacionados con la intervención del extraneus en los delitos especiales propios, los pronunciamientos de la jurisprudencia es la que constituye objeto de análisis del estudio, dado que los pronunciamientos y

el tratamiento respecto a la punibilidad de los extraneos no es uniforme ni univoco, sino que hay incluso pronunciamientos que contravienen entre sí, es ahí donde se presenta el conflicto.

Cuadro 1: Base Fáctica de la Investigación

BASE FÁCTICA DE LA INVESTIGACIÓN: Expedientes: Casaciones penales emitidas por la Corte Suprema de la Republica (Delitos contra la Administración Pública).

CASOS	NÚMERO DE CASOS	TOTAL
Casaciones Penales	10	10
Sentencias de Juzgados Especializados anticorrupción.	0	0
		10

FUENTE: Poder Judicial.
ELABORACIÓN: Personal.

PROCEDIMIENTO: El procedimiento que se utilizó para escoger la muestra de la investigación fue la selección de carácter intencional, dado que, únicamente se recurrió a diez casos emblemáticos, los mismos que fueron seleccionados en forma intencional para efectos de la investigación.

3.4. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

3.4.1. MÉTODO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Históricamente se ha concebido al método como la vía para alcanzar una meta, es decir, un conjunto de procedimientos que permiten investigar y obtener el conocimiento. Técnicamente es un conjunto ordenado y sistematizado de procedimientos que nos posibilitan desarrollar la tarea de adquirir nuevos conocimientos o de perfeccionar los ya obtenidos.

Métodos que se utilizaran en la presente investigación:

a) El Método Dogmático.

“La dogmática es el método constructivo del sistema de interpretación jurídica que tiene tres pasos; (i) análisis gramatical (exégesis del texto legal), esto hace referencia a la interpretación literal, (ii) descomposición del texto legal hasta llegar a los elementos primarios (‘ladrillos’ del futuro edificio), esto hace referencia a la fase de análisis donde se descompone el texto legal en sus unidades mínimas, (iii) Construcción del sistema (con los ladrillos), ello se refiere a la fase de interpretación a la construcción del texto legal de acuerdo al caso concreto”. (Zaffaroni, 2009: 18).

Aplicación del método de la dogmática Jurídica en la investigación:

En la investigación, el objeto de análisis recayó en el artículo 25 del Código Penal, referida a la complicidad primaria y complicidad secundaria, el procedimiento que se siguió para la interpretación de esta norma fue el siguiente:

1) lectura literal de la norma: *Artículo 25.- El que, dolosamente, preste auxilio*

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

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

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

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. 2) Descomposición de la norma, aquí se advierte que a través de la modificatoria del artículo 25 mediante el Decreto Legislativo N° 1351, aparece la alusión a los delitos especiales, donde se adopta y la norma toma partido por la teoría de unidad de título de imputación, esta modificatoria plantea un método, pero no señala si esto es aplicable para los delitos especiales propios o impropios, y tampoco hace mención a los supuestos donde el extraneus debe responder penalmente. 3) Construcción de la argumentación de acuerdo al caso concreto, en este componente lo que hay que desarrollar es la argumentación de acuerdo al caso concreto, y justificar porque es necesario postular la reforma del artículo 25 del Código Penal y aquí surge la pregunta, ¿Es pertinente plantear una fórmula legislativa para delimitar en qué supuestos es punible la intervención del extraneus en un delito especial?

La metodología aplicada es con la finalidad de analizar el contenido y el fin de los tipos penales, y establecer si la regulación es completa o incompleta, es coherente o no con la política criminal y la dogmática penal, y si es factible o no su aplicación.

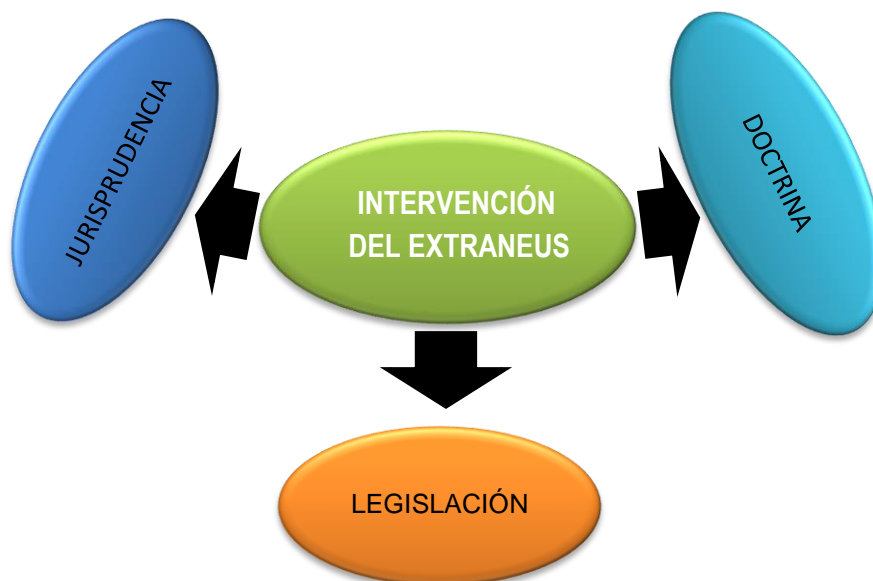
b) El Método Sistemático.

El método sistemático recurre para interpretar e investigar el Derecho a los siguientes elementos: a) tipificar la institución jurídica a la cual debe ser referida la norma para su análisis e interpretación, y b) determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece. (WITKER, 1985, p. 187).

En palabras del profesor Víctor Emilio Anchondo Paredes en su trabajo titulado *Métodos de interpretación Jurídica*, define a la interpretación sistemática como: esta interpretación es la que busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte.

La razón es que el sentido de una norma no solo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas. (Recuperado en fecha 05 de abril de 2017, y disponible en: <file:///G:/2017/METODOLOGIA/metodos%20de%20la%20interpretacion%20juridica.pdf>).

En la investigación desarrollada el método de interpretación sistemática se utilizó para alcanzar el objetivo General y los objetivos específicos, esto es: *Analizar el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia, la problemática en la teoría y los supuestos en la que se justifica la punibilidad del extraneus en los delitos especiales*; dado que para analizar los tópicos de la investigación se recurrió a la jurisprudencia, doctrina, teorías y la legislación vigente.

Figura 1: Sistematización del método Sistemático

Fuente: Elaboración propia.

c) Método de argumentación jurídica

“La argumentación como método permite suplir la falta de pruebas cuantitativas y la verificación experimental respecto de la veracidad o falsedad de una información producto de la investigación científica” (ARANZAMENDI, 2010, p. 186.). Su rol de conocimiento al servicio de la actividad cognoscitiva, consiste en hacer uso de razonamientos y construcciones lógicas, al racionalizar la experiencia y no limitándose simplemente a describirla y cuantificarla.

Básicamente la función práctica o técnica de la argumentación, dado que facilita una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar derecho. Función metodológica, denota amplitud como enfoque epistemológico para la construcción, interpretación y aplicación del derecho.

Este método se ha utilizado a lo largo de la investigación y más precisamente en el cuarto capítulo donde hemos construido la argumentación relacionado con la intervención y la punibilidad o no del extraño en los delitos

especiales propios, una vez delimitado esta situación se ha planteado que es necesario establecer supuestos que debe observarse para imputar la responsabilidad del particular, ello se realizó a través de una propuesta jurisprudencial y doctrinario.

d) Estudio de Casos

(...) EISENHARDT (1989) conciba un estudio de caso contemporáneo como “una estrategia de investigación dirigida a comprender las dinámicas presentes en contextos singulares”, la cual podría tratarse del estudio de un único caso o de varios casos, combinando distintos métodos para el recojo de evidencia cualitativa y/o cuantitativa con el fin de describir, verificar o generar teoría. Eisenhardt (citado por MARTÍNEZ, 2006, p. 174).

Mediante este método se analizó las casaciones penales emitidas por la Corte Suprema, donde aborda y desarrolla el tema del extraneus frente a los delitos contra la administración pública.

En la presente investigación tal como ha sido descrito en nuestra muestra analizamos diez (10) casaciones penales, la investigación no solamente se quedó en el plano teórico, análisis de las información que proviene de los libros, revistas, etc, sino, se realizó un análisis de los criterios interpretativos que emanan de los diferentes juzgados, es decir de la práctica judicial, donde se presenta y se advierte la problemática, estos últimos básicamente nos sirvieron para acreditar la base fáctica del estudio.

3.4.2. LA TÉCNICA EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA.

La técnica de la investigación jurídica, es el resultado del saber empírico-técnico persigue la aprehensión de datos para el conocimiento sistemático,

genético o filosófico del Derecho, a cuyo efecto dota al sujeto cognoscente con todas las nociones y habilidades atinentes a la búsqueda, individualización y empleo de las fuentes de conocimiento jurídicas, de forma de obtener de ellas los datos concretos para su ulterior elaboración metodológica. Es un saber práctico al servicio de un saber científico.

Las técnicas utilizadas en la presente investigación:

1. Análisis de contenido
2. Revisión documental
3. Consulta Bibliográfica
4. Estudio de Caso
5. Parafraseo
6. Resumen

3.4.3. INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

BERNARDO y CALDERERO (2000), consideran que los instrumentos son recursos del que puede valerse el investigador para acercarse a los fenómenos y extraer de ellos información. Dentro de cada instrumento pueden distinguirse dos aspectos diferentes: una forma y un contenido. La forma del instrumento se refiere al tipo de aproximación que establecemos con lo empírico, y las técnicas que utilizamos para esta área. En cuanto al contenido, este queda expresado en la especificación de los datos concretos que necesitamos conseguir; se realiza, por tanto, en una serie de ítems que no son otra cosa que los indicadores bajo la forma de preguntas, de elementos a observar, etc. (recuperado en fecha 07 de mayo del año 2017, y disponible en: <https://es.slideshare.net/oscarlopezregalado/instrumentos-de-investigacin-217795>).

Es así, que para alcanzar los objetivos propuestos en la investigación tanto de primer, segundo y tercer componente se utilizó los siguientes instrumentos:

1. Fichas de análisis de contenido.
2. Fichas de Revisión Documental.
3. Fichas bibliografías.
4. Fichas de Análisis de caso cualitativo.
5. Ficha textual.
6. Ficha de Resumen.

3.5. PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN (PLAN DE RECOLECCIÓN DE DATOS)

El procedimiento que se adoptó para la recolección de datos es el siguiente:

Primero: Se seleccionó las fuentes (directas e indirectas) tanto bibliográficas como hemerográficas necesarias para proceder con la recolección de los datos requeridos, de las cuales se consideró las principales fuentes legislativas de nuestro Ordenamiento Jurídico Peruano, iniciando con el análisis del Código Penal, D.L. N° 1351, Constitución Política y las demás normas que regulan la intervención del extraño en el delito especial, asimismo teorías, doctrina y jurisprudencia, así como textos de renombrados juristas en el tema objeto de la presente investigación.

En este punto hay que destacar que también se recurrió como fuente a estudio de casos que recae sobre las Casaciones Penales, ello justamente para

verificar el criterio adoptado por los juzgados sobre la intervención y la responsabilidad penal de los extraños en la comisión de los delitos especiales, la clasificación y la sistematización y el análisis de la jurisprudencia (casos) se realizó en el marco teórico del estudio y en el análisis de resultados de la investigación.

Segundo: En el segundo paso como parte del desarrollo de la investigación, se elaboró los instrumentos de investigación jurídica, los mismos que ayudaron en almacenar los datos recabados a través de las técnicas de investigación, estos datos recabados nos sirvieron para construir el marco teórico de la investigación (base teórica) así como también se elaboró instrumentos para analizar y sistematizar la base fáctica del estudio. Las técnicas como análisis de contenido, análisis de caso y otros.

Tercero: Se seleccionó y aplicó las técnicas de investigación jurídica, de las cuales tenemos: análisis de contenido para analizar los datos recabados en los textos y páginas virtuales (libros y revistas en formato virtual PDF) sobre el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia, la problemática en la teoría y los supuestos en la que se justifica la punibilidad del extraneus en los delitos especiales.

La investigación tuvo dos momentos, un momento donde se problematiza sobre los criterios adoptados en la jurisprudencia nacional sobre los delitos especiales, la participación necesaria, punible de los sujetos que no tienen la calidad de funcionarios públicos, y, el segundo momento donde se plantea la solución concreta a la problemática advertida, ello vía una propuesta de carácter jurisprudencial, para unificar los criterios.

Cuarto: Los procedimientos señalados se realizaron con la finalidad de conseguir los objetivos propuestos, primero, analizar el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia peruana; para ello justamente se utilizó la técnica y los instrumentos para sistematizar la información de los libros (análisis de jurisprudencia) y las páginas virtuales en el marco teórico y los resultados de la investigación; segundo se planteó el siguiente objetivo; Establecer la problemática que plantea la teoría respecto de la intervención del extraneus en los delitos especiales, para este segundo componente se siguió el mismo procedimiento que se estableció para el primer objetivo. Así también tenemos el tercer componente de estudio; Plantear una formula legislativa para delimitar en que supuestos es punible la intervención del extraneus en un delito especial, a partir del debate acerca de los tres tópicos anunciados, se postula una propuesta legislativa para plantear los criterios o supuestos a fin de que el extraño responda por un delito funcional, bajo ciertas condiciones, dado que establecer la punibilidad del extraño no puede ser automática, sino bajo una lógica dogmática y aplicando la teoría correspondiente .

Quinto: Finalmente se procedió al análisis e interpretación de los datos obtenidos, esto considerando como parámetros, el sistema de unidades y componentes, por tratarse de una investigación de corte cualitativa.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este CUARTO CAPÍTULO de la investigación, lo que corresponde es debatir y analizar los puntos controvertidos o también llamados componentes o tópicos de la investigación, en suma, a todo ello según el nuevo enfoque de la investigación cualitativa se denomina “ejes temáticos”, se parte del análisis del artículo 25 del Código Penal, base legal de la participación en la comisión del delito, exigencia normativa que a partir de su modificatoria ha generado interesantes debates en torno a la participación de los extraneus en los delitos especiales, asimismo, se analizó los planteamientos doctrinarios y jurisprudenciales, con el fin, de que la investigación aborde el tema de manera integral y sistemática, como base fáctica la investigación consideró el estudio de casos emblemáticos, vale decir, jurisprudencia en la que se aborda el asunto del extraneus y su intervención en los delitos especiales, ello para verificar el tratamiento realizado por los órganos jurisdiccionales, ahora bien, el estudio se enmarca en el análisis de la intervención del Extraneus en los delitos contra la Administración Pública; para tal efecto se consideró los siguientes componentes de estudio: 1.- El tratamiento del extraneus en la jurisprudencia peruana, 2.- El extraneus y sus problemas dogmáticos en los delitos especiales, 3.- Finalmente la investigación plantea una propuesta de emisión de un acuerdo plenario. Estos tres puntos son debatidos en base de toda la información que se ha recabado y sistematizado en el marco teórico del presente estudio.

