

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA
DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DEL EXTRANEUS EN
LA COMISIÓN DE DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER**

**TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

KARLA MELISSA BALAREZO DEL CARPIO

ASESOR

ELIÚ ARISMENDIZ AMAYA

<https://orcid.org/0000-0001-8090-3207>

Chiclayo, 2021

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA DEL
EXTRANEUS EN LA COMISIÓN DE DELITOS DE
INFRACCIÓN DEL DEBER**

PRESENTADA POR

KARLA MELISSA BALAREZO DEL CARPIO

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

José Leoncio Ivan Constantino Espino

PRESIDENTE

Fatima Del Carmen Pérez Burga

SECRETARIO

Eliú Arismendiz Amaya

VOCAL

DEDICATORIA

A Dios todopoderoso, por ser mi fuerza en todo momento y por la manifestación de su inmensa misericordia en mi vida; a nuestra madre Santísima la Virgen María por interceder siempre en mis oraciones.

Así mismo, este trabajo de investigación se lo dedico también a mi mayor bendición, mi hija, Ariana Camila Chinchay Balarezo, por enseñarme a ser valiente, paciente y perseverante ante cualquier situación, a mi maravillosa abuela Victoria Loconi de Del Carpio, por su cariño y ternura, y a mi admirable amiga Julia Elena Castillo Carranza, ambas en el cielo, por estar siempre presente en mis sueños.

AGRADECIMIENTO

A mi madre, Anne Estela Del Carpio Loconi, por su amor incondicional y su apoyo constante, a mi familia por ser mi ejemplo de superación y por siempre permanecer unida ante cualquier adversidad, y finalmente, toda mi gratitud a mi asesor y maestro Eliú Arismendiz Amaya, por guiarme en este camino de formación profesional, brindándome sus conocimientos, su tiempo y su atención.

ÍNDICE

DEDICATORIA	III
RESUMEN.....	VII
ABSTRACT	VIII
INTRODUCCIÓN	IX
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....	12
1.1. Definición.	12
1.2. Antecedentes fundadores.	15
1.3. Estructura del principio de proporcionalidad de la pena.....	20
1.3.1. El sub Principio de Idoneidad.....	21
1.3.2. El sub Principio de Necesidad.	25
1.3.3. El sub Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.	27
1.4. Su utilidad en nuestro ordenamiento jurídico.....	28
1.5. Definición de la pena.....	31
1.5.1. Teorías de la pena	35
1.5.1.1. Teorías Absolutas.....	36
1.5.1.2. Teorías Relativas.....	37
a) Teoría de la Prevención general.....	37
b) Teoría de la Prevención especial.....	39
1.5.1.3. Teorías Mixtas o de la unión.....	39
a) Teorías retributivas de la unión:	40
b) Teorías preventivas de la unión	40
1.5.2. Clases de pena.....	41
1.5.2.1. Pena Privativa de Libertad.....	41
1.5.2.2. Penas restrictivas de libertad.....	42
1.5.2.3. Pena limitativa de derechos.	43
1.5.2.4. Pena de Inhabilitación y días Multa.	44
CAPÍTULO II: INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN LA COMISIÓN DE DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER.....	45
2.1. Generalidades de la autoría y participación.	45
2.1.1. Sistemas fundadores de la autoría y participación.....	49
2.1.1.1. Sistema Unitario de Autor.	49

2.1.1.2.	Sistema Diferenciador de Autor.....	51
2.1.1.3.	Teoría Objetivo-Formal.....	53
2.1.1.4.	Teoría Objetivo-Material.....	55
2.1.1.5.	Teoría del Dominio del Hecho.....	56
2.2.	Nacimiento y fundamentación de los Delitos de Infracción del deber	59
2.2.1.	Participación delictual en los Delitos de Infracción de Deber.....	62
2.2.2.	Diferencias entre Delitos de Dominio y Delitos de infracción del deber.....	66
	Tabla 1: Comparación entre los delitos de dominio y los delitos de infracción al deber (Elaboración propia).....	70
2.3.	Sistemas de Imputación del Intraneus y Extraneus	71
2.3.1.	Sistema de la Ruptura del Título de Imputación.....	72
2.3.2.	Sistema de la Unidad del Título de Imputación.....	73
2.3.2.1.	Principio de Incomunicabilidad.....	74
2.3.2.2.	Principio de Accesoriedad de la participación.....	75
CAPÍTULO III:		
FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE		
PROPORCIONALIDAD EN EL PROCESO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA		
PENA DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....		
		79
3.1.	La operatividad del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena.	79
3.1.1.	Principio de Legalidad.....	81
3.1.2.	Principio de Lesividad.....	83
3.1.3.	Principio de Culpabilidad.....	85
3.1.4.	Principio de Proporcionalidad.....	87
3.2.	Determinación judicial de la pena del Extraneus en los delitos de Infracción de Deber.	89
3.3.	TOMA DE POSTURA: Fundamentos de la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena del extraneus en delitos de infracción de deber.....	96
3.3.1.	De las reglas que determinan la imputación de la participación delictual.....	96
3.3.2.	De los principios que determinan la participación delictual del extraneus.....	98
3.3.3.	De la determinación judicial de la pena del extraneus.....	102
CONCLUSIONES		106
RECOMENDACIONES		108
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		110

LISTA DE TABLAS

Tabla 1: Comparación entre los delitos de dominio y los delitos de infracción al deber (Elaboración propia)	70
--	----

RESUMEN

La presente tesis tiene como propósito fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso de determinación judicial de la pena del *extraneus*, específicamente en los delitos de infracción del deber, esto debido a la modificación del artículo 25 del Código Penal, estableciendo que la sanción a imponer al autor también le será aplicada al partícipe que intervino en el delito cualificado, aun cuando en él no concurren los elementos que fundamentan la punibilidad del autor. Esto refleja la inexistencia de una adecuada interpretación y aplicación de la norma, conllevando a la transgresión de principios generales del ordenamiento jurídico que constituyen garantías constitucionales dentro de un Estado de Derecho como el somos.

Por tanto, ante la relevancia penal de esta situación, resulta imprescindible fundamentar la trascendencia jurídica de la aplicación del principio de proporcionalidad, siendo un principio constitucional, nacido en virtud del Estado Social, Democrático y de Derecho, el cual deberá ser empleado de manera inexorable en el proceso judicial al momento de determinar el quantum de la pena que le corresponde al *extraneus* que participó en un delito de infracción del deber, puesto que éste no reúne las condiciones especiales que posee el *intraneus*, y, si bien es cierto, ambos sujetos se encuentran ligados bajo la unidad delictual del hecho, cada uno deberá responder por su propio injusto cometido, implicando que a cada uno le corresponda un marco punitivo proporcional a su injusto cometido.

Palabras Clases: principio de proporcionalidad – proceso de determinación judicial de la pena – extraneus

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to base the application of the principle of proportionality in the process of judicial determination of the penalty of extraneus, specifically in crimes of breach of duty, this due to the modification of article 25 of the Penal Code, establishing that the sanction to be imposed on the author will also be applied to the participant who intervened in the qualified crime, even when the elements that substantiate the author's punishment do not concur. This reflects the inexistence of an adequate interpretation and application of the norm, leading to the transgression of general principles of the legal system that constitute constitutional guarantees within a State of Law such as we are.

Therefore, given the criminal relevance of this situation, it is essential to establish the legal significance of the application of the principle of proportionality, being a constitutional principle, born by virtue of the Social, Democratic and Law State, which must be inexorably employed in the judicial process at the time of determining the quantum of the penalty that corresponds to the extraneus who participated in a crime of breach of duty, since it does not meet the special conditions that the intraneus possesses, and, although it is true, both subjects They are linked under the criminal unit of the act, each one must answer for their own unjust commission, implying that each one has a punitive framework proportional to their unjust commission.

Keywords: principle of proportionality - process of judicial determination of the sentence - extraneus

INTRODUCCIÓN

En la doctrina penal el tema vinculado con la participación de los sujetos *extraneus* en la comisión de delitos de infracción del deber ha sido, y es, hasta la actualidad, un tema de mucha controversia, esto en cuanto a la posibilidad de imponer una penalidad al partícipe y el quantum de pena que le correspondería, si resultaría igual a la del autor, o podría ser aminorada¹. Constituyéndose en uno de los temas más importantes y complejos de la teoría del delito referente a la autoría y participación.

Este trabajo de investigación, surge ante la modificación del artículo 25 del Código Penal, según el Decreto Legislativo N° 1351, pues de éste surgen efectos significativos respecto a la participación y responsabilidad del *extraneus* en un delito cualificado², quedando estipulado en la norma penal que el cómplice primario será condenado con la misma pena prevista para el autor, respondiendo siempre en referencia al hecho punible, aunque los elementos especiales que fundamentan el tipo descrito en la ley no concurren en él, dejando sin efecto la aplicación de los principios constitucionales que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente el principio de proporcionalidad que debe configurarse en el proceso judicial de determinación de la pena del sujeto *extraneus* que participó en un delito cualificado de infracción del deber.

¹MEZA HURTADO, Daniel. “Finalmente: ¿Delitos especiales o de infracción de deber?” en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 88, Lima, Gaceta Jurídica, 2016, p. 31.

² ARISMENDIZ AMAYA, Eliù. “La intervención delictual en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito del D.Leg. N° 1351” en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 92, Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p.47.

A raíz de tal controversia existente en nuestro ordenamiento jurídico penal, nos cuestionamos lo siguiente: *¿Por qué deberá aplicarse el principio de proporcionalidad en el proceso de determinación judicial de la pena del extraneus en los delitos de infracción del deber?*

En consecuencia, nos hemos planteado como objetivo general: determinar por qué deberá aplicarse el principio de proporcionalidad en el proceso de determinación judicial de la pena del *extraneus* en la comisión de delitos de infracción de deber. Así mismo, hemos propuesto tres objetivos específicos: el primero se basa en definir el principio de proporcionalidad y su utilidad en nuestro ordenamiento jurídico a fin de precisar su trascendencia; el segundo es explicar la intervención del *extraneus* en la comisión de delitos de infracción del deber, y como último objetivo, fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso de determinación judicial de la pena del *extraneus*.

En cuanto a los capítulos que desarrollaremos, en el primero se aborda la definición del principio de proporcionalidad, sus antecedentes fundamentadores, su estructura y la importancia de su utilidad en nuestro ordenamiento jurídico, así como también se hace un estudio de las penas, sus clasificaciones y las teorías que respaldan la aplicación de estas dentro de una sociedad.

El segundo capítulo está enfocado en explicar las generalidades y los sistemas delimitadores de la autoría y participación, sobre todo, se hace un estudio acerca de la intervención del partícipe *extraneus* en los delitos de infracción del deber y la diferencia entre estos delitos y los de dominio.

Y por último, en el tercer capítulo, se desarrollará el concepto y los principios informadores del proceso de determinación judicial de la pena, así como también la operatividad del principio de proporcionalidad en el proceso de determinación judicial de la pena del *extraneus* y los fundamentos para su aplicación en los delitos de infracción del deber.

Finalmente concluimos precisando que la trascendencia de la operatividad del principio de proporcionalidad en el proceso de determinación judicial de la pena del *extraneus* constituye un pilar fundamental y exigible para establecer el quantum de pena que le corresponde a éste, pues aun sabiendo que ambos se encuentran bajo la unidad delictual del hecho, el *extraneus* responderá siempre en calidad de partícipe, pues al no poseer un deber especial,

su actuación es secundaria y se rige bajo los lineamientos del principio de accesoriedad objetiva, por tanto, la pena a imponerle deberá ser proporcional a su injusto cometido.

