

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**TESIS:**

**LA IMPUTACIÓN PENAL DEL INSTIGADOR EN DELITOS CONTRA  
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA NECESIDAD DE MODIFICAR  
EL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE**

Para optar el Grado Académico de

**MAESTRO EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Presentada por:

**Bachiller: EDGAR ANDERSON CUBAS CARRANZA**

Asesor:

**Dr. RICARDO EUSTAQUIO SÁENZ PASCUAL**

**Cajamarca, Perú**

**2022**

COPYRIGHT © 2022 by  
**EDGAR ANDERSON CUBAS CARRANZA**  
Todos los derechos reservados

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



### **UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

#### **PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

#### **TESIS APROBADA:**

### **LA IMPUTACIÓN PENAL DEL INSTIGADOR EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE**

Para optar el Grado Académico de

#### **MAESTRO EN CIENCIAS**

#### **MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Presentada por:

**Bachiller: EDGAR ANDERSON CUBAS CARRANZA**

#### **JURADO EVALUADOR**

Dr. Ricardo Eustaquio Sáenz Pascual  
Asesor

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva  
Jurado Evaluador

M.Cs. Sandra Maribel Bringas Flores  
Jurado Evaluador

M.Cs. Saúl Alexander Villegas Salazar  
Jurado Evaluador

**Cajamarca, Perú**

**2022**



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS**

**ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS**

Siendo las 18:00 horas del día 21 de febrero de dos mil veintidós, reunidos a través de Gmeet [meet.google.com/cda-dens-vfq](https://meet.google.com/cda-dens-vfq), creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA, M.Cs. SANDRA MARIBEL BRINGAS FLORES, M.Cs. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, y en calidad de Asesor el **Dr. RICARDO EUSTAQUIO SÁENZ PASCUAL**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **LA IMPUTACIÓN PENAL DEL INSTIGADOR EN DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA NECESIDAD DE MODIFICAR EL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE**; presentada por el **Bach. en Derecho EDGAR ANDERSON CUBAS CARRANZA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó por UNANIMIDAD con la calificación de DIECISIETE (17) la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho EDGAR ANDERSON CUBAS CARRANZA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 19: 17 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....  
**Dr. Ricardo Eustaquio Sáenz Pascual**  
Asesor

.....  
**Dr. Juan Carlos Tello Villanueva**  
Jurado Evaluador

.....  
**M.Cs. Sandra Maribel Bringas Flores**  
Jurado Evaluador

.....  
**M.Cs. Saúl Alexander Villegas Salazar**  
Jurado Evaluador

A toda mi familia por el apoyo incondicional que siempre me ha impulsado a mejorar tanto académica como profesionalmente.

## **AGRADECIMIENTO**

A mis docentes que en cada oportunidad han contribuido con su enseñanza.

A mi asesor por su apoyo y orientación permanente para guiarme y hacer posible el éxito del trabajo de investigación.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>vi</b>
<b>LISTA DE ABREVIACIONES .....</b>	<b>ix</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>x</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>xi</b>
<b>CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....</b>	<b>1</b>
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	7
1.3. JUSTIFICACIÓN.....	7
1.4. OBJETIVOS.....	9
1.5. DELIMITACIÓN Y LAS LIMITACIONES. ....	10
1.6. EL TIPO Y NIVEL DE TESIS .....	11
1.7. HIPÓTESIS.....	13
1.8. MÉTODOS Y TÉCNICAS.....	13
1.9. POBLACIÓN Y MUESTRA .....	16
1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	16
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>18</b>
2.2. PRINCIPIOS DEL PROGRAMA PENAL CONSTITUCIONAL .....	20
2.3. ASPECTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES RESPECTO A LA IMPUTACIÓN PENAL DEL INSTIGADOR.....	23
2.4. TEORÍA DEL DELITO.....	33
2.5. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	36
2.6. INSTIGACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.....	38

2.7. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO .....	39
2.8. TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER .....	40
2.9. TEORÍA DE LA UNIDAD DE TÍTULO DE IMPUTACIÓN.....	41
2.10. EL DERECHO PENAL SUBJETIVO <i>IUS PUNIENDI</i> .....	43
2.11. FINES DE LA PENA .....	48
2.12. JURISPRUDENCIA.....	50
<b>CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS .....</b>	<b>54</b>
3.1. PRESENTACIÓN DE LA CONTRATACIÓN DE LA HIPÓTESIS ....	54
A. APLICACIÓN DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN .....	55
B. PREVALENCIA DEL DERECHO PENAL SUBJETIVO <i>IUS PUNIENDI</i> .....	58
C. OPTIMIZACIÓN DE LOS FINES DE LA PENA .....	60
D. GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD .....	61
<b>CAPÍTULO IV: PROPUESTA LEGISLATIVA .....</b>	<b>64</b>
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>67</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>68</b>
<b>LISTA DE REFERENCIAS .....</b>	<b>69</b>

## LISTA DE ABREVIACIONES

**C.P.P.:** Constitución Política del Perú.

**C.C.:** Código Civil.

**N.C.P.P.:** Código Procesal Penal (2004).

**Art.:** Artículo de un determinado cuerpo normativo.

## RESUMEN

El artículo 24 del Código Penal acerca de la responsabilidad penal de los instigadores, establece que, el instigador del delito será reprimido con la pena que corresponde al autor, frente a ello, el artículo 26 del citado cuerpo legal, establece a su vez, que las circunstancias que modifiquen la responsabilidad penal del autor o partícipe no afectan a los demás autores o partícipes. Sin embargo, el artículo 25 indica que los cómplices intervinientes responden por el mismo delito imputado al autor. De esta manera, se evidencia un trato desigual de los cómplices frente a los instigadores, a pesar de que ambos sean partícipes en el hecho delictivo. Es por ello que en el presente trabajo se establece como hipótesis, que los fundamentos jurídicos para modificar el artículo 24 del Código Penal son: a) La aplicación de la Unidad del Título de Imputación; b) La prevalencia del Derecho Penal Subjetivo; c) La optimización los fines de la Pena; y c) La garantía del Principio de Legalidad. En tal sentido, y para lograr dicho objetivo se utilizó el método dogmático; consiste en analizar el artículo penal en cuestión y a partir de ello hacer una valoración de este; por su parte, durante dicho proceso también se utilizó la técnica de revisión documental, a través del estudio de la bibliografía correspondiente para poder presentar una propuesta de *lege ferenda* que resuelva el vacío de punibilidad advertido.

**Palabras clave:** *Autoría y participación, instigación en los delitos contra la administración pública, teoría de la unidad de imputación,*

## **ABSTRACT**

*By virtue of article 24 of the Penal Code regarding the criminal responsibility of the instigators, it establishes that the instigator of the crime will be punished with the penalty that corresponds to the author, against this, article 26 of the aforementioned legal body, establishes in turn, that the circumstances that modify the criminal responsibility of the author or participant do not affect the other authors or participants. However, article 25 indicates that the accomplices involved are responsible for the same crime as the author. In this way, there is unequal treatment of the accomplices compared to the instigators, despite the fact that both are participants in the criminal act. That is why in this work it is established as a hypothesis that the legal foundations to modify article 24 of the Penal Code are: a) The application of the Unit of the Imputation Title; b) The prevalence of Subjective Criminal Law; c) Optimizing the purposes of the Penalty; and c) The guarantee of the Principle of Legality. In this order of ideas, our general objective was to establish these foundations; being that, for this purpose, the dogmatic method was used; It consists of analyzing the criminal article in question; In the same way, during said process, the documentary review technique was used, through the study of the corresponding bibliography to be able to present a proposal de lege ferenda that solves the void of punitiveness noted.*

*Keywords: Authorship and participation, instigation in crimes against public administration, theory of the imputation unit.*

## CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El derecho penal tiene características específicas que lo diferencian de otras ramas del derecho; y, es la naturaleza punitiva su característica diferenciadora más importante. No existe otra rama del derecho que como el derecho penal esté legitimado para afectar derechos fundamentales de la persona vía la imposición de una pena. El Estado expresa su realización a través del derecho penal ejerciendo la potestad punitiva o *ius puniendi* a aquellas personas a quienes luego de un debido proceso y sobre la base de una imputación suficiente y necesaria, se le ha podido probar la responsabilidad en la comisión de un delito, sea como autor o sea como partícipe (Villavicencio Terreros, 2017, pág. 93).

Lo anterior implica que el derecho penal comprenda como contenido una pluralidad de constructos dogmáticos con los que los operadores jurídicos puedan desentrañar los fines para los que dichos constructos fueron diseñados, viabilizando la realización del derecho y el logro de la justicia. Así, por ejemplo, el *iter criminis*, elaborado para determinar el camino que sigue el delito y establecer la delimitación de aquel campo desde el que el Estado puede aplicar una pena y en qué momento de ese *iter* ésta no se justifique. Y, a partir, asimismo, de ciertos criterios, orientar respecto a la determinación del momento en que empieza la ejecución del delito a fin de no sancionar injustificadamente o hacerlo indebidamente. Lo mismo ocurre cuando se trata de la determinación de quién es autor del delito o partícipe en el mismo;

constructo respecto del que los autores han elucubrado y sistematizado sus opiniones en diversas teorías, cada una con sus correspondientes argumentos sustentadores que han sido asimilados por los sistemas judiciales del mundo, acompañados por el desarrollo del conocimiento en un momento histórico determinado (Mejía, 1998, p. 26).

Es así como la doctrina penal registra las teorías subjetivas, formal objetivas, material objetivas, entre otras, vinculadas a la autoría y participación. Un tema singular dogmático penal es el referido a la determinación de la imputación de la acción o del resultado al sujeto o relación causal entre la acción y el resultado producido, explicado antes desde las teorías fenomenológicas como la de la *conditio sine qua non*, y que ahora tienen explicación más científica desde la teoría de la imputación objetiva. Situación similar ocurre en relación a la teoría de delito y la trascendencia que éste tiene en la determinación de sus elementos integrantes y el contenido que cada uno de ellos tiene, teoría que constituye una herramienta fundamental con que cuenta los operadores jurídicos para afirmar categóricamente que se está o no frente a un hecho considerado por el Estado como un delito (Díaz & Conlledo, 2008).

Esta sistematización del conocimiento dogmático penal se ha hecho más exigente y notable en los últimos veinte años. En este último período el derecho penal ha sufrido grandes transformaciones en el proceso de sometimiento a los rigores de la interpretación de los juristas, lo que hace que esta rama del derecho sea la que mayormente presenta una nueva y

revolucionaria dimensión y, es que, tiene que estar en condiciones tales que los Estados se encuentren en condiciones óptimas para enfrentar el avance de la criminalidad. No puede concebirse un derecho penal alejado de una visión y constatación objetiva y material del desarrollo social. El derecho penal debe responder a esa realidad, a esa sociedad (Núñez Vaquero, 2013).

La sistematización del conocimiento jurídico penal vinculado a una circunstancia determinada (el delito, iter criminis, autoría y participación, tentativa, imputación objetiva, etc.) no siempre ha sido pacífica, lo que explica la diversidad de teorías respecto de cada uno de los temas aludidos. Como se ha dicho, *supra*, el desarrollo del conocimiento científico, los cambios y/o fenómenos sociales, la rigurosidad o no de la interpretación y redimensionamiento de las teorías, la necesidad de adaptación a los fenómenos sociales para enfrentarlos de mejor manera, entre otras causas, hacen que las teorías sufran transformaciones, las que se expresan más notablemente a través de las decisiones de los jueces de la república (Adler, 2018).

Dentro de este marco general es que el investigador constata que, en el Perú, durante los últimos 10 años, se ha producido un especial proceso de interpretación de las teorías de la unidad o la ruptura del título de imputación en el caso de los delitos especiales, particularmente en los delitos contra la administración pública; proceso que se manifestó sorprendentemente a través de resoluciones contradictorias expedidas por las Salas Especiales Penales de la Corte Suprema de la República, generándose una difícil y riesgosa

situación de inseguridad que se pretendió resolver a través de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1351 publicado en el diario “El Peruano” el 07 de enero del 2017.

