

La intervención delictual en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito del D. Leg. N° 1351



Eliu ARISMENDIZ AMAYA*

El autor analiza la reciente modificación del artículo 25 del CP, respecto a la punición del extraneus en un delito cualificado, postulando un trato diferenciado entre los delitos especiales frente a los de infracción de deber. Sobre los primeros, considera la punición del extraneus según las reglas derivadas del principio de accesoriadad; respecto a los segundos, se deberá recurrir al principio de responsabilidad por el propio injusto, en el cual cada sujeto –intraneus y extraneus– despliega su propio injusto pero ambos ligados al hecho punible, por cuanto la modificación aludida consagra la tesis de la unidad del título de imputación.

RESUMEN

MARCO NORMATIVO

- **Código Penal:** arts. VII, 25, 26 y 27.

PALABRAS CLAVE: Delitos especiales / Delitos de infracción de deber / Principio de accesoriadad / Incomunicabilidad de las circunstancias / Participación delictiva

Fecha de envío: 06/02/2017

Fecha de aprobación: 13/02/2017

I. Introducción

La reciente modificación del artículo 25¹ del Código Penal, según Decreto Legislativo N° 1351, trae sustanciales efectos con relación a la responsabilidad del *extraneus* en un delito cualificado. En ese sentido, en las líneas siguientes se expondrá los antecedentes teóricos que fundamentan materialmente la participación delictual; de la misma manera se analizará, a nuestro juicio, cuáles serían los lineamientos a considerar, respecto a la punición del *extraneus* tanto en un delito especial (propio o impropio) como en los delitos de infracción de deber, por cuanto ambas categorías conviven doctrinaria y jurisprudencialmente en nuestro sistema jurídico-penal.

* Fiscal Adjunto Provincial Penal del Distrito Fiscal de Lambayeque.

1 El artículo señala indica que: "(...) 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".

De la misma forma, se expondrá que la reciente modificación materia de comentario, afianza la tesis de la unidad del título de imputación, y en ese sentido se deberá interpretar el artículo 26 del Código Penal, respecto a la incomunicabilidad de las circunstancias personales. Finalmente, se indica, que las reglas de la accesoriadad de la participación (cualitativa y cuantitativa) funcionan sin problema alguna en la categoría formal, la cual clasifica a los delitos en el binomio, delitos comunes y especiales, empero respecto a la categoría delictual de delitos de infracción de deber, se deberá alejar del criterio de accesoriadad de la participación e ingresar a los lineamientos del **principio de responsabilidad por el propio injusto**, en la cual cada sujeto (*intraneus* y *extraneus*) despliega su propio injusto, por cuanto la responsabilidad del *extraneus* radica en la defraudación de su deber negativo de no dañar y la responsabilidad del *intraneus* reside en la lesión a su deber positivo propio de su estatus cualificado, sin dejar de lado que ambos injustos diferenciados están ligados a la unidad delictual del hecho punible. Las razones que nos permiten diferenciar estas categorías, responden a las bases filosóficas que sustentan cada una de ellas, es decir, los delitos especiales, tiene su respaldo en la filosofía ontológica propia del “ser” y los delitos de infracción de deber encuentran sostén en lineamientos normativos propios del “deber ser”, situación que justifica un trato diferenciado respecto a los criterios de imputación.

II. Antecedentes teóricos

Respecto a la temática de “autoría” y “participación” en Derecho Penal, existen dos

sistemas responsables de su fundamentación, conforme se detalla a continuación.

1. Sistemas fundamentadores de la autoría y participación en Derecho Penal

Los sistemas responsables de fundamentar materialmente la existencia de las figuras de ampliación del tipo penal, esto es, “autoría” y “participación”, resultan ser, el **unitario** y el **diferenciador**, los cuales tienen marcadas y dispares características conforme se detalla a continuación.

a. El sistema unitario.- Este sistema se caracteriza por considerar como autores a todos los intervinientes en un hecho con contenido penal, razón por la cual no existe criterio discriminador, ni cualitativa ni cuantitativamente respecto a los grados de intervención delictual. Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, quienes denominan a este sistema bajo el título de “concepto unitario de autor”, indican que este “trata como autor a todo interviniente que ha realizado una prestación causal para la realización del tipo, sin atender a cuál es el fundamento que se atribuye a su colaboración en el marco del suceso global. Esta cuestión solo adquiere significado para la determinación de la pena y es aquí donde, con independencia de todas las distinciones dogmáticas de la teoría de la participación, debe ser resuelta de acuerdo con la culpabilidad individual del codelincuente”². En términos similares, Villavicencio Terreros, pone de manifiesto que “(...) este sistema responde a una opción político-criminal que cree necesario castigar por igual a todos los intervinientes en un hecho delictivo. Ha sido

2 HEINRICH JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Volumen II, 5ª edición, Pacífico, Lima, 2014, pp. 965 y 966.

defendida por los que consideran como base del Derecho Penal a la peligrosidad del delincuente y también por la corriente nacionalsocialista de la escuela de Kiel que partía de un Derecho Penal de la voluntad³.

Además de lo expuesto, se puede advertir que los fundamentos políticos-criminales de este sistema, resultarían ser lejanos a los postulados de un Derecho Penal de acto, en razón de que el poder punitivo reside básicamente en posiciones ideológicas propias del autor, por lo tanto, el Derecho Penal peruano no comulgaría con estos lineamientos; evidencia de ello se tiene en el artículo VII del Título Preliminar de nuestro Código Penal, dispositivo que regula el principio de culpabilidad propia de una responsabilidad de acto.

- b. El sistema diferenciador.-** La marcada disimilitud de este sistema con el expuesto líneas arriba, resulta ser la diferencia entre “autores” y “partícipes” respecto al hecho punible, es decir, existe una valoración tanto cualitativa y cuantitativa respecto del accionar delictual de los sujetos, por lo tanto, se evidencia una graduación de responsabilidad según el hecho y no según la personalidad del autor.

En términos similares, los profesores Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga, indican que: “En el caso de la intervención

Comentario relevante del autor



Las reglas de imputación jurídico-penal vinculadas al partícipe, se encuentran determinadas, fundamentalmente, por el principio de accesoriedad; es decir, el partícipe interviene en un hecho ajeno, por cuanto fue desplegado por el autor.

de varias personas en la comisión del hecho delictivo, resulta fundamental determinar con precisión quién es el autor, con el objeto de calificar, luego, al resto de los que intervinieron como partícipes. Así, por ejemplo, en el caso del marido que convence a su mujer para que aborte y a su amigo enfermero para que practique las maniobras abortivas, quien sigue los consejos de un médico, deberá responderse a las preguntas: ¿solo el enfermero es el autor?, ¿el marido es un instigador?, ¿la madre y el marido son coautores?, ¿el médico, la madre y el marido son solo cómplices?⁴. Aunado a lo expuesto, se evidencia una característica no menos importante que las anteriores, esto es, el criterio de “accesoriedad de la participación frente a la autoría⁵. Por otro lado, la presencia del criterio diferenciador, advierte la existencia de tres teorías

3 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª reimposición, Grijley, Lima, 2010, p. 462.

4 HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Tomo II, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2011, p. 136.

5 En términos similares, GALVÁN GONZALES, Francisco. *El concepto de autor del delito, estudio de legislación, jurisprudencia y doctrina penal*. Ubijus, México D.F., 2007, p. 187.

representativas respecto a la intervención delictiva: **a)** teoría objetiva-formal⁶, **b)** teoría objetiva-material⁷; y, **c)** teoría del dominio del hecho⁸.

2. De los sistemas conceptuales vinculados a los delitos especiales

Existen, básicamente, dos sistemas conceptuales respecto a la temática expuesta,

conforme indican Víctor Gómez⁹, estos serían: **a)** modelo conceptual simple y **b)** modelo conceptual complejo.

Modelo conceptual simple.- Este modelo, fundamentalmente, se limita al tenor literal de la cualificación del sujeto activo por mandato del legislador, cuya voluntad se encuentra expresada de manera formal en el tipo penal, es decir, en términos de von Hippel,

- 6 Esta teoría entiende por autor a quien realiza “por sí solo”, total o parcialmente, la acción típica de ejecución, de manera tal que el punto de partida es el tipo penal, teniendo en cuenta los elementos objetivos y subjetivos de este y, por tanto, su sentido. Es objetiva porque el sujeto tiene que realizar directamente la conducta, esto implica, a nuestro entender, participación personalísima por parte del autor; por otro lado, es formal porque solo quien lleva a cabo el comportamiento descrito en la ley se considera como tal, y porque delimita el comportamiento del autor a la descripción, prescripción y sentido del tipo, lo cual garantiza seguridad jurídica. Véase, SALAZAR MARÍN, Mario. *Autor y partícipe en el injusto penal, escuela dialéctica del Derecho Penal*. 2ª edición, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 117 y ss.
- 7 La teoría expuesta, pretende superar los inconvenientes de la teoría “objetiva-formal”, por lo tanto, es autor quien aporta la contribución más importante al injusto penal, es decir, autor resulta ser aquella persona cuya conducta está dotada de mayor peligrosidad. En ese sentido, autor es aquel que aporta la condición objetiva más pesada; sin embargo, será partícipe quien pone la condición. Nuestro Código Penal, se aleja de este criterio objetivomaterial, en razón de que si bien es cierto la técnica legislativa no registra de manera expresa el tipo de postura teórica asumida, lo cual nos permite válidamente desarrollar cualquier teoría existente y aplicable al caso concreto según la teoría del caso de los sujetos procesales; empero, de conformidad con los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal, las figuras de autoría y participación se encuentran influenciadas bajo **criterios cualitativos y cuantitativos**, en razón de que las figuras de autoría –en los delitos dolosos– persiguen el plan concreto del autor, el cual tiene una finalidad determinada, es decir, el *iter* criminal no es ciego; de la misma forma la participación –complicidad e instigación– está determinada por el mismo baremo por cuanto tampoco es ciega sino determinada por una finalidad clara, la que resulta ser de contribución cuantitativa al plan concreto del autor; en ese mismo orden de ideas se pronunció nuestra Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1317-2012-Lima (Sala Penal Permanente).
- 8 Esta teoría resulta ser una mezcla o posición ecléctica de las teorías “objetiva-formal” y “objetiva-material”, por cuanto el autor es quien domina el hecho, es decir, “quien tenga las riendas del acontecimiento típico, (...) por lo tanto, autor es aquel que se encuentra en la situación real de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”. Véase. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Juan Córdoba Roda (traductor), Ariel, Barcelona, 1962, p. 309. En este extremo, el Derecho Penal peruano asumió dicha tesis, evidencia de ello se tiene la Casación N° 367-2011-Lambayeque y el criterio del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1805-2005-PHC/TC (caso Cáceda Pedemonte). Esta teoría es aceptada por nuestro sistema jurídico-penal, por cuanto de la redacción plasmada en los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal vigente, la autoría y participación responden a criterios cualitativos y cuantitativos respecto al plan concreto del autor, plan delictual que tiene una finalidad predeterminada; en ese orden de ideas, el autor resulta ser señor del curso causal y los partícipes son aquellos que aportan al plan delictual del autor dependiendo del mismo, consagrándose de esta manera el principio de accesoria de la participación; en ese mismo contexto, se puede advertir los criterios jurisprudenciales, previstos en el Recurso de Nulidad N° 1192-2012-Lima (Sala Penal Transitoria) y la Casación N° 367-2011-Lambayeque.
- 9 El autor mencionado indica que: “La doctrina jurídico-penal, en especial la alemana, ha venido proponiendo, desde los orígenes de la teoría del delito hasta la actualidad, dos clases de concepto, uno simple y otro complejo, del delito especial. El primer modelo conceptual se caracteriza porque, en su virtud, el delito especial se definiría como aquella clase de tipo penal que se distinguiría por describir una conducta que solo será punible a título de autor cuando sea realizada por ciertos sujetos que posean ciertas condiciones especiales que requiera la ley. El segundo modelo conceptual de delito especial, el complejo, se caracterizaría por incorporar al concepto no solo la descripción del delito especial expresado por las definiciones simples, sino, además, la fundamentación material de la restricción del círculo de autores operada por el tipo. Véase. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 11.