En este apartado lo que se presenta son los resultados de la investigación, cada componente de investigación, implícitamente lleva varios interrogantes a la vez, a modo: ¿Cómo debe responder penalmente el extraneus? ¿Cuál es el

fundamento de su punibilidad? ¿Por qué se debe aplicar o no aplicar las teorías de título de imputación? ¿El extraneus puede ser autor directo, indirecto, coautor, cómplice o instigador en un delito especial? ¿Es necesario plantear la reforma del artículo 25 del Código Penal?, ¿la punibilidad del extraneus se justifica desde la criminología?, ¿Cómo es el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia Peruana?, ¿Cuál es la problemática que plantea la teoría respecto de la intervención del extraneus en los delitos especiales?

La importancia del estudio está en abordar y traer a debate un tema que en estos últimos tiempos ha cobrado su vigencia, la comunicabilidad o no de los extraños en los delitos especiales, el debate al respecto está abierto, unos consideran que si hay comunicabilidad y otros dicen que no existe comunicabilidad, por ende no debe procesarse al extraño por un delito funcional.

Por otro lado, si bien la jurisprudencia ha planteado algunas soluciones interesantes respecto a algunos delitos como negociación incompatible, enriquecimiento ilícito y tráfico de influencia, (en este último una solución parcial, sin embargo, aún la problemática subsiste en otros delitos); entonces la investigación busca dar una solución integral, una solución para todos los delitos especiales funcionariales, donde se resuelva con claridad este asunto, por lo que necesariamente tiene que pasar por una reforma del Código Penal y/o plantear un acuerdo plenario.

Y en otro de los tópicos, se estudió la jurisprudencia, donde se ha verificado el tratamiento de los extraneus respecto a los delitos especiales, aquí

se observó que existe una flagrante contradicción en el tratamiento, es decir no existe una jurisprudencia uniforme.

Estos son los puntos que se ha debatido a lo largo de este capítulo cuarto de la investigación.

4.1. SUB CAPITULO Nº 01

4.1.- PRIMER COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN.

4.1.1.- *Analizar el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia y doctrina Peruana (Doctrina, Ejecutorias y Casaciones penales).*

4.1.1.1.- ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES.

Discusión:

UNO.- EL EXTRANEUS EN EL DELITO ESPECIAL

1.1.- ¿Cómo es el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia y en la doctrina?

1.1.1.- Fenotipo de los delitos contra la administración pública.- Es preciso señalar que los delitos regulados en el capítulo de los delitos funcionariales, se puede clasificar de varias formas, pero lo que nos interesa para la presente investigación es señalar la clasificación de acuerdo a su característica dogmática, por un lado tenemos delitos cometidos por particulares, quienes se rebelan contra la administración pública y otros que son cometidos por funcionarios públicos, quienes convierten a la administración pública una

brillante oportunidad para ganar dinero y hacer su mejor negocio; y en palabras del profesor Reynaldi (2018), podemos señalar lo siguiente: “Existen dos fenotipos en los delitos contra la administración pública. En principio, los particulares que desconocen autoridad al funcionario o servidor (arts. 361 al 373 del CP) y manifiestan comportamientos de anarquía. En segundo lugar, los funcionarios o servidores que más bien se convierten en particulares y privatizan la función que les son encomendadas (arts. 376 al 424 del CP)”.

1.1.2.- La polémica surge cuando se trata de delimitar la participación del extraneus en los delitos de infracción del deber. Si la delimitación de la autoría y participación en los delitos comunes y de dominio es un asunto complejo, esta complejidad aumenta en los delitos de infracción de deber, sobre todo en aquellos supuestos donde el extraneus tienen el dominio del hecho, el sujeto especial comete el delito mediante omisión impropia o valiéndose de un tercero, etc. La investigación debate este conflicto en las siguientes líneas.

El extraneus es un particular que no cuenta con cualidades o rasgos distintivos que exige los tipos penales referidas a los delitos contra la administración pública, en suma, se trata de un ciudadano común corriente, pero que, por alguna circunstancia logra tener contacto con el funcionario o servidor público, esas circunstancias y motivos se dan a partir del mismo extraneus como también puede ser a partir de la propuesta del intraneus, y en efecto hay delitos que exigen necesariamente el concierto de los dos para su configuración, pero existe tipos penales que no exigen la participación necesaria del extraño, si no son tipos penales que para su consumación basta la presencia del funcionario o servidor público interesado.

1.1.3.- LA PUNIBILIDAD DEL EXTRANEUS.- La punibilidad del extraño ese es el tópico que despierta un debate acalorado en la doctrina, al respecto hay dos grandes posturas materializados en dos tesis diametralmente contradictorias y hasta irreconciliables:

La primera tesis señala que los extraños no pueden responder penalmente por un delito especial, regulado desde el artículo 376 del Código Penal hasta el artículo 401 del mismo cuerpo legal, referido a los delitos contra la Administración Pública, porque este grupo de delitos está reservado únicamente para los que ostentan cargos en la administración pública, sea en la condición de funcionario público o como servidores públicos, la condición básica que se exige es esa relación funcional y fáctica con los bienes del estado, que por razón de su cargo son confiados, entonces los extraneus están fuera de ese círculo potencial de autores y partícipes que puedan cometer los delitos funcionariales, dado que ellos no cumplen con las exigencias legales de cada tipo penal, ellos no tienen esa relación directa con los bienes que administra el estado, tampoco tienen cargos públicos o políticos, salvo en el caso de la relación fáctica, donde el tercero administre los bienes del estado de manera fáctica (administrador de fácto), este último ciertamente es debatible. Es preciso añadir la idea que esta postura niega totalmente la punibilidad del extraño.

La segunda Tesis, postula la idea que los extraneus deben responder penalmente por un delito especial, vale decir, que los extraños pueden ser partícipes o instigadores, el sustento de esta idea descansa en la accesoriedad de la participación, el cómplice responderá en relación al delito cometido por el autor, si el autor comete el delito de peculado y si para la comisión de ese delito tuvo una participación necesaria del extraneus, entonces este último responderá

a título de cómplice primario en el indicado delito, como también es posible la imputación a título de instigación, aunque este último es sumamente debatido en la doctrina nacional y tachado definitivamente por un sector de la doctrina. La infracción del deber especial o el quebrantamiento del rol social asignado corresponde al funcionario o servidor público que ostenta el cargo, mas no al tercero particular, pero por principio de accesoriedad, como el tercero participó en la comisión del delito especial, entonces éste debe responder también por el delito, pero no a título de autor sino a título de instigador.

1.1.4.- PUNIBILIDAD DEL FUNCIONARIO DE FACTO.- Hasta aquí tenemos claro la idea que los particulares llamados extraneus, bajo ningún concepto pueden ser autores en los delitos funcionariales, ello reconocido por las dos tesis que hemos expuesto líneas arriba, así como también por las teorías de título de imputación, entonces no hay forma que el extraneus pueda ser autor en el delito especial, sin embargo, como en toda regla hay una excepción, y la excepción está expresado para aquellos sujetos que sin ser funcionarios públicos administran fondos del estado, es decir custodian bienes públicos, a eso le llamamos relación fáctica, administrador de facto, (Sujeto sin tener título de funcionario y bienes públicos), entonces; ¿Este sujeto debe responder Penalmente?, este es el menú que no debemos dejar de comer en esta investigación, y desde ya adelantamos opinión y sostenemos de que si debe responder penalmente a título de autor, por un delito especial, dado que, administraba la cosa pública y todos lo reconocían como tal, y se configura la situación de administrador de facto; no solamente debe ser punible aquel que tiene relación funcional sino también aquel que tiene relación fáctica, y este debe

ser debidamente acreditado en el proceso de cognición penal con las pruebas y de esa manera imponer la sanción que merece.

1.1.5.- ¿Impunidad del extraneus? Desde la perspectiva de la primera tesis, se ha mencionado el extraneus no puede responder por un delito especial, entonces que pasa con aquel tercero que juntamente con el funcionario han planeado realizar y en efecto cometieron un delito especial, debe quedar impune el acto del tercero o de qué manera se debe sancionar, para ello, se plantea la solución en el sentido que, si bien es cierto que el tercero no tiene cualidad para responder por un delito especial, sin embargo, para castigar penalmente al extraneus se debe procesar por un delito común, como es la apropiación ilícita, hurto, estafa y otros. El actuar delictuoso del extraneus a cara de cometer un delito especial no puede quedar impune, el asunto es postular la imputación por un delito común, dado que dogmáticamente eso es lo correcto. Y es que justamente la exigencia del tipo penal de los delitos especiales propios por su propia estructura no admite a un sujeto que no sea cualificado, además que no tenga esa relación funcional o fáctica con los caudales del estado.

1.1.6.- TEORÍAS DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN.- Hay dos teorías que explican sobre si la intervención del extraneus debe ser punible o no en los delitos contra la administración pública, por un lado está la teoría de unidad del título de imputación que admite la punibilidad del extraño a título de cómplice y por otro lado está la teoría de la ruptura de título de imputación, que no admite la punibilidad del extraneus por un delito especial, y sugiere reconducir la imputación por un delito que no exige cualidades especiales, ahora veamos:

UNIDAD DE TÍTULO DE IMPUTACIÓN.- Lo que propone esta teoría es que los particulares deben ser responsables por un delito especial, y responder

penalmente por la comisión de un delito funcional, ello basado en el fundamento de que los extraneos al colaborar en forma determinante en la comisión de un delito especial, no se puede eximir de responsabilidad penal, ellos responden en relación con el delito cometido por el autor del hecho, ambos deben responder penalmente, de ahí viene el título de unidad de imputación, y señalan asimismo que la incomunicabilidad expresado en el artículo 26 del Código Penal no prohíbe, ni mucho menos constituye una malla protector para que el extraneos no respondan penalmente.

Asimismo, esta teoría sostiene con claridad que el extraño no puede responder a título de autor, de ninguna manera, puesto que está reservado únicamente para los funcionarios públicos, que ostentan el cargo, esa es la única excepción que plantea la teoría, puede responder como cómplice primario, secundario, por instigación, pero no como autor. La justificación de la participación está justificada por el principio de accesoriedad, que implica responder en relación al delito cometido por el que tiene dominio del hecho.

Respecto a esta teoría es menester añadir algunas ideas, en el sentido que la actual tendencia es que los extraños respondan penalmente por todos los delitos, sin distinguir, si es un delito especial propio o impropio, ello bajo el fundamento de enfrentar frontalmente la corrupción institucionalizada en los diferentes países, esta teoría parece responder a esta expectativa, y ello hay que entenderlo desde la criminología, ciencia que estudia el delito, el control social, al delincuente y a la víctima, y justamente a partir de la problemática que se presenta en el plano de la realidad, este fenómeno de la corrupción, los estados diseñan políticas para frenar esta situación y justamente flexibilizan la interpretación y posturas dogmáticas y se van por el lado de hacer encajar la

conducta del extraneus en un delito especial, a fin de que responda como cómplice en un delito funcional.

RUPTURA DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN.- Esta teoría lo que propone es que los terceros, que no tienen las cualidades del funcionario público, no pueden responder penalmente por un delito especial, ya que estos sujetos en virtud del artículo 26 del Código Penal, están impedidos para ser imputados por los delitos especiales, *“Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”*. Ahora bien, ¿El accionar delictuoso de los terceros quedan impunes?, la respuesta es no, dado que, esta teoría, da una solución al respecto y señala que aquellos terceros que han colaborado con el funcionario y han cometido delitos, responderán en forma autónoma, por los delitos comunes como hurto y apropiación ilícita, de ahí que la conducta de los extraños no quedan impunes, solamente que a este grupo de sujetos se les imputará bajo un delito común, y no por un delito especial.

La postura de esta teoría es correcto desde el punto de vista dogmático, hace una delimitación entre el sujeto especial y el agente que no posee tales cualidades, y propone la tesis de ruptura de título de imputación, señalando que cada uno de estos sujetos deben ser imputados bajo distintos delitos, los funcionarios por delitos especiales y los extraños por delitos comunes. Como se puede advertir esta teoría es completamente contradictoria a la tesis del título de unidad de imputación.

1.1.7.- EL EXTRANEUS COMO RESPONSABLE DEL DELITO ESPECIAL DESDE LA CRIMINOLOGÍA.- En realidad, este debate entre las teorías de título de imputación, no nos conduce a soluciones pacíficas, ambos tienen

fundamentos aceptables, y en ambos existen problemas de aplicación, entonces, en este marco hay que buscar una solución, y ¿Cuál sería la solución?, la solución desde nuestra perspectiva está en la política criminal, si el asunto es eliminar la corrupción, desde la investigación proactiva, tenemos que prevenir estos actos de corrupción con políticas desde la educación y desde la investigación reactiva, tenemos que enfrentar con todas las estrategias que dispone el estado, y justamente uno de los mecanismos para enfrentar la ola de corrupción de los funcionarios es planteando una nueva dogmática a partir de la necesidad y acorde a nuestros tiempo, y reformando en cierto sentido las reglas de autoría y participación, tal como ocurrió en el Código Penal Peruano, que cuyo artículo 25 ha sido reformado, por el Decreto Legislativo N° 1351.

Entonces el fundamento para la punición de los extraños en la comisión de los delitos especiales está en la política criminal que adopta el estado, esta política criminal es la que justifica la intervención y la sanción del extraneus en un delito especial, y es que el Código Penal debe responder a los tiempos actuales, a la necesidad y al compás de los acontecimientos políticos, económicos y sociales, por ello se dice que el derecho penal debe ser el amo y señor de su tiempo.

DOS.- Tratamiento del extraneus en la Jurisprudencia Peruana: Casaciones, Recursos de Nulidad y los Acuerdos Plenarios.

2.1.- ¿Qué dice la jurisprudencia a cerca del extraneus?

