



HACIA UNA REORIENTACIÓN EN LA DELIMITACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LA AUTORÍA DEL *INTRANEUS* EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

TOWARDS A REORIENTATION IN THE DELIMITATION AND BASIS OF THE AUTHORSHIP OF THE INTRANEUS IN CRIMES AGAINST THE PUBLIC ADMINISTRATION

Roger Armas Sánchez¹

Resumen: En el presente trabajo el autor examina la problemática de la corrupción partiendo del análisis dogmático de cuestionados casos resueltos por la Corte Suprema del Perú, a partir del cual se evidencia las serias limitaciones y defectos que trae consigo las importadas teorías de la infracción del deber y el llamado dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico para delimitar y fundamentar la autoría en los injustos especiales funcionariales contra la Administración pública. El propósito del autor es, teniendo como punto de partida el trabajo dogmático respetuoso de los principios y garantías que limitan la operatividad del sistema penal dentro del marco de un modelo de Estado democrático, constitucional y convencional de Derecho como el peruano, proponer la tesis del dominio objetivo y positivo del hecho, como

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales por la misma casa de estudios. Miembro principal del Taller de Derecho Penal Económico y de la Empresa de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en autoría y participación-teoría del delito por la Universidad de León-España.

criterio y fundamento para solucionar esta problemática de índole dogmática y operativa, buscando con ello disminuir la arbitrariedad e impunidad en el Perú.

Palabras clave: Corrupción, autor, *intraneus*, infracción de deber, dominio del hecho, dominio objetivo y positivo, posición de garante, *neminem laedere*, deber especial positivo y negativo, rol social, fundamento del resultado, delito especial propio e impropio, modelo de Estado, sistema penal.

Abstract: In this work the author examines the problem of corruption based on the dogmatic analysis of questioned cases resolved by the Supreme Court of Peru, from which the serious limitations and defects brought about by imported theories of violation of the duty and the so-called domain over the vulnerability of the legal Good to delimit and base the authorship in the unjust special civil servants against the Public Administration. The author's purpose is, having as a starting point the dogmatic work respectful of the principles and guarantees that limit the operation of the penal system within the framework of a democratic, constitutional and conventional State model of Law like the Peruvian one, to propose the thesis of objective and positive control of the fact, as a criterion and foundation to solve this dogmatic and operational problem, thereby seeking to reduce arbitrariness and impunity in Peru.

Keywords: Corruption, author, *intraneus*, violation of duty, domain of fact, objective and positive domain, position of guarantor, *neminem laedere*, positive and negative special duty, social role basis of the result, proper and improper special crime, model of State, penal system.

1. Preliminares

La delimitación y fundamentación de la intervención delictiva en general, y de la autoría en particular, en los delitos contra la Administración pública –injustos especiales funcionariales-, hoy en día ha dejado de ser un debate meramente académico y teórico para convertirse en un serio y verdadero problema para la jurisprudencia y los operadores del sistema de justicia. El fundamento o criterio para delimitar y fundamentar la autoría en este segmento de delitos especiales se convierte en un tema de actualidad, ello a raíz de los tantos casos de corrupción que se viene dando en el Perú y Latinoamérica, y de los diversos –discordantes-, criterios que se han venido asumiendo para su solución.

En el Perú, se ha asumido para la resolución de esta problemática dogmática y práctica, diversas posturas y líneas jurisprudenciales, siendo las principales la clásica concepción del dominio del hecho, la infracción del deber en cualquiera de sus tres vertientes como son el deber extrapenal, institucional y penal; y, el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

Esta problemática sobre el criterio que debería seguirse para delimitar y fundamentar la autoría en los delitos especiales funcionariales se refleja en numerosas sentencias de la Corte Suprema de Justicia del Perú –principalmente-, por lo que debemos preguntarnos, ¿por qué ese corsé de deber formal hasta el día de hoy?; o, ¿por qué equiparar todos los delitos

especiales funcionariales contra la Administración pública como únicamente de comisión por omisión?

Justamente la búsqueda neurótica de ese deber (institucional, extrapenal o institucional) o la visión unívoca como delitos de comisión por omisión, ha generado situaciones problemáticas, resaltando en la jurisprudencia nacional.

Por ello, luego de revisar la doctrina más autorizada y partiendo siempre de la problemática en la realidad fáctica peruana, se postula la tesis del dominio material objetivo y positivo del hecho, como el criterio adecuado e idóneo para delimitar y fundamentar la autoría en los delitos contra la Administración pública.