“(…) la esencia del delito especial no reside en que el tercero quede liberado del deber de obediencia, sino exclusivamente en que tan solo las personas descritas en el tipo pueden cometer estos delitos como autores físicos. Esto, y solo esto, es lo que se encuentra en la ley, que aquí, como en todas partes, se circunscribe en su redacción al autor físico”¹⁰; de la misma forma, citando a Roeder, Langer indica que “(…) tan solo se someten a su conminación penal determinadas personas que satisfacen las especiales exigencias de la ley (…)”¹¹.

Asimismo, Jakobs resulta ser partidario de un modelo simple, con su propia peculiaridad, indicando: “(…) que la diferencia entre delitos especiales (*sonderdelikte*) y delitos de infracción de deber (*pflichtdelikte*) reside en que, mientras que en ‘los primeros se produce una delimitación meramente externa del círculo de autores’, en los segundos, en cambio ‘el legislador ha ordenado una delimitación externa del círculo de autores precisamente porque en su base existe una institución’”¹².

Por otro lado, la doctrina española también presenta sus aportes respecto a la temática expuesta, así tenemos a Rodríguez Mourullo, quien afirma que “(…) los delitos especiales –clase de delitos que en su planteamiento incluye a los delitos de propia mano, los

delitos especiales en sentido estricto y los delitos especiales en sentido amplio– se distinguiría como aquellos en los que no podrá ser sujeto activo cualquiera, sino únicamente quien ostente ciertas características o cualidades personales especiales exigidas por el tipo”¹³; bajo el mismo argumento, Hernández Plasencia, afirma que: “los delitos especiales requieren características objetivo-personales de autor, como pueden ser las del funcionario, juez, pariente, etc.”¹⁴. En el Derecho Penal colombiano, tenemos a Gómez López, quien indica que “(…) en los delitos de autor calificado o especiales, como ya se ha dicho, tan solo pueden ser autor material quien tenga la calidad o calificación; en cambio, el partícipe o cómplice no requiere la cualificación”¹⁵.

En Perú, podemos advertir por la misma descripción de sus conceptos, a Reátegui Sánchez, quien afirma que: “(…) están los denominados delitos especiales, que establecen que la conducta prohibida solo puede ser realizadas por ciertas personas que poseen presupuestos especiales”¹⁶.

Finalmente, Martín Gómez indica de manera didáctica que: “(…) el concepto simple de delito especial se caracteriza por la concurrencia de dos elementos esenciales: la configuración de los delitos especiales como una restricción del círculo de posibles autores del

10 VON HIPPEL, Robert. *Deutsches Strafrecht*. Volumen II, 1930 (reimpr.1971), p. 482; citado en: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Ob. cit., p. 12.

11 LANGER, Winrich. *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung Zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Duncker & Humblot, 1972, p. 27; citado en: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Ob. cit., p. 12.

12 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*. Ob. cit., p. 15.

13 RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte general I*. Civitas, 1977, p. 269 y ss.; citado en: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Ob. cit., p. 16.

14 HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La autoría mediata en Derecho Penal*. Comares, 1996, pp. 303 y 306; citado en: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Ob. cit., p. 16.

15 GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal. La tipicidad*. Tomo III, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá DC-Colombia, 2005, p. 180.

16 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Volumen I, Pacífico, Lima, 2014, p. 424.

delito por medio de una serie de elementos exigidos por el tipo, y la omisión de cualquier referencia al fundamento sobre el que descansa esta restricción legal del círculo de autores¹⁷. De la misma forma, el mencionado autor agrega una tercera característica que permite distinguir al “modelo conceptual simple”, en este caso, el denominado “elemento negativo”, es decir, “la ausencia de toda referencia al fundamento de la limitación del círculo de posibles autores del delito”¹⁸.

Modelo conceptual complejo.- Este modelo se caracteriza por cuanto trasciende las características formales de la restricción de los autores por mandato del legislador, cuya voluntad ha sido plasmada en el tipo penal; por lo tanto, pretende encontrar una “fundamentación material” que valide o justifique la restricción de autores, encontrando solo

así, justificación la existencia de un delito especial. En ese sentido, la discusión transita por estudiar los “elementos de los delitos especiales”, es decir, la problemática se centraría en determinados binomios, conforme indica Gómez Martín al presentar un panorama expositivo¹⁹, siendo: **a)** Elementos de naturaleza normativa o elementos de naturaleza ontológica²⁰, **b)** Elementos objetivos o elementos personales²¹, **c)** Elementos de autoría o elementos de acción²² y **d)** Elementos vinculados al injusto típico, culpabilidad, merecimiento de pena o elementos vinculados a categorías político-criminales²³.

Partidarios de esta postura, resulta ser Langer, quien indica que “delito especial es aquel delito específicamente sancionado que, a causa de su especial injusto típico, tan solo puede ser cometido por determinadas personas”²⁴. Por otro lado, se tiene

17 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Ob. cit., p.16

18 *Ibidem*, p. 22.

19 *Ibidem*, pp. 20-21.

20 Esta discusión versa, básicamente, en determinar si las categorías conceptuales vinculadas a los delitos especiales, responden a conceptos propios del “ser” o del “de ser”, es decir, si la imputación jurídico-penal radica en conceptos naturalísticos donde el fenómeno delictual responde a conceptos construidos por una realidad ajena al Derecho, o por otro lado, si la imputación radica en conceptos normativos donde los criterios de imputación radica en conceptos propios del Derecho, donde el lenguaje comunicativo subyace a una realidad social, empero, aunque sin desconocerla, le dota de un contenido normativo propio del sistema jurídico; en ese sentido, el concepto del fenómeno delictual es dotado de un mensaje jurídico-penal ajeno a la fenomenología naturalística propia de otras ciencias distintas al Derecho Penal.

21 La problemática radicaría en determinar si la fundamentación de los delitos especiales, la descripción típica de la cualificación radica en el sujeto activo o autor, según sea el caso, prescindiéndose de las actitudes internas. Por lo tanto, los elementos descriptivos cualificados resultan ser determinantes para definir un delito especial.

22 En este caso, la controversia se mueve en verificar si los elementos cualificados recaen únicamente en el sujeto activo o autor, o en su defecto recaen en la conducta, de modo tal, que si se considera que la cualificación recae en el autor o sujeto activo, entonces el delito especial resulta ser típicamente armónico con la voluntad del legislador plasmado en la ley; empero, si la cualificación recae en la conducta, se advierte que la fundamentación del delito especial, podría ser extratípica; sin embargo, esta última postura no advirtió con claridad la existencia de instituciones o deberes extratípicos.

23 Esta postura desarrolla una de las problemáticas más intensas en la dogmática penal, por cuanto exige el manejo de categorías vinculadas al núcleo del Derecho Penal sustantivo, es decir, el concepto del delito y pena. Por lo tanto, el delito especial será tal en la medida en que, para un sector, la cualificación especial entendida como deber, recaiga tanto en la figura típica y antijurídica, injusto penal, o en su defecto en la culpabilidad. Esta lesión cualificante fundamentaría el contenido del delito; de la misma forma, el reproche que justificaría una pena, estaría vinculado por la intensidad del injusto por la cualificación del deber, por cuanto una cosa es reprochar a una mujer que mata a un niño y otra cosa es reprochar a una mujer que mata a su propio hijo.

24 LANGER, Winrich. *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung Zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Duncker & Humblot, 1972, p. 456; citado en: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Ob. cit., p. 23.

a Marco Deichmann, discípulo de Langer, quien indicó que “un delito que se caracteriza por un injusto especialmente tipificado y una amenaza penal especial. Se trata según esto, de una de las formas de aparición del delito. El delito especial constituye, junto al delito común como correspondiente forma de aparición del delito, un binomio de formas de aparición. El injusto especial consiste en la lesión de un bien jurídico conferido a un sujeto especial (*intraneus*) desatendiendo una norma de urgencia modificada. La plasmación típica es la descripción legal del injusto en un especial elemento personal. La amenaza penal especial significa la consecuencia jurídica correspondiente al delito especial, que se separa de la del delito común”²⁵.