Cuadro 2: ANALISIS DEL CASO I

CASACIÓN : N° 102-2016 – Lima	
Órgano jurisdiccional: SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA de la Corte Suprema de la Republica.	
DELITO: 1.- Peculado -Artículo 387 del Código Penal	
SENTENCIADO: VIOLETA ROCÍO RENTERÍA VALDELOMAR	AGRAVIADO: El estado
Fecha:	Once de julio de dos mil diecisiete
Pieza procesal objeto de análisis	Casación
Estado	Fundado el Recurso
<p>Tratamiento del extraneus: Fundamentos importantes:</p> <p>Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado, nuestro ordenamiento jurídico no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario o servidor público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado; así pues, constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas; siendo “un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de un determinado status o rol especial”. (Fundamento 15.1).</p> <p>El autor argentino Enrique Bacigalupo, respecto a los delitos especiales, afirma que hay ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas que tienen las características especiales requeridas por la ley para ser autor; se trata de delitos que importan la violación de una norma especial; por lo que resulta claro sostener que el funcionario público es quien ocupa un status especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe de evitar la lesión de los intereses de la administración pública. (Fundamento 17).</p> <p>(...) en este punto, debemos destacar que este precepto legal evidentemente tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho, conforme lo esgrimido en el considerando precedente, pues respecto a la participación, toma la tesis de la accesoriedad de la participación, es decir, que la participación es factible cuando existe realmente un hecho cometido por un autor, toda vez que, la complicidad no contiene autonomía típica propia o estructura delictiva diferente a la desplegada por el autor del hecho punible, por lo que la unidad del título imputativo deberá ser la que le corresponda al autor -unidad del título de imputación-.(Fundamento 17.1).</p>	

Cuadro 3: ANÁLISIS DE CASO II

Casación N.º 782-2015-Santa	
Órgano jurisdiccional: SALA PENAL PERMANENTE de la Corte Suprema de la Republica.	
DELITO: 1.- Enriquecimiento ilícito -Artículo 401 del Código Penal	
SENTENCIADO: Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez	AGRAVIADO: El estado
Fecha:	6 de julio del 2016
Pieza procesal objeto de análisis	Casación
Estado	Fundado el Recurso
Tratamiento del extraneus: Fundamentos importantes:	
<p>ANÁLISIS.- Si bien esta postura (no punibilidad del partícipe en delitos especiales propios o la reconducción de la calificación jurídica a un delito común en el caso de un delito especial impropio) había sido sostenido anteriormente por algunos Jueces Supremos, integrantes de la Sala Penal Permanente (Villa Stein, Pariona Pastrana) en algunos fallos y votos singulares, se debe destacar que por primera vez dicho criterio se extiende y es asumido por unanimidad por todos los demás miembros de la Sala, planteándose la posición de que al no concurrir en el partícipe la condición exigida en la ley (v. gr. funcionario público) y al no haberse infringido de manera directa alguna norma de conducta procede la absolución de los cómplices (primarios o secundarios); lo que debe extenderse también, <i>mutatis mutandis</i>, a los casos de instigación. De esta forma, se consagra vía doctrina jurisprudencial obligatoria la tesis de la ruptura del título de imputación en los casos de delitos especiales impropios y el no castigo de los partícipes en los delitos especiales propios. (castillo Alva, 2012).</p> <p>El uso de testaferros para configurar el delito de enriquecimiento ilícito es un tema probatorio, que en el presente caso se llegó a postular tal como se aprecia de la imputación fáctica recogida por la sentencia de vista. El problema es que como la misma reconoce, no se ha podido probar que la procesada Amelia Victoria Espinoza García haya transferido los bienes (sobre todo dinero) que figuraban en el patrimonio de Wuilmer Agapito Vásquez. (f. j. n.º 16).</p> <p>En el artículo 401 del Código Penal, se dice que el aumento del patrimonio o del gasto del funcionario público son indicios de enriquecimiento ilícito [...] Se desprende que como indicio que es, no es prueba de enriquecimiento ilícito, sino que tendrá que reunir todas las reglas de la prueba indiciaria para desplegar eficacia probatoria. (f. j. n.º 12).</p>	

Cuadro 4: ANÁLISIS DE CASO III

R.N. 615-2015, Lima	
Órgano jurisdiccional: SALA PENAL PERMANENTE de la Corte Suprema de la Republica.	
DELITO: 1.- Peculado -Articulo 387 del Código Penal	
SENTENCIADO: Alberto Fujimori Fujimori	AGRAVIADO: El estado
Fecha:	16 de agosto del 2016
Pieza procesal objeto de análisis	Casación
Estado	Fundado el Recurso
<p>El tipo penal de peculado hace referencia o un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública «por razón de su cargo»; es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar los bienes públicos objeto del delito deben encontrarse en posesión [inmediata o mediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Debe tener, por tanto, competencia funcional específica. Por lo que, si dicha relación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no se configura el delito de peculado.</p> <p>La no admisibilidad de la coautoría se explica en doctrina, en que 'esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son <i>intraneus</i>, ni cuando un intraneus y otro extraneus llevan a cabo conjuntamente el hecho típico' [Vid. Caro John, José Antonio, Autoría y participación: los grados de intervención delictiva. En Revista el Derecho Penal y Procesal Penal hoy, N° 8, contexto, Chaco, 2013, p.283]. Por tanto, el denominado reparto de funciones o roles, que usualmente caracteriza la coautoría, solo es aplicable en los delitos de dominio o de competencia por organización. Mientras que para el caso de los delitos de infracción de deber, la vinculación directa del funcionario con el deber institucional, que es altamente personal, basta la mera vinculación funcional para fundamentar directamente una autoría única.</p> <p>El delito de peculado al ser catalogado como un delito de infracción de deber, sólo admite la autoría directa o personal, excluyéndose las otras dos formas de autoría (coautoría y autoría mediata), en correspondencia con su naturaleza de delito de infracción de un deber institucional personalísimo [Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp.182 y ss.</p>	

Cuadro 5: ANÁLISIS DE CASO IV

Casación N° 841-2015, Ayacucho	
Órgano jurisdiccional: SALA PENAL PERMANENTE de la Corte Suprema de la Republica.	
DELITO: 1.- Negociación Incompatible -Articulo 399 del Código Penal	
SENTENCIADO: Tony Oswaldo Hinojosa Vivancio	AGRAVIADO: El estado
Fecha:	publicada el 28 de junio de 2016
Pieza procesal objeto de análisis	Casación
Estado	Fundado el Recurso
<p>Tratamiento del extraneus: Fundamentos importantes:</p> <p>SUMILLA.- Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen –por sí solos– de relevancia para el derecho penal. Ello porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son pasibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones del Estado, es que –en el marco de una contratación en una situación de emergencia– sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación de emergencia no se privilegia el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé este tipo de contratación como la única que admite regularización administrativa. Estos defectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal.</p> <p>Con relación al primer elemento típico, el elemento central es el interés. Es posible que existan dos tipos de intereses que puede tener el funcionario: uno debido y uno indebido. En el primer caso, el funcionario exterioriza su deseo de un cabal cumplimiento de sus funciones en el segmento del poder que se encuentra administrando, por lo que su idea es en todo momento beneficiar a la administración pública.</p> <p>El segundo tipo de interés es el que forma parte de la conducta incriminada: el interés indebido. Por interés indebido se entiende a aquella situación en que el funcionario tiene un interés que no es el procurar un beneficio para la administración pública, por el contrario, este deber es dejado de lado expresamente por él.</p>	

Cuadro 6: ANÁLISIS DE CASO V

ACUERDO PLENARIO Nº 3-2016/CJ-116	
Órgano jurisdiccional: X PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA.	
ASUNTO: 1.-: “La participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito”.	
SENTENCIADO: -----	AGRAVIADO: El estado
Fecha:	12 de junio de dos mil diecisiete
Pieza procesal objeto de análisis	Acuerdo Plenario
Estado	Publicado – vigente
<p>Tratamiento del extraneus: Fundamentos importantes:</p> <p>SUMILLA.- Ahora bien, la participación del extraneus en los delitos especiales propios de infracción de deber, que cometen los funcionarios públicos competentes contra la administración pública, ha promovido también distintas posiciones teóricas sobre su punibilidad o no punibilidad. Al respecto, el tema controvertido se relaciona con el señalamiento de las implicancias y consecuencias dogmáticas o prácticas, que conlleva el admitir la eficacia sobre dicha materia de la categoría de los delitos de infracción de deber especial.</p> <p>En efecto, actualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce que existen tipos legales que se configuran y forman sólo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor intraneus, lo cual es una característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que, para esta clase de delitos funcionariales, no adquiere trascendencia jurídica. Fundamentalmente, porque el hecho punible está construido por la posición o estatus en relación al deber estatal que sólo incumbe al funcionario, cual es conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo para con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia.</p> <p>Sin embargo, en lo que concierne a la participación del “extraneus” que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos.</p>	

TRES.- INFRACCIÓN DEL DEBER Y EL EXTRANEUS: Aquí el debate está claro, en la línea que los extraneus no poseen deberes especiales, no tiene roles especiales, por tanto no podemos hallar el deber en ninguna norma extrapenal, entonces descartamos que la teoría de infracción del deber fundamente la participación del extraño. Ahora bien, respecto a los autores, la teoría de infracción del deber, es idóneo para fundamentar la autoría y la imputación penal (imputación objetiva), dado que se fundamenta en los deberes especiales infringidos por parte de los funcionarios públicos y/o servidores públicos.

Para verificar si el tipo penal es uno de dominio del hecho o de infracción del deber, tenemos que analizar la estructura del tipo penal, y a partir de ello, identificar si el tipo exige o hace referencia a los tipos de dominio o de infracción, entonces advertir quien puede ser autor o participe en los delitos funcionariales.

“(..) Estos delitos de infracción del deber se fundamentan en la idea jurídica normativa de instituciones positivas, por lo tanto el funcionario y el servidor público debe generar un mundo de solidaridad con los demás funcionarios a fin de proteger los bienes jurídicos, cuando el funcionario quiebra ese mundo de solidaridad ese mundo en común se produce los delitos de infracción del deber”. (Rojas, 2014).

CUATRO.- La teoría de infracción del deber, es un planteamiento que sustenta la responsabilidad penal en la infracción de un deber específico que ostenta un funcionario público en una situación concreta, y para imputar la autoría o participación establece los siguientes presupuestos: a) determinar el tipo de delito descrito en la norma penal, b) delimitar la calidad del sujeto activo: especial o común, c) establecer el deber específico emanado de la norma extra-penal, d) establecer la relación funcional o fáctica del intraneus y extraneus con el bien

jurídico protegido en razón al deber que ostenta, y e) Imputar y fundamentar la responsabilidad penal del autor o participe en base al delito imputado. En este marco construir las proposiciones fácticas en las disposiciones y requerimientos de acusación fiscal para atribuir responsabilidad penal.

4.2. SUB CAPITULO N° 02

4.2.1.- SEGUNDO COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN

4.2.1.1.- *Establecer la problemática que plantea la teoría respecto de la intervención del extraneus en los delitos especiales.*

4.2.1.2.- ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER (delitos especiales).

Discusión:

UNO.- Problemática en la Ley, la doctrina, la jurisprudencia y en los casos hipotéticos.

1.1.- Regulación legal del extraneus en el Código Penal:

1.1.1.- Responsabilidad penal del cómplice en los delitos especiales

El Decreto Legislativo N° 1351, publicado el 7 de enero del año 2017, modifica varios artículos del Código Penal, tal es así que incluye un supuesto referido a la complicidad en los delitos especiales, en los términos siguientes:

“El cómplice siempre será responsable del hecho cometido por el autor, a pesar que los elementos especiales que requiere para la configuración del tipo legal (delitos especiales o delitos de infracción del deber) no concurra en él”. (artículo 25, segundo párrafo).

Ahora bien, en los delitos comunes no se exige que el autor tenga cualidades especiales como el cargo, el autor puede ser cualquier persona, guiado por la técnica legislativa “*el que*”, mientras que en los delitos especiales si se exige una cualidad especial, tal es el caso de los funcionarios y servidores públicos, el tipo penal exige una condición del sujeto activo, como los delitos contra la administración pública, la figura de parricidio y otros.

DOS.- PROBLEMÁTICA.- ¿El artículo 25 es suficiente para solucionar la intervención del extraneus en los delitos especiales?, para responder esta pregunta, tenemos que realizar un desarrollo dogmático, de lo que se comprende de los delitos especiales:

- A.** Los delitos contra la administración pública buscan, por un lado, garantizar que la actividad o función pública se cumpla con diligencia, rectitud y honradez; por el otro lado, que los servidores públicos acaten los deberes sociales del Estado y atiendan las necesidades de los particulares, eso es lo que busca a través de la regulación de los delitos especiales.
- B.** En cuanto a la estructura de los tipos penales, la morfología de los delitos contra la administración Pública son de configuración distinta que los tipos penales comunes, ello a razón que tiene estricta relación con la administración de los bienes del estado, mientras que los delitos comunes tienen que ver con el patrimonio de los privados.

- C.** En cuanto al bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública, se entiende que estos delitos especiales protegen la correcta administración pública, como una referencia general, y cada tipo penal protege los bienes jurídicos especiales, tales como: 1) Correcto funcionamiento de la Administración Pública. 2) Regularidad y desenvolvimiento normal. 3) Prestigio y dignidad de la función. 4) Probidad y honradez. 5) Observancia de los deberes del cargo o empleo. 6) Protección del patrimonio público.
- D.** En relación a los sujetos que intervienen en los delitos contra la administración pública, aquí tenemos que establecer claramente que este grupo de delitos son únicamente reservados para los funcionarios y servidores del Estado, sobre todo en cuanto a la autoría es totalmente restrictivo, tales es así que autor únicamente puede ser funcionario y servidor público, sin embargo en cuanto a la participación hay delitos que admiten su participación y punibilidad, bajo la teoría de unidad de título de imputación.
- E.** En cuanto a la penalidad, tenemos que señalar que la regla instaurada para este tipo de delitos, con la reforma penal introducida es que, por regla general en estos delitos no hay posibilidad de una pena suspendida, las penas establecidas para un delito funcional siempre serán efectivas, y la suspensión será un asunto excepcional, reservado para la discrecionalidad del Juez.
- F.** En relación a la prescripción del delito, a través de una reforma constitucional se ha establecido que para los delitos más gravosos de administración pública serán imprescriptibles, respecto a este último aún

estamos a la espera de la reglamentación correspondiente que fije cuales son los delitos más graves, y en general para los delitos de administración pública, la prescripción se duplica para los funcionarios públicos, no rigiendo esta regla para los extraneus.

- G.** En esta tipología de delitos especiales, lo que predomina es la teoría de infracción del deber para solucionar los problemas de autoría y participación, el sustento de la imputación siempre está basado en la infracción de un deber que le corresponde en razón del cargo público, por eso es elemental determinar la relación funcional y/o fáctica del sujeto funcionario con el bien jurídico tutelado.

Llegado a este punto ahora si tenemos que arribar a una respuesta que sea coherente con todo lo que hasta la actualidad se ha venido avanzando respecto del desarrollo del extraneus en la teoría, jurisprudencia y la legislación, en este orden de ideas, respecto al artículo 25 del Código Penal, hasta antes del Decreto Legislativo N° 1351, publicado el 7 de enero del año 2017, había un problema real en relación a la intervención y la punibilidad de los extraneus en los delitos contra la administración pública, por un lado se sostenía que la conducta del extraneus por más que tenga dominio del hecho no puede ser punible por un delito funcional, y por otra parte una tesis minoritaria asumía que si debería ser punible la conducta del extraño, pero solamente como cómplice primario y no como autor ni coautor, y aquí relucía la problemática respecto a los instigadores, que hasta la fecha no tiene respuesta.