CAPÍTULO I:
ASPECTOS GENERALES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

El presente capítulo, desarrollará las generalidades del principio de proporcionalidad; partiendo desde la óptica de un Estado Social y Democrático de Derecho, que es el que adscribe nuestra Constitución Política, norma suprema que establece de manera expresa en su artículo 200³ una serie de garantías, destacando en su último párrafo el principio de proporcionalidad.

Además de ello, conforme a la doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Constitucional, resulta pertinente señalar que este principio, al tener connotación constitucional, comprende todo el ámbito del derecho.

Así mismo, se esbozará la definición de este principio, como también los fundamentos de su origen, su estructura y la utilidad de su aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, así como también se explicará de manera general lo concerniente a la pena, las clases y teorías que justifican la ejecución de éstas, con el objeto de precisar la relevancia de este principio de arraigo constitucional en el ámbito jurídico-social de nuestro país

1.1. Definición.

La construcción dogmática del principio de proporcionalidad ha ido evolucionando, convirtiéndose en una herramienta sustancial y de gran alcance, puesto que este principio es valorado como exigencia ineludible ante cualquier tipo de intervención estatal en cuanto a la restricción de derechos fundamentales⁴. Por esta razón es oportuno resaltar la trascendencia que engloba.

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, art. 200: “(...) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”.

⁴ CASTILLO CORDOVA, Luis. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, diciembre 2005, p.3. [Ubicado el 16.IV 2017].
 Obtenido en https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1

Así pues, nuestra Constitución Política, en su último párrafo del art. 200 hace mención a este principio, configurándolo en un principio fundamental, el cual se constituye como límite a la intervención del poder público sobre aquellas situaciones en las que exista contenido jurídico de un derecho fundamental, a fin de evitar actos de arbitrariedad o excesos de poder⁵.

Las concepciones que se han precisado a lo largo del avance y extensión del derecho son múltiples y todas ellas destacan el valor constitucional del principio en estudio, más aún su implicancia en los diversos ámbitos del derecho. Así, por ejemplo, para ROJAS, este principio “*ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia*”. Teniendo su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo contempla como límite de límites, con lo que se pretende asegurar la “proporcionalidad” de las leyes, ligándolo con el principio de “Estado de Derecho”⁶.

Por otro lado, FERRAJOLI sostiene que el principio de proporcionalidad surge de los principios de legalidad y de retributividad; según este autor la exigencia de proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito ya había sido manifestada por Platón, para quien se debían distinguir las circunstancias variadas que exigían que el legislador se sometiera a ellas imponiendo castigos totalmente diferentes⁷.

También, se conoce que este principio se conforma por un conjunto de criterios que posibilitan medir y valorar la licitud de toda clase de límites normativos de los derechos fundamentales, así como de cualquier interpretación o aplicación de la legalidad que restrinjan su ejercicio⁸. En ese sentido, el principio de proporcionalidad no solo connota garantías de seguridad jurídica, sino que además, engloba concretas exigencias de justicia

⁵*Ibíd.*

⁶ROJAS, Ivonne Yenissey. *La Proporcionalidad en las Penas* [ubicado el 18.IV 2017]. Obtenido en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/15.pdf>

⁷FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razao: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chourkr, Juarez Tavares e Luis Flavio Gomes. Sao Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. En: Temas de Ciencias Penales, Volumen I, Lima, Fondo Editorial, 20013, p.75. SAEZ CAPEL, José; MACHADO CALDEIRA, Felipe y otros. Temas de Ciencias Penales, Volumen I, Fondo Editorial, Lima, 2013, p. 100.

⁸BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar* [Ubicado el 18.IV 2017]. Obtenido en http://www.uhu.es/javier_barnes/Other_Publications_files/El%20Principio%20de%20proporcionalidad%20-%20Estudio%20preliminar0001.pdf

material⁹. De ahí se infiere que este principio es consecuencia del principio de igualdad, en cuanto a que la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho punible, tanto por su jerarquía respecto del bien jurídico lesionado, como por la magnitud de la lesión al mismo¹⁰.

Por consiguiente, es necesario la exclusión de penas iguales para hechos diferentes, puesto que eso implica también discriminación, por ejemplo, un menoscabo a la vida humana nunca puede tener la misma pena que un menoscabo al patrimonio¹¹.

En palabras de NAVARRO, este principio se entiende como “*aglutinador, no sólo del tradicional principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, sino de otros reconocidos límites materiales al ejercicio del ius puniendi*”¹² (...) asimismo, señala que este constituye un examen general rigiéndose bajo tres parámetros: a) si la intervención jurídico-penal persigue la protección de un bien jurídico; b) si esa intervención es idónea para alcanzar tal fin y si además es necesaria; y, por último, c) si es proporcional en sentido estricto¹³.

De igual manera, VILLAVICENCIO manifiesta que el principio de proporcionalidad, consiste en la búsqueda permanente de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado, convirtiéndose, por lo tanto, en un principio básico para toda intervención gravosa del poder estatal¹⁴.

Es por esto que la idea de proporcionalidad no sólo es necesaria para limitar las medidas, sino también para regular las penas, por lo que ha de establecerse como el principio general de todo el Derecho penal, de ahí que existen dos exigencias que deben distinguirse en este principio; por un lado, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito, y por

⁹ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTES VARGAS, Alberto. *Código Penal. Parte General*, 3º edición, Lima, Idemsa, 2007, p.53.

¹⁰BALOTARIO DESARROLLADO N° 2. *Para los exámenes de selección y nombramiento de Jueces y Fiscales. Conforme a la Resolución N° 295-2015-CNM*, Lima, Ubi Lex Asesores S.A.C. 2016, p.777.

¹¹ *Ibíd.*

¹²NAVARRO FRÍAS, Irene. “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, *in Dret*, febrero 2010, p.3.

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*, 5º edición, Lima, Grijley, 2014, p.115.

otro, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la trascendencia social del hecho, es decir, nocividad social¹⁵.

En definitiva, creemos pertinente señalar que este principio comprende el carácter de todos los demás principios generales que existen en el ordenamiento jurídico¹⁶, convirtiéndose en un elemento determinante en lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en el que existe el interés social de implantar una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de las conductas delictivas; y por el otro, el interés del individuo culpable en cuanto a la eficacia de una garantía consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del daño generado, en otros términos, lo que se persigue mediante la aplicación de este principio es evitar el abuso en el ejercicio del *ius puniendi*.

Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector de todo el sistema penal¹⁷.

1.2. Antecedentes fundadores.

Por otra parte, para comprender el cimiento del principio de proporcionalidad, conviene empezar su estudio recalcando brevemente las razones que justifican su nacimiento en el ordenamiento jurídico internacional, como el alemán y el español, para fundamentar la eficacia de este principio en nuestro ordenamiento jurídico.

Así pues, según SOTO, este principio emerge en Alemania, producto de la creación de un sistema de derechos que quiebra rotundamente la formación jurídica de la propia Alemania anterior a 1945. En este contexto, su estudio encontraba solidez debido a que en ese sistema tuvo su origen la máxima de razonabilidad o principio de proporcionalidad en el derecho continental europeo, a cuya tradición pertenece el derecho peruano¹⁸.

¹⁵MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2011, p. 128.

¹⁶ALEXY, Robert; BERNAL PULIDO, Carlos y otros. *El Principio de Proporcionalidad y la interpretación Constitucional*, 1ª edición, Ecuador, Mario Carbonel Editor, 2008, p.15.

¹⁷BALOTARIO DESARROLLADO N° 2. *Op.Cit.* p. 777.

¹⁸SOTO GARCÍA, Ángel. *El principio de proporcionalidad como criterio para determinar la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en materia de Derechos Fundamentales*, Tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Salamanca, 2015, p.5.

Por otro lado, HARTWIG, refiere que el principio de proporcionalidad no fue una creación del Tribunal Constitucional, puesto ya existía en la jurisdicción administrativa antes de la Primera Guerra Mundial. En tal sistema se exigía como una de las bases jurídicas que regían el país, que en los tribunales administrativos se instaure la necesidad de sopesar los intereses privados y el interés público como tema primordial para la administración de justicia¹⁹.

En efecto, el concepto de la “proporcionalidad” fue introducido en la jurisprudencia constitucional desde el inicio y su aplicación fue en aumento, puesto que un análisis de la jurisprudencia revela que, en los primeros diez volúmenes de los fallos del Tribunal Constitucional, catorce sentencias fueron citadas con referencia a la noción de “proporcionalidad”, mientras que en los últimos diez volúmenes la cifra se triplicó²⁰.

Actualmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha enfatizado que este principio encuentra su fundamento en la cláusula del Estado de derecho²¹ que viene recogido en el artículo 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn, tal artículo dispone que: “*el orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental (...)*”²².

Como resultado de ello, el denominado principio de proporcionalidad goza de rango constitucional, precisamente porque deriva del Estado de Derecho, en virtud de los derechos fundamentales que, por su naturaleza, al ser una manifestación de la libertad general de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitados por el poder de éste más allá de lo que sea indispensable para el amparo de los intereses públicos”²³.

Dicho lo anterior, resulta también necesario conocer la fundamentación que se le ha dado a este principio en el ordenamiento jurídico español, debido a que nuestro sistema jurídico

¹⁹HARTWIG, Matthias. *La “Proporcionalidad” en la Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Federal de Alemania*. [Ubicado el 07.V 2018]. Obtenido en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/31.pdf>

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

²² LEY FUNDAMENTAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA [Ubicado el 07.V 2018]. Obtenido en <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

²³ CASTILLO CORDOVA, Luis. *Op. Cit.* p.4.

tiene interés hacia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, ya que acoge reglas jurisprudenciales que coadyuvan al desarrollo de la administración de justicia²⁴.

En un primer momento, la Constitución Española no mencionaba al principio de proporcionalidad como criterio rector para fijar los límites de los derechos, ni como criterio legitimador para diferenciar las actuaciones del Estado. En la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional español este principio se aplicaba sin formalizar, es decir, se aplicaba de manera general. No obstante, la evolución de dicha jurisprudencia dio solidez a este principio al punto de considerarlo y reconocerlo como un verdadero canon de trascendencia constitucional²⁵.

Así pues, según CASTILLO, la Constitución española en su artículo 9.3²⁶, avala la interdicción de la arbitrariedad, considerándolo como primer cimiento de este principio, estableciendo taxativamente que:

“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”²⁷.

En ese sentido, se considera que esta interdicción de la arbitrariedad implica una exigencia para actuar razonable o proporcionalmente, cuando se trata de supuestos en los que se vean inmersos derechos constitucionales. Es por ello que el Tribunal Constitucional español ha manifestado que este principio:

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ SOTO GARCÍA, Ángel. *Op. Cit.* p.5.

²⁶ CASTILLO CORDOVA, Luis. *Op. Cit.* p.5.

²⁷ CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 [Ubicado el 10.V 2018]. Obtenido en http://www.congreso.es/docu/constituciones/1978/1978_cd.pdf

“Exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985), cuyo contenido esencial es intangible. Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad y se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución”²⁸.

Además, el autor sostiene que de igual manera a lo que ocurría en el ordenamiento jurídico alemán, este principio fue recogido en la cláusula de Estado de derecho que, en el ordenamiento constitucional español se encuentra establecido en el artículo 1.1 de la Constitución, considerándolo como segundo fundamento y en el cual se dispone que²⁹: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”³⁰.*

Así, este Tribunal Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia que: *“al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho”*, evidenciando enfáticamente el carácter trascendental y el rango constitucional que le corresponde al principio de proporcionalidad en todas aquellas situaciones en las que estén inmersos derechos fundamentales³¹.