De la misma forma, Roxin²⁶ indica que “los delitos generales (*Allgemeindelikte*) pueden ser cometidos por cualquiera; suelen empezar, aunque no necesariamente (...) con la expresión ‘el que’; (...) en los delitos especiales (*Sonderdelikte*), por el contrario, solo puede ser autor quien presenta una determinada propiedad (cualificación del autor,

Täterqualifikation). Esa cualidad consiste siempre en una posición de deber extrapenal, de modo que es mejor hablar de ‘delitos de deber’ (*Pflichtdelikte*)”²⁷.

3. De las diferencias entre delitos especiales y delitos de infracción de deber

En anteriores publicaciones, precisamos algunos indicadores sobre la temática aludida²⁸, conforme se detallarán de manera condensada en las siguientes líneas.

3.1. De las características de los delitos especiales

Como señala Bacigalupo, estos delitos se caracterizan por cuanto no todo sujeto puede ser considerado como autor, sino solamente aquellos que reúnen la condición especial exigida por el tipo penal, es decir, se tratarían de sujetos que se encuentran obligados institucionalmente al cuidado del bien²⁹; aunado a lo expuesto, es adecuado, invocar los lineamientos precisados por Silvina Bacigalupo, quien indica: “(...) se trata de un concepto elaborado por la doctrina, sobre todo a partir de la teoría de las normas

25 DEICHMANN, Marco. “Grenzfall der Sonderstrafat: Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere personliche Merkmale bei den Aussage-und Verkehrsdelikten”, Dunker & Humblot, 1994, p. 4. En: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Ob. cit., 2006, p. 23.

26 Claus Roxin, resulta ser el creador de la categoría delictual denominada “delitos de infracción de deber”. Dicho autor indica que los grados de participación se encuentran sustentados en el deber especial que mantiene el sujeto; dicha infracción del deber conllevaría a sustentar una imputación así como reducción del radio de acción de la autoría, en ese sentido la autoría le corresponde a aquella persona que estando institucionalmente obligada a cumplir con un deber positivo específico lo incumple. Véase. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008, p. 577 y ss. Asimismo, es necesario reconocer que Roxin, resulta ser el creador de la teoría de los delitos de infracción de deber, por cuanto en el año 1963, dicho autor, advierte que en la práctica judicial existía la problemática que en determinados ilícitos no bastaba ser amo y señor del hecho criminal para ser considerado autor, sino que incluso no era necesario tener el dominio del hecho para fundamentar determinado rango de delitos, citando como ejemplo Roxin para graficar su teoría, “si alguien obliga a un funcionario a realizar torturas –artículo 343 del Código Penal Alemán StGB– tiene el dominio del hecho, sin embargo, no es autor de las torturas; en ese orden Véase, ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 386.

27 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Ob. cit., p. 23.

28 Cfr. ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La intervención del extranei en los delitos especiales e infracción del deber. A propósito de la Casación N° 782-2015-del Santa”. En: *Actualidad Penal*. Tomo 29, Pacífico, Lima, 2016, p. 79 y ss.

29 Cfr. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Ara Editores, 2004, Lima, p. 480.

y desarrollado, en mayor o menor medida, en la jurisprudencia (...)”³⁰. Por otro lado sus principales características son:

a. Restricción del radio de intervinientes en el hecho punible.- En los delitos especiales, únicamente, será autor aquella persona sobre la cual versa una cualidad especial exigida expresamente por el tipo penal. En ese mismo sentido, Quintero Olivares, precisa que estos delitos son considerados como tales por cuanto el fundamento de la punibilidad se encuentra en características o relaciones personales del autor³¹.

b. La determinación y cuantificación del injusto penal está determinado por la teoría del dominio del hecho.- La teoría del dominio del hecho, fundamenta los grados de participación de los intervinientes en el hecho punible, por lo tanto, autor será aquel que domina el hecho, es decir, “quien tenga las riendas del acontecimiento típico, (...), es aquel que se encuentra en la situación real de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo”³². Respecto al partícipe, sería aquel que simplemente presta una ayuda o brinda un apoyo que no es de significativa importancia para la realización del tipo del injusto³³.

c. La punición del sujeto cualificado radica en el ejercicio de la función.- La punición del sujeto cualificado radica en el ejercicio de la función encomendada, ejercicio funcional que se encuentra ligado a un deber de protección o salvamento del bien jurídico, mas no así, en la lesión propia del deber específico, así como tampoco en el estatus cualificado que mantiene el autor, por esta razón esta característica resulta ser antagónica a los delitos de infracción del deber, cuya punición radica en la lesión del deber típico o extratípico, según sea el caso³⁴. En similar opinión, Gómez Martín, quien indica que: “en los delitos especiales, el fundamento material del dominio del riesgo típico no residiría en la formalidad del estatus, sino que se basaría en la función realizada por el sujeto. Lo que al sujeto le conferirá dominio, capacidad de disposición sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, será por tanto, el status, sino el ejercicio de la función en que se encuentra implicado el bien jurídico”³⁵.

3.2. De las características de los delitos de infracción de deber

Conforme indicamos líneas arriba, Claus Roxin es el creador de la misma, por lo tanto, autor resulta ser aquel que encontrándose institucionalmente obligado a cumplir

30 BACIGALUPO, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber; una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 36.

31 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal español*. Madrid, 1974, p. 11; citado en: BACIGALUPO, Silvina. Ob. cit., p. 37.

32 MAURACH, Reinhart. Ob. cit., p. 309.

33 *Ibidem*, p. 129.

34 En similar opinión, tenemos la doctrina tanto nacional como extranjera, quienes indican que en los delitos de infracción de deber no se admite la teoría del dominio del hecho, sino la lesión del deber especial. Véase. SALINAS, SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2014, p. 14 y ss. Asimismo, tenemos a PARIONA ARANA, Raúl. *Derecho Penal, consideraciones dogmáticas y político criminal*. Pacífico, Lima, 2014, p. 111 y ss. Igualmente ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. 6ª edición, Joaquín Cuello-Serrano (traductor), Marcial Pons, 1998, p. 383 y ss.

35 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Ob. cit., pp. 251-252.

un deber positivo específico, lo incumple³⁶. Siendo así, el concepto delictual trasmuta desde la dimensión óptica, propia del “ser”, hacia la una dimensión normativa vinculada al “deber ser”. Las características principales son:

- a. Inadmisibilidad de la teoría del dominio del hecho.-** En palabras de Roxin, “(...) en tales casos la figura central entre varios intervinientes es quien infringe el deber pretípico que le incumbe y de ese modo contribuye por acción u omisión al resultado, siendo indiferente la magnitud de la participación externa en el resultado o el dominio del hecho. Yo hablo en este caso de delitos de infracción de deber (...)”³⁷.

Respecto a la participación delictual en un delito de infracción de deber, se encuentra adherida al principio de accesoriedad limitada, es decir, “la principal consecuencia de la tesis de Roxin se refiere a la accesoriedad desde el punto de vista **cuantitativo**. En la medida en que la autoría se caracteriza por la infracción del deber, la acción del partícipe es accesoría de la infracción del deber y no del dominio del hecho del otro. Por lo tanto,

es también irrelevante si el que infringe el deber obró o no con dolo, porque el dolo solo es un elemento necesario del dominio del hecho; es lo que determina la dirección del mismo. Esto **no significa que pueda haber una cooperación punible en el caso de una infracción imprudente del deber**, pues por regla faltaría en el hecho principal la tipicidad, característica necesaria mínima de cualquier criterio de accesoriedad. Lo que se quiere decir es que la infracción del deber caracteriza la figura principal”³⁸.

- b. El deber especial radica en una institución.-** Entendemos por institución a “la forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a esta”³⁹. En otras palabras, **institución** sería lo que hemos venido denominando, fuente generadora del deber⁴⁰, es decir, todo aquella categoría social que contiene deberes cualificados que demandan una exigencia superior a la genérica, en ese sentido, tenemos, a nuestro criterio, tres grandes instituciones, siendo: i) Relación paterno filial o conyugal⁴¹, ii) vinculación legal⁴²

36 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 577 y ss.

37 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito*. Tomo II, traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña (director), José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Thomson Reuters, Civitas, 2014, p. 180.

38 BACIGALUPO SAGUESSE, Silvina. *Delitos de infracción de deber y accesoriedad en el Derecho Penal*. Tomo II. En: *Dogmática Penal de Derecho Penal económico y Política Criminal, Homenaje a Klaus Tiedemann*. Urquiza Olaechea, José; Abanto Vázquez, Manuel y Salazar Sánchez, Nelson (coordinadores). Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 314.

39 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 93 y ss.

40 ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “El principio de imputación necesaria según las reglas de las técnicas de tipificación en Derecho Penal”. En: *Actualidad Penal*. Tomo 9, Pacífico, Lima, 2015, p. 188 y ss.

41 Se trata de un deber relacionado a ciertos sujetos que se encuentran unidos por vinculación sanguínea o legal pero bajo el entroncamiento familiar, ejemplo padres-hijos y cónyuges o concubinos, figuras necesarias para determinar la configuración en ciertos delitos como parricidio, feminicidio e infanticidio.

42 Responde a un criterio otorgado por el imperio de la ley, este mandato legal deberá recaer sobre el sujeto activo, por ejemplo, el título de administrador, comisionista, curador u otro título semejante en el delito de apropiación ilícita.

y iii) Deber funcional⁴³. Asimismo, surge la necesidad de precisar, que la lesión al deber específico, para un sector de la doctrina, fundamenta únicamente la autoría así como el deber especial es un deber de naturaleza penal^{44 45}; empero, para otro sector doctrinario se asume como tesis que, la infracción del deber especial fundamenta tanto las formas de intervención delictual así como el injusto penal⁴⁶, ello en razón de lo determinante y contundente de la institución que alberga el deber específico, postura a la cual nos asimilamos desde una perspectiva normativa, por ser más coherente tanto desde la óptica material así como desde el punto de vista probatorio⁴⁷.

III. De la modificación del artículo 25 del Código Penal, según el D. Leg. N° 1351

El Decreto Legislativo N° 1351, publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 6 de enero de 2017, modifica el artículo 25 del

Código Penal, produciendo determinados efectos en el sistema de imputación jurídico penal nacional, los cuales son expuestos a continuación.