Pero, a través de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1351, publicado el 7 de enero del año 2017, expresamente se regula la intervención del extraneus en los delitos especiales, asumiendo la tesis de accesoriedad de

la participación y por consiguiente opta por la teoría de la unidad de título de imputación, indicando que el tercero responde en relación al hecho cometido por el autor; Artículo 25: (segundo párrafo) “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”. Aquí la legislación peruana claramente descarta la tesis de ruptura de imputación, consagrando la complicidad del extraño en los delitos de infracción del deber, entonces a partir de ello se establece que la condición especial solo es exigible para el autor mas no para el partícipe, sea como cómplice primario, cómplice secundario e instigación.

Para cerrar la idea respecto al artículo 25 del Código Penal Peruano, tenemos que parafrasear al profesor Percy García Cavero (2009), quien para explicar la participación del extraneus en los delitos especiales, ha citado al profesor José Hurtado Pozo, quien ha sostenido que la complicidad en la comisión de delitos especiales es posible, puesto que la calidad especial que exige el tipo legal es requerida para el autor, pero no para los partícipes, asumiendo de esta manera una postura clara sobre el tópico debatido en la investigación.

Ahora bien, ¿dónde está el problema de la participación del extraneus?, para establecer el problema tenemos que formularnos una pregunta básica y materializar ahí el problema y la pregunta es:

TRES.- ¿EL EXTRANEUS PUEDE SER PUNIBLE A TÍTULO DE *INSTIGADOR* POR UN DELITO FUNCIONARIAL?

Ahí está el verdadero problema de los terceros, el artículo 24 dice lo siguiente: “Instigación:

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

La condición básica para establecer responsabilidad del extraneus a título de instigador es determinar a un funcionario público para que cometa el delito, es decir tenga o ejerza el poder por encima del funcionario, pero, ¿un particular puede estar por encima de un funcionario?, ¿Puede determinarlo?, es decir, puede ejercer una fuerza psicológica para que el funcionario cometa el delito.

Instigación es inducir intencionalmente a otro a cometer un hecho delictivo, hacer nacer en una persona la resolución de ejecutar un hecho delictivo, asegurarse que en efecto lo ejecute como delito consumado o como delito tentado. INSTIGADOR persona que tiene la intención de convencer a otro para que cometa un delito determinado y concreto, lo hace mediante un trabajo psíquico realiza acciones tendientes a convencer, a tomar la decisión de ejecutar el delito y que en verdad lo haga en la totalidad de los elementos subjetivos y objetivos.

Resultado que genera: 1.- El convencimiento del instigador al instigado
Influencia a nivel psíquico. • No importa mucho el medio sino que logre convencerlo. 2.- La ejecución por parte del instigado de un: • delito consumado o de una tentativa de delito • Si la instigación no es seguida por la ejecución, la instigación será impune.

Entonces, aquí tenemos que señalar con claridad que el problema gira entorno a si el extraneus pueden ser imputados como instigadores en los delitos de infracción del deber o no existe esa posibilidad. Esa es la problemática que se advierte mediante la presente investigación.

CUATRO.- Problemática de imputación en los casos planteados por el Profesor REYNALDI (2018):

El comentario obedece a una investigación más extensa respecto de estos delitos. Presentamos algunos casos hipotéticos, a fin de poder identificar el disvalor típico de comportamientos que podrían o no adecuarse a los dispositivos legales vigentes.

Las hipótesis fácticas planteadas, deben ser resueltas aplicando la dogmática desarrollada para los tipos penales que regulan los delitos contra la administración pública.

1. El perro del general.-

El General PNP de la Tercera Región Militar Policial, compró un perro San Bernardo a su menor hijo. Cuando el perro creció, no tuvo donde tenerlo, pues el espacio era insuficiente. Por ello destinó al perro a uno de los cuarteles de la Región, donde ordenó que uno de los técnicos en servicio, se encargara exclusivamente del cuidado del can, además de disponer un espacio del cuartel, como vivienda del animal.

2. Padre y Capitán.-

Al Capitán de policía de la Comisaría de Alto Vista, se le ha asignado en forma personal, un vehículo oficial patrullero, para que pueda desplazarlo en ejercicio de sus funciones, que incluye desplazarlo de su vivienda al centro laboral y viceversa. Es el caso, que al desplazarse diariamente a su centro laboral, previamente lleva a su menor hijo, a su centro de estudios primarios, para lo cual se desvía de la ruta en forma considerable.

3. El Teniente Gobernador que quiso ser Gobernador.-

En un procedimiento sobre otorgamiento de garantías posesorias, el peticionante Juan, acude a la Gobernatura a fin que se expida la resolución que le otorgue las garantías. Como el Gobernador se encontraba con licencia, el Teniente Gobernador, quien hacía sus veces, le pidió a Juan que le pague la cantidad de S/ 1000.00 soles, para emitir la resolución. Juan accede y paga dicha cantidad. Posteriormente, el Teniente gobernador, le entrega la resolución de garantías, pero con la firma falsificada del Gobernador.

4. El asistente hábil.-

Un asistente en función fiscal, sustrae varios cupones de depósito administrativo, que contienen pagos efectuados en etapa de investigación preliminar fiscal, en casos sobre delitos por conducción en estado de ebriedad. Posteriormente, endosa dichos cupones a su nombre, falsificando la firma del Fiscal Provincial a cargo de los casos y utilizando los sellos del despacho fiscal. Finalmente logra el cobro de dichos cupones ante el Banco de la Nación.

5. El Policía mentiroso.-

Pedrito, sub oficial de la PNP, encargado de la recepción de denuncias e investigación por delitos contra el patrimonio, recibe una denuncia por hurto, del ciudadano Juan, quien le comunicó que su vehículo había sido sustraído de su domicilio, por parte de su cónyuge María, con quien se había separado recientemente. Ante ello, Pedrito se comunica por teléfono con María, y le dice que había una denuncia por hurto en su

contra por parte de su cónyuge y que sobre el vehículo, existe una orden de captura policial. Y a fin de retirar dicha orden y borrar la denuncia ya registrada, le solicita la suma de S/ 120.00 soles. María denuncia el hecho ante la Fiscalía Anticorrupción y se realiza un operativo, deteniéndose finalmente a Pedrito, en poder de los S/ 120.00 solicitados.

6. Salvado por la tardanza.-

El Juez Ávaro, solicita a María, demandante en un proceso de alimentos, la cantidad de S/ 800.00 soles para emitir sentencia, que declare fundando su demanda. María le pide un plazo de tres días para conseguir el dinero, pactando ambos que la entrega se realizaría al tercer día de la solicitud indebida. Sin embargo, luego de reflexionar, María, antes de entregar el dinero, acude a la Fiscalía Anticorrupción a denunciar el hecho, por lo que luego de una intervención rápida, Ávaro es detenido por la policía en poder de los S/ 800.00 soles. La defensa interpone un hábeas corpus, afirmando que no se trata de un caso de flagrancia, por cuanto el delito se había consumado, con la petición del dinero, tres días atrás.

7. Dos policías al ataque.-

Pedro y Pablo, son dos sub oficiales de la PNP que pertenecen a la división antidrogas, y toman conocimiento que Julio Santos, viene transportando dinero producto del tráfico ilícito de drogas, de la ciudad de Puno hacia Arequipa. En atención a ello, intervienen a Julio al llegar al terminal de buses de Arequipa, y le dicen ser policías, al no llevar el uniforme oficial. Como Julio niega la imputación, lo obligan a subir al vehículo particular de uno de los efectivos, y lo trasladan hacia un lugar alejado, donde le piden que entregue el dinero producto del comercio

ilegal de drogas. En el lugar, Julio saca de su maletín la cantidad de S/ 5000.00 soles, negando que se trate de dinero ilícito. Sin embargo, Pedro y Pablo, se apoderan del dinero y se alejan del lugar.

8. El proyectista persuasivo.-

El sub oficial PNP Javier Pérez, trabaja en la Oficina de Inspectoría de la Policía, cuyas funciones, entre otras, son las de proyectar resoluciones que finalmente suscribe el Coronel, Jefe de la Sub División Policial. Aprovechando tal situación, solicita dinero a Juan José, también sub oficial de la policía, para realizar un proyecto favorable en la investigación que tiene éste, por incumplimiento funcional. Juan José acepta la oferta y otorga la suma de S/ 1500.00 soles.

9. El servidor oportunista.-

María es servidora de la Empresa de servicio de agua SEDAPAR, que tiene como función la de recepcionar en “ventanilla”, los pagos de los usuarios por concepto de consumo de dicho servicio. A su vez, Jaime trabaja al costado de María, y tiene como función la atención al público, respecto de cuestionamientos en los montos consumidos. Cierta día, María comunica a Jaime que se iba a ausentar media hora, por un problema personal urgente y que comunique ello a los usuarios. Ante ello, Jaime decide más bien recepcionar los cobros por consumo y utiliza el sello de María para dar fe del pago, cobrando una suma de S/ 400.00 soles efectuada por varios usuarios. Sin embargo, jamás ingresó dichos pagos a Caja de la entidad, apropiándose del dinero recibido.

10. El postulante consentido.-

Una determinada entidad del Estado, convoca a un proceso de selección de Contratación Administrativa de Servicios. El proceso consta de tres etapas. La primera consistente en un examen escrito, la segunda en la evaluación curricular, y la tercera corresponde a la etapa de entrevista personal. Superadas las dos primeras etapas, Martín, uno de los concursantes, pide al Presidente de la Comisión Evaluadora, que lo ayude en la entrevista personal, para poder acceder a la plaza que postula. El Presidente, atendiendo a que conoce a Martín, por sus capacidades académicas y laborales, decide ayudarlo y en la entrevista le otorga un puntaje mayor, de tal forma que supera al concursante que se ubicaba en el primer puesto antes de la etapa de entrevista. Luego, Martín resulta ganador del concurso.

11. El Alcalde insistente.-

La Municipalidad de “Muy Cercano”, realiza constantemente concursos de adquisiciones de bienes y servicios, para lo cual se presentan diferentes empresas postoras. En el año 2016, realizó hasta cuatro concursos, a los cuáles se presentó la Empresa “Universal S.A.”. En la primera convocatoria, el alcalde de la municipalidad se entrevistó con el gerente de la empresa y le pidió una suma determinada para que asegure su triunfo en el concurso, afirmando que él controlaría la decisión del comité evaluador, como así efectivamente sucedió. La segunda convocatoria, también ganó “Universal” previo pago del dinero al alcalde. En la tercera convocatoria, el monto peticionado fue mayor, pero finalmente volvió a ganar la empresa. Sin embargo, en la cuarta convocatoria, el alcalde pidió una cantidad mucho mayor, comunicando al gerente que de no pagar

dicha cantidad, no ganaría el concurso. El gerente de la empresa, al no poder pagar la cantidad solicitada, decide denunciar el hecho.

12. Las cámaras de vigilancia.-

La UGEL Norte decide convocar a concurso público para la adquisición de videocámaras de seguridad. Para ello Mario, quien generalmente es designado como Presidente del Comité de Adquisiciones, previamente se entrevista con su amigo Pedro, gerente de la Empresa “Security” a fin de que se presente a la convocatoria. Pedro le informa a Mario, que su empresa posee 29 cámaras de tecnología antigua, pero que cumplirían la función sin mayor inconveniente, comunicándole además que ninguna empresa cuenta ya con dichas cámaras, debido a su antigüedad, así que de colocarse en los términos de referencia, las características de dichos artefactos, la empresa “Security” ganaría inexorablemente. Ante ello, Mario quien además es el encargado de elaborar los términos de referencia, incluye como especificaciones del producto a adquirir, el modelo, marca, versión y capacidad de las cámaras que posee la empresa de Pedro. Finalmente, la Empresa “Security” gana el concurso.

CINCO.- Problemática debatido y criterios establecidos por la Jurisprudencia a nivel del Pleno Jurisdiccional Nacional:

1.3.1.- TEMA N° 1: EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DEL EXTRANEUS EN UN DELITO FUNCIONARIAL

¿Cuál es el título de imputación penal del extraneus que junto al sujeto público participa en la comisión de un delito contra la administración pública?

Primera ponencia

El Código Penal asume la tesis de la “accesoriedad de la participación”. La participación es posible cuando concurre realmente un hecho realizado por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que el extraneus responde en calidad de cómplice del delito cometido por el sujeto público. Se asume de ese modo la tesis de la unidad del título de la imputación. En suma, los *extraneus* responden en calidad de cómplices de un hecho punible funcional realizado por quien sí posee tal cualificación de sujeto público.

Segunda ponencia

El extraneus, al no tener la calidad de funcionario público, no se le puede atribuir el delito de función a título de complicidad, en atención a la tesis de la ruptura del título de imputación, dado que el extraneus al ser ajeno a la administración, carece de las condiciones de sujeto público y, por lo tanto, no se le puede exigir posición de garante que legitime la exigencia de rendir cuentas como deber. En los delitos funcionales solo responden los sujetos públicos obligados. Los extraños, al no pertenecer a la administración pública, no pueden responder por un delito funcional. En todo caso, responderán por un delito de dominio o común.

Fundamentos

Tomando en cuenta el principio de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación, se considera a los particulares o *extraneus* como cómplices de los sujetos públicos que realizan algún delito especial en calidad de autores. Todos los que participan en la comisión de un delito especial

responden por el mismo delito y en un solo proceso penal. Algunos responderán en calidad de autores (*intraneus*) y otros en calidad de cómplices (*extraneus*). Así se ha previsto como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116. Allí, entre otros aspectos, se precisó que “los extraneus se registrarán 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”.

Así también tenemos la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 (Exp. 3203-2002, Lima). Aquí, se argumenta 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”.

De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003 (R.N. 1813-2003, Lima), 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”. En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

Luego tenemos los precedentes jurisprudenciales del 11 de octubre de 2004 (R.N. 375-2004, Ucayali) y del 30 de diciembre de 2004, (R.N. 2976-2004, Lima), en las cuales se sostiene lo siguiente: “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 Penal. 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”.

En el mismo sentido tenemos la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004 R.N. 2976-2004, Lima). Allí 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-; accesoriadad 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”.

Fundamento de la segunda ponencia es la teoría de infracción de deber postulada por Jakobs, que en forma resumida sostiene que solo los sujetos públicos pueden responder por los delitos especiales funcionariales. Los extraños a la administración no responden por estos delitos sino por un delito de dominio. Se adopta la teoría de la ruptura del título de imputación. Esta postura es asumida en la Casación 782-2015, El Santa. Allí se sostiene que los *extraneus* no pueden ser partícipes de un delito funcional atribuido a un sujeto público, así aquel haya colaborado en la ejecución o en la fase de planeamiento del grave delito. Al no ostentar la calidad de funcionario público, el *extraneus*, no tiene algún deber funcional que pueda defraudar su conducta. La calidad de sujeto público y sus deberes implica que no pueden extenderse a los *extraneus*. Ellos no son los sujetos a los que están dirigidas las normas penales de tipo funcional, por lo que no pueden ser sancionados en virtud de ellas. Parecida posición se asume en la Casación 841-2015, Ayacucho, cuando se precisa que el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial -normativizado-, que solo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a

cargo de un proceso de contratación o de adquisición. La participación de un tercero en un delito de infracción depende fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica.