La promulgación del citado Decreto Legislativo, sin embargo, no ha puesto término al problema. Si bien imperativamente se ha dispuesto que los jueces consideren al cómplice atribuyéndosele la imputación del mismo delito que se atribuye al autor (esto es, por ejemplo, autor de peculado y al cómplice como cómplice de peculado), lo mismo no ha ocurrido con la fórmula legal contenida en el artículo 24 del mismo cuerpo normativo adjetivo, cuya fórmula se refiere al instigador, artículo en que se afirma que “El que, dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible, será reprimido con la pena que corresponde al autor”.

El problema subsiste, se ha dicho, porque siendo el instigador una clase de partícipe, como lo es el cómplice, no se entiende por qué el legislador ha dado un trato distinto a dicha forma de participación en el delito. Era de esperar que el legislador modifique también el artículo 24 del Código Penal afirmándose en este que también que el que determina a otro a cometer el hecho punible siempre tendría que responder en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.

La preocupación se hace más notable porque el artículo 26 del Código Penal preceptúa: “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno de los autores o partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes de mismo hecho punible”, lo que es interpretado por no pocos operadores jurídicos en el sentido que en caso de los delitos especiales la cualidad del autor no puede transmitirse o comunicarse al no cualificado, con lo que sería de aplicación la teoría de la ruptura del título de imputación; esto es, al sujeto cualificado se le atribuiría el delito especial y al no cualificado se le tendría que atribuir el delito común.

Esta situación especial se ha generado por la poca difusión y/o desconocimiento respecto a si las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipe son parte del tipo penal (y por tanto, parte integrante de la tipicidad) o son parte de la culpabilidad. La ubicación de dichas circunstancias y cualidades en uno u otro elemento del delito tiene efecto en el título de imputación atribuido al instigador: o responde en referencia al hecho punible cometido por el autor cualificado, o responde por otro delito, al no comunicarse a aquellas circunstancias y cualidades del autor, conforme a la literalidad del artículo 26 del Código Penal en que se consagra precisamente el principio de incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades (“Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipe no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”).

En ese sentido, en la presente investigación, mediante el método sintético se procederá a realizar un análisis integral de las normas penales que regulan la autoría y participación del delito, haciendo énfasis en la reciente modificatoria del artículo 25 del Código Penal, que establece que el cómplice siempre responde en referencia al delito cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él, a efectos extender dicha responsabilidad penal a los otros partícipes del delito “Instigador” y de este modo, mejorar la técnica legislativa y los criterios normativos de algunos tipos penales para contribuir a la mejora de la correcta administración de justicia.

En ese orden de ideas, conforme al método antes citado, realizaremos un estudio minucioso de la teoría de la unidad del título de imputación y de la teoría de la ruptura del título de imputación, asimismo determinar los aportes y limitaciones de cada teoría, en razón de modificar el artículo 24 del Código Penal Vigente y establecer la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales.

Además, en un estado constitucional de derecho en que el proceso de institucionalización democrática no está consolidada sino que es aún débil, no puede mantenerse una situación como la antes descrita; esto es, una situación de incertidumbre e inseguridad manifestada a través de las resoluciones judiciales contradictorias expedidas por órganos jurisdiccionales de diversa jerarquía, lo que se ha visto agravado con la modificación legislativa del

artículo 25 (Complicidad) del Código Penal sin que se haya modificado el artículo 24 (Instigación) de mismo cuerpo normativo, en que se comprende a otra clase de partícipe, distinto al comprendido en el citado artículo 25.

Por ello, tampoco es admisible el tratamiento legislativo diferenciado que se ha dado con respecto de la instigación, figura ésta por la que, dada la vigencia y confusión existente respecto a la interpretación del artículo 26 del Código Penal, un sujeto no cualificado que instiga a un cualificado no podría verse afectado por la cualidad de éste. Por eso, se formula el siguiente problema de investigación.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano a efectos de establecer la imputación penal del instigador en la comisión de delitos contra la administración pública?

## **1.3. JUSTIFICACIÓN**

La investigación se fundamenta por las siguientes razones:

### **1.3.1. Justificación teórica**

La presente investigación es importante y se justifica porque permitió obtener conocimientos, basados en la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado, respecto a los fundamentos jurídicos que justifican la modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano, de

tal forma que se pueda establecer la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales.

Ahora bien, los conocimientos observados en las distintas etapas del desarrollo del presente trabajo investigativo, permite ahondar en cuanto al conocimiento que de la teoría de la imputación objetiva se refiere. Al respecto, resulta necesario destacar la importancia de saber ubicar la modificación legislativa que aquí se plantea a fin de determinar si las circunstancias de modificación de la responsabilidad penal, se presentan, ya sea en la categoría de tipicidad o culpabilidad.

Otra importancia teórica que trae consigo la modificación legislativa del artículo 24 del Código Penal Peruano (C.P.), es la de uniformizar los criterios legislativos utilizados en el Código Penal, ello debido a que se presenta una aparente contradicción entre la responsabilidad penal que sigue el autor, frente a la responsabilidad penal del instigador. En consecuencia, resulta necesaria la modificación legislativa aquí propuesta, también por motivos de seguridad jurídica.

### **1.3.2. Justificación técnica-práctica**

Luego de establecer los fundamentos jurídicos para establecer la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales, y ante la modificación que el legislador peruano ha hecho del artículo 25 del Código Penal, que consagra la figura del cómplice, de quien ahora se afirma que siempre responderá en referencia al hecho punible cometido por el autor,

aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él, habiéndose optado por mantener la fórmula originaria del artículo 24 del mismo cuerpo normativo, que consagra la figura del instigador, texto en el que no existe indicación alguna respecto a si el instigador siempre responderá o no en referencia al hecho punible cometido por el autor; por lo que en función a ello, se justifica, ante la necesidad de tener una línea legislativa homogénea entre las dos formas de participación delictiva: el instigador y el cómplice, peor aún si como se ha dicho en líneas precedentes no pocos operadores jurídicos consideran que la consecuencia de la vigencia del artículo 26 del código penal peruano es la aplicación de la teoría de la ruptura del título de imputación y no la unidad del título de imputación.

## **1.4. OBJETIVOS**

### **1.4.1. General**

Los principales fundamentos jurídicos que justifican la modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano a efectos de establecer la imputación penal del instigador en la comisión de delitos contra la administración pública .

### **1.4.2. Específicos**

- a) Establecer el alcance y límites de la aplicación de la Teoría de la Unidad del título de imputación a efectos de establecer la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales.

- b)** Sustentar el ejercicio del derecho penal subjetivo “ius puniendi” a través de una decisión política criminal plasmada en una norma penal a efectos de establecer la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales.
- c)** Describir y explicar los fines de la pena, su importancia y su relación, con la necesidad de modificar el artículo 24 del Código Penal a efectos de establecer la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales.
- d)** Analizar el principio de legalidad con respecto a la modificatoria del artículo 24 del Código Penal Peruano a efectos de establecer la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales

## **1.5. DELIMITACIÓN Y LAS LIMITACIONES.**

### **1.5.1. Delimitación**

#### **A) Espacial**

El trabajo de investigación se desarrolló teniendo en cuenta las normas penales del sistema jurídico del Perú.

#### **B) Temporal**

Considerando la vigencia actual de las normas del Código Penal peruano.

## 1.6. EL TIPO Y NIVEL DE TESIS

### 1.6.1. De acuerdo al fin que se persigue

**Básica.** Es una investigación básica porque pretende proporcionar nuevos conocimientos respecto a la responsabilidad penal del instigador según el artículo 24 del Código Penal peruano. Es decir, la presente es una investigación básica porque permite incrementar aspectos teóricos básicos al conocimiento doctrinario del por qué la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales; es decir, luego del análisis del artículo 24 del Código Penal y de las normas que se relacionan con el tratamiento normativo del mismo, se pueda establecer los fundamentos jurídicos para ello; dado que, se dice que una investigación es básica cuando “es el fundamento de otra investigación” (Carruitero Lecca, 2014, p. 177).

### 1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

De acuerdo al diseño de investigación es descriptiva y explicativa.

**Descriptiva.** Es una investigación descriptiva porque tiene como objeto de investigación el análisis de las variables que contiene el artículo 24 del Código Penal peruano, de tal forma que se comprenda la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales; es decir, es una investigación descriptiva porque “que tienen como objeto central la medición precisa de una o más variables dependientes, en una población definida o en

una muestra de la población” (López Hernani, 2009, p. 45)”, en este caso se realiza respecto a quienes según la legislación vigente considera instigador y por lo tanto será reprimido en referencia al tipo penal que corresponde al autor.

**Explicativa.** Es una investigación explicativa porque se dan razones (fundamentos) por los que se debe modificar el artículo 24 del Código Penal peruano. La investigación explicativa, es la que se orienta al descubrimiento de factores causales (Tantalean Odar, 2015, p. 229); en este caso la investigación se orienta a descubrir y establecer los fundamentos por los que quienes son instigadores y solo deben serlo en el caso que el autor reúne condiciones especiales.

### **1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utiliza Cualitativa.**

La presente investigación es de enfoque cualitativo, porque para el desarrollo y la contrastación de hipótesis no recurre al uso de datos cuantificados según la estadística; dado que, la investigación se realiza en función al desarrollo de la argumentación e interpretación jurídica de las normas, en especial del artículo 24 del Código Penal. Por ello, una investigación cualitativa es la investigación que se realiza con “el propósito es examinar la forma en que los individuos perciben y experimentan los fenómenos que los rodean, profundizando en sus puntos de vista, interpretaciones y significados” (Hernández Sampiere, Fernández Collado, & Batista Lucio, 2010, pág. 359).

## **1.7. HIPÓTESIS**

Los principales fundamentos jurídicos que justifican la modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano a efectos de establecer la imputación penal del instigador en la comisión de delitos contra la administración pública, son:

- a) La aplicación de la Unidad del Título de Imputación,
- b) La prevalencia del Derecho Penal Subjetivo “*Ius Puniendi*”,
- c) La optimización los fines de la Pena; y
- d) La garantía del Principio de Legalidad.

### **1.7.1. Componentes hipotéticos**

Unidad del Título de Imputación.

Derecho Penal Subjetivo “*Ius Puniendi*”.

Fines de la Pena.

Principio de Legalidad.

## **1.8. MÉTODOS Y TÉCNICAS**

### **1.8.1. Métodos jurídicos**

Los métodos jurídicos utilizados en la presente investigación son el método dogmático y el método de la *ratio legis*.

#### **A) Método de la dogmática jurídica**

El presente trabajo de investigación por ser descriptivo, explicativo y de enfoque cualitativo, se utilizó el método dogmático, este método permitió analizar el artículo 24 del Código Penal y de las normas relacionadas en función a la presente investigación, se aplica el

método dogmático porque “es la aplicación de la lógica formal a los casos de derecho” (López Hernani, 2009, p. 45).

## **B) Método de la *ratio legis***

Debido a que el trabajo se desarrolló en función a las normas del derecho sustantivo relacionadas con la imputación y responsabilidad penal del instigador, fue necesario una interpretación superior a la literal y gramatical; es decir que el método de la *ratio Legis* responde a la pregunta para qué se creó determinada norma (Ramos Núñez, 2014, p. 156), de tal forma que permita establecer los principal fundamentos jurídicos que justifican la modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano a efectos de establecer la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales; por lo que se realizó el análisis de las normas que comprometen tal situación.

### **1.8.2. Métodos generales**

Entre los métodos generales que se han utilizado en la presente in investigación son el método analítico- sintético, el método inductivo, entre otros.

#### **1.8.2.1. Método analítico sintético**

Este método permitió separar en sus partes el objeto de estudio, para luego recomponerlo a partir de la integración de éstos, y destacar el sistema de relaciones existentes entre sus partes (Villabela Armengol, 2015, p. 937). En el caso de esta

investigación, permitió analizar el artículo 24 del Código Penal peruano, evaluando de qué manera se puede modificar la responsabilidad penal del instigador, cuando el autor tiene características especiales.