1. De los efectos jurídicos generados por el D. Leg. N° 1351 respecto a la modificación del artículo 25 del Código Penal

La modificación del artículo 25 del Código Penal, a nuestro modo de ver las cosas, genera dos efectos en el sistema de imputación jurídico penal, respecto a la intervención del partícipe en los delitos especiales e infracción de deber, siendo: **a) la intervención del partícipe vinculada al hecho punible, b) admisión de la tesis de la unidad del título de imputación.**

1.1. La intervención del partícipe vinculada al hecho punible

Las reglas de imputación jurídico-penal vinculadas al partícipe, se encuentran determinadas, fundamentalmente, por el **principio de accesoriedad**, es decir, el partícipe

43 El deber funcional contiene el estatus de ciertos sujetos conocidos como funcionarios o servidores públicos, según lo señalado en nuestro sistema legal penal material en el artículo 425.

44 En similar postura, tenemos a Pariona Arana, quien asumiendo la tesis inicial de Roxin, indica que el criterio dogmático por excelencia para determinar y delimitar la autoría en los delitos que suponen la existencia de un deber especial. El mismo autor resalta que la autoría se funda exclusivamente en la infracción del deber penal especial, por cuanto existe una autonomía en la formación de conceptos desarrollados por el Derecho Penal, discrepando en este último extremo de la versión de Roxin, quien indica que los deberes especiales tienen naturaleza extra-típica. Véase. PARIONA ARANA, Raúl. Ob. cit., 113 y ss.

45 Prudente resulta precisar de manera complementaria, que según los lineamientos de Claus Roxin, quien considera que estos deberes especiales tienen naturaleza extrapenal, es decir, se encuentran en una realidad previa al tipo penal, sin embargo dichos deberes son necesarios para la realización del mismo, por cuanto están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho Penal y que por lo general se originan en otros ámbitos del derecho, argumento citado por CARO JOHN, José Antonio. “Autoría y participación: los grados de intervención delictiva”. En: *Dogmática Penal aplicada y cuestiones actuales del Derecho Penal económico y de la empresa*. Calicina Hancco, Aldo (coordinador), Grijley, Lima, 2016. p. 48 y ss.

46 Partidario de esta postura resulta ser Sánchez-Vera Gómez-Trelles, quien indica que esta postura tiene una doble función, haciendo referencia a la posición de garante que también contiene un deber especial, fundamentaría la punibilidad y, por otro lado, a la vez la autoría, en ese sentido hace referencia al ejemplo de la madre que no impide que su marido mantenga relaciones sexuales con la hija menor de ambos, respondería como partícipe en delito de aquel, a pesar de que ella ha quebrantado indudablemente su deber como madre, ya que –se dice– mediante omisión no puede cometer el delito de abusos sobre menores sometidos a la propia guarda. Véase, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Ob. cit., p. 199 y ss.

47 ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La problemática de la participación del extraño en el delito de parricidio”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 60, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 129 y ss.

Comentario relevante del autor



Con la reciente modificación del artículo 25 del Código Penal, es perfectamente posible, punir al *extra-anei* en un delito especial (propio o impropio) pero siempre en calidad de partícipe, esto es, cómplice primario, sin necesidad de romper el título de imputación.

interviene en un hecho ajeno, por cuanto fue desplegado por el autor. Sobre esta temática, consideramos que la reciente modificación contiene dos líneas de interpretación respecto a la intervención del partícipe en un delito especial o delito de infracción de deber, por cuanto en el Perú conviven las dos categorías delictuales.

La primera, referente a una “concepción delictual formal”⁴⁸, arraigada en las bases filosóficas ontológicas y, subsecuentemente, sujeta a los criterios de la teoría del “dominio del hecho”; por lo tanto, los delitos, respecto a los sujetos intervinientes, deberán ser clasificados, únicamente, en “delitos comunes” y “delitos especiales”, y en este último rubro

se advierte una subclasificación, esto es, “delitos especiales impropios”, por cuanto la calidad del sujeto agrava la punibilidad, y “delitos especiales propios”, es decir aquellos cuya calidad especial del sujeto fundamenta la punibilidad.

La segunda, referente a una “concepción delictual material”, dicha concepción clasifica a los delitos en: “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber”. Por lo tanto, la fundamentación trasmuta desde la plataforma ontológica hacia una plataforma normativa. La temática expuesta no es nada pacífica, en palabras de Kantorowicz se trataría “del capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del Derecho Penal”⁴⁹, por cuanto existen otras clasificaciones delictuales.

Así tenemos la propuesta por Jakobs⁵⁰, quien expone una concepción de delitos vinculadas a “**competencias**”, esto es, “**delitos de organización**” (la imputación jurídico-penal encuentra su sustento en la infracción del deber negativo o común) y “**delitos institucionalizados**” (la imputación jurídico-penal encuentra su sustento en la infracción del deber positivo o de salvamiento o protección). Por otro lado, tenemos a Silva Sánchez, quien propone una tesis ecléctica entre las posturas de dominio e infracción de deber, al presentar una nueva clase de delitos, denominada, “**delitos de infracción de**

48 Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Los delitos cometidos por autoridad o funcionario público como delitos especiales de posición institucional”. En: Rosales Artica, David; Aboso Gustavo, Eduardo; Blanco Cordero, Isidoro; Reátegui Sánchez, James; Castillo Alva, José Luis; Barreto Guzmán, Marco; Salazar Sánchez, Nelson; Sánchez Ostiz, Pablo; Pariona Arana, Raúl y Gómez Martín, Víctor. *Delitos contra la administración de justicia*. Salazar Sánchez Nelson (coordinador). Idemsa, Lima, 2010, pp. 48 y 49.

49 Citado por ROXIN, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972, p. 31.

50 El profesor de la escuela de Bonn, respecto a la temática que nos aborda, precisa que los deberes y expectativas, en cuanto que deberes y expectativas de contenido positivo y específico, tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, están referidos a los titulares de un status especial. Véase. JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Civitas, Madrid, 1997, p. 363; JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho Penal*. Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 13; JAKOBS, Günther. “La omisión, estado de la cuestión”. En: *Sobre el estado de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 2000, p. 150.

un deber con componentes de dominio⁷⁵¹. Desde otra perspectiva, Sánchez-Vera indica respecto a los supuestos en los cuales un *extraneus* instrumentaliza a un *intraneus*, la necesidad de crear “tipos penales ad hoc”⁷⁵². Asimismo, Robles Planas⁵³ nos muestra una clasificación distinta, esto es, “**delitos de posición**”⁷⁵⁴ y “**delitos especiales de deber**”⁷⁵⁵, en esa misma línea, el citado autor viene proponiendo la eliminación de la clasificación de delitos especiales propios e impropios⁵⁶, por los infructíferos resultados que presenta.

En Perú, tenemos una peculiar e interesante postura, desarrollada por Salazar Sánchez⁵⁷, quien indica que los delitos deberán clasificarse en “delitos de infracción de deberes generales” y “delitos de infracción de deberes especiales positivos”, por cuanto para dicho autor, todos los delitos contienen deberes, los primeros contienen deberes generales negativos provenientes de un Estado liberal y los segundos tienen en su estructura deberes especiales positivos provenientes del Estado Social.

Bajo el rubro expuesto, surge la necesidad de trazar (en el mejor de los términos a efectos de solucionar la problemática) las reglas de la participación en los delitos especiales e infracción de deber, sin perder de vista, que la intervención del partícipe siempre estará vinculada directamente al hecho punible y no así al autor.

Siendo así, considero, que las reglas del “principio de accesoriedad” deberán ser ordenadas según la clasificación de delitos, esto es, si consideramos que los delitos responden a una “clasificación formal”, entendidos en delitos comunes y delitos especiales, entonces se deberá considerar el principio de accesoriedad en sus dos dimensiones, conocidas como “accesoriedad cualitativa” y “accesoriedad cuantitativa”.

Por otro lado, si asumimos la “concepción delictual material”, esto es, que los delitos deberán clasificarse en “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber”, entonces se deberá recurrir a los lineamientos de la “**accesoriedad objetiva**”.

- 51 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Atelier, Barcelona, 2005, p. 69; también: ROBLES PLANAS, Ricardo; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier; RUEDA MARTÍN, María Ángeles; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; y JAVIER RIGGI, Eduardo. *La responsabilidad en los delitos especiales, el debate doctrinal en la actualidad*. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 90 y 91.
- 52 SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber*. Citado en: ROBLES PLANAS, Ricardo; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier; RUEDA MARTÍN, María Ángeles; GÓMEZ MARTÍN, Víctor y JAVIER RIGGI, Eduardo. Ob. cit., p. 309.
- 53 ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: Fundamento y Límites*. Marcial Pons, Madrid 2003, p. 238 y ss.
- 54 El autor aludido, indica que estos delitos son especiales por limitar el círculo de posiciones desde las que se otorga relevancia típica a la lesión (delimitación de la posición especial).
- 55 Sigue mencionado el autor, que estos delitos son aquellos que establecen limitaciones ya en el nivel de reconocimiento de las normas de conducta que dan lugar a la aplicación de la norma de sanción típica.
- 56 Ibídem, p. 235 y ss. En términos similares, explica la idea de la eliminación de la clasificación de delitos especiales propios e impropios, Gómez Martín. Véase. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal español”. En: ROBLES PLANAS, Ricardo; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier; RUEDA MARTÍN, María Ángeles; GÓMEZ MARTÍN, Víctor y JAVIER RIGGI, Eduardo. Ob. cit., p. 184 y 185.
- 57 SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. “La intervención delictiva en el delito de colusión ilegal. A propósito de una sentencia judicial. Un análisis crítico”. En: *Actualidad Penal*. Tomo 30, Pacífico, Lima, 2016, p. 150.

Finalmente, precisamos que las dos clasificaciones delictuales expuestas, conviven en el nuestro sistema penal, evidencia de ello se tienen los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema nacional, por cuanto se viene admitiendo tanto la categoría de los delitos comunes y especiales (Recurso de nulidad N° 3203-2002-Lima⁵⁸, Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima⁵⁹) así como la

clasificación de los delitos de dominio en el contexto de evidencias de riesgos (Recurso de Nulidad N° 1767-1997⁶⁰) y delitos de infracción de deber (Acuerdo Plenario N° 02-2011/CJ-116⁶¹, Recurso de Nulidad N° 1904-2012-Puno⁶², Recurso de Nulidad N° 228-2013-Ayacucho⁶³, Recurso de nulidad N° 546-2012-Lima⁶⁴, Recurso de Nulidad N° 1318-2012-Lima⁶⁵).