Si se sigue por la línea del derrotero del normativismo u ontologismo puro, estaremos en serios e insalvables problemas como en el que nos encontramos al día de hoy en el Perú, donde precisamente por no encontrar ese deber plasmado en alguna normativa extrapenal, institucional o penal; o, por no conjugar todos los delitos contra la Administración pública como formas omisivas impropias, se ha dado lugar a soluciones jurídicas muy divergentes, generando no solamente impunidad y selectividad punitiva, sino también quebrantando principios fundantes y legitimadores del sistema penal –legalidad, *última ratio*, lesividad, formación autónoma de conceptos en derecho penal, *inter alia*.

La delimitación y fundamentación de la autoría en estos delitos contra la Administración pública –como toda institución de la parte general del derecho

penal, debe encontrar su fundamento y límite dentro del marco de los principios que engarzan la operatividad del sistema penal en un modelo de Estado democrático, constitucional y convencional de Derecho como el peruano.

2. Desarrollo de las diversas corrientes sobre autoría hasta llegar a la doctrina de los delitos de infracción de deber

En el libro primero del vigente Código Penal peruano se han previsto y regulado las diversas formas de autoría y participación, para lo cual, el legislador peruano, partiendo de un concepto extensivo a uno restrictivo de autor, ha sentado las bases de la autoría a partir de la doctrina del dominio del hecho, propuesto por Hans Welzel en el año 1939 sincretizando las teorías objetivas y subjetivas-.

Fue el profesor Welzel (1997), entonces, quien sincretizó ambas teorías (objetivas y subjetivas), sosteniendo que “será autor quien actúa como amo y señor con conciencia de realizar el resultado” (p. 150).

El dominio del hecho, en su clásica acepción, se constituye como el criterio o la tesis que mayor acogida en la doctrina e incluso en la jurisprudencia comparada en Latinoamérica y Europa, ha tenido para los delitos de dominio, afirmándose que “la autoría no se fundamenta por medio de cualquier causación del resultado típico, sino básicamente a través de la realización de la acción típica” (Jescheck, 2014, p. 976).

Empero, esta teoría no sería la más idónea para delimitar y fundamentar la autoría en los delitos contra la Administración pública –delitos especiales funcionariales-, siendo por ello que, Roxin (2000) en el año 1963, sostuvo que “autor no será quien se comporte como amo y señor en la causación de un resultado, sino el personaje central, aquel que tiene el poder de configurar el tipo” (p. 45).

Con este planteamiento, el profesor alemán Roxin cimienta las bases de su teoría de la infracción del deber, deber plasmado en alguna normativa extrapenal, no obstante, esta propuesta incipiente, difiere de la actual. Así, en su primigenia conceptualización, los delitos de infracción de deber estaban integrados por un conjunto de delitos (culposos, de comisión por omisión, de propia mano impropia y los delitos especiales, dentro de éstas los delitos contra la Administración pública); empero, actualmente solo considera como delitos de infracción de deber a los delitos especiales; dado que la mayoría de los tipos penales consistían en delitos de dominio (Roxin, 2015, p. 331).

La teoría de la infracción del deber, posteriormente, fue ampliamente desarrollada por el profesor alemán Jakobs (1995) con su funcionalismo normativista y recogiendo el aporte de Roxin, sosteniendo que la fundamentación de estos delitos de infracción de deber reside en las instituciones positivas (p. 258).

Mientras para Roxin, el fundamento de la autoría radica en la infracción de un deber extrapenal y el fundamento de la

imputación jurídico penal (injusto) en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, para Jakobs la infracción del deber extrapenal es el fundamento de la autoría y de la imputación jurídico-penal.

Como es de notarse, Jakobs recoge la teoría de la infracción del deber y la extiende a todos los delitos, bajo el argumento de que el fin del Derecho penal es la conservación de las expectativas normativas. Ello, sin embargo, desde nuestro punto de vista, deviene en la falacia de petición del principio.

Entre los partidarios de esta corriente formalista de la infracción de deber, tenemos al profesor Sánchez-Vera Gómez Trelles (2004) quien afirma que en los delitos especiales el fundamento de la sanción reside en el incumplimiento de las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial que se centra en el deber especial de la persona del autor (pp. 29 y ss.). En esta misma línea, Feijoo Sánchez (2007), sostiene que la autoría se caracteriza por el dominio normativo, entendido como dominio competencial del hecho (p. 15).

En contraste a estas posiciones, debemos precisar que toda persona tiene un deber general negativo (*neminem laedere*), y solamente algunos (como los funcionarios o servidores públicos) un deber especial positivo; pero estas dos situaciones tienen que ser materia de análisis luego de observarse la relación material entre el *intraneus* y la Administración pública.