#### **1.8.2.2. Método Deductivo**

La esencia de la deducción como metodología, consiste en ir de lo general hacia lo particular; así, se pretende generar conclusiones de las premisas generales que serán obtenidas de la doctrina y la jurisprudencia, en tanto los diversos acápites sobre los que se encontrará sistematizado el trabajo de investigación, contendrán información sobre los elementos o componentes de la hipótesis. Este método aplicado al campo de investigación del presente trabajo permitió analizar el artículo 24 del Código Penal, desde una perspectiva teórica de casos generales, de tal forma que facilite establecer la particularidad en la que se pueda instaurar los principales fundamentos jurídicos que justifican la modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano a efectos de instituir la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales.

### **1.8.3. Técnicas**

#### **1.8.3.1. Técnica de análisis documental**

Esta técnica se utilizó para analizar documentos y doctrina relacionada con la aplicación del artículo 24 del Código Penal, de tal forma que la información obtenida permita utilizarlo para argumentar la razón de cada uno de los fundamentos considerados en la hipótesis.

### **1.9. POBLACIÓN Y MUESTRA**

Esta investigación, por su naturaleza, no se ha considerado el uso de la población y muestra.

### **1.10. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Luego de revisar los trabajos de investigación de los repositorios de las universidades locales, nacionales e internacionales, así como el repositorio de RENATI, se ha logrado verificar, que trabajos de investigación de manera explícita y específica no existe en las universidades del Perú, aunque sí es rescatable indicar que el trabajo de investigación titulado: “El determinar a otro en la instigación al delito”, presentado en la sección de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, entre sus conclusiones indica

El principal error del concepto de la instigación como forma de participación en el delito es creer que un estado mental llamado influencia psíquica puede servir de contenido al elemento típico determinar a otro.

En esta conclusión se evidencia, que el concepto de instigador se lo realiza desde la visión general; sin embargo, cuando los autores del delito tienen un deber especial, como es el caso de los funcionarios públicos, el instigador

debido a que una vez cometido el delito también se beneficia, es que la postura es de establecer cuáles son los fundamentos jurídicos para que también se los juzgue bajo la figura de autor.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO.**

En un Estado constitucional de Derecho, en el cual, según Guastini (2001), el Estado se desarrolla bajo condiciones de constitucionalización, proceso que implica, la rigidez constitucional, la garantía de la jurisdicción de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la sobre-intepretación de la Constitución, la aplicación directa de las normas constitucionales, la interpretación conforme a las leyes, y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (pp. 155-173). De todas las características de la constitucionalización, es evidente que el presente trabajo de investigación tiene relación con la fuerza vinculante de la Constitución, vale decir que en el caso de la aplicación de las diferentes normas de los diversos cuerpos normativos, entre ellos el Derecho Penal, es importante que las normas, además de tener y sostenerse en la legitimidad, también deben tener soporte en la Constitución, porque ello implica que se da en el desarrollo del cuerpo normativo del desarrollo del Estado.

Por otro lado, cuando se desarrolla el proceso de normas, es importante que las normas tengan un soporte constitucional, porque ello garantizará su eficacia y su validez jurídica, conllevando a ello a una seguridad jurídica del Estado, además de la previsibilidad que plantea el positivismo jurídico, vale decir que las normas que regulan las conductas humanas de una determinada población, deben de promover que estén bien definidas en la aplicación de las

normas, de tal forma que respondan a una validez normativa, sin dejar de lado la validez convencional.

Por ello, las normas jurídicas que regulan las conductas de las personas, deben de tener una validez jurídica fundamentada, en la aplicación de manera que su regulación sea previsible a la conducta de una forma clara y eficaz; de tal forma que, con ello se logre la seguridad jurídica del Estado.

En función a lo anteriormente dicho, el presente trabajo de investigación se basa en los fundamentos básicos y vigentes del positivismo jurídico: la seguridad jurídica y la previsibilidad. La seguridad jurídica, implica, de manera general, “la condición de posibilidad, la garante efectiva que permite a la sociedad ser recipiendario de los valores superiores” (Cobian y Macchiavelo, 1961, p. 28); es decir, que las normas de un sistema jurídico sean las que protejan los bienes jurídicos de la sociedad y con ello un respecto a los derechos fundamentales de las personas.

Por ello, cuando se considera el artículo 24 del Código Penal, por su naturaleza y por ser de última *ratio*, considerando los fundamentos del Positivismo Jurídico, desde su fundamento de la seguridad jurídica, así como de la fuerza vinculante de la Constitución, es importante que esté desarrollado desde el enfoque que permita que la imputación penal del instigador, se debe dar cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales, dado que a juzgar del presente trabajo, en estos casos el juzgador también encuentra beneficios.

## **2.2. PRINCIPIOS DEL PROGRAMA PENAL CONSTITUCIONAL**

En el actual Estado Constitucional de Derecho, la Constitución Política, ocupa un papel protagónico, en la toma de decisiones políticas y jurídicas, así como en la interpretación y aplicación del Derecho, especialmente en lo referido al Derecho Penal, por ser este quien siempre entra en conflicto con los postulados básicos de la Constitución y limita, por su naturaleza, los Derechos Fundamentales de la persona (Sota Sánchez, 2013, p. 4). Por ello, en el caso de las decisiones que implica en el Derecho Penal, sobre todo lo que corresponde a determinar la responsabilidad penal, se debe realizar teniendo en cuenta los principios que regulan el tratamiento punitivo.

### **2.2.1. Principio de la dignidad humana**

La dignidad humana contemplada en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, literalmente menciona: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; por lo que, la persona no debe constituir un medio para lograr un fin, sino que siempre debe constituir un fin, en otras palabras, debe evitarse la instrumentalización de la persona. Es decir, como manifiesta la jurisprudencia alemana, la dignidad humana, no puede ser vulnerado por ninguna ley ni por ninguna otra medida emanada del poder público, por lo que se considera el núcleo inviolable de la persona humana (Montano Gómez, 1998, p. 48); por ello, en los países democráticos la dignidad ha sido elevada a la categoría de fundamento jurídico del Estado, es decir que constituye la base para el desarrollo y

la aplicación de otros principios, así como de la aplicación de las normas penales y de otras ramas del Derecho (Gómez Pavajeau, 2011, p. 36).

### **2.2.2. Principio de presunción de inocencia**

Es importante mencionar que la inocencia, en sus orígenes, se tomó como un estado de pureza absoluta, por lo que la persona mantiene su inocencia hasta que mediante un determinado proceso se demuestre que es culpable de un determinado delito (Benavente Chorres, 2009). Además, según Ferrajoli (2001), la presunción de inocencia expresa a lo menos dos significados garantistas a los cuales se encuentra asociada que son "la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal" y "la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda" (Ferrajoli, 2001, pág. 551). Por ello, el principio y derecho a la presunción de inocencia, es una regla que debe garantizar dos aspectos principales cuando se trata de un proceso penal: el tratamiento del acusado como inocente hasta determinar su culpabilidad, y la condena y pérdida de la presunción de inocencia, solo se debe dar cuando en el transcurso de la acusación y con el juicio oral, mediante la actuación de los medios probatorios, haya sido declarado culpable más allá de toda duda razonable (Higa Silva, 2013, p. 117).

### **2.2.3. Principio de excepcionalidad y necesidad**

Uno de los fundamentos de la legislación penal peruana, es que luego del proceso, es determinar en el acusado, la culpabilidad y punibilidad de la persona que haya realizado conductas delictivas; sin embargo, en el derecho penal, las decisiones que se tomen deben responder a situaciones en que la norma lo regula como necesidad (Neyra Flores, 2010, p. 509). Por ello, en el programa penal constitucional, el principio de necesidad debe asumirse como la importancia que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna posible con el derecho fundamental intervenido (Bernal Pulido, 2003, p. 734)

### **2.2.4. Principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad está dentro del programa penal constitucional, implica que la justificación para la afectación de un derecho constitucional, además de estar dentro de las normas, debe responder también a una restricción necesaria, es decir se debe considerar el equilibrio entre lo sacrificado y la finalidad del sacrificio, de tal forma que responda a un triple juicio: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad sensu estricto (Castillo Córdova, 2004, p. 155).

Además, el principio de proporcionalidad es de disponibilidad del juez, porque al momento de emitir sentencia, debe considerar el conflicto que puede surgir entre los derechos fundamentales y las medidas

tomadas desde el ámbito penal, de tal forma que los fines que se logren con la aplicación de las medidas penales, responda a justificaciones dentro del contexto legal y con absoluto respeto a la dignidad de la persona (Arnold, Martínez Estay, & Zúñiga Urbina, 2012, p. 5).

#### **2.2.5. Principio de la debida motivación**

En todas las resoluciones judiciales, además de un requisito de formalidad, también es un requisito obligatorio de fondo, en el sentido que toda decisión judicial debe tener una debida motivación; es decir, en el caso de delitos, la sentencia debe ser emitida teniendo en cuenta todos los medios probatorios que sustenten la culpabilidad del acusado, de tal forma, que la sentencia emitida, se haga con un irrestricto respecto de las normas vigentes. De ello se puede deducir, que las funciones de la motivación son imperativas para los operadores jurídicos, toda vez que, la motivación es obligatoria para emitir una sentencia que decide una controversia (Talavera Elguera, 2010, p. 17).

### **2.3. ASPECTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES RESPECTO A LA IMPUTACIÓN PENAL DEL INSTIGADOR**

Roxin (1994) para cuando entró en vigor el código penal alemán de 1975 dio un aporte a la doctrina de la autoría y la participación en cuanto al ámbito de la delimitación entre autoría y participación, se reseñaron solo dos notables modificaciones, la primera apoya a la teoría del dominio del hecho el cual sustenta en esta obra al privar la base de la teoría subjetiva de la participación

en un punto decisivo; la segunda contradice la tesis aquí preconizada de quien también sea posible la participación en el hecho no doloso.

Hurtado Pozo, (2005) hace referencia al artículo 26 mencionando que regula la manera como hay que tener en cuenta las circunstancias y cualidades personales de los autores y participantes en el momento de determinar la responsabilidad de cada uno de ellos. Además, menciona que la disposición legal antes referida y contenida en el código penal peruano, consagra la incomunicabilidad de dichas circunstancias, la individualización de la pena respecto a cada uno de aquellos no será influencia favorable o desfavorablemente por la presencia de las circunstancias o cualidades personales en otro de los partícipes. Hurtado Pozo sostiene que cuando el texto de la ley se refiere a las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad, no comprende desde luego aquellas que fundamentan la tipicidad y antijuricidad, y respecto a ello cree conveniente resaltar que el termino de responsabilidad ha reemplazado al de culpabilidad el cual era utilizado en el código ya derogado. La consecuencia más importante que considera el autor acerca de la doctrina aplicada al artículo 26 del código penal es que la pena que haya de imponerse al partícipe no debe ser igual o menor a la que le imponga al autor, en efecto siendo incomunicables las circunstancias y cualidades personales de los partícipes es posible que el autor sea favorecido por una circunstancia atenuante, también es posible que la situación del cómplice sea agravada en relación con el autor. Punto aparte está el proceso de individualización de la pena puede resultar que el cómplice sea sancionado con más severidad que el autor. Esta cuestión se puede

comprender con facilidad si se considera que no hay que fijar la pena solo en función de la naturaleza objetiva del comportamiento del agente, sino de acuerdo con la culpabilidad y responsabilidad de este, además nuestro código admite ese sistema al establecer que la pena se fijara en primer lugar de acuerdo con la culpabilidad (responsabilidad) y en segundo lugar según la gravedad del hecho punible.