- 58 Dicha pronunciamiento establece lo siguiente: “(...) 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 accesoriadad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26 del Código Penal”. Véase. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*. Jurista Editores, Lima, 2004, p. 231. Citado en: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2014, p. 22.
- 59 Se indica: “(...) 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”. Véase. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. N° 06, Grijley, Lima, 2005, p. 545. Citado en: SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 23.
- 60 Establece: “De acuerdo a la moderna teoría de la imputación objetiva no puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado (...)”. Véase, VILLAVIENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Tercera Reimpresión, Grijley, Lima, 2010, p. 324.
- 61 El considerando 11º indica que: “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 accesoriadad de la participación– en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal (...)”.
- 62 Se precisa lo siguiente : “(...) Así, la singularidad de este delito es que solo el funcionario público es quien vulnera los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos (...)”.
- 63 Se viene señalando lo siguiente: “(...) Así tenemos que no solamente se trata de preservar el patrimonio del Estado, puesto en movimiento en las diferentes operaciones comerciales (...), sino también garantiza la intangibilidad de los roles especiales que adquiere el funcionario o servidor público en calidad de representante del estado en las tratativas con el tercero interesado de contratar con la Administración Pública; y además, asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional de este para evitar así, los actos defraudatorios (...)”.
- 64 Se señala: “(...) Que, a los efectos de la participación de *extraneus* en el delito de peculado y del juicio de imputación es de rigor puntualizar: 1) El delito de peculado es un delito de infracción de deber con elementos de dominio porque para cometerlo no basta ostentar la condición de administrador de caudales o efectos, sino que se requiere un acto de apropiación, un acto de desplazar un bien de la esfera de custodia patrimonial del Estado e incorporarlo a la esfera patrimonial privada (José Leandro Peschiera: “Autoría y participación: responsabilidad del *extraneus* en delitos especiales propios”. En: *La lucha contra la corrupción en el Perú*, Grijley, Lima, 2012, p. 338, (...))”.
- 65 Con relación a este pronunciamiento, se considera el delito de colusión, como un delito de infracción de deber.

Por lo tanto, quedará a discreción de los agentes del Derecho, especialmente los juzgadores, realizar una interpretación distinta a la literalidad de la ley, esto es, si se acopla a la clasificación de “delitos comunes y especiales”, caso contrario, a la categoría de “delitos de dominio e infracción de deber” u otra que considere necesaria, todo ello con la finalidad de alinearse al fin supremo del Derecho, entendido como justicia, y también a los cánones del sistema jurídico nacional, esto es, “Estado Social y Democrático de Derecho”, en los cuales es inconcebible aceptar un juez como “boca de la ley”, sino por el contrario, el agente del derecho deberá interpretar las leyes, encontrando el contenido de las mismas, por este motivo no le falta razón a Morales Párraguez, citando a Eduardo Couture, quien indica: “El juez no puede ser la voz que pronuncia las palabras de la ley, menos un ‘ser inanimado’. Recordaremos lo escrito por Eduardo Couture en su introducción al estudio del Proceso Civil (...). ‘El juez no puede ser un signo matemático porque es un hombre, el juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del Derecho; la ley procede sobre la base de

ciertas simplificaciones que no han podido entrar en imaginación del legislador”⁶⁶. A continuación se expone las ideas anunciadas.

1.1.1. La participación delictual en los delitos especiales

En este rubro, la intervención del partícipe en un delito especial, según la reciente modificación del artículo 25 del Código Penal, asumo, que el legislador pretende clarificar las discrepancias teóricas entre los partidarios de la “unidad del título de imputación” y en sentido contrario, aquellos que optan por la “ruptura del título de imputación”, siendo así, asumo, que el legislador habría dotado de mayor consistencia a la primera postura teórica, por cuanto la intervención del partícipe no está ligada al estatus especial del autor, sino al hecho punible de este, por ello, ante la intervención del *extranei* en un delito especial (propio e impropio) las “reglas del principio de accesoriadad”⁶⁷, deberán ser entendidas bajo un contexto de “unidad delictual”, es decir, citando a Robles Planas, al explicar el pensamiento de Jakobs: “(...) quien concibe la participación como reparto del trabajo en una organización común, en una obra única (el delito). Pero sucede que lo punible en Derecho Penal no es el acto del

66 MORALES PÁRRAGUEZ, Baltazar. *Fundamentos Filosóficos y Jurídicos que sustentan la tesis de la proporcionalidad de la pena que aplican los magistrados de la sala penal del cono norte de Lima*. Pleno Jurisdiccional Penal - Chiclayo. 11 al 14 de octubre de 2000. En: Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Disponible en: <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/publicaciones/ius/n1_2001/7.pdf> (Consultado. 26/01/17).

67 El sistema de imputación delictual de la participación, tiene reglas, siendo la de mayor representación, “la accesoriadad de la participación frente a la autoría, en ese sentido se advierten dos dimensiones conceptuales, **i) La accesoriadad cualitativa.**- La cual demanda ciertos presupuestos para que el hecho principal tenga contenido penal, ante ello la doctrina desarrolla cuatro criterios, siendo: **a) Accesoriadad mínima.**- Implica que el autor principal haya realizado una acción adecuada a una figura legal, es decir que el hecho principal sea típico. Véase, JULIO FIERRO, Guillermo. *La teoría de la participación criminal, alcances, modalidades, autoría, causalidad y participación, instigación, complicidad*. 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 548. **b) Accesoriadad limitada.**- Requiere que el hecho principal sea típico y antijurídico, en ese sentido, nuestro Código Penal asume la teoría de la accesoriadad limitada. Véase, VILLAVIENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 499. **c) Accesoriadad extrema.**- Implica que el hecho principal tiene que ser típico, antijurídico y culpable. **d) Hiperaccesoriadad.**- Exige que todas las condiciones personales del autor principal se transfieren a los partícipes. Véase. BOCKELMAN, Paul. *Relaciones entre autoría y participación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960. En: FIERRO, Guillermo Julio. Ob. cit., p. 548.

reparto en sí mismo, sino el hecho. Quien no ejecuta de propia mano el hecho, esto es, quien no participa en su ejecución, solo puede ser hecho responsable porque también el hecho resultante es el suyo propio, esto es, porque existe una razón (la aportación en la fase previa) para imputarle el hecho. De ahí se deduce que el destinatario de la imputación no es solo el ejecutor de propia mano, sino el colectivo al que pertenece el delito. Ese colectivo es al que se le puede imputar el hecho, que “solo pasa una vez –y no por separado para cada uno de los intervinientes– del estadio de la preparación al estadio del comienzo de la tentativa, como también lo hace al estadio de la tentativa acabada; y es que se trata de un solo injusto, aunque sea propio de varias personas”⁶⁸. Esta afirmación tiene pleno sustento en nuestro ordenamiento jurídico-penal, por cuanto, los artículos 23⁶⁹, 24⁷⁰ y 25⁷¹ del Código Penal, registran tal afirmación.

Bajo dicho prisma argumentativo, funcionaria los lineamientos de la accesoriedad limitada, (forma derivada del concepto de **accesoriedad cualitativa**), es decir el *extraneus* en un delito especial (propio o impropio) siempre responderá en la medida en que el hecho punible desplegado por el autor, mínimamente haya alcanzado una postura típica y antijurídica, de la misma forma, respecto a la **accesoriedad cuantitativa** se exigirá que el hecho principal tiene que haber sido ejecutado por el autor por lo menos en grado de tentativa ya sea acabada o inacabada⁷².

Por lo tanto, con la reciente modificación del artículo 25 del Código Penal, es perfectamente posible, punir al *extraneus* en un delito especial (propio o impropio) pero siempre en calidad de partícipe, esto es, cómplice primario, sin necesidad de romper el título de imputación a efecto de ubicar un delito común subyacente.

1.1.2. La participación delictual en los delitos de infracción de deber

En este rubro, consideramos que las reglas de la participación delictual deberán alejarse de los lineamientos del principio de accesoriedad (cualitativa y cuantitativamente) y sujetarse a los lineamientos de la “accesoriedad objetiva”, la cual estaría determinada por la independencia de injustos penales, tanto del autor como del partícipe. Las razones de dicho planteamiento, estriban en el hecho que la categoría de los delitos de infracción del deber, responde a una fundamentación eminentemente normativa distinta a las consideraciones ontológicas propias del dominio del hecho, en la cual, es pertinente la admisibilidad de un solo injusto por cuanto dicha categoría delictual, “dominio del hecho”, responde a “normas prohibitivas” y “normas de valor” propias del “ser”; sin embargo, en los delitos de infracción de deber, se advierten normas institucionales propias del “deber ser”, las cuales contienen deberes negativos y positivos.

La **accesoriedad objetiva**, implica, en términos de Robles Planas, “(...) que en el nivel constitutivo de la responsabilidad, la

68 ROBLES PLANAS, Ricardo. Ob. cit. p. 130 y ss.

69 **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.

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

71 **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.

72 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 584 y ss.

accesoriedad no tiene más contenido que el de ser una manifestación específica del principio del hecho típico. (...). En ese sentido, cabe afirmar que la propia constitución objetiva del hecho típico no es accesoria para el partícipe, sino esencial o principal⁷³. Este planteamiento, nos conlleva a considerar el “**principio de responsabilidad por el propio injusto**”, el cual reside en la autorresponsabilidad de cada sujeto interviniente en el hecho punible, en razón que tanto el *intra-neus* y el *extra-neus* contienen normativamente, su propia competencia organizacional expresadas en deberes, es decir, sobre el *intra-neus* recae sobre él un deber positivo propio de su estatus especial, mientras que sobre el *extra-neus* versa un deber negativo de no dañar los bienes jurídico y/o expectativas sociales.