Por otro lado, la doctrina ha propuesto dos importantes teorías que se acercan con mayor criterio para delimitar y

fundamentar la intervención delictiva en los delitos especiales funcionariales. Así, la teoría de la "pertenencia del hecho", propuesta por Mir Puig (2008) quien refiere que "solo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la pertenencia, exclusiva o compartida del delito" (p. 365).

Esta teoría si bien se aproxima a determinar la autoría en los delitos especiales funcionariales, sin embargo, no da respuesta para aquellos supuestos donde el hecho no siempre ha de pertenecer a alguien (*v.gr.*, en los supuestos de autoría mediante instrumento doloso no cualificado).

La otra teoría es la conocida "determinación objetiva y positiva del hecho", postulada por el profesor español Luzón Peña, y desarrollada ampliamente por su discípulo Miguel Díaz y García Conlledo (2012) quien sostiene que:

Autor es quien realice la conducta que más directamente realice el tipo correspondiente de la parte especial, que más directamente se enfrente a la norma prohibitiva o imperativa contenida en el mismo y, por tanto, que esa norma tenga la mayor perentoriedad o urgencia en evitar. (p. 34)

Esta última propuesta doctrinal, a diferencia de la infracción del deber –en cualquiera de sus tres vertientes–, no se aparta de la base ontológica, lo que significa que no quebranta principios rectores como el de legalidad, *última ratio*, lesividad y

formación autónoma de conceptos en el derecho penal. Asimismo, a diferencia de la propuesta del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, no considera a los delitos contra la Administración pública como delitos especiales de configuración únicamente por omisión impropia, por lo que, no quebranta el principio de legalidad y las bases dogmáticas de la comisión por omisión.

Como es de notarse, ambos criterios doctrinales, si bien partiendo de presupuestos filosóficos y epistemológicos distintos pretenden dar respuesta a la delimitación y fundamentación de la autoría en los delitos contra la Administración pública; empero, no terminan por brindar una consistente solución, al contrario, se quebrantan ciertos principios fundamentales del sistema penal, abriendo paso no solamente a la inseguridad jurídica, sino también a la selectividad punitiva e incluso, a la impunidad en la imputación, juzgamiento y sanción por los delitos de corrupción de funcionarios, tal como ocurre en el Perú y como se podrá advertir en las ejecutorias supremas y acuerdos plenarios objeto de posterior análisis.

3. Crítica y reformulación de la importada teoría de la infracción de deber

La teoría de la infracción de deber, en sus diversas formulaciones, infracción del deber extrapenal, institucional o penal, si se quiere, ha sido útil, en un inicio, para construir el juicio de imputación para los delitos especiales; empero, en el caso peruano, no ha brindado una respuesta

consistente que sienta una línea jurisprudencial sólida y que respete los principios que fundamentan el derecho penal.

Si bien, el posterior desarrollo de la teoría de la infracción de deber se debe puntualmente a dos tesis doctorales que la han abordado a profundidad: La primera, que pertenece al profesor español Javier Sánchez–Vera Gómez–Trelles, discípulo de Jakobs, quien delimita el dominio del hecho basado en la incumbencia normativa; y, la segunda, corresponde al profesor peruano Raúl Pariona, quien en un inicio siguió los postulados de su maestro Roxin (perspectiva funcional materialista). Empero, en la actualidad, esta teoría ha sido objeto de mucha crítica, no sólo por su inconsistencia dogmática, sino también por su repercusión en la práctica (Martínez, 2019, pp. 234-235).

Así, a decir de Pariona (2018) en la actualidad “aún existen críticas contra sus postulados, puede señalarse, *v.gr.*, la objeción que señala que no sería plausible recurrir a deberes especiales extrapenales para la fundamentación de la autoría penal” (pp. 64-65).

En efecto, con la admisión como criterio dominante de la infracción del deber, nos estaríamos apartando de un principio fundamental como es el de legalidad; de ahí que, para el citado profesor nacional hoy en día los deberes que fundamentan la autoría son penales. Además, que, “la verdadera fuente del deber deriva del rol social que desempeña el *intraeus*, mas no de fuentes normativas” (Donna, 2002, p. 262).

Sobre esto último, desde nuestra perspectiva, se considera que tampoco brinda mejores soluciones. Por ello, se afirma que aun cuando ese deber resida en una institución (Jakobs), norma extrapenal (primer planteamiento de Roxin) o penal (Pariona), tal situación no puede ser un criterio rector que delimite y fundamente la autoría en los delitos contra la Administración pública.

No debe olvidarse que, en los delitos de infracción de deber, cualquiera sea él, existe “un dominio final, social, funcional o si se quiere, último del sujeto calificado”, la sola infracción de deber jurídica y dogmáticamente no tiene suficiente entidad para explicar dichos delitos (Rojas, 2016, pp. 480-481).