Finalmente, el autor advierte como tercer fundamento que el principio de proporcionalidad viene justificado por las exigencias de justicia material, la cual es propia del progreso jurídico-social, esto en función de la correcta administración y proclamación de la justicia como valor superior en la comunidad política española³².

Por otro lado, BARNES agrega que el principio en cuestión, no solo tiene sustento en la cláusula del Estado de derecho, sino que además, encuentra apoyo en los derechos

²⁸ STC del 23 de febrero de 1995. {Expediente número 50-1995} F.J. 7 [Ubicado el 11.V 2018]. Obtenido en <http://hj.tribunalconstitucional.es/en/Resolucion/Show/2904>

²⁹ CASTILLO CORDOVA, Luis. *Op. Cit.* p.5.

³⁰ CONSTITUCION ESPAÑOLA de 1798, *Op. Cit.* 1.

³¹ STC del 08 de junio del 1992 {Expediente número 85-1992} F. J.4 [Ubicado el 11.V 2018]. Obtenido en: <https://app.vlex.com/#vid/15356480>

³² CASTILLO CORDOVA, Luis. *Op. Cit.* p.5.

fundamentales, debido a que constituye el último fundamento en el que descansa la proporcionalidad de la injerencia, conforme a la jurisprudencia europea y comparada, con lo cual se demuestra que este principio connota en sí mismo una idea primordial de justicia material, prohibiendo todo tipo de menoscabo de la libertad de manera inútil, innecesario o desproporcionado³³.

De igual manera, el autor DE LA MATA, afirma que al referirnos al principio de proporcionalidad, hacemos alusión a un principio general que tiene rango constitucional y como tal, es inherente aun Estado de derecho y por ende, aplicable a todo el ordenamiento jurídico, en ese sentido, ha de estar presente en todo tipo de intervención del poder punitivo estatal³⁴.

Como resultado de lo explicado líneas arriba, cabe precisar que, en cuanto al derecho eminentemente sancionador, como es el derecho penal, y aún cuando no sea esa ni su finalidad ni su función, el principio de proporcionalidad debe emplearse para minimizar y vigilar las intervenciones públicas en las privadas, que derivan de la exigencia de proporción de la intervención. Tal exigencia es también requerible respecto a las infracciones penales y a las correspondientes penas³⁵.

De ahí que, para el autor mencionado, este principio despliega todo su potencial en el ámbito del derecho penal, pues sostiene que a través de tal principio se conectan los fines que informan y sujetan el conjunto normativo con cada hecho típico, rechazándose tanto el establecimiento de conminaciones penales, como la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el mismo, contemplado en su globalidad y desde ahí que pretenda conseguirse con su previsión³⁶.

No obstante, en palabras de CASTILLO, el principio de proporcionalidad no puede ser entendido como un principio puramente penal, puesto que originariamente su configuración corresponde a ser un principio general del Derecho, es decir, se trata de un principio que alcanza a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, en especial a aquellos vinculados con

³³ BARNES, Javier. *Op. Cit.* p.19.

³⁴ DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p.279.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ *Ibíd.*

la imposición de una sanción patrimonial o disciplinaria como el Derecho Civil o el Derecho Administrativo³⁷.

Además de ello, el autor agrega que, respecto al ámbito del derecho penal este principio implica un equilibrio perfecto entre el delito y la pena a imponer, lo cual se asienta en una ponderación elaborada por el legislador en una ley, referente a la proporcionalidad abstracta y, en la valoración que el juez realiza en el caso concreto, referente a la proporcionalidad concreta³⁸.

En conclusión, podemos inferir que el principio de proporcionalidad encuentra su fundamento en su origen y arraigo constitucional, derivado de la Cláusula del Estado de Derecho, al que también se acoge nuestro país, y que debido a ello, ha alcanzado un auge extraordinario, y su aplicación en la actualidad es de trascendencia en todos los ámbitos del mundo jurídico, lo cual ha convertido a este principio en el límite para el ejercicio del *ius puniendi*, respondiendo a la idea de fijar un principio rector, con el objeto de evitar la aplicación desmedida o desproporcionada de las sanciones que conllevan una privación o restricción de derechos fundamentales³⁹.

1.3. Estructura del principio de proporcionalidad de la pena.

Como ya se mencionó en líneas arriba, este principio, es el más importante del derecho constitucional material, pues engloba el carácter de todos los demás principios generales que coexisten en nuestro sistema jurídico⁴⁰.

Asimismo, el principio de proporcionalidad, como principio jurídicamente exigible, por cuanto comprende la teoría de los derechos fundamentales y los límites del poder estatal, presenta en su estructura tres subprincipios básicos para su configuración: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁴¹.

³⁷ CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de derecho penal: parte general*, 1º edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 279.

³⁸ CASTILLO ALVA, José Luis. *Op. Cit.* p.280.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ ALEXY, Robert; BERNAL PULIDO, Carlos y otros. *Op.Cit.* p.15.

⁴¹ BARNES, Javier. *Op. Cit.* p.17.

Esto conlleva un triple juicio, tal es así que el Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC que:

“Debido a la propia naturaleza el principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal. El principio de proporcionalidad, en tanto presupuesto de necesaria evaluación por parte de los poderes públicos cuando pretendan limitar un derecho fundamental, exige examinar adecuadamente los siguientes subprincipios: a) si la medida estatal que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si la medida estatal es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal”⁴².

En consecuencia el test de proporcionalidad se compone por estos tres pasos consustanciales para determinar la constitucionalidad de la norma, sea sobre la conducta incriminada o la sanción prevista, por tanto, tiene como objeto establecer una relación correcta entre los principios o derechos en conflicto, logrando con ello, la reducción de los márgenes de discrecionalidad en la limitación de los derechos fundamentales⁴³.

1.3.1. El sub Principio de Idoneidad.

El primer sub principio considerado en el test de proporcionalidad, es el de idoneidad, según el cual, deberá verificarse la licitud de una intervención en un supuesto de hecho en el que

⁴² STC del 15 de diciembre del 2006. {Expediente número 0012-2006-PI/TC} F.J. 32 [Ubicado el 15.V 2018] Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/0012-2006-AI.html>

⁴³ *Ibíd.*

esté inmerso un derecho fundamental siempre y cuando: 1) la medida legislativa tenga un fin legítimo; y 2) dicha medida ha de ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo⁴⁴.

Así pues, el Acurdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116 en su fundamento jurídico N° 13 indica que respecto al test de adecuación o idoneidad: “*lo que se pretende aquí es determinar si la norma penal puede o no ayudar a concretar la realización de un fin constitucionalmente legítimo*”⁴⁵.

En consecuencia, el análisis sobre la legitimidad del fin legislativo ha sido denominado en algunas sentencias del Tribunal Constitucional como “juicio de razonabilidad” de la intervención legislativa en los derechos fundamentales. El objeto de este juicio de razonabilidad estriba en comprobar, que la norma legal en cuestión no constituya una decisión arbitraria, por estar fundamentada en alguna razón legítima⁴⁶. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que:

*“La proporcionalidad, por su parte, en este contexto, conjunto al principio de razonabilidad, como parámetro de los supuestos de discriminación, alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación “proporcional” entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso. De lo anterior se concluye que el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, en cuanto par conceptual para examinar la constitucionalidad de los supuestos de eventual discriminación, comprenden los siguientes aspectos: determinación de la finalidad del tratamiento diferenciado, examen de idoneidad y de necesidad”*⁴⁷.

⁴⁴ LOS SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD [Ubicado el 22.IV 2018]. Obtenido en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/8.pdf>

⁴⁵ ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 1-2016/CIJ-116 [Ubicado el 15.V 2018]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo_Plenario_Extraordinario_1-2016.pdf

⁴⁶ ALEGRIA PATOW, Jorge Antonio; CONCO MENDEZ, Cristina Paola y otros. *Principio de proporcionalidad en materia penal*. Doctorado en Derecho, Lima, U.S.M.D.P., 2011, p.20.

⁴⁷ STC del 29 de octubre del 2005. {Expediente número 0045-2004-AI} F.J. 25 [Ubicado el 15.V 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.htm>

Asimismo, cabe destacar que la restricción que sufre el derecho fundamental debe ser realmente útil para justificar el fin perseguido, o, dicho en negativo, que la medida restrictiva no sea desde todo punto de vista, y en principio, absolutamente inútil para alcanzar el fin⁴⁸.

En esa misma línea, CASTILLO afirma que:

“Lo que exige este primer juicio o subprincipio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue. De manera que, por ínfima que sea la restricción de un derecho fundamental, si tal restricción es manifiestamente inútil, será una medida desproporcionada por no idónea e irrazonable. En cualquier caso, y dado que se presume la constitucionalidad o legalidad de las actuaciones estatales, en caso de duda se ha de estar por la idoneidad de la medida”⁴⁹.

A la luz de estos argumentos, este subprincipio dispone que toda intervención en supuestos en los que se incluyan derechos fundamentales deba ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución⁵⁰.

En consecuencia, lo que debe examinarse objetivamente es si la medida legislativa es la adecuada, en tanto que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de dicha medida. Es por ello que el legislador, al momento de ejercer su función de creación de normas, puede elegir varias posibilidades para alcanzar sus propósitos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar objetivamente si los medios elegidos permiten conseguir dicho propósito, y en esa medida, si este propósito es adecuado, de tal manera que faculten una restricción de un derecho fundamental⁵¹.

Por otro lado, el autor ALEGRÍA y otros, consideran necesario precisar la incidencia de este subprincipio en el ámbito penal señalando que:

⁴⁹ CASTILLO CÒRDOVA, Luis. *Op. Cit.* 9.

⁵⁰ BECERRA SUAREZ, Orlando. *Principio de proporcionalidad* [Ubicado el 15.V 2018]. Obtenido en <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>

⁵¹ STC del 02 de diciembre del 2005. {Expediente número 0030-2004 AI/TC}. F.J. 3 [Ubicado el 16.V 2018]. Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2004-AI.html>

“Dado que la ley penal interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, en el examen de idoneidad hay que constatar que la pena es idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo. Examen que, a su vez, en primer lugar, exige la identificación de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativo penal que limita un derecho fundamental, ámbito en el que se manifiesta, según el Alto Tribunal peruano, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de lesividad. De manera que sólo será constitucionalmente válida si tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional y tipifica conductas que realmente lesionen o pongan en peligro esos bienes jurídicos. Tanto la relevancia constitucional del bien jurídico como la dañosidad social justifican que nos encontremos ante un bien jurídico merecedor de protección penal. En segundo lugar, “se trata del análisis de una relación medio-fin”, de constatar que la idoneidad de la medida tenga relación con el objetivo, es decir, “que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante”⁵².

En ese sentido, haciendo hincapié en materia penal, se considera necesario subrayar que para predicar este juicio en el ámbito de determinación legal de las penas (que incluye las penas propiamente dichas y las medidas de seguridad) se exige que la previsión de una conducta como tipo penal y la previsión de su consecuencia jurídica, sean aptas para lograr la finalidad que se pretenda alcanzar. Esta finalidad en la norma penal abarca dos vertientes, por un lado, se da la persecución de una determinada conducta delictiva a fin de buscar su erradicación de la sociedad; y, complementariamente a ello, por otro lado, es buscar la readaptación del delincuente a la sociedad⁵³.