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

1. GRUPOS DE TRABAJO: En este estado, el doctor Juan Guillermo Riquelme Piscoya, Director de Debates e integrante de la Comisión de Actos

Preparatorios, concede el uso de la palabra a los señores relatores de cada grupo de trabajo a fin de dar lectura a las conclusiones arribadas en los trabajos de talleres, conforme se detalla a continuación:

Grupo N° 01: El señor relator Dr. Carlos Richar Carhuancho Mucha, manifestó que el grupo por UNANIMIDAD se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de diez (10) votos, manifestando que “Se adhieren a la tesis de la unidad de título de la imputación, en razón de que la participación (extraneus) es posible cuando concurre realmente un hecho realizado 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 el extraneus responde como cómplice por el delito funcional. Siendo así y teniendo en consideración la tesis de la accesoriedad de la participación, se precisa que para efectos de determinar la complicidad, esto es dependiente de un hecho principal que implica la vulneración de un deber positivo de carácter institucional, toda vez que esta carece de autonomía y estructura delictiva propia. Consideran también que el Juez tiene la posibilidad de reducir razonablemente la pena de extraneus (cómplice), en razón de que el funcionario público es el que infringe con mayor entidad los bienes jurídicos que protegen los delitos contra la administración pública”.

Grupo N° 02: El señor relator Dr. Richard Llacsahuanga Chávez, sostuvo que su grupo por UNANIMIDAD se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de doce (12) votos, estableciendo que “La dogmática penal, antes de la modificación del artículo 25° del Código Penal permitía sustentar alguna teoría que permita dar respuesta a los problemas de la participación delictiva de los extraneus en delitos de infracción de deber. No obstante, la modificación al

referido artículo ha establecido la adscripción legislativa a la teoría de la unidad de título de imputación, por ello los extraneus responderían en calidad de cómplices en los delitos cometidos por un funcionario que incumple deberes especiales de función, sin importar que éstos no tengan la calidad especial, pues atendiendo a la accesoriedad de la participación el cómplice precisamente no tendrá nunca la calidad de autor”.

Grupo N° 03: El señor relator Dr. Oswaldo Simón Velarde Abanto, expreso que el grupo por UNANIMIDAD se adhiere por la primera ponencia. Siendo un total de siete (07) votos declarando que “Primero.- A partir de la modificación del artículo 25° del Código Penal, ha quedado claro que el Código adopta la teoría de la unidad del título de imputación y la accesoriedad de la participación. Segundo.- Antes de dicha modificatoria dichas teorías ya habían sido asumidas como jurisprudencia y doctrina consolidada, conforme desarrolla el Acuerdo Plenario N° 02-2011/CJ-116”.

Grupo N° 04: La señora relatora Dra. Elcira Farfán Quispe, señala que su grupo por UNANIMIDAD se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de once (11) votos, precisando que “Es la más acorde a nuestra realidad y armoniza con lo precitado en el Acuerdo Plenario N° 03-2016/CJ-116”.

Grupo N° 05: El señor relator Dr. Reynaldo Luque Mamani, deja constancias que su grupo por UNANIMIDAD se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de once (11) votos, estableciendo que “El desarrollo jurisprudencial ya apuntaba a la primera posición, conforme las resoluciones expedidas por la Corte Suprema en vía Recurso de Nulidad, Casaciones y Acuerdos Plenarios sobre la materia. Esta posición jurisprudencial finalmente ha sido recogida por el legislador mediante la modificatoria del artículo 25 del

Código Penal mediante el decreto legislativo 1351. Adicionalmente también se ha tomado en cuenta que la segunda opción representaría problemas prácticos de aplicación desde el punto de vista procesal pudiendo generar impunidad”.

Grupo N° 06: El señor relator Dr. Humberto Araujo Zelada, hace presente que su grupo por MAYORÍA se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de diez (10) votos por la primera ponencia y cero (0) votos por la segunda ponencia y un (01) por abstención, expresando que “Existe el principio de legalidad, por el cual en el tipo penal debe estar establecida la conducta. Se requiere la condición de servidor, que no tiene la condición del extraneus. Es la infracción de deber del autor que se exige”.

Grupo N° 07: La señora relatora Dra. Clotilde Cavero Nalvarte, hace presente que su grupo por UNANIMIDAD se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de diez (10) votos, expresando que “Al momento de la aplicación de la tesis de la accesoriedad de la participación, la teoría que mejor fundamenta la posición, es la tesis de infracción del deber, más que la del dominio del hecho, por unidad del título de imputación”.

Grupo N° 08: El señor relator Dr. Máximo Belisario Torres Cruz, hace presente que su grupo por UNANIMIDAD se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de once (11) votos, estableciendo que “Primero.- Se opta por la primera ponencia, asumiéndose la tesis de la unidad del título de la imputación, siendo que los extraneus responden en calidad de cómplices de un hecho punible funcional realizado por quien sí posee tal cualificación de sujeto público. Segundo.- Se precisa que aún aplicando la teoría de la infracción del deber, la respuesta es la misma; es decir, que la intervención del colaborador

(extraneus) o auxiliador en un delito cometido por funcionario público es siempre un partícipe”.

Grupo N° 09: La señora relatora Dra. Ana Elizabeth Sales del Castillo, hace presente que su grupo por UNANIMIDAD se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de nueve (09) votos, estableciendo que “Primero.- Están de acuerdo con la primera ponencia, agregando que la discusión no debe centrarse en el tema del cómplice sino en la categoría de partícipe que es más general; es decir el extraneus responde en virtud de lo que señala el artículo 24° y 25° del Código Penal, teniendo presente la última modificatoria, a título de instigador y complicidad primaria o secundaria. Segundo.- El tema de unidad del título de imputación debe dejarse a parte de la discusión ya que es una discusión abierta en la doctrina, además que puede generar incongruencias con relación al artículo 24° y 25° del Código Penal”.

Grupo N° 10: La señora relatora Dra. María del Carmen Cornejo Lopera, hace presente que su grupo por UNANIMIDAD se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de once (11) votos, estableciendo que “Primero.- Por la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, considerando que el autor es quien comete el delito funcional, y el partícipe que puede ser funcionario público que no tiene la obligación específica infraccionada o particular, deberá ser sancionado como cómplice, su accionar está en relación al acto de otra persona, quien conoce la finalidad perseguida por el autor y contribuye de manera fundamental a obtener la finalidad del hecho punible. Segundo.- Mantenido por el Doctor Alvarado Romero, quien sostiene la Teoría de la Ruptura del Título de Imputación en mérito de lo cual solo puede ser sancionado el funcionario público por infracción del cumplimiento del deber, señalando que con la modificación al artículo 25° del

Código Penal el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él. Aclara que en el delito de peculado sólo los funcionarios públicos pueden ser sujetos del delito”.

Grupo N° 11: El señor relator Dr. Iván Alberto Quispe Aucca, hace presente que su grupo por MAYORÍA se adhiere a la primera ponencia. Siendo un total de nueve (09) votos por la primera ponencia y un (01) voto por la segunda ponencia, estableciendo que “Primero.- Se opta por la primera ponencia, asumiéndose la tesis de la unidad del título de la imputación, siendo que los extraneus responden en calidad de cómplices de un hecho punible funcional realizado por quien sí posee tal cualificación de sujeto público. Segundo.- Se precisa que aún aplicando la teoría de la infracción del deber, la respuesta es la misma; es decir, que la intervención del colaborador (extraneus) o auxiliador en delito cometido por funcionario público es siempre un partícipe”.

2. DEBATE: Luego de leídas las conclusiones arribadas por los señores de los ocho grupos de trabajo, el Director de Debate e integrante de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Juan Riquelme Guillermo Piscocoya concede el uso de la palabra a los señores jueces asistentes que deseen efectuar algún aporte adicional a los argumentos ya vertidos.

– No existiendo pedidos de intervención se procede a la votación.

3. VOTACIÓN: Concluido el debate en los grupos de taller, Director de Debate e integrante de la Comisión de Actos Preparatorios, doctor Juan Riquelme Guillermo Piscocoya da inicio al conteo de los votos en base a las actas de votaciones de cada grupo con las precisiones y aclaraciones que se hicieron en la sesión plenaria, siendo el resultado el siguiente:

Primera ponencia: 111 votos

Segunda ponencia: 01 voto

Abstenciones: 01 voto

4. CONCLUSIÓN PLENARIA:

El Pleno adoptó por MAYORÍA la primera ponencia que enuncia lo siguiente: El Código Penal asume la tesis de la “accesoriedad de la participación”. La participación es posible cuando concurre realmente un hecho realizado por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que el extraneus responde en calidad de cómplice por el delito cometido por el sujeto público. Se asume de ese modo la tesis de la unidad del título de la imputación. En suma, los extraneus responden en calidad de cómplices de un hecho punible funcional realizado por quien sí posee tal cualificación de sujeto público.

SEIS.- Problemática advertido en los delitos contra la administración pública, delitos donde existe gran polémica y debate:

6.1.- Enriquecimiento ilícito.- TESTAFERRO EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito de enriquecimiento ilícito no permite sancionar actos de complicidad o inducción cometidos por un tercero vinculado con el funcionario público. ¿La razón? Se trata de un delito especial y, por lo tanto, solo puede sancionarse a quien tenga la cualidad de funcionario previsto en este tipo penal.

Así lo ha establecido la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 782-2015 - Santa, la cual constituye doctrina jurisprudencial

vinculante. En dicha resolución se señaló, además, que en la medida en que lo que permite sancionar por delito de enriquecimiento ilícito es la condición particular de funcionario público del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

Asimismo, la Corte precisó que lo que se ha podido probar en el proceso es que fue la pareja de la regidora quien incrementó injustificadamente su patrimonio, pero no se le puede condenar por enriquecimiento ilícito por no ser tener la calidad de funcionario público. Asimismo, la Sala señaló que no se había establecido que él haya actuado como testaferro de la regidora para que pudiera imputársele el delito a esta última. (LA LEY, 2016, recuperado el 28 de julio de 2016, disponible en: <http://laley.pe/not/3430/no-puede-sancionarse-a-testaferros-por-delito-de-enriquecimiento-ilicito>).

El punto más alto del debate respecto a este delito de enriquecimiento ilícito, llegó justamente con la Casación N° 782-2015 – proveniente de Santa, de fecha miércoles seis de julio de dos mil dieciséis, cuyo ponente fue el Vocal de la Corte Suprema Javier Villa Stein, donde categóricamente estableció una doctrina vinculante en la línea que los extraneus no pueden responder por un delito especial propio, lo que importa resaltar es el fundamento 10 de la Casación, donde menciona lo siguiente: “El artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo

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

Y el fundamento más importante referida a la complicidad primaria y secundaria y la instigación, versa en el fundamento 11 de la Casación que lo reproducimos de la siguiente manera: “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 sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción”.

6.2.- TRAFICO DE INFLUENCIAS.- Este es otro escenario donde se genera debate, sobre la punibilidad y no punibilidad del tercero interesado, el comprador de tráfico de influencias a título de que debe responder penalmente, o simplemente no es punible su acto.

En cuanto al sujeto de la conducta, se trata de un delito común, pues no exige en el sujeto activo del mismo una condición especial. No obstante, ello, desde el punto de vista fáctico, se debe destacar que el autor debe contar con la posibilidad de influenciar a un funcionario o servidor público en proceso administrativo o judicial, que esté conociendo o que haya conocido. Por ello, el sujeto activo debe tener algunos vínculos reales con los citados funcionarios públicos, que le permitan tener las influencias o la capacidad de simularlas. (Rodríguez, s/f).

En este tipo de delitos no puede haber un cómplice, lo único que puede presentarse como forma de responsabilizar a una persona que no sea el traficante es cuando realice actos de instigación. (Rodríguez, s/f).

El interesado que compra la 'influencia' no responderá como cómplice de este delito. Esto tiene su razón de ser en que el tipo penal sanciona el 'tráfico' y los actos que colaboran con este tráfico, es decir la parte de la 'venta de la influencia'; para la parte de la 'compra de la influencia' no se ha previsto nada específico. Para ser cómplice del delito de Tráfico de Influencias tiene que prestarse auxilio en el hecho de la venta de la influencia. (Rodríguez, s/f).

El delito de tráfico de influencias (simuladas y reales), donde evidentemente la calidad del sujeto activo recae al vendedor de influencias y está siempre será el funcionario público, pero, qué pasa con el comprador de influencias, es decir el tercero interesado, en un escenario hipotético donde el particular hasta puede determinar la voluntad del funcionario público; ¿en este caso el particular queda impune?

El Acuerdo Plenario N° 03 – 2015, llega a una conclusión que dogmáticamente colisiona con lo que hasta ese momento se venía pensando al respecto, y señala con claridad que el tercero interesado (comprador de influencias) responderá a título de instigador, el asunto estaría correcto si el autor del delito de tráfico de influencias fuera una persona diferente al funcionario público, sin embargo el problema surge cuando el autor del delito de tráfico de influencias es un funcionario público, ahí si existe serios problemas, dado que la doctrina no admite que un tercero pueda determinar el acto o la resolución criminal en un funcionario público, dado que este último si comete el delito habrá infringido un rol asignado en función al cargo que desarrolla, y como tenemos

entendido que el rol o el deber asignado es personalísimo, nadie más que el mismo funcionario público puede quebrantar, de ahí que bajo ningún fundamento el extraño puede ser instigador en el supuesto que el autor y el amo del hecho sea funcionario público.

TRAFICO DE INFLUENCIAS - INTERPRETACIÓN DEL ELEMENTO “CASO ADMINISTRATIVO”:

1. «[...] el tipo del artículo 400 del Código Penal al funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, está aludiendo en cuanto al caso administrativo a todos aquellos procedimientos administrativos que sean conocidos por funcionarios o servidores de la administración pública, toda vez que el delito tipificado en cuestión protege la administración pública [...].

En este contexto el procedimiento administrativo que se seguía para la obtención de un crédito ante el Banco de Materiales S.A.C no resultaba ser un simple trámite administrativo como pretende hacer ver el abogado del acusado y más bien constituía un procedimiento administrativo —caso administrativo, en el ámbito de la administración pública». (Exp. 00466- 2011, sentencia emitida por el Segundo Juzgado Unipersonal de Lima el 22 de marzo de 2013).

2. «[...] debe señalarse que cuando el tipo penal del artículo 400 del Código Penal hace referencia al ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de un caso judicial y de funcionarios públicos que no estén

invertidos de poder discrecional administrativo [...]». (R. N. 11-2001, Ejecutoria Suprema del 23 de julio de 2003).