Aunado a lo anterior, actualmente, el propulsor de esta doctrina, Roxin, señala que “el deber emerge de un rol social específico de posición de garante”, es decir, el deber ha traspasado del ámbito extrapenal al material, como consecuencia de la posición de garante que recae en el *intraeus*, la misma que le dota de un dominio material de poder evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública (Hurtado, 2005, p. 754).

4. Crítica a los postulados del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico

Un criterio doctrinal que ha tenido seguidores en el Perú, es la tesis propuesta por el profesor alemán Bernd Schünemann

(2006), quien plantea el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

Esta propuesta dogmática, si bien es cierto que hace bien en no apartarse absolutamente del fundamento material u ontológico; sin embargo, incurre en una cuestionable conclusión, al postular que los delitos especiales como son aquellos contra la Administración pública, se configuran única y exclusivamente como injustos de comisión por omisión u omisión impropia.

Al respecto, si bien es cierto que el *intraneus* dentro del aparato estatal, tiene una posición de garante, cuyo dominio sobre el fundamento del resultado le permite prevenir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; sin embargo, no se puede equiparar los delitos funcionariales a los delitos de comisión impropia; de ahí que, como bien afirma Pariona (2017) "para posibilitar esta responsabilidad por omisión impropia se requiere que el funcionario tenga la posición de garante y su comportamiento se corresponda con la acción típica descrita en la ley" (pp. 111-112).

Esta suposición, no se advierte en la configuración de todos los tipos penales especiales contra la Administración pública, puesto que, si bien los funcionarios y servidores públicos tienen dicha posición especial dentro del aparato estatal; empero, su omisión no se corresponde necesariamente con la acción típica, por tanto, no estamos ante supuestos de comisión por omisión.

5. La problemática en la práctica judicial: breve análisis de la

jurisprudencia peruana y Acuerdos Plenarios

En el ámbito jurisprudencial, al momento de delimitar y fundamentar la intervención delictiva del *intraneus* en los delitos especiales funcionariales contra la Administración pública, se observa la adherencia mayoritaria al funcionalismo normativista propulsada por el profesor Jakobs. Este criterio netamente valorativo normativo, como se sostiene, deviene en insuficiente en nuestro país, trayendo consigo muchas limitaciones a la hora de delimitar y fundamentar la autoría en los delitos contra la Administración pública.

Por esta razón, los casos que se van a analizar serán perfectos para encontrar una respuesta idónea a través de nuestra propuesta con la acepción de un moderno entendimiento del dominio o determinación del hecho.

Así, en un primer caso se imputó a un fiscal provincial provisional de la Fiscalía Especializada en materia Ambiental de Ucayali, la comisión del delito de peculado de uso por haber empleado el vehículo oficial del Ministerio Público para fines ajenos al servicio (ir a jugar fútbol y luego a tomar alcohol). En este caso, nuestra Corte Suprema declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, señalando, entre otros que "no era el aludido encausado la persona en la que se recaía normativamente el deber institucional respecto de dicho vehículo" (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú, EXP. N.º 19-2015-UCAYALI, fd. 6).

En otro caso real, se imputó a un director de Aviación de la Policía Nacional del Perú, haber alquilado la cancha sintética de fútbol de dicha institución a diversas personas, incurriendo de esta manera en el delito de peculado. Nuestra Corte Suprema, nuevamente resolvió esta causa, y absolvió al procesado, señalando que:

Ese deber extrapenal del funcionario o servidor público que lo vincula con la administración tiene que estar contenido en la ley o reglamentos de corte administrativo, pues es indispensable que esa competencia funcional se encuentre plasmada para establecer la titularidad de dicha esfera. (Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú, CAS. N.º 131-2016-CALLAO, fd. 2).²

Finalmente, en un caso muy conocido, llamado "Diarios Chicha", se imputó a Alberto Fujimori Fujimori, en su actuación como presidente de la República, haber ordenado, entre los años 1998-2000, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional SIN, bajo la denominación de "Gastos Reservados", empero, dichos fondos fueron utilizados para otros fines (comprar los titulares de los denominados "Diarios Chicha", para su

campaña de reelección presidencial) (Corte Suprema de Justicia del Perú, R.N. N.º 615-2015-LIMA). En este caso, nuestros jueces supremos nuevamente se decantaron por el funcionalismo normativista, sosteniendo que el delito de peculado es uno de infracción de deber.

Como es de notarse, estas tres sentencias (ejecutorias supremas) no son sino la clara expresión de la tendencia direccionada en la imputación y atribución de los títulos de imputación por los delitos especiales funcionariales en el Perú, lo cual peca de excesivo formalismo que ocasiona serias problemáticas, sin alcanzar los objetivos esperados.