Villavicencio (2006), menciona acerca del principio de comunicabilidad que, como considera él, debería llamarse principio de incommutabilidad por cuanto trata de circunstancias y cualidades personales que al darse en alguno o algunos de los participantes en el hecho delictivo no se comunican a los demás. Villavicencio también trata el artículo 26 del código penal que en este proyecto de investigación tiene un lugar muy importante para empezar a desmenuzar la información; sostiene que el anteproyecto de la parte general del código penal del 2004 lo denomina principio de incomunicabilidad y se refiere a los mismos términos que el artículo 26 establece. Aquí yacen discordancias con respecto a opiniones de distintos autores que frente a lo indicado pretenden precisar las circunstancias y cualidades personales señalando que la doctrina permitía darle importancia a la discusión sobre si estas debían tener la condición de permanentes o transitorias, considerándose que lo que interesa es determinar su carácter personal. Entonces al interpretar eso el autor entiende que el artículo 26 del código penal debería haber precisado expresamente que se refiere a las circunstancias y cualidades personales y no a las circunstancias y cualidades materiales, creyendo que se debe afirmar que ellas se refieren a las personales. Lo antes

dicho fue como primer punto, luego el autor redacta la importancia de hacer mención al dilema que se presenta en saber si ellas tratan únicamente de las que hacen la culpabilidad y a la penalidad, o es que se refieren también a las que pertenecen al ámbito de lo injusto. Villavicencio plantea que la doctrina tiene diversas posiciones al respecto, hay quienes consideran que las circunstancias y cualidades personales “son únicamente las que hacen a la culpabilidad, a la peligrosidad y a la punibilidad, es decir, aquellas que no se transmiten en función a la accesoriad limitada” el criterio que sigue esta posición es el de considerar que las calidades personales del autor que integran lo injusto, afectan siempre al partícipe de una manera u otra pues ello se desprende de la accesoriad limitada, mientras que las que hacen a la culpabilidad, a la peligrosidad y a la punibilidad son eminentemente individuales.

Villa (2008) menciona respecto a las circunstancias atenuantes, Villa Stein sostiene que dentro de estas circunstancias se encuentra la adicción en cualquiera de sus formas, la intoxicación, los estados pasionales, extrema necesidad social del infractor. Además, dice que se consideran atenuantes post delictuales: la reparación espontánea del daño, el arrepentimiento y la confesión sincera. Punto aparte también nos habla acerca de las circunstancias agravantes en donde el autor sostiene que están suponen mayor gravedad del hecho y mayor reproche para el autor: los casos de enañamiento, alevosía, disfraz, abuso de superioridad, precio, recompensa, abuso de confianza, móviles deleznable, móviles racistas, reincidencia y reiteración. Aquí también se comenta un poco de derecho comparado; el

código español conceptúa en su artículo 22° inciso 8 como circunstancias particularmente agravante, la reincidencia definiendo su existencia cuando el autor haya sido condenado por delito comprendido en el mismo título del código, y la acción sea de la misma naturaleza, mencionando este punto por considerarlo un saludable y realista institutos a que siempre tuvieron presencia y que, por un criterio de humanidad mal entendida se la había suprimido dado que, es indiscutible que “la reincidencia evidencia en el sujeto una actitud de rebeldía y desprecio hacia el reordenamiento.

Sánchez y Otros (2009), desarrollan respecto a la responsabilidad y la culpabilidad de los autores y partícipes en el hecho delictivo. Trata de superar la concepción de culpabilidad como mero reproche del autor que, en una situación dada, hubiera podido motivarse de acuerdo con la norma y no lo hizo. Un concepto de culpabilidad así formulado es limitado y meramente formal. Limitado por cuanto no comprende y si lo hace es parcialmente, la valoración requerida, que no ha de versar solo sobre la concurrencia de los requisitos del reproche de culpabilidad, sino también sobre las concurrencias de los políticos-criminales en cuya virtud ha de hacerse al sujeto responsable de su conducta.

Esta propuesta no entra en la cuestión de si el sujeto pudo haber actuado de otro modo, sino que se limita a postular que cuando goce la capacidad de control y, con ella, de asequibilidad normativa se le trate como libre. Sin el conocimiento de un nivel de decisión, cualquier pretensión prevenida sería inadmisibles y absurda, ya que la prevención supone interposición de factores

del comportamiento a los aunque no sean decisivos, se les supone cierta eficacia incompatible con el determinismo. La cuestión que supone el autor es mantener como presupuesto de la dignidad de la persona una capacidad de decisión.

Velásquez (2010), en su libro titulado Manual de Derecho Penal parte general, sobre la comunicabilidad de circunstancias en la ley penal, describe la circunstancia como aquella expresión que tiene sus orígenes en las raíces *circum* que significa “circulo” y *stare* que significa “estar”, es decir, estar alrededor de, cerca de, de lo que se entiende según el léxico, que es todo “accidente de tiempo, lugar, modo, etc.”, que se encuentra unida a la sustancia e algún hecho o dicho, lo que en lo referido al derecho penal, equivale a designar lo accesorio al tipo penal. De esta forma, una cosa es circunstancia y otra es elemento del tipo o de los hechos constitutivos de la infracción penal, pues, mientras este configura la estructura misma del supuesto de hecho, aquella apenas juega un papel secundario, pues no está contenida en la descripción correspondiente.

Según el autor desde el punto de vista doctrinario, las circunstancias han sido clasificadas de diversas maneras: en primer lugar, según su origen, se dividen en personales, esto es, las que hacen referencia a ciertas cualidades o condiciones del agente, como sucede, *verbi gratia*, con el atributo de servidor público, ascendiente o descendiente, cónyuge, etc. y materiales, es decir, las atinentes a aspectos de modo, o lugar.

En segundo lugar, si se tiene en cuenta su naturaleza, pueden ser subjetivas o referidas a la persona del sujeto y objetivas, las atinentes al aspecto externo del delito mismo o a los medios.

En tercer lugar, con base en los efectos, se clasifican en agravantes cuando aumentan la pena atenuante si la disminuyen y excluyentes de la punibilidad, si su consecuencia es la exclusión de pena.

En cuarto lugar, si se atiende al ámbito donde operan, se clasifican en genéricas, si tienen alcance para todas las figuras consagradas en la ley penal, y específicas, cuando se refieren a un determinado género de figuras típicas o a cierta especie de ellas.

Desde la jurisprudencia, es importante rescatar jurisprudencias en las que los jueces han tratado de superar y esclarecer la problemática que aborda el presente trabajo de investigación. Se han considerado los siguientes:

La Ejecutoria Suprema del 14 de enero de 2003 (Exp. 3203-2002, Lima) se estableció que las condiciones personales del autor vinculadas al injusto, son transmitidas al partícipe, puesto que, por el principio de accesoriedad, los partícipes deben ser enmarcados en el mismo *nomen juris* delictivo.

De igual modo, en la Ejecutoria Suprema del 14 de noviembre de 2003 (R.N. 1813-2003, Lima), de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema se expuso que nuestro Código Penal regula la participación bajo el principio de accesoriedad (limitada) y la Teoría del Dominio del Hecho para determinar la

autoría. Por tanto, al carecer de autonomía y estructura delictiva, corresponde aplicar la unidad del título de imputación.

La Jurisprudencia Vinculante, a través de la Sentencia Casatoria N° 3672011-Lambayeque, señala que es necesario tener en consideración la teoría bajo la cual se responsabiliza al autor de un delito, esta es, la teoría es la del dominio del hecho por la que es autor quien ostenta el dominio sobre el resultado del hecho, y, por otro, es partícipe quien contribuye con autor, sin tener el dominio del hecho. Resaltando que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada (principio de accesoriadad) a la acción del autor.

El Precedente Jurisprudencial del 11 de octubre de 2004 (R.N. 375-2004, Ucayali) reitera lo anteriormente mencionado afirmando que el principio de accesoriadad es válidamente aplicable a la participación del extraneus, en tanto la relación que normativamente interesa no es la del partícipe y autor, sino la del interviniente y hecho. La R.N. 2976-2004, Lima complementa la posición establecida por la Corte Suprema, pues entiende que no se requiere que el cómplice goce de la calidad jurídica del autor para ser imputado como partícipe del delito especial, pues este no es un autor sino un simple partícipe. Esto, mencionando de nuevo el principio de accesoriadad. El criterio del Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116 en este interminable debate jurisprudencia y doctrinario, asentando la posición de que el *extraneus* puede participar en delitos funcionariales, porque la participación de este no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que esta depende

accesoriamente del hecho principal, pues el hecho punible corresponde al autor y constituye una imputación única.

Sin embargo, también existen Jurisprudencias que se contraponen a esta posición, por ejemplo, la Sentencia Casatoria N° 782 – 2015 Del Santa, deja sentado como Doctrina Jurisprudencial respecto a la Incomunicabilidad en las circunstancias de participación, una posición totalmente antagónica a la Jurisprudencia antecesora, pues realiza una interpretación bajo el criterio de la Teoría de la ruptura del título de imputación, lo cual indica que el status de autor (cualidad especial) impide que se pueda imputar la misma responsabilidad a un *extraneus*. Sostiene que nadie más que el *intraneus* puede quebrantar la norma de conducta, y todo aporte o apoyo que reciba escapará del radio punitivo de la norma, la cual sólo alcanza al sujeto con cualidad especial. Es decir, sostiene la idea de que si el sujeto partícipe de un delito especial, no posee la calidad de funcionario público (y, por tanto, no teniendo la cualidad especial para la configuración del delito), no pueden ser imputados por un delito de función a título de complicidad. Esto, en virtud de la aplicación de la Teoría de la Ruptura del Título de Imputación, dado que el *extraneus* no posee la calidad jurídica requerida para el delito especial, siendo este ajeno a la administración pública. Esta teoría opta por la tesis de que los *intraneus* y *extraneus* deben responder por la naturaleza de su contribución en el delito, siendo cada uno distinta, por lo que el autor deberá ser imputado a título de delito especial y el partícipe a título de un delito común homologable. Asimismo, refiere que aplicar la misma imputación tanto al *intraneus* como al

extraneus, sería violar el principio de legalidad, bajo la interpretación realizada al artículo 26 (incomunicabilidad de las circunstancias) del Código Penal peruano.

El Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116 (que, por cierto, es el que puso el actual criterio interpretativo respecto al artículo 26), no fue ajeno a la evidente y problemática contradicción entre el Acuerdo Plenario N° 2 – 2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011 (Cfr. Fundamento Jurídico 12°), como en la Casación N° 782-2015 procedente del Santa del 6 de julio de 2016 (Cfr. Fundamento Jurídico 10°), en el que trata de argumentar la correcta aplicación de la norma, trayendo a colación su antecedente histórico, pues dicha norma se encontraba en el Código Penal de 1924. Se menciona que su disposición normativa nunca estuvo dirigida a delimitar la calidad o condición particular del autor de forma exclusiva en un delito. Además, pone énfasis en las circunstancias a las que refiere el artículo 26, mencionando que estos no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor potencial. Además, el acuerdo plenario en mención, explica el principal fundamento las antagónicas posiciones doctrinarias adoptadas por la Jurisprudencia, por un lado, los defensores de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación sostienen que la participación se rige bajo el principio de accesoriedad; es decir, que su complicidad no actúa no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal, porque esta no posee autonomía delictiva propia. Por otra parte, los que divergen con dicha posición y optan por la Teoría de la Ruptura del Título de

Imputación, sostiene que el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio, debido a que el *extraneus* no posee las cualidades especiales del *intraneus* que incurre en el delito especial.

Respecto a la condición funcional, esta no debe ser entendida como una circunstancia para medir la intensidad de la punición del delito, sino un elemento constitutivo fundamental para que el hecho punible se pueda configurar y realizar. Por lo tanto, se afirma que los delitos funcionariales o de infracción de deberes institucionales no reproducen circunstancias específicas, sino un modelo específico de autor. Siendo así, deja en claro que ha existido una incorrecta interpretación del artículo 26, pues de ninguna forma esta disposición normativa está enfocada teóricamente a excluir la accesoriadad de un *extraneus* como cómplice o instigador de un delito especial que sólo puede ejecutar el funcionario público.

## **2.4. TEORÍA DEL DELITO**

La teoría general del delito, es aquel instrumento conceptual que se encarga de establecer y determinar aquellas características comunes que se deben concurrir necesariamente en un hecho para que éste sea calificado como delito (Reyna Alfaro, 2016, p. 117).

El objeto de la teoría del delito, es establecer un orden racional y, por lo tanto, fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado. La teoría jurídica del delito es, en consecuencia, una propuesta, apoyada en un método científicamente

aceptado, de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley penal (Bacigalupo, 1999, p. 67).