6.3.- NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.- El delito de negociación incompatible, antes se comprendía como un delito de participación necesaria, sin embargo actualmente y casi por unanimidad se sostiene que el delito de negociación incompatible para su configuración no requiere de participación del tercero.

Razón por la cual en la doctrina y en la jurisprudencia se habla de un delito especial propio, que la autoría única y exclusivamente está reservado para el funcionario y servidor público.

Otra problemática de este delito que se debate es referida a la consumación, el delito de negociación incompatible exige o no un resultado para su configuración, es decir cuando se consuma este delito, con la mera infracción de las normas de administración pública o debe generarse algún resultado lesivo verificable concretamente.

Respecto a la problemática planteada veamos la jurisprudencia respecto a este delito: La Casación N° 231-2017, Puno (catorce de septiembre de dos mil diecisiete) sobre el delito de negociación incompatible recaída en el Expediente N° 00229-2016-11-2111-SP-PE-01, deja en claro la tesis equivocada de la fiscalía y el juzgado (primera y segunda instancia) de que no se debe entender que solo basta que “el funcionario público se interese indebidamente en los actos de administración, pese a que no logre ser parte del contrato u operación para que este se entienda consumado. Interesarse indebidamente conlleva a la gestión de actos que no corresponden con el rol de un funcionario público”.

Esta sentencia casatoria indica que se debe concebir al delito de negociación incompatible como un delito de peligro concreto y que, de acuerdo con el principio de lesividad, su configuración está condicionada a la creación de un riesgo (resultado). Por lo tanto, el interés indebido sobre un contrato u operación es el elemento que sintetiza o establece la tipicidad subjetiva y se constituye como un elemento subjetivo de trascendencia interna adicional al dolo.

En consecuencia, el solo quebrantamiento del «deber institucional» o el incumplimiento o desobediencia a una normativa que regula las contrataciones con el Estado, no constituiría delito, por lo que debe ser interpretado restrictivamente, conforme a los principios de lesividad, ultima ratio (subsidiariedad y fragmentariedad) y, respectivamente probando el dolo y el elemento trascendental adicional, para tener por acreditada la conducta típica, de presentar este elemento subjetivo.

En concreto el resultado se debe materializar y debe existir para ser probado y tener por consumada la infracción. Por ello la Cas. N° 231-2017, Puno, indica que “no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, sino que serán típicas aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública”.

En consecuencia, la casación establece la siguiente conclusión:

Sumilla: El delito de negociación incompatible, prevista en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal es uno de peligro concreto y, de acuerdo con el principio de lesividad, su configuración está condicionada a la creación de un riesgo (resultado) cuya existencia debe ser probada para considerar consumada

la infracción. Debido a ello, no corresponde sancionar cualquier tipo de acciones que signifiquen el incumplimiento de alguna normativa de carácter administrativo, sino que serán típicas aquellas conductas que por su magnitud supongan un daño inminente para la administración pública.

6.4.- ¿La sola conducta del extraneus puede consumir un delito funcional?, este es otra de las problemáticas que se plantea en el marco de la intervención y la punibilidad del extraneus en los delitos especiales, y esta problemática en buena cuenta ha sido abordada por el profesor Fidel Rojas Vargas, en los siguientes términos:

“Una de las características que les confieren naturaleza propia a los delitos funcionales es el estar contruidos legislativamente para un determinado grupo de autores, sin posibilidad alguna de que otros puedan cometer el delito, pese a que sus aportes facticos sean decisivos o determinantes”. (Rojas, 2017, p. 33).

Para este tópico citamos al profesor Rojas Vargas, quien sostiene lo siguiente: “Solo el autor especial es quien consume o realiza jurídicamente el delito, siendo en este punto irrelevante para los efectos penales de determinar la autoría o coautoría que el particular o servidor público dominen el hecho o sean quienes ejecutan el delito.

Esta particularidad marca una línea de frontera bastante clara para diferenciar los delitos de dominio de los de infracción de deber (en estos últimos se ubican los delitos funcionales”. (Rojas, 2017, p. 34).

6.5.- ¿Cuál debe ser la pena aplicable al extraneus en los delitos especiales y bajo que fundamento?: Esta es otra problemática que establece la investigación, la pena que se debe imponer a un tercero cuando participa en la comisión de un delito especial; igualmente para solucionar este asunto tenemos que recurrir a las teorías de título de imputación, por un lado tenemos la tesis de la teoría de unidad de título de imputación, y por otro lado tenemos la tesis de la teoría de ruptura de título de imputación, entonces la solución está en las dos teorías, pero siempre serán contradictorias, los primeros dirán que debe imponerse la pena establecida en los delitos funcionariales y los seguidores de la segunda teoría dirán que a los extraneus debe imponerse la pena establecida para el delito común.

Entonces, aquí surge nuevamente un debate interminable, y depende que teoría adoptemos llegaremos a una solución, y la solución que lleguemos no siempre puede ser aceptada en la generalidad, de ahí, entonces surge una necesidad de establecer un criterio y así de esa manera ser aplicados por todos los operadores del derecho.

4.3. SUB CAPITULO Nº 03

4.3.1.- TERCER COMPONENTE DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN.

4.3.1.1.- *Plantear una solución doctrinaria-legislativa para delimitar en que supuestos es punible la intervención del extraneus en un delito especial.*

4.3.1.2.- Propuesta de la investigación: debe ser una propuesta legislativa la que solucione el debate planteado o una propuesta a nivel de Acuerdo Plenario.

Discusión:

UNO.- Planteamiento.- En este apartado la investigación, postula las propuestas de solución, para la problemática planteada, sobre la punibilidad del extraño en la comisión de los funcionariales especiales propios, la misma que concitó las siguientes interrogantes: ¿El extraneus cómo debe responder penalmente? ¿Cuál es el fundamento de su punibilidad? ¿Por qué se debe aplicar o no la teoría de título de imputación? ¿El extraneus puede ser autor directo, indirecto, coautor, cómplice o instigador en un delito especial?, ¿Cómo es el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia Peruana?, ¿Cuál es la problemática que plantea la teoría respecto de la intervención del extraneus en los delitos especiales?, ¿La conducta del extraneus puede consumir el delito?, ¿La pena del extraneus es la misma que la pena del funcionario Público?; la respuesta a estas preguntas desde la dogmática penal, son las que guiaron la investigación, y representaron un verdadero desafío para los investigadores.

Las respuestas a estas interrogantes están materializadas en las conclusiones finales de estudio, donde a partir del análisis, debate e interpretación se ha llegado a sostener algunas ideas sumamente interesantes y reveladores como parte del aporte académico a la comunidad jurídica en general.

La participación delictiva se da en dos niveles; tenemos la instigación (artículo 24) y la complicidad (artículo 25), a su vez este último, se divide en complicidad primaria y complicidad secundaria; ahora analicemos la problemática que cada uno de ellos representa en la dogmática penal.

DOS.- Respecto al artículo 25 del Código Penal.- La solución a la problemática planteada, (en parte) está contenida en la modificatoria del artículo 25 del Código Penal, donde la legislación Peruana adopta la tesis de participación accesorio.

Al respecto el profesor Siccha, (2017), analiza el asunto en los siguientes términos: “En efecto, en cuanto a la teoría jurídica para determinar quién es autor y quién es cómplice en la comisión de un delito por más de dos personas, el legislador había optado por la teoría del dominio de hecho, la misma que sirve para determinar razonablemente quién es autor y quién es cómplice en los delitos comunes. No obstante, cuando se trata de delitos especiales por la calidad del agente, aquella teoría no rinde”.

“De ahí que Roxin, promotor de la teoría del dominio de hecho, también haya construido dogmáticamente la teoría de la infracción de deber, teoría obviada por el legislador hasta el Decreto Legislativo N° 1351. Tal situación generó múltiples alternativas aplicadas por nuestros jueces en todas las instancias para identificar y diferenciar a los autores y partícipes en un delito especial. Algunos aplicaban la teoría del dominio de hecho, otros la teoría de la

infracción de deber desde la óptica de Roxin, los menos recurrían a la misma teoría pero desde la óptica de Jakobs y la mayoría, en forma lamentable, optaban por combinar tales teorías”.

“Situación que sin duda se superará con la atinada modificación del artículo 25 del Código Penal. Allí se ha incorporado la teoría de infracción de deber de Roxin, asumiendo en consecuencia, el principio sustantivo de unidad del título de imputación. Esto significa que, si en la comisión de un peculado o delito de colusión participan funcionarios obligados y particulares o extraños a la administración pública, los primeros responderán a título de autores y los particulares responderán por el mismo delito a título de cómplices”.

“Finalmente, según esta teoría, si en la comisión de un delito especial, como lo son la mayoría de delitos contra la administración pública, participan sujetos públicos y particulares, los primeros serán autores debido que participan en la comisión del delito, pero infringiendo un deber especial impuesto por la ley penal, en tanto que los demás, serán simplemente cómplices debido que también participan en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno, pues no lo tienen”.

“Y muchos seguramente se estarán preguntando, ¿y serán cómplices primarios o secundarios? La respuesta es simplemente cómplices “complicidad única”. La teoría de infracción de deber no admite esa división. La diferencia entre complicidad primaria y secundaria es hija de la teoría del dominio de hecho”. (Siccha, 2017).

TRES.- Problema respecto a la instigación.- Sin embargo, el problema que aún no se ha resuelto a la fecha es: **si el extraneus puede ser imputado a título de**

instigador en un delito especial, la solución respecto a esta controversia lo abordamos en los siguientes tópicos de análisis; ¿los extraneus pueden ser responsables por un delito especial propio?, ¿El extraneus quebranta algún deber positivado en la norma extrapenal?, ¿El extraneus puede determinar la conducta del funcionario público?, ¿en qué momento del íter críminis debe intervenir en extraño para que sea punible su participación? ¿Cuándo aplicar la unidad de título de imputación y en que supuestos aplicar la teoría de ruptura de título de imputación?

CUATRO.- Respecto al artículo 24 del Código Penal.- El problema central radica en este tópico, y aquí tenemos que responder a la siguiente interrogante: ¿El extraneus puede responder a título de instigador en los delitos especiales?, la aproximación a la respuesta genera un debate acalorado en la doctrina nacional, y en la jurisprudencia nacional; no existe pronunciamientos contundentes respecto a este asunto, algunos pretenden aplicar analógicamente la situación de la instigación al terreno de la complicidad primaria, dado que en este último, la jurisprudencia en cierto sentido a resuelto la problemática de la punibilidad de los extraneus en los delitos especiales propios, pero la situación de los instigadores es totalmente distinto, razón por la cual no podemos bajo ningún concepto sostener la similitud entre estas dos figuras de participación.

Explicemos el asunto de fondo, el artículo 24 del Código Penal señala lo siguiente: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”, advertimos que la problemática aquí es mayor, para que un sujeto sea instigador tiene que doblegar la voluntad del sujeto instigado, es decir, tiene que tener el dominio de la voluntad respecto del segundo sujeto “instigado”.

Ahora bien, trasladando los conceptos dogmáticos al terreno de los delitos contra la administración pública, ubicándonos primeramente en la situación del tercero extraneus, es un sujeto que no tiene esa fuerza para determinar la conducta del funcionario público, es decir, un sujeto inferior que no tiene poder dentro de la administración pública, como sería posible que doblegue psicológicamente la conducta del funcionario y servidor público, que está por encima del extraneus, dado el poder que posee dentro de la administración pública.

En este escenario el extraño no puede responder a título de instigador en un delito especial, esta es una de las reglas que plantea la investigación, esta afirmación se irá justificando a lo largo de los argumentos siguientes.

CINCO.- LA CONDUCTA DEL EXTRANEUS PARA CONSUMAR UN DELITO ESPECIAL.- ¿Conducta del *extraneus* es determinante para consumir el delito especial?

La pregunta central que se pretende responder es: ¿La sola conducta del extraneus puede consumir un delito funcional?, la respuesta que sostenemos en la investigación, con base a la doctrina desarrollada, es en el sentido que la conducta del extraneus no puede consumir un delito especial propio, ahora bien en los delitos especiales impropios de la misma manera, la sola contribución materializado en la conducta del tercero no puede consumir el delito, siendo esto así, es preciso señalar que la frontera que divide entre los delitos de infracción del deber y los delitos de dominio, es justamente que en los delitos de infracción del deber, el autor, dueño y titular del deber únicamente es el funcionario público, mientras que en la teoría del dominio, el amo y señor del

hecho es quien tiene dominio del hecho y dominio del ámbito subjetivo, quien posee control de la organización.

SEIS.- LA PENA DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES: La idea del profesor Percy García Caveró (2009) es referida a las teorías de título de imputación, a partir de ello ha explicado la pena del extraneus en los delitos especiales, al respecto ha sostenido que la primera (unidad de título de imputación) considera que la pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial correspondiente, la segunda (Ruptura de título de imputación) sostiene que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor, pero no la del partícipe. La persona que contribuye a la realización de un delito especial solo podrá ser castigada penalmente si su comportamiento se subsume en un delito común y, de ser así, la pena a imponer tendrá que determinarse a partir del marco penal previsto en dicho delito común.

SOLUCIÓN POSTULADA: “La disputa entre la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación, en relación con la cuestión de la pena a imponer al partícipe extraneus de un delito especial, debe solucionarse en función de las estructuras de imputación penal que informan el delito especial. Si el delito especial es un delito de dominio deberá seguirse lo establecido por la teoría de la unidad del título de imputación, mientras que, si el delito especial es un delito de infracción de un deber, habrá que seguir lo dispuesto por la teoría de la ruptura del título de imputación. Esta solución requiere, sin embargo, una doble matización”. (García, 2009, 12).

“En el caso de la inducción, es posible castigar la conducta de determinar a otro a cometer un delito, tanto si el delito es de dominio como si es de infracción

de un deber, pues la inducción tiene una estructura autónoma al injusto de los autores y los cómplices. Por otro lado, si es que se admite la existencia de delitos de infracción de un deber con elementos de dominio, entonces respecto de este componente organizativo es posible una participación del extraneus en el delito especial, aunque la pena a imponerle deberá necesariamente atenuarse de manera relevante". (García, 2009, 12).

La investigación postula: Que la pena a imponerse a un extraneus que participa en la comisión de un delito especial es el marco punitivo establecido en el delito especial que ha infringido, ello siguiendo la línea doctrinaria trazada por la teoría de título de unidad de imputación, teoría asumida por nuestros legisladores en el sistema penal peruano.

SIETE.- EL EXTRANEUS EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.-

Se sostiene que los extraneus pueden ser partícipes en los delitos especiales, respecto a esta afirmación genérica no existe mucha discusión, sin embargo, la discusión se centra en los delitos especiales propios, si en estos delitos el extraneus puede ser responsable penalmente o cuál es la condición que debe exigírsele para ser imputado en un delito especial propio; desde nuestra perspectiva el extraneus no puede ser participe en los delitos especiales propios, dado que este tipo de delitos esta únicamente reservado a los sujetos cualificados, llámese funcionarios y servidores públicos.