En definitiva, podemos referirnos al subprincipio de idoneidad como aquel que exige obligatoriamente la adecuación de una medida o acto restrictivo de algún derecho fundamental con el cumplimiento ineludible de la finalidad perseguida por la Constitución.

⁵² ALEGRIA PATOW, Jorge Antonio; CONCO MENDEZ, Cristina Paola y otros. *Op.Cit.* 25.

⁵³ CASTILLO CORDOVA, Luis. *Op. Cit.* 17.

1.3.2. El sub Principio de Necesidad.

En cuanto al segundo test de la estructura del principio de proporcionalidad se encuentra el subprincipio de necesidad, el cual consiste “*en determinar si existe o no un mecanismo alternativo que permita lograr la realización del fin constitucional. Si dicho mecanismo no existiere, sería superada esta parte del test*”⁵⁴.

De ahí que, la exigencia de necesidad o también denominada intervención mínima, consiste en que la medida limitativa ha de ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido de que no debe existir otro medio menos gravoso para lograr tal fin⁵⁵.

Así mismo, cabe señalar que la medida restrictiva no sólo debe ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho en razón de su fundamento; sino que además, de entre las posibles maneras de imponer la medida restrictiva, sólo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravoso para alcanzar aquella finalidad⁵⁶.

En palabras de ALEGRÍA y otros, refieren que:

*“El test de necesidad implica que no sólo se haya comprobado la idoneidad de la medida cuya proporcionalidad se controla, sino también se haya determinado su fin inmediato. La idoneidad para alcanzar el fin inmediato constituye el criterio de selección de los medios alternativos. Por esta razón se considera al fin inmediato como una constante en el análisis de necesidad, es decir, como un dato que no se cuestiona”*⁵⁷.

De igual manera, CASTILLO afirma que es importante no sólo verificar si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad que se requiere

⁵⁴ ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO. *Op. Cit.* p.4.

⁵⁵VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 1º Edición, Quito, Editor Miguel Carbonel, 2008, p.184.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ ALEGRIA PATOW, Jorge Antonio; CONCO MENDEZ, Cristina Paola y otros. *Op.Cit.* 27

obligatoriamente para que dicha medida se ajuste al principio de proporcionalidad, sino que además ha de verificarse que se supere, como siguiente paso, el juicio de necesidad⁵⁸.

Así pues, el principio de necesidad adquiere especial relevancia en el acto legislativo, es decir, en el momento de selección de las conductas a incriminar, no obstante, también opera en el momento de aplicación de la ley penal, tanto en el hecho de recurrir a la amenaza a través de la conminación penal, como en su caso la gravedad de la pena, ha de justificarse en la necesidad de protección de bienes jurídicos⁵⁹.

Por consiguiente, se trata de un principio que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales que han sido limitados, porque exige rechazar las medidas que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas. Este se constituye entonces, como un mecanismo mediante el cual se reduce la lesividad de la intromisión del poder punitivo estatal, en la esfera de derechos y libertades del individuo⁶⁰.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a este subprincipio, indicando que: *“El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista”*⁶¹.

Frente a ello, una vez comprobada la existencia de una adecuada relación entre medio y fin, este segundo requisito de proporcionalidad comprende la exigencia de que la medida legislativa elegida sea la más moderada posible respecto a la restricción de derechos fundamentales que conlleva para la consecución, con igual eficacia que otras, de la finalidad perseguida. Siendo esto así, en el derecho penal, se dirá que sólo encuentra su justificación cuando no exista otro medio alternativo menos gravoso para los derechos fundamentales con el que se puedan obtener los mismos fines que le son propios⁶².

En definitiva, el análisis de este subprincipio, implica una comparación de medios, distinto al examen de idoneidad en donde se observa la relación entre el medio legislativo y su

⁵⁸CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Op. Cit.* p.10.

⁵⁹ ROJAS, Ivonne. *Op.Cit.* 91.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ SCT del 17 de octubre del 2005. {Expediente número 6712-2005- HC/TC}. F.J. 45 [Ubicado el 15.V 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>

⁶² DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Op.Cit.* p.153.

finalidad. Es decir, lo que pretende este segundo test, es examinar si existen otros medios alternativos al seleccionado que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata pues de analizar la relación medio-medio, es decir, de una comparación entre medios⁶³.

1.3.3. El sub Principio de Proporcionalidad en sentido estricto.

El Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1- 2016/CIJ-116 haciendo referencia a este último subprincipio, precisa que en este tercer test se desarrolla un ejercicio de ponderación, en el cual se realiza un balance entre los efectos negativos y positivos de la normal penal⁶⁴.

Como resultado de ello, una norma penal resultará constitucional siempre y cuando la valoración de los efectos positivos resultare positiva. Por el contrario, se declarará la inconstitucionalidad de una norma penal cuando el balance resultare negativo. Asimismo, se precisa que la aplicación de este subprincipio no solo es posible ante supuestos en los que existan excesos en la conducta incriminada o la pena, sino que además es posible aplicarlo en supuestos en los cuales el legislador haya realizado una tutela deficiente⁶⁵.

Según VILLAVERDE, la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto “*se da entre el sacrificio exigido al derecho fundamental limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés jurídico que pretende garantizarse con aquél límite*”⁶⁶.

Por otro lado, ROJAS afirma que. “*el principio de proporcionalidad en sentido estricto, al igual que el resto de los subprincipios o elementos del principio de proporcionalidad en sentido amplio, posee rango constitucional y se puede inferir del valor justicia propio de un Estado de Derecho, de una actividad pública no arbitraria y de la dignidad de la persona*”⁶⁷.

Esta autora señala además que este subprincipio conlleva una relación de proporcionalidad entre la gravedad del injusto cometido y la gravedad de la pena elegida en el momento legislativo, esto es, proporcionalidad abstracta; y en el momento judicial, que la pena resulte

⁶³ LEÓN FLORIAN, Johan. El principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia del TC [Ubicado el 15.V 2017]. Obtenido en http://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf

⁶⁴ ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO. *Op. Cit.* p.5.

⁶⁵ ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO. *Op. Cit.* p.5.

⁶⁶ VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio. *Op. Cit.* p.184.

⁶⁷ ROJAS, Ivonne. *Op. Cit.* p.93.

proporcional a la gravedad del hecho cometido, o sea, haciendo referencia a la proporcionalidad concreta⁶⁸.

Es por eso que, este subprincipio presupone que para que la intromisión en los derechos fundamentales tenga legitimidad constitucional debe tener un objetivo de satisfacción, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho fundamental, puesto que la proporcionalidad en sentido estricto hace referencia a una técnica de ponderación, que debe entenderse a que *“cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*⁶⁹.

Por otro lado, y en lo que amerita este trabajo de investigación, en el ámbito del derecho penal se infiere que el principio de proporcionalidad en sentido estricto coincide básicamente con el principio de proporcionalidad de las penas y de las medidas de seguridad, tanto a su fijación legislativa como a su determinación concreta por el juez y su contenido se identifica en gran medida como límite del *ius puniendi* estatal⁷⁰.

1.4. Su utilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

El principio de proporcionalidad de la pena se encuentra recogido en el Título Preliminar VIII de nuestro Código penal, en el que se señala que: *“La pena no puede sobrepasar la responsabilidad del hecho (...)”*⁷¹. En virtud a esta interpretación, la pena se impondrá según sea el caso, de acuerdo a los principios de proporcionalidad, pues éste se presenta en nuestro ordenamiento como un principio elemental, respecto de todo tipo de intervención estatal⁷².

De igual manera, GARCÍA señala que:

“Un aspecto importante a tener en cuenta es que el artículo antes descrito no establece propiamente una estricta observancia de la proporcionalidad de la pena con gravedad del hecho, sino que, la establece, en todo caso, como límite máximo (prohibición de exceso). Este límite solo hacia arriba no debe entenderse, sin embargo, como una absoluta arbitrariedad hacia

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ BECERRA SUAREZ, Orlando. *Op. Cit.*

⁷⁰ DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Op.Cit.* p.165.

⁷¹ ALVARADO YANAC, Juan. *Código Penal 2004*, 20° edición, Perú, Grijley, 2017, p. 27.

⁷² URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal comentado*. 1° edición, Perú, IDEMSA, 2010, p.58.

abajo, sino como un margen dejado al legislador y al juez para evaluar otros factores informadores de la sanción penal, como por ejemplo la resocialización”⁷³.

De ello se infiere que, si se fijan penas mínimas a delitos graves sin ninguna razón jurídico-penal atendible, se estará igualmente vulnerando el principio de proporcionalidad de las penas, aún cuando la pena no haya superado el límite de la responsabilidad por el hecho. Sin la premisa de la proporcionalidad, no resulta posible reconocer la prohibición de exceso⁷⁴.

Así pues, este principio general de carácter Constitucional exige la necesidad ineludible de su aplicación y utilidad en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, según el Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016/CIJ-116, en el fundamento jurídico N° 10 señala que:

“El ordenamiento jurídico no se fundamenta sólo en la ley, entendida esta como el acto que emana del legislador, sino en la Constitución Política del Estado. Dicha afirmación se basa en la razón misma que motivó la creación de este instrumento normativo: la creación de los principios y valores que caracterizan a una sociedad en concreto”. “(...) para realizar una interpretación constitucional de la norma penal, el juzgador deberá verificar si la norma a aplicar es o no constitucionalmente legítima. En el ámbito penal, aunque también es aplicable esta lógica a otros ámbitos, el principio que ayuda a la verificación de la constitucionalidad de la norma es el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto

⁷³ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*, 2º edición, Lima, Grijley, 2012, p.178.

⁷⁴ *Ibíd.*

restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona”⁷⁵.

Siguiendo con lo expuesto, el Tribunal Constitucional indicó que:

“En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VIII del título preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”⁷⁶.

De manera que se destaca, apropiadamente, que este principio se encuentra avalado y reconocido constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico, y se enfatiza además que dicho principio es invocable en cualquiera de los ámbitos del derecho y no sólo aplicable para los casos de determinar la proporcionalidad de la concreta medida restrictiva de un derecho constitucional suspendido en un régimen de excepción⁷⁷.

Hay que mencionar además que se trata de un principio que delimita la facultad del ejercicio estatal de cualquier actividad de control, y con ello se puede demostrar que cobra mayor relevancia en el ámbito penal, por cuanto es aquí donde existe mayor intromisión del *ius puniendi*⁷⁸.

Por otro lado, es oportuno advertir que en la doctrina penal se diferencian dos tipos de proporcionalidad, una abstracta y una concreta. La primera, tiene lugar en la creación de leyes y exige que la sanción penal se haga con un tipo de pena y en una cantidad que resulten

⁷⁵ ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO. *Op. Cit.* p.5.

⁷⁶ STC del 3 de enero de 2002. {Expediente número 010-2002} *F.J.* 195 [Ubicado el 17.V 2018]. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

⁷⁷ CASTILLO CÓRVODA, Luis. *Op. Cit.* p.6.

⁷⁸ VILLEGAS PAIVA, Elky. *La suspensión de la pena y la reserva del fallo condenatorio*. Problemas en su determinación y ejecución, 1º edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, pp. 83-84.

proporcionales al hecho lesivo previsto en el tipo penal⁷⁹. Mientras que la concreta, se presenta en el nivel judicial, en donde el juez penal debe decidir la sanción penal específica que debe imponerle al autor del hecho punible, desarrollando cada caso dentro del marco fijado por la ley penal. Conforme a ello, el respeto de estas dos manifestaciones de la proporcionalidad requiere que tanto en la actuación legislativa como en la judicial se tenga a disposición criterios adecuados para determinar la proporcionalidad entre el hecho delictivo y la pena⁸⁰.