También se puede definir a la Teoría del Delito, como un sistema de hipótesis en el que se exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación, teniendo en cuenta el sistema jurídico, de una consecuencia jurídico penal a una acción humana (Muñoz Conde & García Arán, 2002, p. 203).

Por otro lado, es importante mencionar que:

La teoría del delito se estructura, además, en un sistema de conceptos, es decir, que las relaciones entre unos y otros conceptos responden a unas ideas generales ordenadoras. La importancia del sistema de la teoría del delito, en su concepción clásica, consiste en que este permite inferir consecuencias lógicas que no estarían expresadas en la ley y posibilita un tratamiento igual de cuestiones iguales, y desigual de las desiguales. En este sentido, la teoría del delito presupone que el legislador ha adoptado sus decisiones de una manera razonable a partir de un punto de partida conocido y cognoscible. La lógica del sistema derivado de este punto de partida del legislador garantizaría, en consecuencia, una aplicación de la ley según el principio de legalidad. Implícitamente esta justificación del sistema admite que el texto de la ley es tan claro que, por lo menos, el punto básico del que ha partido el legislador puede conocerse indubitablemente a través de los pensamientos expresados en la misma ley (Bacigalupo, 1999, p. 68).

A partir de ello, es importante mencionar que la teoría del delito permite, en base a la dogmática y las normas que regulan un Estado democrático, subsumir una determinada conducta dentro del tipo penal correspondiente; es decir, que la teoría general del delito es de suma importancia y utilidad al momento de resolver, de dar solución a casos prácticos, siendo considerada como herramienta indispensable para determinar la existencia del delito.

(Reyna Alfaro, 2016, p. 119).

Para comprender, la teoría del delito, es necesario conceptualizar el delito como tal. Por ello, en la teoría general del delito, como sistema de filtros, considera a la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, como elementos del delito (Bacigalupo, 1999, p. 70). La tipicidad es la primera categoría de la teoría general del delito y es también la primera al momento de resolver los casos prácticos recurriendo a la teoría general del delito (Reyna Alfaro, 2016, p. 124).

La antijuricidad, hace referencia cuando una conducta es contraria al ordenamiento jurídico, vale decir a lo que establece las normas, es decir en forma general, es contraria al derecho. Por ello, Antijurídica es una acción típica que no está justificada. Ya se trate de la realización de un tipo de comisión o de omisión, o de un tipo doloso o culposo, en todo caso la antijuricidad consiste en la falta de autorización de la acción típica (Bacigalupo, 1999, p. 88).

La culpabilidad como otra categoría de la teoría general del delito, que implica, el establecimiento de que las conductas realizadas por un determinado sujeto, responden a generarle una responsabilidad penal, es decir que quien ha realizado la conducta ilícita, tenga la capacidad de realizarla de manera consciente (en el caso de la comisión del delito) o en el caso de la omisión del delito. En otras palabras, la culpabilidad implica que el individuo tenga la plena capacidad de comprender su comportamiento, el mismo que se encuentra prohibido en el ordenamiento jurídico (Silva Sánchez, 2001, p. 63).

## 2.5. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En un proceso penal, luego de la noticia criminal, es necesario que el órgano persecutor del delito, realice las acciones correspondientes a nivel de investigación preliminar y de la investigación preparatoria, para identificar en base a las normas jurídicas, quienes son los autores y quienes han participado en la ejecución del delito, de tal forma que con ello se determine la culpabilidad y la responsabilidad penal de cada uno de ellos, de tal forma que en sentencia se determine la pena o absolución que le corresponde a cada uno de ellos.

Normalmente, los tipos contenidos en el derecho penal se refieren a la realización del hecho punible por una única persona. Sin embargo, cada tipo de la parte especial aparece complementado por las prescripciones contenidas en la parte general y que extienden la pena a casos en que el hecho es obra de más de una persona. De allí surgen los problemas de diferenciación que sólo se presentan en la medida en que varios concurren al mismo hecho; pues donde alguien ha realizado por sí solo la acción típica, no hay problema alguno en distinguir entre quién ha cumplido el papel protagónico y el que sólo ha tenido una función secundaria (Bacigalupo, 1999, p. 177).

En el Código Penal peruano, en el Capítulo IV, respecto a la autoría y participación, se resalta los siguientes artículos:

El artículo 23 del Código Penal peruano prescribe: “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”; es decir, que la

tipicidad objetiva tiene como uno de sus elementos a los sujetos activos que realizan la conducta típica. En otras palabras, hablar de sujetos activos es hablar de autores del delito. El sujeto activo forma parte de la tipicidad objetiva y el autor es quien tiene el dominio del hecho; en consecuencia, el sujeto activo es también quien tiene el dominio del hecho (Reátegui Sánchez, 2019, p. 117). Teniendo en cuenta el artículo 23 del Código Penal, se pueden mencionar los siguientes tipos de autores de delito:

### **2.5.1. Autoría mediata**

La autoría mediata hace referencia a la realización de la conducta ilícita utilizando a otra persona, la misma que actúa inconscientemente de la trascendencia penal de lo que hace (Pérez Alonso, 1998, p. 144). Es decir, que quien tiene el dominio del hecho es la persona que tiene la intención de cometer el ilícito penal, por lo que la otra persona se encuentra sometida a los propósitos; por lo que, la expresión autoría mediata, implica autoría mediante determinación de otro, pero no autor mediante otro autor (Reátegui Sánchez, 2019).

### **2.5.2. Coautoría**

Para hacer referencia y una mejor comprensión de la coautoría, es preciso mencionar el artículo 23 del Código Penal; por lo que, la coautoría se basa en el supuesto de vínculo de solidaridad para ejercer el ilícito penal; vale decir que, todos los que actúan en la realización de conductas ilícitas responden con la misma

responsabilidad penal, de tal forma que, más allá de las atenuantes o agravantes que pueden tener cada uno de ellos, la imputación es la misma para todos quienes participan de manera conjunta (solidaria) en la comisión del delito (Reyna Alfaro, 2016). A esto se suma que, coautor es “aquel que tiene los atributos y cualidades exigidos para configurar al autor que concurre con otro u otros a la comisión de un hecho delictivo común, sea que uno lo realice en su totalidad o que cada uno lleve a cabo una parte de la acción típica, o que del mismo modo todos se valgan de otro u otros, que actúan como instrumento, para cometer el hecho” (Reátegui Sánchez, 2019, p. 119).

## **2.6. INSTIGACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO**

En el artículo 24 del Código Penal peruano, prescribe: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”, de este artículo se puede desprender que, quien instiga a otro para la realización de un ilícito penal no es el autor del delito, pero sí es la persona que mediante la inducción provoca para que el inducido cometa el ilícito, pero la inducción es realizada dolosamente, de tal forma que la otra persona realiza el hecho delictivo, sin necesidad que ello implique dar origen al plan de ejecución de las conductas ilícitas (Gómez López, 2010, p. 1220). Por otro lado, es preciso mencionar que, la instigación tiene que ser a un hecho determinado y persona determinada, de ahí que la provocación jamás pueda ser instigación ni tampoco serlo la apología del delito. Es por eso, que el Código Penal peruano exige que la inducción sea directa a un determinado hecho y que sea a otro una determinada persona (Busto

Ramírez & Hormazábal, 1999, p. 301).

En el Recurso de Nulidad N° 1094-2005- La Libertad, caso Pérez Arroyo, respecto al instigador menciona lo siguiente: “Tendrá condición de instigador el agente que no solo indica a los autores la posibilidad de la comisión del ilícito en perjuicio del agraviado, sino que determina a que lo perpetren, proporcionándoles además información esencial para su materialización e indicándoles las acciones que deben realizar” (Villavicencio Terreros, , 2009, p. 338).

## **2.7. TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO**

En primer lugar, es preciso mencionar que:

La teoría del dominio del hecho define al autor como aquel que ejerce el dominio del hecho dirigiéndolo a la realización del delito. Actualmente se entiende que el dominio del hecho asume tres formas diversas: dominio de la propia acción, dominio del hecho a través del dominio de la acción ejecutiva de otro (autoría mediata), dominio conjunto con otro del hecho (dominio funcional del hecho; coautoría) y dominio de la acción de otros mediante un aparato organizado de poder (Bacigalupo E, 2008, p. 158).

Por ello, cuando se habla de la Teoría del dominio del hecho, lo esencial para la autoría no es, sin embargo, solo la presencia de una voluntad del contenido, querer el hecho como propio, sino que la realización de esa voluntad debe además tener lugar, de modo que la misma se ejecute bajo su dominio, que la voluntad domine y dirija también la ejecución que sirve a su realización (Scheller D´angelo, 2011, p. 241).

Para esta teoría autor es el que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el sí y el cómo de la producción del delito; por lo tanto es aquel sujeto que dirige el proceso que desemboca en dicha producción (Ruilova Santander, 2019, p. 56).

Welsel, citado por Ruilova (2019), se identifica como el primer defensor exitoso de la teoría del dominio del hecho, lo hace al referirse en un trabajo de 1939, en donde niega desde sus inicios la posibilidad de distinguir entre autor y participe, señalando que todo aquel que ponga una condición para el resultado, será autor, “pero si señala que existe coautoría en aquellos sujetos que realizan acciones preparatorias o de simple auxilio, siempre que intervengan en la decisión final” (p. 57).

## **2.8. TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER**

Salinas Siccha, citando a Schünemann, menciona que, según la teoría del dominio del hecho, que es autor quien domina el evento delictivo. Es autor quien tiene las riendas del acontecimiento criminal. Luego, el dominio ejercido sobre otros en la autoría mediata y el dominio común mediante división de tareas en la coautoría, son expresiones del concepto tipológico (typus) de la teoría del dominio del hecho (Salinas Siccha, 2017).

Teniendo en cuenta otra publicación de Salinas (2010), como ejemplo de los delitos de infracción de deber, menciona que la mayoría de delitos se tipifican en el Código Penal peruano con el título de delitos contra la administración pública, en los cuales autor es aquel sujeto que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal (p. 122)

En otras palabras, quien tiene el dominio para hacer o dejar de hacer el ilícito penal, es quien tiene el dominio del hecho, por ejemplo, en el caso de un

funcionario público tiene el dominio sobre el patrimonio. Por eso, el problema que se presenta aquí consiste en cómo deben aplicarse las reglas de "autoría y participación" en estos delitos cuando intervienen en la ejecución de los hechos tanto sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal (*intraneus*) como otros que no la poseen (*extraneus*) (Abanto Vásquez, 2004, p. 4); el problema se incrementa aún más cuando en la consumación del delito existen varias personas involucradas.

## **2.9. TEORÍA DE LA UNIDAD DE TÍTULO DE IMPUTACIÓN**

De manera general, la Teoría de la Unidad de Título de imputación menciona que tanto el *extraneus* (que no tiene la función deber), así como el *intraneus* (que tiene la función de deber), cometen un solo ilícito penal, por lo que ambos deben ser sancionados bajo la misma naturaleza de participación (García Cavero, 2009).

Cuando se habla de Teoría de la Unidad de Título de imputación, es necesario precisar que el ilícito penal, si bien es cierto puede haber concurrencia de otras personas que no tienen el deber de cuidado; sin embargo, para que haya dicha concurrencia, es necesario que el autor realice el injusto penal, aunque en el caso del delito de colusión, para la consumación del delito es necesario que el *intraneus* y el *extraneus* confabulen en perjuicio del patrimonio del Estado, dado que existen los sujetos activos, que conciertan y atentan contra el patrimonio del Estado al momento de realizar la contratación (IDEHPUCP, 2018". Por ello, bajo la perspectiva de la Teoría de la Unidad del Título de imputación, tanto el funcionario público, así como el *extraneus* deben

responder bajo las mismas condiciones ante un ilícito penal, sobre todo, y de manera específica, cuando se trata de delitos contra la administración pública en su modalidad de colusión.

En el Acuerdo Plenario 2-1011, en los fundamentos 10 y 11, literalmente menciona:

Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio -claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto (Fundamento 10).

Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “extraneus”, que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “extraneus” (Fundamento 11).