Al respecto el profesor Oré Sosa (2018), sostiene lo siguiente: "De este modo a la pregunta de que si pueden responder penalmente como partícipes del delito de enriquecimiento ilícito los extraneus que participan en la adquisición, transferencia y adjudicación de bienes conseguidos con el producto del delito de

enriquecimiento ilícito cometido por el funcionario público, debo responder negativamente; no pueden ser hechos responsables del delito de enriquecimiento a título de cómplices”.

En este punto cabe precisar, que existe ciertas condiciones, para que los particulares puedan responder penalmente por un delito especial impropio, y justamente una de las condiciones es que, su participación se haya dado en la fase preparatoria y concomitante del delito, mas no en la fase pos-consumativa, cumplido esta condición los extraños si pueden ser cómplices siempre que su intervención sea en la fase anterior o en la fase concomitante; al respecto el profesor Oré Sosa se refiere en estos términos: “En segundo lugar, considero que los extraneus solo responderán como cómplices en la medida en que su intervención, anterior o concomitante, coadyuve a la realización de las irregularidades funcionales que también configuran el injusto del delito de enriquecimiento ilícito”. (Oré Sosa, 2018).

Asimismo, indica: “En tercer lugar, en la medida en que no estemos ante conductas cotidianas, y siempre que se verifiquen sus elementos objetivos y subjetivos, las conductas de adquisición, transferencia y adjudicación de bienes conseguidos con el producto del delito de enriquecimiento ilícito podrán quedar subsumidas en el delito de lavado de activos”. (Oré Sosa, 2018).

OCHO.- Consideración especial de la instigación en los delitos especiales.- La pregunta que se debe responder como punto de partida es: ¿La instigación es una forma de participación? ó ¿tiene una estructura autónoma?, aquí el debate nos invita a realizar un recorrido por la dogmática, respecto a la autoría y

participación, y en palabras del profesor García (2009); respondiendo directamente a la pregunta sostiene:

“La negación de la inducción como forma de participación se sustenta en el hecho de que la conducta de determinar a otro a cometer un delito precede a la decisión de cometerlo. En consecuencia, no puede hablarse de una participación en algo que todavía no ha sido ni siquiera ideado por el autor. A diferencia de los cómplices, a los que puede atribírseles sin mayor problema el hecho delictivo como un hecho propio, no parece correcto hacer lo mismo con el inductor. El hecho realizado por el inductor no forma parte del delito inducido, de manera que, si se considera que debe ser igualmente merecedor de una sanción penal, tendrá que criminalizarse sobre la base de la idea de que se trata de un injusto distinto. La realización del delito inducido, cuando menos en su grado de ejecución, se constituiría, en todo caso, en una condición objetiva de punibilidad de la conducta del inductor” (p. 124).

¿Cuál es la conducta del instigador?, el instigador realiza la conducta de determinar al otro a que realice el delito, es decir lo convence para que cometa el ilícito penal, lo presiona (determinación psicológica) a tal punto que el sujeto B comete el delito, (provocar la resolución criminal en otra persona) entonces debemos señalar que, él que realiza el tipo penal de un delito, es el instigado y no el inductor, como, por ejemplo:

Sujeto B comete el delito de homicidio doloso, mata a la persona de C, como consecuencia de que la persona de A lo ha determinado, entonces el verbo matar es configurado por la persona de B, mas no por la persona de A, este

último configuró la conducta de inducir, y el elemento descriptivo que exige el tipo penal de 106 del Código Penal es “matar” y no “inducir”.

Entonces, delimitada la conducta de cada uno de ellos inductor e inducido, ahora lo que corresponde es preguntarnos la siguiente pregunta: ¿Es punible la conducta del instigador?, la conducta de determinar a otra persona a que cometa un delito, esta descrito en algún tipo penal de la parte especial, o es un mandato únicamente de la parte general en el marco del artículo 24 del Código Penal.

Es preciso señalar que la punibilidad de la conducta de determinar a otro deviene del mandato imperativo del artículo 24 del Código Penal, sin embargo, la sola determinación, no debe configurar la instigación, sino que esta determinación debe estar acompañada de un interés directo de parte del instigador con el delito que comete el instigado, es decir, el instigador, debe ser el beneficiario de las consecuencias del delito.

NUEVE.- OTRAS PROPUESTAS DE LA DOCTRINA.- Si bien nuestra postura en la tesis es que el instigador no puede ser punible en los delitos especiales (funcionariales), toda vez de que aquí está en juego es la infracción del deber o el quebrantamiento de los roles asignados de acuerdo a la función pública que se desempeña, es el planteamiento de la tesis, sin embargo, en la doctrina encontramos posturas diferentes, que no pasan desapercibidos, como el planteamiento del profesor, García (2009), quien sostiene:

“Con base en las consideraciones procedentes, el inductor puede ser hecho penalmente responsable por determinar a otro a cometer un delito, sea este delito común o especial, sea especial de dominio o especial de infracción

de un deber. La pena tendría que determinarse en la propia disposición que regula la inducción.

Sin embargo, el legislador ha tomado la decisión de establecer como marco penal abstracto del inductor el mismo que el previsto para el autor, lo que evidentemente puede llevar a ciertos excesos. Será el juez penal el encargado de llevar a cabo una individualización de la pena que ajuste la sanción penal a la gravedad del hecho del inductor” (p. 125).

V. CONCLUSIONES

PRIMERA: Los delitos contra la administración pública tienen una doble variante; unos son delitos especiales propios y otros son delitos especiales impropios, y a partir de esta delimitación se establece una regla general, en el sentido que la autoría y participación (en sentido estricto) está reservado únicamente para los funcionarios y servidores públicos, sin embargo, existe excepciones como en el delito de colusión, peculado y tráfico de influencias, donde necesariamente comportan la participación del extraneus para la realización del delito y en este marco es necesario plantear los supuestos en las que el extraneus debe responder penalmente por los delitos especiales.

SEGUNDA: El tratamiento del extraneus en la jurisprudencia Peruana ha evolucionado progresivamente, desde la concepción de ruptura de título de imputación hacia la teoría de unidad de título de imputación, es decir, la Corte Suprema sostenía que el extraneus es ajeno a los delitos especiales, y no puede ser punible por un delito especial, bajo el fundamento de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación consagrado en el artículo 26 del Código Penal, sin embargo, en la actualidad a partir de la modificatoria del artículo 25 se defiende la tesis de la unidad de título de imputación, donde el extraneus si es punible y responde por un delito especial, con el fundamento del principio de accesoriedad de la participación.

Sin embargo, el fundamento de la accesoriedad de la participación no es suficiente para sostener la punibilidad del extraneus en los delitos especiales, la responsabilidad penal del extraneus debe justificarse desde la política criminal, el enfrentamiento y la prevención eficaz de la corrupción en todos sus niveles, y la penalidad equiparable con los intraneus, estaría justificado con la aplicación del derecho penal del enemigo. No obstante, esta corriente no es legítimo y contraviene las garantías constitucionales.

TERCERA: La problemática de la intervención del sujeto particular en los delitos especiales gira en torno a los siguientes escenarios: i) El extraño al no poseer un deber especial, no es sujeto cualificado, por ende, ¿Se podrá imputar bajo la teoría de infracción del deber?; ii) El extraneus al no ser un sujeto que pueda consumar el delito especial ni determinar al sujeto cualificado, ¿Existe la posibilidad que pueda ser imputado bajo el título de instigador en el marco de los delitos funcionariales?, iii) El extraneus al no tener una vinculación funcional con los bienes públicos, y al no ser determinante su conducta, merece la pena del autor o su penalidad debe determinarse debajo del mínimo legal; vi) Aquel extraneus que tiene el dominio del hecho, controla el curso del delito especial, ¿puede responder por autoría mediata? v) Bajo que teoría se debe imputar al extraneus, aplicando la teoría de infracción del deber o la teoría del dominio del hecho, teniendo en cuenta que cada teoría trae consecuencias diferentes e incluso contradictorios.

CUARTA: Los supuestos en la que un extraneus puede ser imputado y sancionado por la comisión de un delito especial, se debe enmarcar en los siguientes escenarios: i) Respeto del principio de legalidad, establecido en el artículo 25 del Código Penal, respetando sus restricciones; ii) La participación del extraño haya sido indispensable para la comisión del delito especial, siempre que su participación se haya dado en la fase preparatoria y excepcionalmente en la fase concomitante del delito, mas no en la fase pos-consumativa; iii) En cuanto a la prescripción, para los extraños regirá las reglas de los delitos comunes, es decir no habrá la duplicidad para la prescripción. Asimismo, para los extraneus no se aplicará la imprescriptibilidad.

Ahora bien, respecto a la instigación artículo 24 del Código Penal, la doctrina y la jurisprudencia no es pacífica; sostenemos la tesis que el extraneus no puede responder a título de instigador en los delitos contra la administración pública, tanto en los delitos especiales propios ni en los delitos especiales impropios, dado que el instigador no puede determinar ni doblegar a un Funcionario Público investido de poder.

VI. RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda a los operadores del derecho, a efectos de analizar y determinar la autoría y participación en los delitos contra la administración pública, más específicamente en los delitos de colusión y peculado se debe recurrir a la teoría de infracción del deber planteado por el jurista Claus Roxin, siguiendo la siguiente secuencia a) determinar el tipo de delito descrito en la norma penal, b) delimitar la calidad del sujeto activo: especial o común, c) establecer el deber específico emanado de la norma extra-penal, d) establecer la relación funcional o fáctica del intraneus y extraneus con el bien jurídico protegido en razón al deber que ostenta, y e) Imputar y fundamentar la responsabilidad penal del autor o participe en base al delito imputado.

SEGUNDA: Se recomienda que se incluya un supuesto en el artículo 25 del código penal con la siguiente propuesta de modificación:

Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria:

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

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

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.

El juez, rebajara prudencialmente la pena para los particulares que intervengan en los delitos especiales.

TERCERA: Se recomienda que, en la aplicación de la teoría de infracción del deber para determinar la autoría y participación en el delito de peculado se debe tener en cuenta como paso previo; determinar en qué supuesto este delito admite la participación del extraneus para su configuración, dado que uno de los presupuestos de la teoría de infracción del deber es analizar la morfología del delito especial a efectos de analizar la participación de un tercero.

VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Abanto, M. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Lima: Palestra.

ACUERDO PLENARIO No 3-2015/CIJ-116

ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116

Aguilera, C. A. (2016). *La teoría de la unidad del título de imputación y la persecución y represión penal de los delitos especiales cometidos por corrupción de funcionarios públicos*, TESIS, Recuperado el uno de junio del dos mil dieciocho, y disponible en: http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/2255/1/RE_DER_CLEVER.AGUILERA_TEORIA.DE.LA.UNIDAD.DEL.TITULO.DE.IMPUTACION_DATOS.pdf.

Aranzamendi, N. L. (2011). *La investigación jurídica*. Lima: Grilley.

Caro, J. A. (2017). *La problemática del extraneus en la comisión de un delito funcional, ponencia Brindada en Primer Pleno Jurisdiccional Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios*, que se realizó el 23 de noviembre de 2017, Recuperado el 29-04-2018, y disponible en: <https://legis.pe/extraneus-delitos-funcionarios-publicos-jose-antonio-caro-john/>.

Castillo, J. L. (s/f). *La complicidad como forma de participación criminal*, Artículo publicado en Revista Peruana de Ciencias Penales. N. 9, p. 679 - 712, Recuperado el 02-05-2018, y disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_47.pdf.

- Charaja, C. F. (2018). *El MAPIC en la investigación científica*. Puno: Sirio EIRL.
- Claus, R. (2005). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- CLUBENSAYOS. (2014). *Teoría de la ruptura del título de imputación, teoría de la unidad del título de imputación y teoría infracción del deber*, Artículo publicada en CLUB ENSAYOS, Recuperado el 01-05-2018, y disponible en: <https://www.clubensayos.com/Filosof%C3%ADa/Teor%C3%ADa-De-La-Ruptura-Del-t%C3%ADtulo-De-mputaci%C3%B3n/1910317.html>.
- Emerita, A. (2007). *Delitos contra la administración pública según el nuevo código PENAL*, publicado en Alianza Ciudadana Pro Justicia, Panamá. Recuperado el 31-05-2018, y disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1718/delitos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Galvez, T. A. (2001). *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Idemsa.
- Garcia, C. P. (2012). *Derecho penal parte general*. Lima: Jurista editores.
- García, P. (2009). *La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales*, artículo publicado en anuario del derecho penal 2009, Recuperado el 29-04-2018, y disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf.
- LEGIS.PE. (2018). *¿Cuál es el título de imputación del «extraneus» que participa en un delito contra la administración pública?*, publicada en la página de legis.pe, Recuperado el 27-05-2018, y disponible en: <https://legis.pe/cual-titulo-imputacion-extraneus-participa-delito-administracion-publica-sujeto-publico/>.

López, S. A. (2015). *Algunas particularidades del interviniente en los delitos especiales*, publicada en LITIS CONTESTATIO, Recuperado el uno de junio del dos mil dieciocho, y disponible en: <https://abogadosergiolopez.wordpress.com/2015/02/04/algunas-particularidades-del-interviniente-en-los-delitos-especiales/>.

Maguiña, M. F. (2014). *Autoría y participación en los delitos contra la administración pública*, formato PowerPoint para la ponencia de la CSJ-Ancach, Recuperado el 01-05-2018, y disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cef3b3004525350aa365fb01a4a5d4c4/AUTOR%C3%8DA+Y+PARTICIPACI%C3%93N++EN+LOS+DELITOS+CONTRA+LA++ADMINISTRACI%C3%93N++P%C3%9ABLIC+A.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cef3b3004525350aa365fb01a4a5d4c4>.

Mayta, N. (2018). *Lo que se dijo y aún no se dijo sobre el extraneus*, Artículo publicada en legis.com, Recuperado el 02-05-2018, y disponible en: <http://legis.pe/se-dijo-extraneus/>.

Mendoza, D. (2017). *¿La teoría de la unidad del título de imputación en los delitos especiales es exclusiva de la teoría de los delitos de infracción de deber?*, publicada en LEGIS.COM, Recuperado el 01-05-2018, y disponible en: <https://legis.pe/la-teoria-de-la-unidad-del-titulo-de-imputacion-en-los-delitos-especiales-es-exclusiva-de-la-teoria-de-los-delitos-de-infraccion-de-deber/>.

Muñoz R. C. (1998). *Como elaborar y asesorar una investigación de tesis*. México: Prentice Hall.