En este último caso también se señaló que fundamentar la autoría del inculpado expresidente de la República, sin determinarse previamente la normativa institucional que haya infringido, devendría en la inobservancia del "principio de legalidad"; sin embargo, este argumento deviene no sólo en erróneo, sino también en disconformidad con lo señalado por nuestro (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 010-2002-AI/TC-LIMA)³; e incluso, con el criterio formalista de la infracción del deber –en cualquiera de sus tres variantes o matizaciones-, se quebranta el principio fundamental de legalidad.

² Lo determinante para esta suprema Sala Penal es la verificación de alguna norma penal o extrapenal que establezca un deber para el funcionario, criterio hermenéutico que no compartimos.

³ El principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley; como tal, se prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex previa*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas

legales determinadas (*lex certa*). De este modo, al reorientar el fundamento de la autoría a una *base ontológica*, no se está transgrediendo la tipicidad del injusto, tan sólo se está encaminando una *metodología (de carácter hermenéutico)* más acorde a la doctrina y dogmática. Por ello, al recurrir a una distinta metodología para fundamentar el título de imputación de autor en el injusto funcional, de ninguna manera se está contraviniendo las distintas manifestaciones del principio de legalidad.

La teoría de la infracción del deber también ha sido recogida en la expresión doctrinaria de nuestra Corte Suprema, empero, las mismas revisten de serias inconsistencias, así, veamos de manera específica cada una de ellas. En el Acuerdo Plenario N.º 4-2005 (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de justicia), cuya materia giró en torno al estudio y análisis de la estructura típica del delito de peculado, no se realizó siquiera un análisis breve de la problemática en torno a la autoría y su fundamento. Por su parte, en el (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de justicia, Acuerdo Plenario N.º 2-2009/CJ-116), se estableció que “los delitos tributarios se configuran como un delito especial propio y de infracción del deber”. Fue recién en el (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de justicia, Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, fd. 9) en la que por vez primera se determinó la naturaleza de la autoría en los delitos contra la Administración pública, sosteniendo que son delitos de infracción del deber, al señalarse expresamente que “también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial (...)”. Por último, en el (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de justicia, Acuerdo

Plenario N.º 3-2016/CJ-116), ratificaron la tesis de la teoría de la infracción del deber desde una pirámide funcionalista normativa para los delitos contra la Administración pública, sin analizar nuevamente a cabalidad su fundamento dogmático, sus variantes doctrinarias, las reformulaciones por sus propulsores, y principalmente, sin dar – siquiera mínimamente-, una consideración necesaria a la base ontológica, (Tribunal Constitucional, EXP. N.º 2758-2004-HC/TC).⁴

6. Nuestra metodología de estudio y propuesta del dominio objetivo y positivo del hecho como fundamento de la autoría en los delitos contra la Administración pública

La teoría de la infracción de deber pareciera solucionar parcialmente la problemática de la delimitación y fundamentación de la autoría en los delitos contra la Administración pública; a su vez, la tesis del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, en respuesta a la anterior propuesta netamente extrapenal, también pareciera zanjar algunos ámbitos problemáticos del tópico examinado. Sin embargo, ni uno ni el otro, han podido dar una respuesta consistente, que nos permita no solamente la observancia de las bases dogmáticas de la autoría y del sistema penal en general, dentro de los cánones de nuestro modelo de Estado constitucional y

⁴ Sin perjuicio de ello, cabe agregar que nuestro Tribunal Constitucional ha sentado postura respecto a tres puntos relevantes para la doctrina y la jurisprudencia: Primero, admite como válida y legítima la doctrina del funcionario público de facto; segundo, establece como criterio a seguir que el

deber no necesariamente debe encontrar fundamento en una normativa extrapenal o institucional; y tercero, admite la autoría y responsabilidad penal del servidor o funcionario público en base a un dominio material.

convencional de Derecho, sino que, lo que ha generado es –como se ha podido advertir en los casos examinados–, inseguridad jurídica, selectividad punitiva, arbitrariedad e impunidad.

Por ello, para tener un adecuado entendimiento de esta teoría formalista, como metodología, debemos, en puridad, partir del principio ético que establece que el “deber presupone poder de realización”, independientemente de todas las interpretaciones posibles. Partiendo de esta premisa, en el ámbito de la autoría de los delitos especiales funcionariales, ese deber recae en la posibilidad real de materialización, pues al atribuir esta categoría jurídico penal no estamos únicamente en un ámbito valorativo (deontológico), sino también ontológico (real, material). El Derecho no puede ser excluyentemente descriptivo ni normativo.