Bajo la perspectiva podemos confirmar que la utilización de este principio general en nuestro ordenamiento jurídico es de trascendencia, pues se fija como principio rector que limita el ejercicio del poder estatal cuando se trata de restricciones en supuestos que contengan derechos fundamentales, los cuales son inherentes a todos los ciudadanos, pues en virtud del artículo 1 de nuestra Carta Magna, el fin supremo del Estado es la persona y su dignidad humana, lo cual indica que, ante algún supuesto en el que se vea vulnerado algún derecho constitucional, será el principio de proporcionalidad el factor determinante para la correcta administración de justicia y la consolidación de un estado democrático y de derecho.

1.5. Definición de la pena.

En los últimos tiempos la sociedad se ha visto envuelta de frecuentes y permanentes conflictos y peligros, por lo cual el sociólogo alemán ULRICH BECK, en su momento, acuñó a la colectividad actual el término de “sociedad de riesgo”.⁸¹ Es por ello que se buscó intensificar las herramientas de control que posibiliten la convivencia armónica entre los sujetos que conviven en una comunidad⁸².

Así pues y como sabemos, el derecho en general, es una forma de regular las conductas ejecutadas por las personas que cohabitan e interactúan en una comunidad, con el fin de establecer las condiciones necesarias para un desenvolvimiento correcto y pacífico⁸³.

⁷⁹ *Ibíd.*

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. 1986 [Ubicado el 24.IV 2019]. Obtenido en <https://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia-una-nueva-modernidad.pdf>

⁸² ALEJOS TORIBIO, Eduardo. *¿Sabes cuáles son los fines de la pena?* 2016 [Ubicado el 24.IV 2019]. Obtenido en https://legis.pe/sabes-cuales-los-fines-la-pena/#_ftn2

⁸³ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*, 3º edición, Lima, GRIJLEY, 2005, p.9.

No obstante, debemos precisar que el regulador del poder punitivo del Estado es el derecho penal, considerado como recurso extremo o medio de control social para custodiar y orientar los actos de los individuos que coexisten en una misma sociedad, teniendo como fin especificar y definir ciertos comportamientos que no deben ser realizados o, queridos o no, deben ser ejecutados por los miembros de la comunidad⁸⁴.

Siendo esto así, podemos decir que el derecho penal es el fundador del poder penal del Estado, pues representa la más vigorosa autorización coactiva contra los individuos que posee la organización política, siendo un poder sometido a determinados límites⁸⁵.

[De ahí que]:

“El ius puniendi es la facultad de imponer el cumplimiento de penas o medidas de seguridad a las personas que realizan comportamientos prohibidos en la ley penal. Es un derecho subjetivo del Estado que surge de la relación jurídica entre el Estado y el que infringe la ley penal (imputado) en virtud de la cual uno tiene derecho a imponer una pena o medida y aquél a sufrirla”⁸⁶.

En esa misma línea, ROSAS sostiene que: *“el derecho penal es la última ratio que tiene una sociedad para reaccionar contra aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico, al ser ultima ratio la sanción penal ha de ser usada únicamente después que los otros mecanismos de control social han fracasado”⁸⁷.*

De igual modo, POLAINO agrega que:

“El Derecho penal es aquel conjunto de normas jurídicas del Estado que, como última ratio del ordenamiento jurídico y ante la insuficiencia de otros medios normativos menos drásticos de tutela de los bienes jurídicos de mayor relevancia social, describen como delitos y faltas determinadas acciones humanas y las conminan con una pena, o una medida de

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ ROSAS TORRICO, Marcia. “Sanciones Penales en el Sistema Jurídico Peruano” en *Revista Jurídica Virtual*, marzo 2013, p. 1.

⁸⁶ ROSAS TORRICO, Marcia. *Op.Cit.* p.1.

⁸⁷ *Ibíd.* p.2.

seguridad, con el fin de prevenir la comisión de futuros delitos y de confirmar la vigencia quebrantada de la norma”⁸⁸.

Hay que mencionar además que, históricamente, lo que se pretendía era regular las conductas de las personas, lo cual conllevó a que la pena sea considerada como una función del Estado⁸⁹. En razón de ello, la pena es empleada como herramienta de control formalizado, puesto que a través de su utilidad, el Estado demuestra su existencia frente a los ciudadanos⁹⁰.

Por otro lado, si procuramos encontrar una definición de la pena, se plantea, en principio, como un mal que impone el legislador por la realización de un delito al culpable o culpables del mismo⁹¹, en otras palabras, la pena es aquella limitación de derechos que el Estado impone a un sujeto cuando éste es responsable de un acto que va en contra de las normas jurídicas, ya sea lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico protegido⁹².

Bajo esta perspectiva, LESCH, señala que la pena ha de ser comprendida como “*el resultado mediato e incondicional de toda acción contraria a la ley práctica, no es otra cosa que el restablecimiento de aquel orden, esto es, el resultado racionalmente necesario a la trasgresión de la ley (qui peccatum est)*”⁹³

Así pues, la comisión de un acto contrario al ordenamiento jurídico constituye delito, y la consecuencia lógica de tal conducta es la pena, consistente en la privación o limitación de determinados derechos del sujeto transgresor de la norma instaurada en la ley, impuesta mediante un proceso de retribución en razón del delito realizado⁹⁴.

⁸⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción al Derecho Penal*, Lima, Grijley, 2008, p.49.

⁸⁹ REÁTEGUI SANCHEZ, James. *Derecho Penal. Parte General*, 1º edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2009, p.85.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÀN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, 5º edición, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p.46.

⁹² GALVIS RUEDA, María Carolina. *Sistema Penitenciario y Carcelario en Colombia: Teoría y Realidad*, 2003 [Ubicado el 26.IV 2019]. Obtenido en <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92.pdf>

⁹³ LESCH, Heiko H. *La función de la pena. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1999. p. 22.

⁹⁴ ESTUDIOS JURÍDICOS. *La Pena* [Ubicado el 26.IV 2019]. Obtenido en <https://estudiosjuridicos.wordpress.com/derecho-penal/la-pena/>

En consecuencia, la pena se justifica como medio de represión indispensable para mantener las condiciones básicas para la convivencia armónica dentro de una comunidad, puesto que, sin la existencia de las penas, la interrelación humana en la sociedad actual no sería posible⁹⁵, es por eso que, VILLAVICENCIO señala que *“la forma de control social formal, hasta su actual desarrollo, supone la aplicación de una pena”*⁹⁶, constituyéndose en definitiva, como la forma principal de reacción jurídica frente al delito⁹⁷.

Hay que mencionar ,además, que si bien la pena es la sanción más drástica de todas, no es la única que puede imponer el ordenamiento jurídico en el ámbito penal pues para el maestro ROXIN:

*“La pena y la medida constituyen el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho Penal es sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho Penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones – pues eso también lo hacen los múltiples preceptos civiles o administrativos -, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad”*⁹⁸.

Como resultado, debe aclararse que la pena se impone al sujeto responsable de un hecho punible, y, la medida de seguridad le corresponde comúnmente al sujeto no responsable, pero criminalmente peligroso de un injusto típico, aunque excepcionalmente pueda ser también determinada para el autor responsable y además criminalmente peligroso⁹⁹.

Habría que decir también que la pena, en tanto constituye la privación de un bien, supone conceptualmente un mal, un castigo. Sin embargo eso no significa que su función sea

⁹⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÀN, Mercedes. *Op.Cit.*p.47.

⁹⁶ VILLAVICENCIO, Felipe. *Op. Cit.*p.45.

⁹⁷ Cfr. SUAREZ-MIRA. RODRIGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRIGUEZ, José. *Manual de Derecho Penal*, 3º edición, Tomo I, Aranzadi, 2005, p.438.

⁹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, traducido por Diego Manuel Luzón Peña, 2º edición, Consejo Editorial, 1997, p.41.

⁹⁹ *DERECHO PENAL. MODERNAS BASES DOGMÁTICAS*, Lima, Grijley, 2004, p.93.

perseguir el mal ni el castigo, puesto que, sus fines son preventivos¹⁰⁰. Es por ello que GARCÍA sostiene que:

“La función de la pena debe informar todo el sistema penal, de manera tal que, de una u otra manera, tiene que influir en su operatividad. Tanto la previsión legal de la pena, como su imposición judicial y ejecución deben tener como punto de partida la función que la sanción penal cumple. En el plano legislativo, la determinación de la función de la pena permitiría, en primer lugar, hacer un juicio crítico sobre la legitimidad de la pena legalmente establecida. Una pena que no se ajuste a su función, no podrá aceptarse aunque se encuentre prevista en la ley”¹⁰¹.

En definitiva, nuestro ordenamiento jurídico, al seguir el modelo de Estado Social, Democrático y de Derecho tiene como finalidad la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, establecido en el artículo primero de la Constitución Política; lo cual significa que el Estado debe velar por el bienestar social, es por ello que el Derecho Penal, dentro de este modelo constitucional debe legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo cual connota su función de prevención ante las conductas que considere reprochables¹⁰².

1.5.1. Teorías de la pena

Queda claro que el objetivo del derecho penal y de las disposiciones penales es determinar el fin de la pena en cada caso concreto, y ello deriva de su propia función que es la de servir a la tutela de los bienes jurídicos y coadyuvar con el libre desenvolvimiento del ser humano en convivencia social. Así pues, mediante tal fin se determinan las conductas penalmente reprochables en el Estado¹⁰³.

Sin perjuicio a ello, el maestro Roxín precisa que es necesario responder las siguientes interrogantes: “¿Qué es lo que legitima la imposición de penas? O ¿Cuál es el efecto que

¹⁰⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Modernas Bases Dogmáticas*, Op.Cit. p. 51.

¹⁰¹ GARCIA CAVERO, Percy. *Acerca de la Función de la Pena* [Ubicado el 26.IV 2019]. Obtenido en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_80.pdf

¹⁰² CHANG KCOMT, Romy. “Función Constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal”, en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 71, 2013.

¹⁰³ Cfr. ROXIN, Claus. *Op. Cit*, p.81.

causa la imposición de penas para cumplir con la misión del Derecho Penal?” La respuesta la encontraremos en todo lo referente a la Teoría de la pena, tema que desde la antigüedad ha tenido diversas interpretaciones jurídicas. Entre ellas, tenemos a las siguientes¹⁰⁴:

1.5.1.1. Teorías Absolutas

Esta teoría fue desarrollada por KANT, para quien la pena “debe ser” aun cuando el Estado y la sociedad ya no existan. Se le califica como “absoluta” debido a que el sentido de la pena es independiente de su efecto social, es decir, la pena encuentra su justificación en sí misma, sin que pueda ser percibida como un medio para fines ulteriores¹⁰⁵.

En ese mismo sentido, HEGEL no reconoce fines preventivos de la pena, pues en uno de sus más importantes textos filosófico-jurídicos *“Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho”* sostiene que: *“El delito es la negación del derecho, y la pena es la negación de la negación, es decir, que la pena en sí misma es la anulación del delito, y con ello, el restablecimiento del derecho. En sus propias palabras señala que la anulación del delito es retribución en cuanto ésta es, conceptualmente, una lesión de la lesión”*¹⁰⁶.