- Noguera R. I. (2014). *Guía para elaborar una tesis de Derecho*. Lima: Grijley.
- Oré Sosa, E. (2018). *Participación del extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito*, artículo publicado en LEGIS.PE, Perú, Recuperado el 09-07-2018, y disponible en: <https://legis.pe/participacion-extraneus-enriquecimiento-ilicito-eduardo-ore-sosa/>.
- Pérez, J. A. (2012). *El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva*, artículo publicado en derecho y cambio social, Recuperado el 29-04-2018, y disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf.
- Pineda G. J. (2008). *Investigación Jurídica*. Puno: Editorial Pacífico.
- Pinedo, C. A. (s/f). *la intervención del extraneus en los delitos especiales de infracción de deber contra la administración pública*, Artículo publicada en formato pdf, Recuperado el 02-05-2018, y disponible en: <file:///C:/Users/Intel/Downloads/175779528-Intervencion-Del-Extraneus.pdf>.
- R.N. N° 375-2004-Ucayali. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 6, Grijley, Lima, 2005. En el mismo sentido se pronuncia la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, R.N. N° 2976-2004-Lima, en la misma revista jurídica.
- R.N. 1780-2015, Tacna.
- Reategui S. J. (2014). *Autoría y participación en el delito*. Lima: Gaceta Jurídica.
- REYNALDI, R. C. (2018). *El desvalor de acción en los delitos contra la administración pública*. Artículo publicado en Legis.pe, Recuperado el

27-05-2018, y disponible en: <https://legis.pe/desvalor-accion-delitos-administracion-publica/>.

Rodríguez, J. A. (2002). *El solicitante en las influencias traficadas: ¿todos son culpables?*, publicado en ius et veritas N° 24, Perú. Recuperado el 31-05-2018, y disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16184/16601>.

ROJAS, F. (2014). *Delitos de infracción del deber*, video youtube.pe, Recuperado el 30-05-2018, y disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=KwkrSoPxvfQ>.

Rojas, F. (2017). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, 2° edición, nomos & thesis, Lima.

Salazar, N. (2005). *La participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber*, artículo publicado en ámbito Juridico.com.br, Recuperado el 29-04-2018, y disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=433.

Salinas, R. (2016). *Delitos contra la administración pública*, 4° edición, Editorial Iustitia-Grijley, Lima.

Salinas, R. (s/f). *Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana*, Artículo publicado en formato pdf, Recuperado el 02-05-2018, y disponible en:

http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2_in_t.d.adm_publica.pdf.

Suárez, A. (2002). *El interviniente*, artículo publicado en formato pdf, Colombia, Recuperado el 29-04-2018, y disponible en: <file:///C:/Users/Intel/Downloads/1078-3800-1-PB.pdf>.

Tamayo y Tamayo, M. (2004). *Proceso de la Investigación Científica*. Mexico: Noriega Editores.

Torres, J. E.C. (2011). *la participación en los delitos de infracción de deber*, artículo publicada en Centro de Estudios de Derecho Penal - Universidad de San Martín de Porres – Perú, Recuperado el 29-04-2018, y disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2011/Articulos_estudiantiles/10_2011_DELITOS_INFRACCION.pdf.

ANEXOS

LISTA DE ANEXOS:

ANEXO A.- MATRIZ DE CONSISTENCIA

ANEXO B.- FICHA BIBLIOGRÁFICA PARTICULAR

ANEXO C.- FICHA TEXTUAL

ANEXO D.- FICHA DE RESUMEN

ANEXO E.- FICHA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO

ANEXO F.- FICHA DE REVISIÓN DOCUMENTAL

ANEXO G.- FICHA DE ANÁLISIS DE CASO CUALITATIVO

ANEXO A.- MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO	PROBLEMA GENERAL Y ESPECÍFICOS	OBJETIVO GENERAL Y ESPECÍFICOS	CONCLUSIÓN GENERAL Y ESPECIFICAS	UNIDAD DE ESTUDIO y DIMENSIONES	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS
<p>"ANÁLISIS DOGMÁTICO DE LA INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SOBRE LA BASE DE LAS TEORÍAS DE TÍTULO DE IMPUTACIÓN, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN".</p>	<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿Cómo es el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia, que problemática se presenta en la teoría y en que supuestos se justifica la punibilidad del extraneus en los delitos especiales?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>1.- ¿Cómo es el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia Peruana?</p> <p>2.- ¿Cuál es la problemática que plantea la teoría respecto de la intervención del extraneus en los delitos especiales?</p> <p>3.- ¿Es pertinente plantear una formula legislativa para delimitar en que supuestos es punible la intervención del extraneus en un delito especial?</p>	<p>GENERAL</p> <p>Analizar el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia, la problemática en la teoría y los supuestos en la que se justifica la punibilidad del extraneus en los delitos especiales.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>1.- Analizar el tratamiento del extraneus en la jurisprudencia Peruana.</p> <p>2.- Establecer la problemática que plantea la teoría respecto de la intervención del extraneus en los delitos especiales.</p> <p>3.- Plantear una formula legislativa para delimitar en que supuestos es punible la intervención del extraneus en un delito especial.</p>	<p>CONCLUSIÓN GENERAL</p> <p>Los delitos contra la administración pública teniendo el carácter de especial, la intervención de los sujetos activos como regla general están reservados sólo para los funcionarios públicos, sin embargo, delitos como enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias y negociación incompatible, necesariamente comportan la participación del extraneus para la realización del delito y en este marco es necesario plantear los supuestos en las que el extraneus debe responder penalmente en los delitos especiales.</p> <p>CONCLUSIONES ESPECIFICAS</p> <p>1.- El tratamiento del extraneus en la jurisprudencia peruana ha variado progresivamente, desde la concepción de ruptura de título de imputación hacia la teoría de unidad de título de imputación, es decir, en las jurisprudencias anteriores se sostenía que el extraneus es ajeno a los delitos especiales, sin embargo en la actualidad se defiende la tesis que el extraneus es punible por un delito especial.</p> <p>2.- La problemática de la intervención del sujeto particular en los delitos especiales son: El extraño no posee un deber especial, no es sujeto cualificado, por tanto no puede entrar en los delitos especiales, el extraño puede ser imputado bajo el título de instigador en el marco de los delitos funcionariales.</p> <p>3.- Los supuestos en la que un extraneus puede ser imputado y sancionado son: i) Bajo el respeto del principio de legalidad, por tanto se merece reformar el artículo 25 del CP., ii) La participación del extraño haya sido indispensable para la comisión del delito especial, caso contrario responderá por un delito común en forma autónoma, iii) En cuanto a la prescripción, para los extraños se regirá por las reglas de los delitos comunes.</p>	<p>UNIDAD DE ESTUDIO:</p> <p>"La PUNIBILIDAD del EXTRANEUS en los DELITOS contra la ADMINISTRACIÓN Pública"</p> <p>Dimensiones:</p> <p>1.- El tratamiento del extraneus en la jurisprudencia Peruana.</p> <p>2.- El extraneus y sus problemas dogmáticos en los delitos especiales.</p> <p>3.- La propuesta legislativa (emisión de un acuerdo plenario y/o ley).</p>	<p>TIPO O ENFOQUE:</p> <p>Cualitativo</p> <p>DISEÑO:</p> <p>Dogmático Propositiva</p>	<p>MÉTODOS:</p> <p>1.- Método Dogmático.</p> <p>2.- Método Sistemático.</p> <p>3.- Método de Argumentación Jurídica.</p> <p>4.- Estudio de caso</p> <p>TÉCNICAS:</p> <p>Análisis de contenido Revisión documental Consulta Bibliográfica Estudio de Caso Parfraseo Resumen</p> <p>INSTRUMENTOS:</p> <p>Fichas de análisis de contenido. Fichas de Revisión Documental. Fichas bibliografías. Fichas de Análisis de caso cualitativo. Ficha textual. Ficha de Resumen.</p>

ANEXO B**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA BIBLIOGRÁFICA PARTICULAR

CASTILLO ALVA, José Luis

“La complicidad como forma de participación criminal”

(Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 9)

Edición: año V, Perú.

Revista impreso y electrónica

Link:

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_47.pdf

p. 679 - 712

El artículo jurídico aborda la complicidad como participación criminal, aborda las tesis que al respecto se han escrito de un tiempo a esta parte.

ANEXO C**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**FICHA TEXTUAL**

TEMA: *“Apuntes de tipicidad sobre el delito de enriquecimiento ilícito”.*

Ficha N° 10.

Autor: Guimaray, E. (s/f).

Pág.: 04

“La relación funcional entre el cargo público y el enriquecimiento no versa sobre las facultades de disposición material sobre bienes, efectos o caudales en virtud del cargo desempeñado en el aparato estatal. No solo porque ello se desvalora en el delito de peculado, sino porque, principalmente, es factible el enriquecimiento ilícito mediante el aprovechamiento del poder político, de gestión o institucional que la función pública presupone, en cualquiera de las instancias de la Administración”.

Nota: Este extracto fue recogida de la revista electrónica de alerta anticorrupción, publicada en Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú – IDEHPUCP.

ANEXO D**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO****FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS****ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO****FICHA DE RESUMEN****OBJETO DE RESUMEN:** Artículo Jurídico**PUBLICACIÓN:** Publicación Digital: en el siguiente Link:https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf**TITULADO:** *La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales***AUTOR:** Percy García Cavero (2009)**p. 1-2****SUBTÍTULO:** 1. El Problema.**Resumen**

La idea que el profesor Percy García Cavero ha intentado explicar es la participación del extraneus en los delitos especiales, al respecto ha citado al profesor José Hurtado Pozo, quien ha sostenido que la complicidad en la comisión de delitos especiales es posible, puesto que la calidad especial que exige el tipo legal es requerida para el autor, pero no para los partícipes, asumiendo de esta manera una postura clara sobre el tópico debatido en la investigación. La otra idea que ha desarrollado el profesor Percy García Cavero es referida a las teorías de título de imputación, a partir de ello ha explicado la pena del extraneus en los delitos especiales, al respecto ha sostenido que la primera (unidad de título de imputación) considera que la pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial correspondiente, la segunda (Ruptura de título de imputación) sostiene que el marco penal del delito especial solamente sirve para determinar la pena del autor, pero no la del partícipe. La persona que contribuye a la realización de un delito especial solo podrá ser castigada penalmente si su comportamiento se subsume en un delito común y, de ser así, la pena a imponer tendrá que determinarse a partir del marco penal previsto en dicho delito común.

ANEXO E

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CONTENIDO**I.- IDENTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS**

- 1.1. Título del Libro: “Manual Operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos”
- 1.2. Título de contenido en análisis: **“Delitos funcionales en los cuales el extraneus no puede consumir el delito”**
- 1.3. Autor: Fidel Rojas Vargas (2017).
- 1.4. Lugar de Edición: 2° Edición, Editorial: nomos & thesis, Lima.

II.- CRITERIOS DE ANÁLISIS

ARGUMENTOS
<p>“Solo el autor especial es quien consuma o realiza jurídicamente el delito, siendo en este punto irrelevante para los efectos penales de determinar la autoría o coautoría que el particular o servidor público dominen el hecho o sean quienes ejecutan el delito.</p> <p>Esta particularidad marca una línea de frontera bastante clara para diferenciar los delitos de dominio de los de infracción de deber (en estos últimos se ubican los delitos funcionales”. (p. 34).</p>
ANÁLISIS
<p>La pregunta central que se pretende responder es: ¿La sola conducta del extraneus puede consumir un delito funcional?, la respuesta que sostenemos en la investigación, con base a la doctrina desarrollada, es en el sentido que la conducta del extraneus no puede consumir un delito especial propio, ahora bien en los delitos especiales impropios de la misma manera, la sola contribución materializado en la conducta del tercero no puede consumir el delito, siendo esto así, es preciso señalar que la frontera que divide entre los delitos de infracción del deber y los delitos de dominio, es justamente que en los delitos de infracción del deber, el autor y dueño y titular del deber únicamente es el funcionario público, mientras que en la teoría del dominio, el amo y señor del hecho es quien tiene dominio del hecho y dominio del ámbito subjetivo, quien posee control de la organización.</p>
OBSERVACIÓN:
Ninguna-

ANEXO F

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE REVISIÓN DOCUMENTAL

I.- IDENTIFICACIÓN DEL DOCUMENTO.

1.1. **TÍTULO:** ¿Es punible la intervención del extraneus en delitos especiales?

1.2. **Subtítulo:** Teorías de título de imputación

1.3. **AUTOR:** El tesista

1.4. **Categoría:** Teorías

II CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN.

TEORÍA	ARGUMENTO	Pág.	ANÁLISIS
A.- Unidad de Título de Imputación .-	La participación del extraneus es punible a título de cómplice primario, mas no como autor, coautor ni autoría mediata en los delitos especiales.	p.	En los delitos especiales, se debe interpretar restrictivamente la autoría y participación, pues la exigencia de cualidades especiales así lo establece.
B.- Ruptura de Título de Imputación .-	La participación del extraneus en los delitos especiales no es punible, sino se debe imputar por un delito común a la que se adecúa su conducta.	p.	Esta teoría es categórica en sostener que los extraneus nunca deberían responder por un delito especial, sino responder como autores por los delitos comunes.
C.- Teoría de accesoriad de la participación	El extraneus no necesita tener cualidades especiales para ser punible en el delito especial, puesto las exigencias cualificadas solo corresponden al autor, y por accesoriad el tercero responde en delitos comunes.		Esta teoría ha sido asumida por nuestro Código Penal, al sostener que el participe responderá en relación al hecho desplegado por el autor, ello materializado en el artículo 25 del CP. Esta postura es una variante de la teoría de Unidad de título de imputación.

(Nota: este instrumento se ha elaborado con la finalidad de analizar las teorías, extrayendo sus fundamentos y analizando la misma desde nuestra propia perspectiva; asimismo con este instrumento se analizó los documentos: libros revistas, videos, audios, entre otros).

ANEXO G

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
PROFESIONAL DE DERECHO

FICHA DE ANÁLISIS DE CASO CUALITATIVO**ANÁLISIS DE CASO I**

CASACIÓN : N° 102-2016 – Lima	
Órgano jurisdiccional: SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA de la Corte Suprema de la Republica.	
DELITO: 1.- Peculado -Artículo 387 del Código Penal	
SENTENCIADO: VIOLETA ROCÍO RENTERÍA VALDELOMAR	AGRAVIADO: El estado
Fecha:	Once de julio de dos mil diecisiete
Pieza procesal objeto de análisis	Casación
Estado	Fundado el Recurso
<p>Tratamiento del extraneus: Fundamentos importantes:</p> <p>Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado, nuestro ordenamiento jurídico no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario o servidor público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado¹; así pues, constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas; siendo “un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de un determinado status o rol especial”. (Fundamento 15.1).</p> <p>El autor argentino Enrique Bacigalupo, respecto a los delitos especiales, afirma que hay ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas que tienen las características especiales requeridas por la ley para ser autor; se trata de delitos que importan la violación de una norma especial; por lo que resulta claro sostener que el funcionario público es quien ocupa un status especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe de evitar la lesión de los intereses de la administración pública. (Fundamento 17).</p>	