El **principio de responsabilidad por el propio injusto**, consiste en el hecho que “cada sujeto responde únicamente de aquello que él ha configurado. En efecto, la estructura de la imputación en la participación se caracteriza, al igual que en la autoría, por la atribución al partícipe del hecho como obra también suya⁷⁴. En ese mismo contexto, conforme indica Robles Planas, la fundamentación del injusto de la participación no debe llevarse a cabo, por tanto, con base en la dependencia de la participación del hecho principal, puesto que no se trata de responder a la pregunta de bajo qué condiciones puede castigarse la participación (accesoriedad en sentido estricto), sino de

por qué debe castigarse la participación en un delito (fundamento del injusto de la participación). En otras palabras: al partícipe no se le castiga por el hecho de que el autor haya cometido un delito⁷⁵.”

A lo expuesto, también, se deberá añadir la plataforma de la “unidad del hecho punible”, por cuanto, si bien el *intra-neus* y *extra-neus* mantienen sus propias competencias, entendidas como injustos penales singulares e independientes, en razón del escenario normativo en el cual se encuentran, empero ambos se encuentran ligados a un solo “hecho punible” señalado en la parte especial del Código Penal. La descripción expuesta, la hemos sosteniendo en otro momento⁷⁶ y en esta oportunidad reafirmamos y clarificamos, en el sentido que el “hecho punible”, resulta ser una categoría jurídica amplia que contiene el concepto material del delito; es decir, alberga, tanto el concepto de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, en términos similares Fernández Carrasquilla, indica: “El delito, ‘conducta punible’ o ‘hecho punible’ es un injusto típico y también culpable que consiste en un acontecimiento mundánico producido o no evitado por la voluntad humana individual, que en los sujetos imputables responde al autogobierno prevalente por normas (en tanto que esto no sucede en los sujetos inimputables)⁷⁷.”

Siendo así, en un caso concreto, por ejemplo, el secretario judicial que proyecta una sentencia manifiestamente contraria a la

73 ROBLES PLANAS, Ricardo. *Réplica*. En: ROBLES PLANAS, Ricardo, PEÑARANDA RAMOS. Enrique y otros. Ob. cit., 356 y 357.

74 ROBLES PLANAS, Ricardo. Ob. cit., 2003, p. 165.

75 *Ibidem*, p. 169.

76 ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La intervención delictiva del interesado a título de cómplice primario - a propósito del Acuerdo Plenario N° 03-2015/CIJ-116”. En: *Actualidad Penal*. Tomo 26, Pacífico, Lima, 2016, p. 194 y ss.

77 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena*. Volumen I, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012, p. 31.

ley, citando hechos falsos y leyes derogadas, sentencia que es firmada por el juez, quien no cumplió con el deber de verificar el contenido, el juez deberá responder como autor directo del delito de prevaricato, encontrando justificación la imputación en el hecho de haber infringido su deber especial que le impone el sistema judicial, esto es, administrar correctamente justicia, de la misma forma, el secretario judicial deberá responder como partícipe, cómplice primario del delito de prevaricato, encontrando justificación la imputación en la infracción de un deber negativo de no dañar, empero ambos imputados, juez y secretario judicial, se encuentran ligados al hecho punible previsto en el artículo 418 del Código Penal.

La idea expuesta, respecto a la independencia de injustos de autoría y participación, y el principio de “accesoriedad objetiva”, el Supremo Tribunal español la viene asumiendo al indicar que no es necesario que algún sujeto *intraneus* sea castigado para sancionar a los *extranei*, en un supuesto de delito fiscal, es decir, en un caso concreto, el Supremo Tribunal español, absolvió a los *intranei* que venían siendo imputados en calidad de autores, pero se condenó como inductor al *extraneus* que había diseñado y planificado cuidadosamente

la operación defraudatoria, según las sentencias, **STS 606/2010** y **STS 539/2003**, de fechas 25 de junio de 2010 y 30 de abril de 2004, respectivamente. De la misma forma, en la sentencia **STS 222/2010**, de fecha 4 de marzo de 2010, en la cual se condenó al partícipe *extraneus* como inductor del delito especial propio de prevaricato, pese a la expresa absolución del acusado como autor⁷⁸.

1.2. La admisión de la tesis de la unidad del título de imputación

La reciente modificación del artículo 25 del Código Penal, consideramos que trae consigo, sin lugar a dudas, por mandato legal, la admisión de la tesis de “unidad del título de imputación” respecto a la intervención del partícipe no cualificación en un delito especial o delito de infracción de deber. Esta tesis se encuentra fijada en el artículo 26 del Código Penal, el mismo que deberá ser analizado a continuación.

1.2.1. La estructura del artículo 26 del Código Penal

El artículo 26 del Código Penal, presenta dos presupuestos concatenados, siendo: a) Las circunstancias⁷⁹ y b) las cualidades

78 ROBLES PLANAS, Ricardo; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier; RUEDA MARTÍN, María Ángeles; GÓMEZ MARTÍN, Víctor y RIGGI, Eduardo Javier. Ob. cit., p. 355 y ss.

79 Las circunstancias, resultan ser circunstancias personales vinculadas a los sujetos intervinientes en el hecho punible, esto es, autores y partícipes, en ese sentido y con fines operativos, dichas circunstancias se encuentran clasificadas en tres rubros, **i) Por su ámbito de clasificación**, esta clasificación nos otorga una visión general de todas las diversas clases de circunstancias que se encuentran diseminadas tanto en la parte general como especial del Código Penal y en algunos momentos en leyes especiales. En ese sentido, estas circunstancias pueden ser, comunes o genéricas, especiales o específicas y elementos típicos accidentales; **ii) Por sus efectos**, en este rubro las circunstancias operan como indicadores que nos permiten medir la intensidad del injusto penal y culpabilidad, según el caso concreto, estas circunstancias fueron ordenadas en nuestro Código Penal a partir de la Ley N° 30076, estas pueden ser atenuante y agravantes; **iii) Por su relación con la pena conminada**, estas circunstancias operan como elementos de medición de la pena legal o pena conminada prevista para cada tipo penal de la parte especial, de la misma forma existe una clasificación y pueden ser: circunstancias agravantes cualificadas y circunstancias atenuantes privilegiadas. Véase, PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, Lima, 2016, p. 204, en el mismo sentido: ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La intervención delictiva del interesado a título de cómplice primario, a propósito del Acuerdo Plenario N° 03-2015/CIJ-116”. En: *Actualidad Penal*. Tomo 26, Pacífico, Lima, 2016, p. 185 y ss.

personales⁸⁰, aunado a ello, ambos presupuestos están ligados a la punibilidad⁸¹, en ese sentido, se tiene la imposibilidad de comunicar o transferir las circunstancias y cualidades personales, en consecuencia y en sentido contrario, lo que sí se comunica entre los diversos intervinientes en el hecho punible, resultaría ser el injusto penal, es decir, la norma prohibitiva que contiene el hecho típico y antijurídico. En esa misma línea de pensamiento, Reaño Peschiera, nos indica que se deberá hablar de “injusto de intervención”⁸²; en términos de Fernández Carrasquilla, unidad de imputación criminal, lo cual implica que todos los sujetos intervinientes, autores y partícipes, están vinculados al hecho punible; a esto la doctrina lo conoce como unidad del título inculpativo⁸³. A continuación se analizará la temática.

a. De las circunstancias.- Resultan ser circunstancias personales vinculadas a los sujetos intervinientes en el hecho punible, esto es, autores y partícipes, estas circunstancias, conforme indica el profesor Prado Saldarriaga, resultan ser “factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito, es decir, posibilitan cuantificar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuricidad del hecho) o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente). Las circunstancias permiten, pues, valorar si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe”⁸⁴.

80 Las cualidades, resultan ser cualidades personales ligadas a la “punibilidad”, por cuanto el artículo 26 del Código Penal, hace alusión literalmente a las cualidades personales que “afectan la responsabilidad”, esto significa que el artículo 26 del Código Penal no está referido a la culpabilidad, sino a las circunstancias que modifican la responsabilidad penal de los intervinientes en el delito. Se trata concretamente de una norma de determinación de la pena referida al tratamiento de las agravantes o atenuantes que afectan solamente a los que las poseen. En ese orden argumentativo, las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, presupuestos propios de la categoría de la punibilidad, serían aquellas que pertenecen a las cualidades personales, siendo estas incommunicables a los demás sujetos que intervienen en el injusto culpable y punible. Véase, ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La intervención delictiva del interesado a título de cómplice primario, a propósito del Acuerdo Plenario N° 03-2015/CIJ-116”. Ob. cit., p. 189 y ss.

81 La punibilidad podría definirse como el cumplimiento de los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado”. Véase, QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Cedecs, Barcelona, 1996, p. 359. Entonces, la punibilidad, entendida como categoría propia de la teoría jurídica del delito, resulta estar vinculada a la responsabilidad jurídico-penal del imputado, es decir, el injusto culpable deberá ser punible y esta punibilidad se manifiesta en la medida en que la ley penal, en ciertos casos, condiciona la responsabilidad a la concurrencia de determinadas circunstancias. En ese sentido, señala Cerezo Mir, “hay supuestos en los que la punición de una acción y omisión típica, antijurídica y culpable se condiciona por la ley a la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad, o la aplicación de una pena más elevada se condiciona a la concurrencia de una circunstancia objetiva de mayor punibilidad”. Véase, CEREZO MIR, José. *Obras completas, Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Ara Editores, Lima, 2006, p. 1155 y ss.

82 “El hecho punible es concebido como obra común a todos los intervinientes punibles y la distinción entre autores y partícipes como un aspecto principal cuantitativo. (...) La relación entre suceso delictivo e intervinientes punibles (autores y partícipes) es similar a la existencia entre una compañía teatral y la obra que esta estrena: la obra les pertenece a todos, aunque se distingue entre protagonistas y actores secundarios, entre guionistas y técnicos de iluminación (...).” Véase, REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Jurista Editores, 2010, Lima, p. 59 y ss.

83 FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. cit., p. 903.

84 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, Lima, 2016, p. 204.