En efecto, esta teoría solo atiende al sentido de retribución de la pena, dejando de lado toda idea de fin, puesto que, aquí la pena es la imposición de un mal por un mal cometido, y en esto concluye su función¹⁰⁷. En otras palabras, la pena es tomada como un mal que debe sufrir el sujeto que cometió el delito, para compensar el mal causado con su actuación. Cabe enfatizar que este pensamiento es reconocido como antecedente de la Ley del Talió¹⁰⁸.

De ello se desprende que la pena es la consecuencia justa y necesaria del delito cometido, entendida como una necesidad ética, como un “imperativo categórico” al modo que la entendió KANT en su conocido “ejemplo de la isla” en su obra denominada *“Introducción a la metafísica de las costumbres”*:

“Si los miembros de una sociedad decidieran disolverse; si, por ejemplo, el pueblo, que habita una isla, decide abandonarla y dispersarse por todo

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ TEORIAS DE LA PENA [Ubicado el 27.VI 2018]. Obtenido en http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/Teorias_pena_investigacion.pdf

¹⁰⁶ ROXIN, Claus. *Op. Cit.* 83.

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÀN, Mercedes. *Op. Cit.* p.47.

¹⁰⁸ TEORIAS DE LA PENA. *Op. Cit.* p. 2.

el mundo-, antes de llevar a cabo esa decisión, debería ser ejecutado el último asesino que quedara en prisión, para que todo el mundo supiera el valor que merecen sus hechos y para que el crimen de homicidio no recaiga colectivamente sobre todo un pueblo por descuidar su castigo; porque de lo contrario podría ser considerado partícipe de esa injusticia”¹⁰⁹.

En conclusión, esta teoría supone que se hace justicia a través de la imposición de un mal por un mal causado, asimismo, debemos precisar que en la actualidad esta teoría se encuentra presente al exigirse que una pena impuesta sea proporcional a la gravedad del delito cometido y a la culpabilidad del autor¹¹⁰.

1.5.1.2. Teorías Relativas

Estas teorías son aquellas que se desligan del fin de la pena en sí misma y se enfocan en su utilidad social, comprendiendo a la pena como un instrumento para alcanzar objetivos ulteriores destinados a prevenir u obstruir la comisión de posibles delitos, en amparo de determinados bienes jurídicos que tienen relevancia social¹¹¹ en otras palabras, estas teorías reconocen la utilidad de la sanción penal, dejando de lado la postura de la retribución y se dividen en dos¹¹²:

a) Teoría de la Prevención general.

Esta teoría fue elaborada y desarrollada por el penalista alemán FEUERBACH, quien la llamó como “teoría psicológica de la coacción”, debido a que el fin de la pena estriba en evitar el delito mediante normas penales que impactaban en la sociedad. Este impacto era entendido como una amenaza penal generalizada, en la que se imponía una pena y la ejecución de ésta, lo cual generaba una carga subjetiva de temor ante las leyes establecidas, con el fin de impedir la comisión de delitos¹¹³.

¹⁰⁹ TEORIAS DE LA PENA. *Op. Cit.* p. 2.

¹¹⁰ LAS TEORIAS DE LA PENA. El clásico binomio retribución-prevención [Ubicado el 29.IV 2019].
Obtenido en

https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4320_1_las_teorias_de_la_pena.pdf

¹¹¹ TEORIAS DE LA PENA. *Op. Cit.* p. 3.

¹¹² LAS TEORIAS DE LA PENA. *Op. Cit.* 3.

¹¹³ ROXIN, Claus. *Op. Cit.* p.90.

En ese sentido, dicha coacción psicológica formulada en abstracto, se materializaba en la sentencia, cuando el juez condenaba al autor de un delito, ya que mediante ese actuar, el juez anunciaba que quienes incurran en el mismo actuar delictivo, serían sancionados. Es por ello que la lógica que sigue este criterio es que las penas sean obligatoriamente cumplidas, puesto que, de suceder lo contrario, se afectaría el fin intimidatorio que connota esta postura¹¹⁴.

En definitiva, esta teoría es identificada con el aspecto intimidatorio de las penas, ya que encuentra su justificación en el fin de evitar la comisión de delitos respecto de sus potenciales autores. La prevención general no sólo actúa con la conminación general de penas, sino que además adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución, pues la conminación penal debe intimidar, y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de dicha amenaza, pues solo así, como lo sostiene FEUERBACH, la amenaza de la ley será una verdadera amenaza si se ejecuta la pena¹¹⁵.

Por otro lado, la teoría actual sostiene que la teoría de la prevención general puede ser positiva o negativa: Será positiva cuando a través de la pena se busque la reafirmación de la validez de la norma, puesto que con la imposición de la pena, la norma se ve fortalecida¹¹⁶, es decir, lo que se busca es la conservación y el refuerzo del poder de ejecución del ordenamiento jurídico. En ese sentido, la finalidad de la pena es mostrar la inviolabilidad de la ley ante la comunidad y así reforzar la confianza jurídica de la sociedad¹¹⁷.

Asimismo, en la teoría de la prevención general positiva existen elementos ético sociales y cabe precisar que el destinatario es, principalmente, el ciudadano que vive conforme al derecho, a quien se debe transmitir, mediante una justicia penal en funcionamiento, una sensación de seguridad y confianza frente al Estado y su ordenamiento jurídico¹¹⁸.

Por otro lado, la prevención general negativa encuentra su justificación en el carácter intimidatorio de la pena y se manifiesta en el momento de la conminación penal. Aquí lo que se pretende es entender el sentido de amenaza que engloba implícitamente la norma¹¹⁹,

¹¹⁴ TEORIAS DE LA PENA. *Op. Cit.* p. 5.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ LAS TEORIAS DE LA PENA. *Op. Cit.* 5.

¹¹⁷ ROXIN, Claus. *Op. Cit.* p.91.

¹¹⁸ DERECHO PENAL Y POLITICA JUDICIAL. *Las teorías de las penas*, 2014 [Ubicado el 29.IV 2019]. Obtenido en <http://derechopenalpoliticajudicial.blogspot.com/2014/12/las-teorias-de-la-pena.html>

¹¹⁹ DERECHO PENAL Y POLITICA JUDICIAL. *Op.Cit.*

puesto que va dirigida a la colectividad con el fin de evitar la comisión de delitos a través de la amenaza de la pena¹²⁰.

Este aspecto negativo, deja sin efecto las formulaciones éticas, dirigiendo el desarrollo del Derecho penal en base a una teoría de la pena con una finalidad disuasiva a través de la coacción psicológica, puesto que surge para llenar los vacíos de las insuficiencias de la coacción física de las teorías retributivas. Sin embargo, no ha logrado el éxito esperado pues, entre otras razones, el utilitarismo que lleva consigo, atenta contra la dignidad humana al utilizar al hombre como objeto y no como sujeto de derecho¹²¹.

b) Teoría de la Prevención especial.

Esta teoría tiene como principal representante al penalista alemán FRANZ VON LISZT, quien valoró al delincuente como elemento central del Derecho Penal y a la pena como una institución mediante la cual se corregía, intimidaba o aseguraba al delincuente¹²². Esta teoría fue diseñada en base a las categorías del delincuente, a la corresponsabilidad de la sociedad y a la prevención de la reincidencia. Bajo esta perspectiva la pena sirve para que el delincuente se resocialice y en el futuro no vuelva a delinquir¹²³.

De manera que el objeto principal de esta teoría era incidir directamente sobre el autor del delito, de manera individual, con el propósito de disuadirlo de la posible comisión de futuros delitos. Por tanto, esta teoría se dirige al sujeto mismo, y no al hecho delictivo cometido¹²⁴, en otras palabras, lo que se pretende es no mirar el pasado, es decir, no retribuir el hecho cometido, sino encontrarle justificación a la pena en cuanto deba prevenir nuevos delitos del autor¹²⁵.

1.5.1.3. Teorías Mixtas o de la unión.

Estas teorías surgen debido al fracaso teórico, político y filosófico de las teorías antes desarrolladas¹²⁶. Y se distinguen dos vertientes:

¹²⁰ LAS TEORIAS DE LA PENA. *Op. Cit.* 5.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÀN, Mercedes. *Op. Cit.* p.48.

¹²³ DERECHO PENAL Y POLITICA JUDICIAL. *Op. Cit.*

¹²⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. Cit.* p. 61.

¹²⁵ TEORIAS DE LA PENA. *Op. Cit.* p. 3.

¹²⁶ LAS TEORIAS DE LA PENA. *Op. Cit.* p.7.

- a) **Teorías retributivas de la unión:** esta fue elaborada en el siglo XIX por MERKEL, quien sostenía que *“la prevención que prescinde de la retribución no es una pena, y toda retribución encierra una tendencia preventiva, por lo que la contraposición general de ideas retributivas y preventivas carece de sentido”*¹²⁷.

Estas teorías consideran a la retribución, la prevención general y prevención especial como fines de la pena que se buscan similarmente. Aquí lo determinante es, principalmente, la necesidad de expiación, haciendo referencia al fin retributivo de la pena, aunque junto a ello también el fin intimidatorio. Los otros fines de corrección, que corresponde a la prevención especial positiva y de aseguramiento que es propia de la prevención especial negativa, pasan frente a la retribución a un segundo plano¹²⁸.

En efecto, estas teorías postulan que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución ya que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa¹²⁹.

- b) **Teorías preventivas de la unión:** esta teoría es defendida por el maestro ROXÍN, quien afirma que el único fin de la pena es el preventivo, puesto que las normas penales encuentran su justificación solo si tienden al amparo de la libertad individual y al orden social que está en su servicio¹³⁰.

En ese sentido, estas teorías postulan que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido¹³¹.

Para ROXÍN, estas teorías se manifiestan en tres momentos; el primero se presenta en el plano legislativo con el momento de la intimidación, cuyo sustento es la

¹²⁷ DERECHO PENAL Y POLITICA JUDICIAL. *Op.Cit*

¹²⁸ ROXIN, Claus. *Op. Cit*, p.94.

¹²⁹ TEORIAS DE LA PENA. *Op. Cit*. p. 7.

¹³⁰ ROXIN, Claus. *Op. Cit*, p.95.

¹³¹ TEORIAS DE LA PENA. *Op. Cit*. p. 7.

prevención general; el segundo, sucede en el plano judicial cuando se da la aplicación de la pena y cuyo fundamento se encuentra en la prevención general y prevención especial; y, finalmente, el tercero que es el momento de la ejecución de la pena, que se corresponde con la función de resocialización o prevención especial y que pertenece al plano penitenciario¹³².

Por otro lado, se debe precisar que, si bien es cierto, esta postura tiene muchas críticas por respaldar un sistema abierto en el que se le cede predominancia político criminal a la resocialización, no incluyendo a la víctima en su construcción, es la teoría que ha ganado mayor terreno en la dogmática penal actual¹³³

En ese extremo, podemos concluir que ninguna de las teorías antes explicadas puede ser practicada en puridad, pues la imposición de una pena y la legitimidad de esta responden tanto a criterios de prevención general y especial, como a criterios de retribución, en tanto que se limita su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero puede no abarcar esta medida en tanto sea necesario exigencias de prevención especial y esto no se oponga ante las exigencias mínimas de la prevención general¹³⁴.

1.5.2. Clases de pena.

El legislador penal peruano ha establecido en el artículo 28 del Código Penal las diversas clases de pena que pueden preverse ante la comisión de delitos, y las clasifica de la siguiente manera:

1.5.2.1. Pena Privativa de Libertad.

Este tipo de pena afecta la libertad ambulatoria del sujeto condenado y determina su ingreso y permanencia en un Centro Carcelario. Puede ser de dos tipos, una de carácter temporal y la otra de carácter atemporal, lo que se denomina como cadena perpetua. Estas sanciones se cumplen conforme a las disposiciones del Código de Ejecución Penal y son las que se aplican con mayor frecuencia en el país¹³⁵.