Con la infracción del deber, en cualquiera de sus tres variantes en el Perú, se quebranta el principio de legalidad, exclusiva protección de los bienes jurídicos, *última ratio*; y, formación autónoma de conceptos en el Derecho penal, dándose paso a una inseguridad y arbitrariedad.

A su vez, con la tesis del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, si bien no se aparta de las bases fenomenológicas u ontológicas que toda institución de la parte general del Derecho penal debe tener; empero, se incurre también es una cuestionada postulación dogmática, dado que, en puridad, no todos los delitos contra la Administración pública en el Perú se configuran bajo los supuestos

de omisión impropia o comisión por omisión. Tampoco todos los delitos especiales funcionariales son de resultado o de daño, sino que también tenemos las de mera conducta o actividad.

De ahí que no se puede realizar el estudio de los delitos especiales funcionariales partiendo de una consideración unívoca. Este ha sido un gran desacierto epistémico en el Perú, razón por la cual, la fundamentación de la autoría en los delitos especiales funcionariales de mera conducta o actividad se constituye en un tópico *sui generis* en el Perú, de urgente atención y tratamiento.

Es precisamente este razonamiento, muy divergente y cuestionados los que se vienen aplicando actualmente en nuestra jurisprudencia, ya no en el plano de los delitos de comisión por omisión, sino en los delitos contra la Administración pública, pues hacemos depender todo de la normativa extrapenal, institucional o penal, sin tomar en cuenta las bases ontológicas; o, por el otro lado, haciendo depender todo a partir de una equiparación fenomenológica entre las formas comisivas y omisivas impropias de realización. Ambos constructos -infracción del deber y dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico-, como se sostiene, se alejan de todo propósito dogmática y operativamente consistente y viable en el Perú.

Otra consecuencia de la mera aplicación mecánica de la infracción del deber se observa en aquellos casos donde los funcionarios o servidores públicos de las jerarquías inferiores son imputados y luego

sancionados como autores por los delitos contra la Administración pública, al haber sido invadida de facto su cargo por los superiores jerárquicos (Gimbernat, 2014, p. 608).

A partir de estos cuestionamientos y advertencias tanto a la teoría de la infracción del deber –en cualquiera de sus tres variantes–, como a la tesis del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico; planteamos nuestra propuesta del dominio, o si se quiere llamar, determinación objetiva y positiva del hecho.

La moderna acepción del dominio, no es el clásico (propuesto por Welzel), donde prevalecía el sustrato subjetivo por encima del objetivo; tampoco el dominio del hecho entendido para el funcionalismo político criminal (propuesta por Roxin), donde prevalecían ambos componentes objetivo y subjetivo; sino aquel que, desde nuestra posición, y siguiendo los criterios de propuesta de los profesores españoles Diego Manuel Luzón y Miguel Díaz y García Conlledo, es con la prevalencia del componente objetivo. Además, junto a la prevalencia del sustrato objetivo, el dominio o determinación del hecho tiene que ser positiva, en contraste al negativo.

Para los partidarios de la propuesta del dominio, control o determinación positiva del hecho, “si el sujeto no domina o controla objetivamente el hecho, por mucho que quiera dominarlo o controlarlo, de él no se podrá decir que lo ha dominado o controlado” (Díaz, 2022, p. 529).

Asimismo, la determinación o dominio positivo del hecho, significa que:

El dominio tiene que ser positivo y no meramente negativo del hecho, es decir, la posición de control del hecho (con independencia de su intención), por parte del sujeto sobre la producción del resultado, pudiendo decidir el sí y el cómo de la misma, siendo más que el mero dominio negativo del hecho o posibilidad de impedirlo si quisiera, en este caso con una acción imprudente, esto es, es más que la evitabilidad objetiva del resultado por la persona. (Díaz, 2022, p. 528)

En esta misma línea de tratamiento dogmático, con mucho asidero el profesor argentino Rusconi (2016) sostiene que “la despedida de la doctrina de la autoría de la idea del dominio del hecho vacía de criterios limitadores a la total teoría de la imputación” (p. 832).

Con el dominio o determinación objetiva positiva del hecho no solamente será plausible delimitar y fundamentar la autoría del *intraneus* en los delitos especiales funcionariales de resultado o de daño (como lo han hecho las doctrinas de la infracción del deber y del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico); sino también para los delitos de mera conducta o actividad; así como aquellos de comisión dolosa y culposa. Estas formas de configuración de los tipos penales han sido reguladas en el Código Penal peruano referido a los injustos contra la Administración pública.