Por ello, en el mismo acuerdo plenario se menciona que: “un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes, y el *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial”. Es decir, que según el Acuerdo Plenario 2-2011, los delitos contra la administración pública restringen el círculo de autores; sin embargo, se admite la participación del *extraneus*, que no ostenta la obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice (Maguiña Castro, 2012).

## **2.10. EL DERECHO PENAL SUBJETIVO *IUS PUNIENDI***

Cuando se habla de *ius puniendi* como derecho subjetivo del Estado, implica la potestad del Estado para crear normas penales y aplicarlas (Luquín, 2006).

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia emitida por el Expediente 0033-2007-PI/TC, respecto al *ius puniendi*, menciona:

El *ius puniendi* del Estado es entendido como la potestad "que se manifiesta en el aspecto coercitivo de las normas y, por otro, que es también objeto de la regulación de las mismas, así, y siguiendo al mismo autor, "el ejercicio de su poder punitivo está determinado por las opciones sociales y políticas que haya adoptado en relación con la organización de la comunidad, en general. Por lo tanto, la política criminal del Estado se halla encuadrada y condicionada por su política social general" (Hurtado, 2005). En este sentido la persecución y sanción de conductas delictivas, en un Estado Social y Democrático de Derecho implica el diseño general de las políticas criminales las que no se agotan con la descripción típica de estos ilícitos sino también, entre otros, con la ejecución de la pena. Así, el *ius puniendi* del Estado funciona con sus limitaciones dentro de un marco penal de la Constitución, bajo los estándares internacionales referidos a la protección de derechos fundamentales y en estricta observancia de los fines de la pena. En este sentido, nuestro ordenamiento Constitucional y las obligaciones internacionales serán el punto de inicio para poder establecer los fines que el régimen penitenciario se ha propuesto lograr y los objetivos que en ella se ha trazado en la Constitución, así como cumplir con los deberes y obligaciones asumidas por el Estado.

Considerando las afirmaciones del Tribunal Constitucional respecto al *ius puniendi*, es importante considerar también los principios que inspiran el mismo, considerando dos grupos de principios: por un lado, los principios limitadores de *ius puniendi* o llamados límites formales; y por otro lado, los límites materiales.

Dentro de los límites formales del *ius puniendi* se consideran el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. Dentro de los límites materiales del *ius puniendi*, se menciona el principio de necesidad de intervención penal,

El Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal, El Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; y como manifestación del Estado democrático: El principio de humanidad de las penas, El Principio de culpabilidad, El Principio de proporcionalidad, y el Principio de resocialización (Hurtdao Pozo, 2005).

### **2.10.1. El principio de legalidad**

Este principio se basa en el Nullum crimen, nulla la poena sine previa lege, es decir no hay delito ni pena sin la ley previa (Bacigalupo E. , 1999), a partir de ello se puede deducir que ante un determinado comportamiento, para ser considerado ilícito penal, así como una conducta antijurídica y punible, debe de estar normado en la ley antes de la realización de la conducta; por lo que, el principio de legalidad penal, permite en un Estado democrático la garantía criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional y la garantía ejecutiva de las sentencias (Arroyo Zapateto, 1983).

### **2.10.2. El Principio de seguridad jurídica**

El principio de legalidad jurídica, necesario en un Estado Constitucional de Derecho, porque es el principio que garantiza el conocimiento por parte de la población de las conductas que el legislador ha considerado como ilícitas o injustos penales, de tal forma que las personas conscientes de sus actos, conozca o asuma la responsabilidad penal y de las sanciones correspondientes (Castillo Alva, 2010).

### **2.10.3. Principio de necesidad de intervención penal**

Si bien es cierto, el Estado tiene todo el poder para intervenir en las situaciones que surgen dentro de su jurisdicción, también es cierto que bajo el principio de necesidad de intervención penal, el Estado puede intervenir de manera justificada, cada vez que resulte necesario pero con la finalidad de mantener su organización política; es decir, que el Derecho penal se legitima, cada vez que su intervención lo haga con la finalidad de proteger la sociedad (Roncagliolo Benítez, 2015).

### **2.10.4. Principio de Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal**

Según este principio el Derecho penal ha de ser la última *ratio*, el último recurso a utilizar, cuando otros medios menos lesivos han fallado. Por tanto, subsidiario en este caso, no significa subordinado, es decir, que el Derecho penal está por debajo de otras ramas del ordenamiento jurídico, sino que se utilizará en última instancia. Y carácter fragmentario del Derecho penal significa que no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así pues, protege contra un fragmento de conductas lesivas, no todas, sólo las más peligrosas (Limaico Limaico, 2015).

**2.10.5. El Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos** La finalidad del Derecho penal desde la perspectiva sancionadora, y desde la perspectiva de prevención, lo hace con la finalidad de proteger los bienes jurídicos, implicando ello el respeto a los derechos de los demás y el cumplimiento de los deberes (Pérez Arias, 2013).

**2.10.6. El principio de humanidad de las penas**

Este es el principio que en mayor medida caracteriza el origen y la evolución del contenido del sistema penal contemporáneo. Nació de la mano de la reivindicación de una humanización de las penas previstas en el Derecho del Antiguo Régimen. Fue un punto central del programa de la Ilustración que concretó especialmente Beccaria en el siglo XVIII y que no ha dejado de inspirar la evolución doctrinal posterior y buen número de las reformas penales que se han producido. Se pasó de un sistema penal que giraba en torno a la pena de muerte y a las penas corporales a otro cuyo núcleo son las penas privativas de libertad (Escobar Murulanda, 2001).

**2.10.7. El Principio de culpabilidad**

Bajo la perspectiva de este principio, la conducta delictiva realizada por una determinada persona, es ella quien asume la responsabilidad penal, si así lo contemplan las normas jurídico penales. Además, este principio contiene al principio de personalidad, el principio de responsabilidad por el hecho delictivo, el principio de dolo o culpa, y el

principio de atribuidad o de la culpabilidad en sentido estricto (Cote-Barco, 2008).

#### **2.10.8. El Principio de proporcionalidad**

Desde la perspectiva del ius puniendi, este principio plantea que, La pena tiene que ser proporcional al hecho cometido. Se trata de una exigencia que no nació para las penas, sino para las medidas de seguridad. Hay dos aspectos que distinguir: por una parte la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (Rojas, 1998).

#### **2.10.9. El Principio de resocialización**

En el caso del Perú, el principio de la resocialización, además de otros articulados constitucionales, recae en el artículo 139, numeral 22 de la Constitución, en cuya directriz indica: “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”; por lo que, si bien es cierto, el responsable de sus conductas ilícitas, es sentenciado a pena privativa de libertad, la finalidad es porque tiene que asumir conductas de resocialización que el Estado brindará dentro del establecimiento penitenciario.

## **2.11. FINES DE LA PENA**

Las teorías de la pena, de manera general, se pueden evidenciar desde tres perspectivas.

### **2.11.1. Teorías absolutas**

Esta teoría responde a la filosofía de la ley del Talión, por lo que la función de la aplicación de la pena responde a la realización de la justicia (Jakobs, 1995, p. 21). En esta teoría se propone que la pena se "...fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición de una pena de ahí que su postulado esencial sea que la pena es retribución del mal causado" (Roxin, 1997, p. 12).

Según Bacigalupo (1999), las teorías absolutas la pena, consideran a la pena como una retribución de una lesión cometida mediante un acto delictivo, teniendo en cuenta que la lesión del bien jurídico protegido mediante normas es producto de un abuso en el uso de la libertad; por lo que, el fundamento de la pena será exclusivamente la justicia; por ello la pena queda totalmente legitimada porque es la forma de retribuir el daño o lesión provocado al bien jurídico ( p. 32).

### **2.11.2. Teorías relativas**

Jescheck (2003), citando a Platón menciona que "...quien aspira a castigar de modo razonable, no debe de realizarlo por el injusto ya cometido, sino en atención al futuro, para que en adelante ni el mismo

delincuente no vuelva a cometerlo ni tampoco los demás, que ven como se le castiga” (, p. 63-64).

La importancia de la pena radica en que procuran legitimar la aplicación de la pena, teniendo previsto un fin determinado. Uno de los objetivos de la pena es la intimidación de otras personas que pueden cometer delitos parecidos; por lo que, se convertiría en una pena preventiva general; por otro lado, otro de los objetivos de la pena según las teorías relativas es en obrar sobre las conductas delictivas del autor, de tal forma que no vuelva a reiterar en la comisión de actos delictivos; en este caso se habla de la teoría preventivo especial o individual de la pena (Bacigalupo, 1999, p. 33).

### **2.11.3. Teorías unitarias**

También reciben el nombre de teorías mixtas, en resumen estas teorías indican que la pena será legítima, si es que es justa y útil a la vez (Reyna Alfaro, 2016, p. 342); desde esta perspectiva es importante mencionar que es una teoría que combina las dos teorías mencionadas anteriormente, con ello se deduce que la pena se debe aplicar a quien comete conductas delictivas y es culpable, pero con la finalidad de que dicha persona asuma su responsabilidad y se cuide a la sociedad de cometer nuevos delitos, así como de formar a quien es sentenciado para que no vuelva a cometer conductas delictivas.

Las teorías mixtas o de la unión, lo que hacen es tratar de combinar los planteamientos de las teorías absolutas y de las teorías relativas;

es decir, en el caso de estas teorías justifican la pena como una forma de reprimir (retribución que plantea las teorías absolutas), y de prevenir (protección según las teorías relativas) al mismo tiempo.

## **2.12. JURISPRUDENCIA**

En la aplicación de las normas penales sustantivas va generando controversias en la solución de conflictos; por lo que, cuando el juez emite sentencias, las personas sentenciadas recurre al recurso de casación, cuyas resoluciones permiten tener fundamentos para emitir otras sentencias. Para este trabajo de investigación se tiene en cuenta las siguientes casaciones:

### **2.12.1. Casación Nº 624-2017: Segunda Sala Penal**

En el fundamento Vigésimo Segundo, menciona:

La instigación es una forma de participación en el hecho punible, y está regulada en el artículo 24° del Código Penal, el cual establece: «El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que le corresponde al autor». Instigar es crear en otro (el autor) la decisión de cometer el hecho punible (dolo). Esto significa que el instigado debe haber formado su voluntad de realizar el hecho punible, como consecuencia directa de la acción del inductor.

En esta sentencia de manera explícita menciona que el instigador o inductor ha conllevado para quien comete el delito, como autor del delito; por eso en el mismo fundamento, la Sentencia menciona:

El inductor es la persona que provoca que otro adopte una resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica, antijurídica, que no tenía previsto realizar, sino es por la intervención del inductor, que a través de mecanismos psíquicos que inciden sobre el proceso de convicción personal del inducido le han determinado a obrar como lo hizo.

Vale decir que el inductor es la persona que es la génesis del delito y con ello conducir al instigado a la realización de la conducta punible; por ello es que el artículo 24 indica que debe juzgarse bajo la responsabilidad de autor.

Respecto a la regulación legal de la inducción, en el fundamento vigésimo cuarto menciona que inducción exige la presencia de dos elementos.

**En primer lugar**, es necesario un elemento objetivo que consiste en provocar la resolución criminal en otra persona. La conducta del autor debe ser objetivamente idónea, para generar en otra persona la decisión de cometer un delito; por lo que no habrá inducción, si la conducta no tiene el sentido social de procurar convencer a otra persona, de cometer un delito. Pero, además, la conducta del inductor debe crear directamente una idea inexistente, de cometer un delito o favorecer de manera determinante la decisión aún no tomada, pero pensada.

**En segundo lugar**, la inducción requiere de un elemento subjetivo, que está constituido por el dolo del inductor, en el sentido de saber que la conducta inductora va a determinar a otra persona a cometer un delito determinado. No es necesario, que el inductor conozca las particularidades del hecho principal, lo cual resulta a todas luces casi imposible; sino, que basta que se lo represente en sus rasgos esenciales. Este aspecto del dolo del inductor constituye el límite de

su responsabilidad penal, pues todo exceso en la ejecución del delito inducido será cuestión del autor.