¹³² DERECHO PENAL Y POLITICA JUDICIAL. *Op.Cit.*

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, p.103.

¹³⁵ PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD [Ubicado el 17.VI 2018]. Obtenido en <https://es.scribd.com/document/341930357/Pena-Privativa-de-Libertad>

Así pues, esta clase de pena, en nuestro ordenamiento jurídico, es la sanción más gravosa, por lo que tendría que aplicarse sólo en los hechos más intolerables en la sociedad. Por ello, resultaría impertinente que el legislador prevea penas privativas de libertad cortas, pues el tiempo de la privación de la libertad no aconsejaría hacer efectiva la pena prevista, siendo más recomendable, desde el punto de vista de la resocialización, recurrir a los diversos mecanismos de alternatividad a la pena de prisión¹³⁶.

Nuestro Código Penal en el artículo 29¹³⁷ indica la existencia de dos tipos de penas privativas de libertad:

- a) Pena privativa de la libertad temporal: tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Originalmente su límite máximo estaba fijado en 25 años. El máximo actual es de 35 años, esta modificación fue introducida en 1998 por el Decreto Legislativo N° 895. Este límite, luego de continuas modificaciones, fue restablecido por el Decreto Legislativo N° 982, el año 2007¹³⁸.
- b) Pena privativa de la libertad de cadena perpetua: es la pena más grave en nuestro sistema, y como resulta obvio, tiene una duración indeterminada. Fue incorporada el año de 1992 al Código Penal¹³⁹.

1.5.2.2. Penas restrictivas de libertad.

Estas son aquellas que le imponen al condenado algunas limitaciones sin privarlo de su libertad ambulatoria absoluta y se encuentran reguladas en el artículo 30 del Código penal¹⁴⁰.

Según nuestro ordenamiento jurídico, se trata de la expulsión del país y se aplica a extranjeros después de haber cumplido la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso¹⁴¹.

¹³⁶Cfr. GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General. Op. Cit.*, p.824.

¹³⁷ Véase en el artículo 29 del CÓDIGO PENAL: “La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua (...)”

¹³⁸ VILLEGAS PAIVA, Elky. *Op. Cit.*, p.83-84.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ ROSAS TORRICO, Marcia. *Op. Cit.* p.5.

¹⁴¹ ALVARADO YANAC, Juan. *Op. Cit.* p.85.

Para VILLEGAS, este tipo de penas constituye una limitación a la libertad de tránsito. Si bien, toda pena implica una restricción a la libertad, en el caso de esta, como no implica una limitación grave a la libertad de movimiento, no se le considera como pena autónoma, sino, como una pena complementaria a la privativa de libertad¹⁴².

Es así que, podemos decir que este tipo de pena solo recorta la libertad de movimiento del sujeto condenado, o bien mediante la prohibición de reingreso en algún lugar determinado, o bien con la prohibición de morar en algún lugar en concreto¹⁴³.

1.5.2.3. Pena limitativa de derechos.

Este tipo de penas se encuentran estipuladas desde el artículo 31 hasta el 40 del Código penal, las cuales restringen el ejercicio de algunos derechos civiles, económicos y políticos, así como el disfrute total del tiempo libre¹⁴⁴.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce tres tipos de penas limitativas de derechos: la prestación de servicios a la comunidad, la cual supone que el sentenciado brinde como primer tipo está la prestación de determinadas horas de trabajo no remunerado y útil a la comunidad, siendo realizado durante su tiempo libre y días feriados a fin de no alterar sus horarios laborales. No obstante, cabe señalar que no se trata de trabajo forzado, puesto que se establece en instituciones educativas y municipales asistenciales o en obras públicas, en los que se debe tomar en cuenta las aptitudes y hasta preferencias del sentenciado¹⁴⁵.

Por otro lado tenemos la limitación de días libres, como segundo tipo de pena limitativa de derechos, la cual solo afecta los fines de semana del sentenciado, sin perjudicar ni a su familia ni a su trabajo¹⁴⁶. Por ello, esta limitación consiste en permanecer los días sábados, domingos y feriados, hasta por un máximo de diez horas semanales, a disposición de una institución pública para participar en programas educativos, psicológicos, de formación laboral o culturales¹⁴⁷.

¹⁴² VILLEGAS PAIVA, Elky. *Op. Cit.* p.100.

¹⁴³ PENA RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD [Ubicado el 29.IV. 2019]. Obtenido en <https://es.scribd.com/doc/316676683/Penas-Restrictivas-de-Libertad>

¹⁴⁴ ROSAS TORRICO, Marcia. *Op. Cit.* p.6.

¹⁴⁵ CLASES DE PENA SEGÚN EL CODIGO PENAL PERUANO. Clases de pena [Ubicado el 29.IV. 2019]. Obtenido en <http://jaimemati.blogspot.com/2013/05/clases-de-pena-segun-el-codigo-penal.html>

¹⁴⁶ CLASES DE PENA SEGÚN EL CODIGO PENAL PERUANO. *Op. Cit.*

¹⁴⁷ ALVARADO YANAC, Juan. *Op.Cit.* p. 87.

Y, finalmente tenemos la inhabilitación, la cual consiste en la supresión de determinados derechos civiles, políticos y económicos, según se determine en cada caso concreto¹⁴⁸.

1.5.2.4. Penas de Inhabilitación y días Multa.

La pena de multa, consiste en la obligación de pagar cierta cantidad de dinero, por concepto de retribución del delito cometido que se le aplica al delincuente, por parte del juez¹⁴⁹.

Según LÓPEZ, “*la multa no es más que el medio a través del cual se pretende imponer un mal idóneo para invertir la voluntad del sujeto infractor*”¹⁵⁰.

En nuestra legislación vigente, la multa responde al sistema de multa global, en el cual el juez dentro de los límites mínimos y máximos fijados por la ley, impone una determinada cantidad dependiendo de la gravedad del delito cometido y la situación económica del sujeto que cometió la actividad delictiva¹⁵¹.

Así pues, según nuestro Código Penal, en su artículo 41 el importe de día–multa debe ser equivalente al ingreso promedio diario del condenado, y esto se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gastos y demás signos exteriores de riqueza¹⁵².

¹⁴⁸ CLASES DE PENA SEGÚN EL CODIGO PENAL PERUANO. *Op. Cit*

¹⁴⁹Cfr. HURTADO POZO, José. *El sistema de control penal. Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales*, 1º edición, Lima, Pacífico Editores S.A.C., 2016, p.968.

¹⁵⁰ LÓPEZ PÉREZ, Luis. Acerca de la pena de multa [Ubicado el 29.IV 2019]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Acerca_de_la_Pena_de_Multa.pdf

¹⁵¹ Cfr. *Ibíd.*

¹⁵² ALVARADO YANAC, Juan. *Op.Cit.* p.96.

CAPÍTULO II:
INTERVENCIÓN DEL EXTRANEUS EN LA COMISIÓN DE DELITOS DE
INFRACCIÓN DEL DEBER.

2.1. Generalidades de la autoría y participación.

El Código Penal, en el Capítulo IV del Título Preliminar II regula lo referente a la autoría y participación, específicamente en el artículo 23, indicando que un delito puede ser cometido por una persona, o por medio de otra, o incluso, puede ser cometido por varias personas¹⁵³.

En efecto, el legislador fijó dos formas de intervención en el delito, una en autoría y otra en participación, con el objeto de precisar los grados de responsabilidad que le corresponde a cada uno de ellos a partir de su aporte¹⁵⁴.

Así pues, la doctrina advierte que existen reglas de la participación, las cuales connotan una ampliación del tipo penal, lo que permite distinguir a aquellos autores de los partícipe, y, en consecuencia, posibilita comprobar la extensión de la punibilidad¹⁵⁵.

Conforme a ello, VILLA STEIN, sostiene que el tema de “autoría y participación” en el derecho penal:

“Busca dar respuesta al asunto de quién o quiénes son los autores de un delito y quién o quiénes sus partícipes. La respuesta es inmediata: Será autor quien realiza el tipo, será partícipe quien coadyuva en su perpetración con acciones intencionalmente cooperantes que tengan relevancia jurídico penal de cara al tipo catalogado y realizado por el autor (...) El partícipe lo es porque instiga o presta en contubernio con el autor, y sin penetrar el tipo con él, su ayuda lo hace cómplice”¹⁵⁶.

¹⁵³ Cfr. ALVARADO YANAC, Juan. *Op. Cit.*, p. 73.

¹⁵⁴ VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*, 3º Edición, Lima, Grijley, 2008, p.308.

¹⁵⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal, parte general*, 1º edición, Lima, Grijley, 2014, p.459.

¹⁵⁶ VILLA STEIN, Javier. *Autoría y Participación* [Ubicado el 10.VIII 2017]. Obtenido en <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C7-3-POLT.JUR.AUTORIA.pdf>

Por otro lado, VILLAVICENCIO sostiene que dicho tema resalta la importancia de las aportaciones que hace cada individuo que participa en un hecho delictivo, y, además, permite precisar el juicio personal de reproche que le corresponde a cada sujeto¹⁵⁷.

Cabe señalar que en nuestro ordenamiento jurídico estos dos roles “autoría y participación”, cuentan cada uno con sus formas. En lo que respecta a la primera, se regulan tres tipos: autoría directa, autoría mediata y la coautoría, así como también se regulan las formas de intervención delictiva, como la instigación y la complicidad, tanto primaria como secundaria, estipulados en los artículos 24 y 25 respectivamente¹⁵⁸. Sin embargo, en la parte especial del Código Penal, la descripción de los ilícitos solo está dirigida para los autores, que son quienes tienen el dominio total del hecho, dejándose de lado a los partícipes¹⁵⁹.

En primer lugar, respecto a la autoría directa, también identificada como individual o unipersonal, supone que la acción descrita en la ley sea ejecutada por el sujeto activo, es decir, que éste sea quien ostente el dominio de la situación¹⁶⁰, en tal sentido, será autor directo, quien realice materialmente la acción típica¹⁶¹.

En segundo lugar, cuando hablamos de autoría mediata, ésta se configura cuando la realización de la conducta delictiva se ejecuta a través de una persona utilizada como “instrumento”, o, mejor dicho, cuando una persona se sirve de otra para cometer un delito¹⁶².

En palabras de Hurtado Pozo:

“El autor mediato utiliza la actuación de otro para alcanzar su fin delictivo”. Así mismo señala que: “el autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir de facto el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito. En consecuencia, respecto a él hay que

¹⁵⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. Cit.* p.461.

¹⁵⁸ ALVARADO YANAC, Juan. *Op. Cit.*, pp. 73-80.

¹⁵⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro. “El delito de parricidio en el Perú luego de la Ley N° 29819: ¿Y el delito de feminicidio?” en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 36, Lima, Gaceta Jurídica, 2012, 86.