Nuestra propuesta es la que mejor va de la mano con un concepto restrictivo de autor, que propone un criterio dogmático poco tratado en el Perú, que además de reconducirnos por la proscripción de la selectividad punitiva, impunidad y pragmatismo al momento de atribuir el título de imputación al *intraneus* en los delitos especiales funcionariales contra la Administración pública; permite desarrollar esta actividad exegética dogmática dentro de los cánones o parámetros de un Derecho penal en un modelo de Estado constitucional y convencional de Derecho como el peruano.

7. Conclusiones

7.1 La teoría de la infracción del deber fundada en meras normativas extrapenales, institucionales o penales termina siendo funcional e instrumental para la selectividad del poder punitivo, en efecto, todos los casos donde se encuentran procesados altos funcionarios, tienen como principal excusa que no se encuentran vinculados de manera directa y específica con el MOF, ROF; *inter alia*; todo lo contrario ocurre con los servidores o funcionarios públicos que se encuentran en los escalones más bajos. El funcionario o servidor público tiene siempre deberes de cuidar y preservar la administración pública; sin significar ello, de ninguna forma, contravención alguna a las distintas expresiones del principio de legalidad.

7.2 La propuesta dogmática de la teoría de la infracción del deber –en cualquiera de sus tres vertientes o matizaciones, resulta insuficiente para delimitar y fundamentar el título de

imputación del *intraneus* en los delitos especiales funcionariales contra la Administración pública, dado que, además de generar selectividad punitiva, arbitrariedad e impunidad, quebranta los principios, *inter alia*, de legalidad, *última ratio* y formación autónoma de conceptos en derecho penal, necesarios para la vigencia de un Derecho penal en un modelo de Estado constitucional y convencional de Derecho como peruano.

7.3 La propuesta dogmática del dominio sobre la vulnerabilidad bien jurídico, si bien no se aparta de la base ontológica, empero, también resulta insuficiente para delimitar y fundamentar la autoría en estos delitos especiales funcionariales, dado que, no todos los injustos contra la Administración pública se pueden configurar de la forma omisiva impropia o también conocida como comisión por omisión, por cuanto estos delitos también se manifiestan de forma comisiva y por omisión propia. Esta forma de dominio, si bien tiene un importante sustrato material, no obstante, se excede en pretender ser el criterio rector para determinar la autoría.

7.4 El dominio del hecho, al día de hoy, ha dejado de tener el mismo entendimiento que en su momento tuvo con el finalismo del profesor Welzel (prevalencia del sustrato subjetivo) y el funcionalismo del profesor Roxin (prevalencia de los sustratos objetivo y subjetivo); dado que, el dominio del hecho, debe ir en función al ámbito objetivo, aquel aspecto que ha sido dejado de lado en la fundamentación de la intervención delictiva del *intraneus* en los

delitos especiales funcionariales contra la Administración pública.

7.5 La propuesta del dominio, o si se quiere llamarlo mejor, determinación objetiva y positiva del hecho, es la que delimita y fundamenta con consistencia la autoría del *intraneus* en los delitos contra la Administración pública, dado que, el agente, en esta clase de delitos, reuniendo los elementos personales y descriptivos que recoge el tipo, con su acción u omisión, determina el suceso delictivo, con prevalencia de los sustratos objetivo y positiva del hecho, decide el sí y el cómo de su proceder delictivo. Asimismo, partiendo de un concepto restrictivo de autor, propone este criterio distinguiendo las formas de comisión y omisión en la realización de la acción típica; así como también, resulta adecuado para explicar en los delitos de mera conducta o actividad y de resultado o de daño, tópico necesario que no ha sido siquiera distinguido en el Perú.

7.6 En el Perú se ha acostumbrado no solamente a importar leyes, sino también doctrina y propuestas teóricas sin un previo y necesario filtro y contrastación con nuestra propia realidad problemática o idiosincrasia. De ahí que, antes de asumir como criterio absoluto la propuesta de la infracción del deber, se debería revisar álgidamente sus bases epistémicas, sus presupuestos normativos, sus reformulaciones, entre otros.

7.7 Cuando se estudia o examina alguna institución de la parte general –como en el presente la intervención delictiva, debe partirse del presupuesto de que, nuestro

Código Penal no se adhiere a ninguna escuela penalista –causalismo, finalismo o funcionalismo-; la tarea hermenéutica se constituye en fundamental, dado que, es el operador jurídico quien debe darle el contenido tomando en cuenta los principios, derechos y garantías que irradian su funcionamiento.

7.8 En el tratamiento dogmático de la intervención delictiva, además de no dejar de lado plenamente la base ontológica o material, se debe partir del análisis bipartito de los delitos contra la Administración pública de mera conducta o actividad y de resultado o de daño. Ello en atención a que, no se puede aglomerar en una sola categoría todos los delitos especiales funcionariales y su configuración.