Estas circunstancias, con fines operativos, se encuentran clasificadas en tres rubros⁸⁵, **i) Por su ámbito de clasificación**, esta clasificación nos otorga una visión general de todas las diversas clases de circunstancias que se encuentran diseminadas tanto en la parte general como especial del Código Penal y en algunos momentos en leyes especiales⁸⁶, en ese sentido estas

circunstancias pueden ser, comunes o genéricas⁸⁷, especiales o específicas⁸⁸ y elementos típicos accidentales⁸⁹; **ii) Por sus efectos**, en este rubro las circunstancias operan como indicadores que nos permiten medir la intensidad del injusto penal y culpabilidad, según el caso concreto, estas circunstancias fueron ordenadas en nuestro Código Penal a partir de la Ley N° 30076, estas

85 MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *Presupuesto acusatorio, determinación e individualización de la pena, proceso penal. La medida del dolor*. Jurista Editores, Lima, 2015, p. 179 y ss.

86 Evidencia de estas circunstancias, son aquellas que aparecen en los delitos aduaneros, por ejemplo en el artículo 10 de la Ley N° 28008, en los delitos tributarios, por ejemplo, en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 813, así como en el delito de lavado de activos, por ejemplo en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1106. Cfr., PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Ob. cit., p. 233.

87 Estas circunstancias son aquellas que se encuentran reguladas en la parte general del Código Penal, específicamente en el artículo 46 y 46-A, estas circunstancias tienen como característica que no están previstas específicamente para sancionar el delito y no son elementos constitutivos del hecho punible.

88 Aparecen registradas en ciertos tipos penales de la parte especial, estas circunstancias generan los denominados **tipos penales circunstanciados**, los cuales resultan ser tipos penales que contienen modificaciones fijas o a escala de la pena prevista en el tipo básico, sea para agravarla o atenuarla en virtud de la concurrencia adicional de ciertos factores materiales o personales adicionales de carácter secundario o complementario. Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. cit., p. 907. Estas circunstancias pueden ser **agravantes y atenuantes específicas**, dichas circunstancias funcionan operativamente como indicadores de medición exclusiva de la pena en cada caso concreto, en ese orden de ideas, respecto a **tipos penales con agravantes específicas**, tenemos el delito de robo con agravantes previsto en el artículo 189 el que mantiene conexión funcional con el tipo penal base de robo, previsto en el artículo 188 del Código Penal peruano, en este tipo penal advertimos, circunstancias agravantes de diversos niveles o grados, específicamente tres niveles, los cuales aparecen como escalas punitivas que intensifican la penalidad por la intensidad del reproche jurídico-penal en mérito al accionar de los intervinientes, según el caso concreto, de la misma manera tenemos los artículos 186 respecto al delito de hurto con agravante, tipo penal que tiene como referencia conexas el tipo penal base de hurto previsto en el artículo 185 del Código Penal, de la misma forma es necesario precisar que existen tipos penales que en su misma estructura tienen el supuesto básico y la circunstancia agravante específica, como por ejemplo el delito de secuestro previsto en el artículo 152 del citado cuerpo legal. Respecto a los **tipos penales con atenuantes específicas**, tenemos al delito de tráfico ilícito de drogas en su modalidad de microcomercialización, previsto en el artículo 298 del Código Penal, delito que tiene como tipo base el delito de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas previsto en el artículo 296 del aludido cuerpo normativo, en ese contexto, las circunstancias atenuantes específicas operan inversamente a los tipos penales con circunstancias agravantes específicas, por cuanto en estos tipos penales la determinación de la pena se dirige hacia el extremo mínimo. Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Ob. cit., pp. 234-235.

89 Los elementos típicos accidentales, resultan ser, aquellos indicadores o circunstancias que dotan de contenido al tipo penal por su específica redacción típica, por cuanto la técnica legislativa siempre reproduce la redacción del tipo básico, en ese orden de ideas el segundo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 04-2011/CJ-116, que a la letra dice: “que son aquellos que adicionan a un tipo penal básico o simple, una circunstancia –elemento típico accidental– que califica o privilegia la punibilidad concreta del delito. Característica propia de esta modalidad de tipos penales es que deben reproducir siempre en su redacción la conducta típica prevista por el tipo básico. Ello se observa en el delito de parricidio (art. 107 del CP) y en el delito de homicidio por emoción violenta (art. 109 del CP). En efecto, en estos dos supuestos se incluye expresamente la conducta matar que es la que identifica al homicidio en su tipo básico o simple del artículo 106 del CP”.

pueden ser, atenuantes⁹⁰ y agravantes⁹¹;
iii) Por su relación con la pena conminada, estas circunstancias operan como elementos de medición de la pena legal o pena conminada prevista para

cada tipo penal de la parte especial, de la misma forma existe una clasificación y pueden ser: circunstancias agravantes calificadas⁹² y circunstancias atenuantes privilegiadas⁹³.

- 90 Nos permiten medir un menor disvalor de la conducta manifestada en la tipicidad o antijuricidad, así como modular la intensidad del reproche en menor magnitud, según la categoría de la culpabilidad, se encuentran en la primera parte del artículo 46 del Código Penal, que a la letra dice: **1.** Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: **a)** La carencia de antecedentes penales; **b)** El obrar por móviles nobles o altruistas; **c)** El obrar en estado de emoción o de temor excusables; **d)** La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; **e)** Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias; **f)** Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado; **g)** Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad; **h)** La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible.
- 91 De la misma forma, sirven para medir el peso del injusto penal, empero a nivel de la medición de la culpabilidad respecto al reproche del autor, es necesario tener cuidado de valorarla a efectos de no cometer una doble valoración en contra del imputado, esta situación puede darse en los tipos penales que con contienen circunstancias agravantes específicas por ejemplo el delito de robo con agravantes previsto en el artículo 189 del Código Penal. Las circunstancias agravantes se encuentra registradas en la segunda parte del artículo 46 del Código Penal, siendo: **2.** Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes: **a)** Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; **b)** Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos; **c)** Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria; **d)** Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole; **e)** Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común; **f)** Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe; **g)** Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumir el delito; **h)** Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función; **i)** La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito; **j)** Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable; **k)** Cuando la conducta punible es dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad o se encuentra fuera del territorio nacional; **l)** Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales; **m)** Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva; **n)** Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.
- 92 En esta clase de circunstancias tenemos la reincidencia y habitualidad, dichas categorías nos permiten modificar el marco de la pena conminada, por ejemplo en el caso de la reincidencia, la cual se entiende, según el artículo 46-B, del Código Penal, en el sentido que el imputado, después de haber cumplido en todo o en parte una pena, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Tiene igual condición quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años. En ese sentido la reincidencia constituye circunstancia agravante calificada, en cuyo caso el juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Respecto a la habitualidad, esta se encuentra prevista en el artículo 46-C del Código Penal, y puede ser invocada en la medida que el agente comete un nuevo delito doloso, en tal sentido es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años, asimismo la habitualidad en el delito constituye circunstancia calificada agravante, en tal caso el juez aumenta la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.
- 93 Estas circunstancias son aquellas que permiten modificar en forma descendente el mínimo de la pena conminada o pena legal, siendo esto así, los tipos penales que no se registren pena mínima sino únicamente una pena máxima, como por ejemplo en el caso del delito de omisión de asistencia alimentaria previsto en el artículo 149 del Código Penal, asimismo en los delitos en los cuales únicamente registran pena mínima y no máxima, como por ejemplo el delito de parricidio previsto en el artículo 107 del Código Penal, en esos casos se tendrá que recurrir, en

b. **De las cualidades.** Resultan ser cualidades personales ligadas a la “punibilidad”⁹⁴, en ese sentido, el artículo 26 del Código Penal, hace alusión literalmente a las cualidades personales que “afectan la responsabilidad”, esto significa que el artículo 26 del Código Penal no está referido a la culpabilidad, sino a las circunstancias que modifican la responsabilidad

penal de los intervinientes en el delito. Se trata concretamente de una norma de determinación de la pena referida al tratamiento de las agravantes o atenuantes que afectan solamente a los que las poseen⁹⁵. En ese orden argumentativo, las condiciones objetivas de punibilidad⁹⁶ y las excusas absolutorias⁹⁷, presupuestos propios de la categoría de la

la medida en que se trate de pena temporal, al artículo 29 del citado cuerpo legal, donde se señala como pena mínima, dos (2) días y como pena máxima treinta y cinco (35) años. Este tema no es pacífico en el Perú, por cuanto un sector de la doctrina nacional, hace referencia que estas circunstancias se encuentran señaladas expresamente como reductores de pena y están ubicadas en la parte general del Código Penal, así tenemos los artículos 13, 14, 16, 21 y 22 del Código Penal, dispositivos legales que regulan las figuras de omisión impropia, error de prohibición, tentativa, eximentes incompletas y responsabilidad restringida por edad, en ese contexto, se asume como postura que dichas figuras inciden en mayor o menor entidad del injusto, en la mayor o menor entidad de la culpabilidad y obviamente en la disminución de la pena por debajo del mínimo legal, en términos similares tenemos a Mendoza Ayma, en: MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Ob. cit., pp. 186 y 187. Por otro lado, se encuentra un sector doctrinario que niega la existencia de dichas circunstancias en el código penal de 1991, puesto que no tendrían las características de accidentes al delito, sino que son categorías que configuran la teoría del delito, en términos similares se tiene a Prado Saldarriaga, en : PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Ob. cit., p. 238.