#### **2.12.2. Casación Nº 683-2018/Nacional**

En esta Casación en el cuarto fundamento al hacer referencia al delito de tráfico de influencias menciona lo siguiente: "... que el sujeto activo del delito de tráfico de influencias – el autor- el vendedor de influencias, mientras que el interesado solo puede ser considerado instigador, siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal"; es decir, que según esta casación, y considerando el artículo 24 del Código Penal, el instigador puede estar entre dos categorías; por un lado, si es como instigador da origen al delito o participa también en la resolución criminal.

#### **2.12.3. Sala Penal Especial: Apelación Nº 08-2018 – Lima**

En este recurso de Apelación, cuando la Sala emite la Casación en el fundamento 13.3, cuando hace referencia (citando a varios autores que aparecen en la Sentencia) a la instigación en el Artículo 24, indica que:

La figura de la instigación prevista en el artículo 24 del Código Penal abarca a quien dolosamente decide a otro a cometer el hecho punible, debiendo diferenciar que "la instigación es una forma de determinación, pero no es la única". Lo que significa hacer surgir en el otro la decisión de cometer el hecho punible.

En este fundamento se evidencia que el instigador es quien de manera intencionada y con conducta dirigida instiga al otro a cometer el delito; por lo que, desde ese razonamiento tanto el instigador como el instigado deben de ser juzgados desde la perspectiva que tanto el autor como el instigador, en un razonamiento profundo es el origen de la comisión del delito.

En la misma Casación, menciona como un caso en el que se evidencia la instigación, en el fundamento 13.4, lo siguiente:

Asimismo, dentro del delito de tráfico de influencias, concurren obligatoriamente una pluralidad de sujetos, según la imputación: el vendedor de influencias como el sujeto activo (Walter Ríos Montalvo), el funcionario sobre el que recae la influencia (jueces de la Sala Mixta de Emergencia del Callao), el comprador de influencias (Marsano Bacigalupo), lo que en doctrina constituye un delito de encuentro por la intervención de los citados, como parte de la tipicidad objetiva.

Se evidencia que, en la Comisión del delito, el instigador juega un papel importante en que se materialice el delito; por lo que, bajo la interpretación del artículo 24 del Código Penal: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”; sin embargo, la tendencia es un análisis desde el punto de vista de extraneus, como puede suceder en delitos como la concusión, la colusión e incluso el peculado.

## CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

### 3.1. PRESENTACIÓN DE LA CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La presente investigación es de carácter dogmático y doctrinario, y al mismo tiempo tuvo como objetivo principal el establecer los principales fundamentos jurídicos que justifican la modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano a efectos de establecer la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales.

En tal sentido se estableció como hipótesis el que los principales fundamentos jurídicos que justifican la modificación del artículo antes indicado son:

- a) La aplicación de la Teoría de la Unidad del Título de Imputación;
- b) La prevalencia del Derecho Penal Subjetivo *Ius Puniendi*;
- b) La optimización de los fines de la Pena; y
- c) La garantía del Principio de Legalidad.

La contrastación de la misma se realiza con la argumentación, recurriendo al análisis de las normas mediante los métodos dogmático, el mismo que se utilizó para analizar el artículo 24 del Código Penal Peruano y las normas relacionadas a este artículo; asimismo, se utilizó el método de la *ratio legis*, el mismo que permitió analizar las normas del derecho sustantivo relacionadas con la imputación y responsabilidad penal del instigador, direccionando en la contrastación las razones por las que se creó la norma.

Los argumentos se desarrollan en base a determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para que la imputación penal del instigador cuando el delito es cometido por autores con elementos especiales, como por ejemplo

la colusión, la concusión, el peculado, entre otros; de tal forma que una vez elaborados los argumentos y determinados los fundamentos jurídicos se proponga una modificatoria al artículo 24 del Código Penal Peruano. La contrastación se realiza de acuerdo a cada una de las categorías de la hipótesis.

En tal sentido, los principales fundamentos jurídicos para modificar el artículo 24 del Código Penal a efectos de establecer la imputación penal del instigador en la comisión de delitos contra la administración pública son:

#### **A. APLICACIÓN DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN**

Es importante considerar que, para argumentar respecto a la aplicación de la Unidad del Título de Imputación, es preciso considerar que, en forma general, la imputación penal, implica el plantear una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho Penal positivo permite atribuir al reglas conductas delictivas que se estime importantes (Mir, 2004, p. 144).

Es decir, considerar que la imputación penal se desarrolla bajo situaciones en las que, quienes participan en un delito deben asumir la responsabilidad del tipo penal, dado que, solo en casos que el ejecutor del delito sea una sola persona, la imputación será solo para una persona, pero en caso que en la comisión del delito participen más de uno, la doctrina tradicionalmente lo clasifica como autores, coautores y partícipes; en otros casos solo en el grupo de autores y partícipes (Jakobs, 2016).

Dentro de este contexto, es importante mencionar que en la comisión de delitos existe una diversidad de situaciones entre quienes realizan la comisión, desde la simple distracción al encargado de proteger el bien jurídico, hasta ser

instigador para la realización de la comisión del delito; por lo que el instigador, de un delito contra la administración pública, cometido por un autor con elementos especiales, el extraneus – instigador, debe de responder en relación al tipo penal cometido por el autor del hecho, ello referido a los delitos de colusión, peculado, concusión, etc.

Ante lo indicado en líneas precedentes y atendiendo las indicaciones de Guastini (1999), cuando hace referencia a las garantías constitucionales en el Estado Constitucional de Derecho indicando que: “normas fundamentales de un determinado ordenamiento jurídico pueden ser consideradas como normas que disciplinan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos”, vale decir que de manera abstracta el Estado mediante el órgano legitimado emite normas para regular las conductas de las personas, de manera específica en caso de normas penales al proteger bienes jurídicos de la esfera personal, que se considera no deben ser vulnerados, así como bienes jurídicos que el Estado ha considerado deben ser protegidos penalmente, es importante que el legislador basado en situaciones basadas en el estudio de la criminología y de la sociología jurídica, en situaciones donde el autor tiene el dominio del hecho y en determinación a los delitos especiales, contra la administración pública, en aplicación a la Unidad del Título de Imputación se debe de considerar al extraneus, en el caso del instigador, como partícipe, del delito contra la administración pública, cometido por un funcionario o servidor público, aunque los elementos especiales que fundamentan el tipo penal no concurren en él, de lo cual en el art. 24 del Código Penal vigente no lo prescribe.

Un caso concreto en el delito de colusión el funcionario y el extraneus (cómplice), como señala el Código Penal, acuerdan en clandestino defraudar el patrimonio del Estado; lo cual para la aplicación del tipo penal se realizará a lo descrito en el Art. 25 del Código Penal Peruano, desarrollándose lo tipificado en su tercer párrafo, describiéndose que el cómplice responde en referencia al delito cometido por el autor (funcionario o servidor público), aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él, dándose una solución al problema para el partícipe - cómplice, pero nada se ha establecido para el partícipe - instigador, prueba de ello es que solo se ha tipificado en el Ar. 24 de la citada Ley, que el instigador es aquel que “Determina a otro a cometer un ilícito penal, este responderá con la misma pena que le corresponde para el autor”, no describiéndose si el instigador al no tener la cualidad especial que tiene un funcionario o servidor público en los delitos contra la administración pública, tal extraneus, responderá o no como partícipe, en el delito especial cometido por el autor del hecho, es por ello que mediante la presente investigación se propone se modifique el Art. 24 de la precitada Ley, con la finalidad que el instigador responda en referencia al delito cometido por el autor aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurren en él, aplicándose para ello la Teoría de la Unidad del Título de Imputación.

Ante esto, es importante plantear el siguiente razonamiento: Si bajo la aplicación de la Unidad de Título de imputación, permite que quienes tienen características especiales y no tiene características especiales (intraneus y extraneus), de tal forma se podrá imputar el tipo penal tanto para el instigador

y autor, en los delitos contra la administración pública, describiéndose taxativamente en el Art. 24 del Código Penal Peruano.

## **B. PREVALENCIA DEL DERECHO PENAL SUBJETIVO *IUS PUNIENDI***

Entre las diversas funciones que tiene el Estado, existe una que consiste en prevenir y erradicar el delito, junto a esta última función es preciso mencionar que el Estado también tiene la capacidad de sancionar a quienes resulten responsables en la comisión de un hecho delictivo, la capacidad del Estado de sancionar a quien resulta responsable de un delito encuentra su fundamento en el *ius puniendi* del Estado. Es decir, el *ius puniendi* es el derecho del Estado para imponer la pena a quien realiza la comisión de un delito; por ello, en el caso de delitos contra la administración pública, tanto al extraneus como al intraneus, por haber vulnerado el bien jurídico de la administración pública, deben de imputarse el mismo tipo penal, el extraneus por ser partícipe del delito como instigador y al intraneus como autor del delito contra la administración pública.

Desde la perspectiva del artículo 24 del Código Penal Peruano y considerando el *ius puniendi* del Estado, es preciso tener en cuenta que al mencionar que quien induce a la comisión del delito contra la administración pública se juzgara en referencia al mismo tipo penal que para el autor del hecho.

La prevalencia del *ius puniendi* en la aplicación de la pena en casos del instigador en delitos especiales, se justifica porque el Estado con la finalidad de prevenir y erradicar los delitos especiales no debe limitarse a tener una

intervención mínima, sino más bien una amplia intervención de tal forma que los extraneus, como instigadores, sean juzgados en referencia al tipo penal que le corresponde para el autor del delito contra la administración pública.

Por otro lado, el *ius puniendi* en casos de delitos especiales, debe prevalecer ante las limitaciones que el Estado pueda tener la capacidad de sancionar a quienes cometan delitos especiales, porque es prioritario que el Estado bajo el interés de proteger los bienes y del buen funcionamiento de la administración pública, a la par de la ejecución de la política criminal, es importante que prevalezca la fuerza del Estado sancionando por igual al autor y el extraneus (instigador), en referencia al tipo penal del delito.

La prevalencia del *ius puniendi* del Estado en relación a su modificación al artículo 24 del Código Penal, se justifica porque en este caso, debido a que por tratarse de delitos especiales, sobre todo los que tienen que ver con delitos contra la administración pública, el Estado debe priorizar la protección exclusiva de los bienes jurídicos, sobre todo cuando se deben aplicar el tipo penal en las que el inductor, por tener la categoría de extraneus, no está claro si debe responder en referencia al delito cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él. Además, según el artículo 25 del mismo cuerpo normativo indica que: “el cómplice responde en referencia al delito cometido por el autor aunque los elementos que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”. En este caso, si bien es cierto tanto el instigador y cómplice están en la categoría de participes, se ha excluido al instigador lo modificado

por el legislador únicamente al cómplice, prueba de ello se describe en su tercer párrafo del art. 25 de la citada Ley.

### **C. OPTIMIZACIÓN DE LOS FINES DE LA PENA**

Los fines de la pena, desde la teoría relativa se basa en la prevención especial y en la prevención general, para el caso de la prevención especial los fines de la pena radican en la resocialización y en el caso de la prevención general corresponde a la coacción psicológica y la intimidación. Además, tener en cuenta que al momento de realizar un proceso penal, tanto el intraneus y el extraneus, sean juzgados por el mismo tipo penal, siendo la pena determinable de acuerdo a las normas vigentes.

El caso que se aplique la calidad de autor en delitos especiales mediante el artículo 24 del Código Penal Peruano, la prevención mediante la intimidación implica que quienes son extraneus, al conocer que serán sentenciados como instigadores y en calidad de partícipes, en los delitos contra la administración pública cometidos por un funcionario o servidor público, permitirá optimizar los fines de la pena. Por otro lado, bajo la teoría de la prevención positiva, quien tiene la calidad de extraneus en los delitos especiales, pero al considerarlos como instigadores bajo la regulación del artículo 24 del Código Penal vigente, permitirá optimizar las funciones de la pena, dado que una vez que se establece que extraneus calificado como instigador será procesado bajo dicha categoría, conllevando ello al reconocimiento del tipo penal de la norma y de la sanción que ello implica.