7.9 Con el presente trabajo se pretende alcanzar una propuesta hermenéutica para delimitar y fundamentar con mayor consistencia la autoría en los delitos especiales funcionariales contra la Administración pública, para no seguir por el derrotero de las importadas doctrinas de la infracción de deber formalista o el ontologismo extremo del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. El dominio debe ser objetivo y positivo dentro de los márgenes de los elementos personales y descriptivos del tipo penal.

Bibliografía

Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 (2005).
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fde365004075bb27b78ff799ab657107/acuerdo_plenario_04-2005_CJ_116.pdf?MOD=AJPERES&CA

- [CHEID=fde365004075bb27b78ff79ab657107](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f311cc80434311f9adddffe2da5cdfbc/Acuerdo+Plenario+2009_Rondas+Campesinas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f311cc80434311f9adddffe2da5cdfbc)
- Acuerdo Plenario N.º 2-2009/CJ-116 (2009).
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f311cc80434311f9adddffe2da5cdfbc/Acuerdo+Plenario+2009_Rondas+Campesinas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f311cc80434311f9adddffe2da5cdfbc
- Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116 (2011).
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3343fc004075b5d8b473f499ab657107/ACUERDO+PLENARIO+N%C2%B0+2-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=3343fc004075b5d8b473f499ab657107>
- Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116/CJ-116 (2017). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/05/Acuerdo-Plenario-3-2016-CJ-116-LP.pdf>
- CAS. N.º 131-2016 (2017).
https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/05/Casacion-131-2016-Callao-En-peculado-de-uso-no-es-necesario-pericia-contable-para-establecer-perjuicio-patrimonial-que-se-causo-al-Estado-legis.pe_.pdf
- Díaz, M. & Conlledo, G. (2012). La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas. *Revistas Académicas Universidad EAFIT*, (07), 43.
<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/1699>
- Díaz, M. & Conlledo, G. (2022). *La autoría en derecho penal*. Instituto Pacífico S.A.C.
- Donna, E. A. (2005). El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú. *Revista Latinoamericana de Derecho*.
- EXP. N.º 19-20215 (2016).
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/Legis.pe-Apelaci%C3%B3n-19-2015-Ucayali-Absuelven-a-fiscal-acusado-de-haber-usado-veh%C3%ADculo-del-MP-peculado-de-uso.pdf>
- EXP. N.º 010-2002-AI/TC (2003).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>
- EXP. N.º 2758-2004-HC/TC (2004).
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02758-2004-HC.pdf>
- Feijoo, B. (2007). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Editorial Reus.
- García, P. (2019). *Derecho penal parte general* (Tercera Edición). Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Gimbernat, E. (2014). *Dogmática del Derecho Penal Material y Procesal y política Criminal Contemporáneas* (Tomo I). Gaceta Jurídica.
- Gómez-Trelles, J. S.V (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons.
- Hurtado, J. (2005). *Derecho Penal Parte General* (Tercera Edición). Editorial Jurídica Grijley.

- <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Hurtado-Pozo-2005-Manual-Derecho-Penal.-Parte-General-I.pdf>
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general Fundamentos y Teoría de la Imputación*. (Segunda Edición). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S. A. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Jakobs-1997-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>
- Jescheck, H. H. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Volumen II). Instituto Pacífico S.A.C.
- Maraver, M. (2005). *Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad*. Thomson-Civitas.
- Martínez, R. E. (2019). *Delito de Colusión, doctrina y jurisprudencia*. Editores del Centro.
- Mir Puig, S. (2008). *Derecho penal: Parte general* (Octava Edición). Reppertor. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Mir-Puig-2006-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>
- Pariona, R. B. (2017). *El delito de colusión*. Instituto Pacífico.
- Pariona, R. B. (2018). *¿Es la corrupción un problema estructural ad portas del bicentenario de la fundación de la República?* A&C EDICIONES JURIDICAS S.A.C.
- Rojas, F. (2017). *Manual operativo de los Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos* (Segunda Edición). Nomos & Thesis.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (Séptima Edición). Editorial Marcial Pons.
- Roxin, C. (2015). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Editorial Marcial Pons.
- Rueda, M. A. (2001). *Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública*. Revista de Derecho Penal y Criminología.
- Rusconi, M. (2016). *Derecho penal parte general* (Tercera Edición). Ad-Hoc.
- R.N. N.º 615-2015 (2016). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/05/R.N.-615-2015-Lima.pdf>
- Schünemann, B. (2006). *Cuestiones Básicas del Derecho Penal en los Umbrales del Tercer Milenio*. Idemsa.
- Welzel, H. (1997). *Derecho penal alemán Parte general* (Cuarta Edición). Editorial Jurídica de Chile.