- 94 El profesor Quintero Olivares, indica que, “la punibilidad podría definirse como el cumplimiento de los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado”. Véase. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. cit., p. 359. Entonces, la punibilidad, entendida como categoría propia de la teoría jurídica del delito, resulta estar vinculada a la responsabilidad jurídico-penal del imputado, es decir, el injusto culpable deberá ser punible y esta punibilidad se manifiesta en la medida que la ley penal, en ciertos casos, condiciona la responsabilidad a la concurrencia de determinadas circunstancias. En ese sentido, Cerezo Mir señala: “Hay supuestos en los que la punición de una acción y omisión típica, antijurídica y culpable se condiciona por la ley a la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad, o la aplicación de una pena más elevada se condiciona a la concurrencia de una condición objetiva de mayor punibilidad”. Véase, CEREZO MIR, José. *Obras completas, Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Ara Editores, Lima, 2006, p. 1155 y ss.
- 95 Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 587.
- 96 Son aquellas circunstancias acumuladas al injusto culpable a efecto de justificar, en algunos tipos penales, la aplicación de una pena, en ese sentido estas circunstancias operan como fundamento para el merecimiento de una pena, así por ejemplo nuestro Código Penal alberga una serie de delitos bajo esta exigencia, el delito de instigación al suicidio, previsto (art. 113), solo será sancionado si el sujeto ha consumado o intentado el suicidio; el delito de bigamia (art. 139), tipo penal que demanda en el sujeto activo el estado de estar casado, el delito de hurto simple, (art. 189), delito cuya configuración exige que el valor económico del bien mueble debe ascender a un mínimo de cuatro remuneraciones mínimas vitales, el delito de tráfico de influencias, (art. 400) exige que se conozca o se haya conocido un caso judicial o administrativo. Véase: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Eddili, Lima, 2002, pp. 337-338.
- 97 Son beneficios de carácter personal que eliminan la punibilidad del injusto culpable, tiene su fundamento en razones de política criminal, en ese sentido Berdugo Gómez de la Torre, citado por BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel, indica: “El legislador es consciente de que la conducta es delictiva y, por ello, lo suficientemente grave como para merecer una pena. Sin embargo, la propia valoración del legislador indica que este hecho, del que ya se ha afirmado su carácter antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado. Por ello priva de la sanción penal, basándose en apreciaciones previas de carácter político criminal”. Véase: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; GARCÍA RIVAS, Nicolás; FERRE OLIVÉ, Juan Carlos y SERRANO PIEDECASAS, José Ramón. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 267. En: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Eddili, 2ª edición, Lima, 2002, p. 336. Nuestro Código Penal presentan casos, como por ejemplo, el desistimiento (art. 18), el arrepentimiento (art. 19), exención de la pena por mínima responsabilidad (art. 68), el parentesco en el delito de hurto (art. 208), exención de pena en el delito de rebelión (art. 351), el encubrimiento de personas por relaciones estrechas (art. 406), Véase: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., pp. 336-337.

punibilidad⁹⁸, serían aquellas que pertenecen a las cualidades personales, siendo estas incommunicables a los demás sujetos que intervienen en el injusto culpable y punible.

No está demás pronunciarnos, a efectos de clarificar la idea, que cuando el artículo 25 del Código Penal, señala que: “elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal”, no estaría referida a las categorías propias de la punibilidad antes mencionadas, sino por el contrario, hace referencia a las condiciones específicas del sujeto cualificado exigidas por el tipo objetivo, es decir, la condición de “funcionario público” en el delito de abuso de autoridad, el estatus de “madre” en el delito de infanticidio, la condición de “juez” en el delito de prevaricato, etc. La técnica legislativa utilizada, es similar a la registrada en el artículo 27 del Código Penal, respecto al actuar en lugar de otro, al señalarse que: “El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica (...) es responsable como autor, **aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo** no concurren en él, pero sí en la representada”. Por lo tanto, estas características cualificadas, orientadas al sujeto activo cualificado, nunca podrán ser comunicadas o trasladadas al partícipe, por imperio del principio de legalidad.

IV. Toma de postura

La reciente modificación del artículo 25 del Código Penal, trae consigo la admisibilidad

de la teoría de la “unidad del título de imputación”, por lo tanto, según imperio de la ley, los agentes del derecho (jueces, fiscales, abogados, etc.), deberán considerar dicha teoría frente a casos de intervención delictual en los cuales participa un *extraneus* en un hecho cualificado, razón por la cual, la **Casación N° 782-2015-del Santa**, habría dejado de tener contenido, respecto al criterio vinculante de interpretar el artículo 26 del Código Penal, bajo los lineamientos de la ruptura del título, por lo tanto, es perfectamente posible punir al *extraneus* ya sea en un delito especial (propio e impropio) o en un delito de infracción de deber, en razón que lo comunicable resulta ser el injusto penal y no así las cualidades especiales del sujeto especial.

V. Conclusiones

1. La modificación del artículo 25 del Código Penal permite punir al *extraneus*, en calidad de partícipe, en un delito especial (propio e impropio) sin necesidad de romper la unidad del hecho delictual, por cuanto la conducta del *extraneus* se encuentra ligada al hecho punible y no así al estatus del autor, por lo tanto, se exigirá que el hecho punible ostente el estatus de injusto penal (hecho típico y antijurídico) según demanda las reglas de la accesoriadad cualitativa; además, el hecho punible deberá manifestarse, al menos, en grado de tentativa, según los lineamiento de la accesoriadad cuantitativa.
2. La modificación del artículo 25 del Código Penal, conlleva entender que

98 En el Derecho Penal peruano, se acepta la punibilidad como una categoría jurídica del delito, evidencia de ello se tiene el inciso 1, del artículo 6 del Código Procesal Penal, respecto a la figura de excepción de improcedencia de acción, bajo ese lineamiento, nuestra corte suprema, acepta que la punibilidad tiene como contenido excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad, en ese mismo orden, se tiene el considerando cuarto de la Casación N° 407-2015-Taena, de fecha 7 de julio de 2016.

el artículo 26 del citado cuerpo legal, deberá ser interpretado bajo los postulados de la teoría de la “unidad del título de imputación”, por lo tanto, las circunstancias y cualidades personales de los intervinientes en el hecho punible no son comunicables entre sí, empero el injusto penal entendido como el hecho tipo y antijurídico, resulta ser comunicable a todos los sujetos intervinientes en el hecho punible.

3. El “**principio de responsabilidad por el propio injusto**” resulta ser apropiado para solucionar la intervención del *extraneus* en un delito de infracción de deber, por cuanto cada sujeto (*intraneus* y *extraneus*) defrauda su propio deber plasmado en su respectivo injusto, es decir, deber especial para el *intraneus* y deber general para el *extraneus*. Asimismo, estos injustos penales diferenciados se encuentran ligados bajo una “unidad delictual” propia del hecho punible, siendo así el *extraneus* siempre responderá en calidad de partícipe del delito cualificado.



Bibliografía

- ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “El principio de imputación necesaria según las reglas de las técnicas de tipificación en derecho penal”. En: *Actualidad Penal*. Tomo 9, Pacífico, Lima, 2015.
- ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La intervención delictiva del interesado a título de cómplice primario, a propósito del Acuerdo Plenario N° 03-2015/CIJ-116”. En: *Actualidad Penal*. Tomo 26, Pacífico, Lima, 2016.
- ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. “La intervención del *extranei* en los delitos especiales e infracción del deber. A propósito de la Casación N° 782-2015-del Santa”. En: *Actualidad Penal*. Tomo 29, Pacífico, Lima, 2016.
- BACIGALUPO SAGUESSE, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber; una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*. Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BACIGALUPO SAGUESSE, Silvina. *Dogmática Penal de derecho penal económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Tomo II. En: *Delitos de infracción de deber y accesoriedad en el Derecho Penal*. Urquiza Olaechea, José; Abanto Vázquez, Manuel; y Salazar Sánchez, Nelson. Gaceta Jurídica (coordinadores), Lima, 2015.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Ara Editores, Lima, 2004.
- BOCKELMAN, Paul. *Relaciones entre autoría y participación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- CARO JHON, José Antonio. “Autoría y participación: los grados de intervención delictiva”. En: *Dogmática Penal aplicada y cuestiones actuales del Derecho Penal económico y de la empresa*. Calicina Hanco, Aldo (coordinador), Grijley, Lima, 2016.
- CEREZO MIR, José. *Obras completas, Derecho Penal. Parte general*. Tomo I, Ara Editores, Lima, 2006.
- DEICHMANN, Marco. *Grenzfalle der Sonderstrafat: Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten*. Dunker & Humblot, 1994.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena*. Volumen I, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2012.
- GALVÁN GONZALES, Francisco. *El concepto de autor del delito. Estudio de legislación, jurisprudencia y doctrina penal*. Ubijus, México D.F, 2007.

- GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008.
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Tratado de Derecho Penal. La tipicidad*. Tomo III, Ediciones doctrina y Ley, Bogotá, 2005.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Los delitos especiales*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal español”. En: ROBLES PLANAS, Ricardo; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier; RUEDA MARTIN, María Ángeles; GÓMEZ MARTÍN, Víctor y RIGGI, Eduardo. *La responsabilidad en los delitos especiales, el debate doctrinal en la actualidad*. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- JESCHECK, Hans y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Volumen II, 5ª edición, Pacífico, Lima, 2014.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José. *La autoría mediata en Derecho Penal*. Comares, 1996.
- HURTADO POZO, José y PRADO SALLDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Pena. Parte General*. Tomo II, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2011.
- JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho Penal*. Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- JAKOBS, Günther. “La omisión, estado de la cuestión”. En: *Sobre el estado de la teoría del delito*. Civitas, Madrid, 2000.
- FIERRO, Guillermo. *La teoría de la participación criminal, alcances, modalidades, autoría, causalidad y participación, instigación, complicidad*. 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2011.
- LANGER, Winrich. *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung Zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*. Duncker & Humblot, 1972.
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Traducción de Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.
- MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *Presupuesto acusatorio. Determinación e individualización de la pena. Proceso penal. La medida del dolor*. Jurista Editores, Lima, 2015.
- PRADO SALLDARRIAGA, Víctor Roberto. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, Lima, 2016.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Cedecs, Barcelona, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal español*. Cymys, Barcelona, 1974.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. “La intervención delictiva en el delito de colusión ilegal. A propósito de una sentencia judicial. Un análisis crítico”. En: *Actualidad Penal*. Tomo 30, Pacífico, Lima, 2016.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Volumen I, Pacífico, Lima, 2014.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Grijley, Lima, 2014.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons, Madrid 2003.

- ROBLES PLANAS, Ricardo. “Réplica”. En: ROBLES PLANAS, Ricardo; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier; RUEDA MARTÍN, María Ángeles; GÓMEZ MARTÍN, Víctor; RIGGI, Eduardo. *La responsabilidad en los delitos especiales, el debate doctrinal en la actualidad*. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. 6ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- PARIONA ARANA, Raúl. *Derecho Penal. Consideraciones dogmáticas y político-criminal*. Pacífico, Lima, 2014.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*. Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Delitos contra la Administración Pública*. Jurisprudencia penal. Jurista Editores, Lima, 2004.
- SALAZAR MARÍN, Mario. *Autor y partícipe en el injusto penal*. Grupo Editorial Ibáñez, 2ª edición, Bogotá, 2011.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Atelier, Barcelona, 2005.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2010.