Sancionar los delitos especiales (intraneus y extraneus), bajo la modificación que se describe en el artículo 24 del Código Penal Peruano, implicaría optimizar la función de la pena, tanto desde el aspecto preventivo, dado que permitirá que quien es propenso como instigador a cometer un delito contra la administración pública, conocerá la norma que le sancionaría, del cual extraneus responderá en referencia al delito cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

#### **D. GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Teniendo en cuenta el principio de legalidad, el mismo que desde el Estado de Derecho, es preciso tener en cuenta que “el principio de legalidad exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista en la ley” (Gonzales- Cuellar Serrano, 2018, p. 81); por lo que, en el artículo 24 del Código penal Peruano, además de lo que está establecido (instigador como partícipe del delito contra la administración pública, cometido por un funcionario o servidor público), también debe estar de manera explícita que en casos de delitos especiales, tal como en los delitos contra los funcionarios públicos, el extraneus debe juzgarse como instigador.

El artículo 24 del Código Penal Peruano, al mencionar que el instigador es juzgado en referencia al delito cometido por el funcionario público, implica que bajo el enfoque del principio de legalidad, en cumplimiento del mencionado artículo, es evidente que el instigador en casos de delitos especiales (delitos contra la administración pública), se debe considerar al extraneus como

instigador, debiéndose describirse en el artículo 24 del Código Penal vigente; con ello, se evidencia y materializa la seguridad jurídica en la protección de los bienes jurídicos.

La garantía del principio de legalidad se evidencia cuando las normas establecidas se aplican de acuerdo a los parámetros de interpretación de la disposición normativa; por ello, en el caso de los delitos especiales, el *extraneus* fácticamente es un instigador por lo que debe juzgarse teniendo en cuenta la modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano, en el cual tal instigador responde en referencia al delito cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.

Además, el principio de legalidad, cuando se trata de determinación legal de la punibilidad, “impone sus exigencias no sólo al juez que aplica la ley, sino también al Parlamento que la dicta. En otras palabras: del principio de legalidad surgen consecuencias para el dictado de la ley y para su aplicación” (Bacigalupo E. , 1999, p. 34); en otras palabras la garantía del principio de legalidad no solo incluye que exista la ley previa (como una de las variantes del principio de legalidad), sino que la ley establecida por el órgano competente, en el caso del Perú por el Poder Legislativo, sea también la ley que permita el juzgamiento de la conducta delictiva como instigador en todos los casos cuando el delito contra la administración pública es cometido por un funcionario público o servidor público, sin hacer diferenciaciones tal como sucede en la actualidad, pues tratándose de delitos especiales, en cuanto respecta al Instigador no está taxativamente, tipificado bajo el principio de

legalidad en la norma, si el *extraneus* debe de responder bajo el mismo tipo penal como partícipe, en el delito contra la administración pública por el cual es cometido por un funcionario o servidor público, ello deberá estar tipificado como modificación en el art. 24 del Código penal vigente.

## CAPÍTULO IV: PROPUESTA LEGISLATIVA

### PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 24 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

#### 4.1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Los motivos que sustentan la propuesta legislativa manifestada en el presente acápite son los siguientes:

1. Bajo la Teoría de la Unidad del Título de Imputación, se argumenta que tanto el *extraneus* como el *intraneus* deberían responder en razón del vínculo que estos poseen con el delito que ha vulnerado a la administración pública, siendo menester realizar la modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano a razón de uniformizar el trato del legislador hacia los instigadores y las otras formas de participación en los delitos que transgreden al bien jurídico aludido.
2. El *Ius Puniendi* deberá prevalecer en razón de la erradicación de la comisión de los delitos de corrupción y de delitos que afectan a la administración pública; así, el trato otorgado al *extraneus* no deberá ser atenuado de manera injustificada o absuelto de toda imputación del delito que pesan sobre él.
3. Desde la perspectiva de la ciencia del Derecho Penal, el seguir manteniendo la fórmula legal plasmada en el artículo 24 del Código Penal Peruano, implica necesariamente una afectación a la

Optimización de los Fines de la Pena, que tanto preventiva como retributivamente, son menguados por el establecimiento de sanciones desproporcionadas a causa de la actual redacción del texto legal.

4. La modificación del texto legal que compone el Código Penal Peruano se ha sustentado en la dogmática; lo desarrollado busca fungir como base para que el legislador acoja la propuesta esbozada, y ello se vincularía con una correcta aplicación del Principio de Legalidad.

#### **4.2. ANÁLISIS DE COSTO- BENEFICIOS**

Debido a que la propuesta de *lege ferenda* planteada ostenta como objeto la modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano, que se condice con la atribución de responsabilidad penal de la figura del *extraneus*, no se presentan costos que afecten al patrimonio estatal. Asimismo, los beneficios obtenidos son conexos a la dogmática penal, y no constituyen bienes patrimoniales.

#### **4.3. TEXTO LEGISLATIVO**

### **LEY QUE PROMUEVE QUE QUIENES COMETEN DELITOS ESPECIALES SE DETERMINE SU RESPONSABILIDAD PENAL DE ACUERDO AL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO**

#### **Artículo 1. Objeto**

La presente ley tiene como objeto la modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano de tal forma que en casos de delitos especiales (delitos contra

la administración pública), el Instigador (Extraneus), responda en referencia al delito cometido por el intraneus (Servidor o Funcionario Público).

### **Artículo 2. Modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano**

Modifíquese el artículo 24 del Código Penal Peruano, con la inclusión del otro párrafo, en los siguientes términos:

El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor. (Contenido normativo actual).

*“El instigador responde en referencia al delito cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él “(Párrafo que se debe incluir).*

### **Artículo 3. Vigencia**

La presente ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial el peruano, comuníquese al señor presidente de la República para su debida promulgación.

## CONCLUSIONES

1. En los delitos especiales se debe aplicar la teoría de la Unidad del Título de Imputación, bajo la regulación del artículo 24 del Código Penal Peruano, en el mismo que se evidencia que el instigador debe responder en referencia al delito cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.
2. En casos de delitos especiales debe prevalecer el derecho subjetivo de los Puniendi del Estado, dado que es una de las formas de garantizar las sanciones penales bajo el argumento de que el *extraneus* es instigador, por lo tanto, su juzgamiento debe responder al tipo penal realizado por el autor en los delitos contra la administración pública
3. La materialización de los fines de la pena radica en la modificación de la aplicación del artículo 24 del Código Penal Peruano en casos de delitos especiales- contra la administración pública, de tal forma que el *extraneus* como instigador, responda en referencia al delito cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.
4. Bajo el Principio de Legalidad, considerando el contenido de la disposición normativa contenida en la modificación del artículo 24 del Código Penal Peruano, se evidencia que el instigador responderá en referencia al delito punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan el tipo legal no concurran en él, descrito ello en la norma para cumplimiento del citado principio.

## RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Poder Legislativo acoger la propuesta formulada en el cuarto capítulo de la presente investigación, a razón de que, en casos de delitos especiales contra la administración pública, el *extraneus* responda a título de instigador cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber. *Revista Penal, nº 14, Julio*.
- Adler, D. E. (2018). *Autoría y delitos contra la humanidad*. Mar del Plata, Argentina: REUN.
- Arnold, R., Martínez Estay, J. I., & Zúñiga Urbina, F. (2012). El principio de la proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *Estudios constitucionales vol.10 no.1 Santiago*.
- Arroyo Zapateto, L. (1983). Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal. *Revista Expandía de Derecho ConMirucional*.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Madrid, España: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2008). La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona*.
- Benavente Chorres, H. (2009). El derecho constitucional a la presunción de inocencia en Perú y México, así como su relación con los demás derechos constitucionales. *Scielo*.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Busto Ramírez, J. J., & Hormazábal, H. (1999). *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid, España: Trota.

- Carruitero Lecca, F. (2014). *Introducción a la Investigación Jurídica*. Lima: San Bernardo.
- Castillo Alva, J. L. (2010). El principio de taxatividad en el Derecho penal.
- Castillo Córdova, L. (2004). El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal. *Doxa*.
- Cobian y Macchiavelo, A. (1961). *Justicia y seguridad jurídica, supuestos del Derecho Postivo*. Lima, Perú.
- Cote-Barco, G. E. (2008). Constitucionalización del Derecho Penal y proporcionalidad de la pena. *Vniversitas. ucls. Bogotá (Colombia) N° 116: 119-151, julio-diciembre*.
- Díaz, M., & Conlledo, G. (2008). Autoría y participación. *REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 10*.
- Escobar Murulanda, J. G. (2001). *Revisión del planteamiento de la doctrina sobre la ilustración jurídico-penal española*. Barcelona, España.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón*. Madrid, España: Trota.
- García Cavero, P. (2009). La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales. *Anuario de Derecho Penal 2009*.
- Gómez López, J. O. (2010). *Teoría del Delito*. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2011). La dignidad de la persona como fundamento del orden jurídico. La teoría del sujeto del derecho penal. *Revista Derecho Penal y Criminología • volumen xxxii - número 93 - julio-diciembre*.

- Gonzales- Cuellar Serrano, N. (2018). *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Lima, Perú: CENALES - Fondo Editorial.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídica.
- Hernández Sampiere, R., Fernández Collado, C., & Batista Lucio, P. (2010.). *Metodología de la investigación*. México, D.F. Quinta Edición: Mc Graw Hill.
- Higa Silva, C. A. (2013). El derecho a la Presunción de Inocencia desde un punto de vista constitucional. *Derecho y sociedad* 40.
- Hurtdao Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal*. Lima, Perú: Grijley.
- IDEHPUCP. (2018). El delito de colusión: una de las modalidades corruptas más lesivas contra el Estado. *Instituto de democracia y derechos humanos*.
- Limaico Limaico, M. L. (2015). *El cumplimiento del principio de mínima intervención penal en el juzgamiento del delito de hurto y sus efectos jurídicos*. Ibarra, Ecuador.
- López Hernani, O. (2009). *El Método del Investigación*. Barcelona: Redipac.
- Luquín, E. (2006). Repasando el ius puniendi. *ter Criminis – Revista de Ciencias Penales*.
- Maguiña Castro, M. F. (2012). Autoría y participación en los delitos contra la administración pública.
- Medina Albornoz, C. C. (2018). *El «determinar a otro» en la instigación al delito*.  
Lima, Perú.
- Mejía, H. (1998). Análisis del iter criminis.

- Montano Gómez, P. J. (1998). La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho Penal. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2002). *Derecho Penal*. Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Núñez Vaquero, Á. (2013). Dogmática Jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*.
- Pérez Alonso, E. J. (1998). *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*. Granada, España: Trota.
- Pérez Arias, J. (2013). *Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Murcia, España.
- Ramos Núñez, C. (2014). *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima, Perú: Grijley.
- Reátegui Sánchez, J. (2019). *Código Penal Comentado*. Lima, Perú: Legales Ediciones.
- Reyna Alfaro, L. M. (2016). *Introducción a la teoría del delito y a las consecuencias jurídicas del delito*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Rojas, I. Y. (1998). La proporcionalidad de las penas.
- Roncagliolo Benítez, I. (2015). El principio de no intervención: consagración, evolución y problemas en el Derecho Internacional actual. *Revista Ius et Praxis, Año 21, Nº 1*.
- Ruilova Santander, J. D. (2019). *Autoría Mediata, Inducción y Dominio del Hecho en el Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito, Ecuador.

- Salinas Siccha, R. (2010). *La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios*. Lima, Perú.
- Salinas Siccha, R. (2017). *La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios*.
- Scheller D'angelo, A. (2011). *La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana*. *Revistas de Derecho*.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del Derecho penal*. Lima, Perú: Grijley.
- Sota Sánchez, A. (2013). Programa penal de la Constitución Política de 1993 y el Derecho Penal Constitucional peruano. *Derecho y Cambio Social*.
- Talavera Elguera, P. (2010). *La Sentencia Penal en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: GTZ.
- Tantalean Odar, R. M. (2015). El alcance de las investigaciones jurídicas. *Avances*.
- Villabela Armengol, C. M. (2015). *Métodos de Investigación Jurídica*. México D.F.: UNAM.
- Villavicencio Terreros, F. (2009). *Diccionario penal jurisprudencial*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Villavicencio Terreros, F. (2017). *Derecho Penal Básico*. Lima, Perú: ondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.