¹⁶⁰ DIAZ, Miguel y GARCIA CONLLEDO. “Autoría y Participación”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 10, 2008 [Ubicado el 10.VIII 2017]. Obtenido en http://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2917_1_material_sobre_doctrina.pdf

¹⁶¹ REATEGUI SANCHEZ, James. *Autoría y Participación en delitos Dolosos y Culposos* [Ubicado el 10.VIII 2019]. Obtenido en http://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2917_autoria_y_participacion_en_delitos_dolosos_y_culposos.pdf

¹⁶² DIAZ, Miguel y GARCIA CONLLEDO. *Op. Cit.* p.22.

determinar si el tipo legal objetivo ha sido realizado, pues es él el autor. Así mismo, hay que constatar si ha actuado con dolo y si reúne los elementos particulares específicos de la legislación legal pertinente (por ejemplo, en el hurto, el propósito de obtener un provecho ilícito o en el caso de los delitos especiales, la calidad exigida por el tipo respectivo). Por esto es necesario delimitar el ámbito en que se ha desarrollado la acción delictuosa de dicho dominio”¹⁶³.

En virtud de ello, es autor mediato quien, de manera consciente y voluntaria, es decir, dolosamente, se vale de otra persona, utilizándola como instrumento, para la ejecución de un delito. Cabe recalcar que este “instrumento” debe encontrarse en la capacidad de ejecutar acciones que constituyan delito, y siempre estará en una situación de inferioridad al autor mediato, puesto que, aun cuando este “instrumento” sea quien realice directamente la acción típica, su comportamiento depende exclusivamente del autor mediato, pues es quien tiene el control la situación¹⁶⁴.

Y finalmente cuando se habla de coautoría, se hace referencia a la intervención de varios sujetos que de manera conjunta se distribuyen actividades necesarias para la ejecución del delito¹⁶⁵. *“Aquí la acción típica es realizada por dos o más personas que participan voluntaria y conscientemente de acuerdo a una división de funciones, tomando parte, cada uno, en la ejecución de los hechos”¹⁶⁶.*

Es por ello que, para la configuración de la coautoría es importante que se cumplan con tres características de relevancia: a) que todos los sujetos sean conscientes de lo que se realiza y tengan voluntad para efectuar cada una de las acciones que se han dividido conjuntamente; b) que para conseguir el fin delictivo que se ha planeado colectivamente, cada contribución debe ser de carácter trascendente para la configuración del delito¹⁶⁷; y, c) que todos los

¹⁶³ HURTADO POZO, José. *Op. Cit.* p.865.

¹⁶⁴ *Ibíd.*

¹⁶⁵ REÀTEGUI SANCHEZ, James. *Op. Cit.* p.36.

¹⁶⁶ LAVANVEREDE, Moris. “Autoría y Participación” en *Enfoque Jurídico*, marzo 2015 [Ubicado el 14.VIII 2017]. Obtenido en <https://enfoquejuridico.org/2015/03/06/la-autoria-y-la-participacion/>

¹⁶⁷ DIAZ, Miguel y GARCÍA CONLLEDO. *Op. Cit.* p. 19.

sujetos realicen las conductas típicas de manera conjunta, en razón de las distribuciones funcionales o reparto de roles que fijaron en el plan criminal para la comisión del delito¹⁶⁸.

Por otro lado, respecto a la participación, que es objeto de estudio en este trabajo de investigación, el derecho penal sostiene que es aquella cooperación o contribución voluntaria en la ejecución de un delito doloso, pues solo en estos se puede configurar la categoría de la participación, ya que resulta utópico hablar de partícipes en un delito culposo¹⁶⁹.

Es necesario destacar que la participación puede ser considerada en sentido amplio, cuando comprende a la totalidad de los sujetos que participan en el hecho delictivo, y, en sentido específico, cuando solo se toma en cuenta como partícipes a aquellos que se encuentran en dependencia con la conducta desplegada por el autor¹⁷⁰.

Siguiendo a MEZA, la temática de la que hablamos, se sustenta en la existencia de dos importantes sistemas que respaldan la presencia de las figuras de ampliación del tipo penal, las cuales determinan la diferencia de la intervención de todos los sujetos que participan en un mismo hecho punible¹⁷¹.

En ese sentido hablamos del Sistema Unitario y del Sistema Diferenciador, los cuales comprenden los criterios formales que definen el linde conceptual respecto a la autoría y participación¹⁷², los cuales serán explicados a continuación.

¹⁶⁸ SOTA SANCHEZ, Percy André. *Algunas reflexiones dogmáticas y jurisprudenciales respecto a la Coautoría como dominio funcional del hecho* [Ubicado el 14.VIII 2004]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2011/Articulos_estudiantiles/102011_REFLEXIONES_DOGMATIC_AS.pdf

¹⁶⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal, parte especial*. Temis, Bogotá, 2002, p.452.

¹⁷⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op.Cit.* p. 460.

¹⁷¹.MEZA HURTADO, Daniel. “Los requisitos de la coautoría en la jurisprudencia de la Corte Suprema peruana”, *Op. Cit.* p. 67.

¹⁷² VILLA STEIN, Javier. *Op.Cit.* p.308.

2.1.1. Sistemas fundamentadores de la autoría y participación.

2.1.1.1. Sistema Unitario de Autor.

Este sistema fue sostenido por VON BURI, bajo la teoría de la “*conditio sine qua non*” en la que se funda la idea causalista, mediante la cual se le da un valor igualitario a las aportaciones de todos los agentes que intervienen en la ejecución del delito, es decir, se da la existencia exclusiva de la autoría¹⁷³.

En esa misma perspectiva, VILLAVICENCIO indica que este sistema se caracteriza por considerar como autores a todas las personas que intervienen con su contribución causal en la realización de la actividad delictiva, independientemente de que esas contribuciones se materialicen como conductas típicas. Por consiguiente, no existen diferencias entre los aportes causales, pues todos son equivalentes con respecto al resultado, y en consecuencia, todos los que participan en el delito son iguales frente a la responsabilidad penal¹⁷⁴.

De ello se infiere que aquí no hay disimilitud entre el autor y el partícipe, pues siguiendo la lógica de la teoría de la equivalencia de condiciones, se construye un concepto unitario de autor, mediante el cual todos los individuos que colaboran en un hecho punible son calificados como autores, ubicándose en correspondencia las aportaciones de cada sujeto en la realización del delito, castigándose a todos por igual, dejando de lado toda idea de accesoriedad¹⁷⁵.

Así mismo, MEZA siguiendo a GUTIÉRREZ sostienen que este sistema nombra como autor del delito cometido a todo aquel que lleva a cabo un aporte atribuible: “*Justamente se le denomina “unitario” porque todos los intervinientes en la realización del hecho punible son considerados, en principio, autores, sin tomar en cuenta la importancia material de su contribución al hecho delictivo. De este modo, todas las formas de intervención se engloban dentro del concepto de autor*”¹⁷⁶.

¹⁷³ NIETO DI BIASE, Marcelo. *Op. Cit.*

¹⁷⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op.Cit.* p.461.

¹⁷⁵ VILLA STEIN, Javier. *Op. Cit.* p.23.

¹⁷⁶ MEZA HURTADO, Daniel *Op.Cit.* p. 68.

De manera similar, para el autor ARISMENDIZ, siguiendo a JESCHEECK:

“En este sistema no existe un criterio discriminador, ni cualitativa ni cuantitativamente respecto a los grados de intervención delictual. Heinrich Jescheeck y Thomas Weigend, quienes denominan a este sistema bajo el título de concepto unitario de autor, indican que este trata como autor a todo interviniente que ha realizado una prestación causal para la realización del tipo, sin atender a cuál es el fundamento que se atribuye a su colaboración en el marco del suceso global”, señalando además que: “este sistema responde a una opción político-criminal que cree necesario castigar por igual a todos los intervinientes de un hecho delictivo”¹⁷⁷.

No obstante, a criterio del autor ARISMENDIZ esa política criminal que fundamenta esta teoría resulta insostenible para los principios básicos del Derecho Penal de acto, puesto que el poder punitivo se asienta en posiciones ideológicas inherentes al sujeto, y por esa razón, nuestro sistema jurídico penal no encajaría con estos criterios; precisamente esto es respaldado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal en el que se consagra el principio de culpabilidad, que evidentemente es propio de una responsabilidad de acto, no de autor¹⁷⁸.

En definitiva podemos señalar ante las precisiones citadas, que este sistema imposibilita diferenciar el grado de pena que le corresponde a cada sujeto que participó en un mismo delito¹⁷⁹, lo cual conduciría a una ampliación desmedida de la función represiva. De ahí que este sistema ha sido duramente rechazado por vulnerar la función de garantía de la ley penal, consagrada en el principio de legalidad¹⁸⁰, pues todos son castigados bajo la designación de autores, rechazando la objetividad de los elementos de ampliación del tipo penal, soslayando la trascendencia del principio de accesoriedad, del que trataremos más adelante, y en definitiva, quebrantando los principios rectores que cimentan nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁷⁷ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.* p.48.

¹⁷⁸ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.* p.48.

¹⁷⁹ NIETO DI BIASE, Marcelo. *Op. Cit.*

¹⁸⁰ HURTADO POZO, José. *Op. Cit.* pp.853-854.

2.1.1.2. Sistema Diferenciador de Autor.

Este sistema es el dominante tanto en la doctrina como en nuestra legislación, aquí sí existen diferencias entre las personas que intervienen de manera conjunta en la comisión de un delito. Para este sistema, el título de “autor” no le corresponde a todos los que cooperan en la realización del hecho ilícito¹⁸¹. Siendo esto así, se sigue una corriente jurídico-teleológica en la cual existe un criterio discriminador de los sujetos que participan en un hecho punible, lo que implica además estimar diferentes consecuencias jurídicas para cada uno de los intervinientes¹⁸².

En otras palabras, este sistema fija la necesidad dogmática de la distinción entre autor y partícipe¹⁸³, ya que sólo se considera como autores a aquellos agentes que se ajusten en la definición de los tipos establecidos por el Código Penal¹⁸⁴.

En consecuencia, es calificado como autor exclusivamente quien comete el hecho descrito por el tipo penal, pues la contribución causal al resultado por medio de acciones que no sean típicas no podría fundamentar una autoría¹⁸⁵.

Para el autor ARISMENDIZ, en este sistema se da una “*valoración cualitativa y cuantitativa en cuanto al accionar delictual de los sujetos, por lo tanto, se evidencia una graduación de responsabilidad que depende del hecho y no de la personalidad del autor*”¹⁸⁶

En esa misma línea, TORRES sostiene que en este sistema la determinación de quienes son autores y quienes partícipes depende de dos variantes respecto a la forma de realizar las valoraciones de los distintos aportes que se dan en el hecho punible. Estas variantes son el concepto extensivo de autor y el concepto restrictivo de autor¹⁸⁷.

¹⁸¹ HURTADO POZO, José. *Op. Cit.*, p.855.

¹⁸² VILLA STEIN, Javier. *Op. Cit.*, p.309.

¹⁸³. BACIGALUPO Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Ara Editores, Lima, 2004. p. 460.

¹⁸⁴ MEZA HURTADO, *Op. Cit.*, p. 67.

¹⁸⁵ DERECHO PENAL MARGINAL. Breve apunte sobre la Autoría y Participación funcional. [Ubicado el 28.VIII.2017]. Obtenido en <http://derechopenalmarginal.blogspot.pe/2015/06/breve-apunte-sobre-la-la-autoria-y.html>

¹⁸⁶ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.* p.49.

¹⁸⁷ TORRES JIMÉNEZ, Lucas Eduardo. *Calificación del ejecutor consciente en los supuestos de autoría mediata: Contribución en el establecimiento de criterios de autoría y participación en el ámbito judicial peruano*, Tesis para optar el título de Abogado, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 29.

- a) Respecto al concepto extensivo de autor, este encuentra su fundamento en la teoría de la equivalencia de las condiciones, al igual que el concepto unitario de autor, por lo tanto, todos los intervinientes en un hecho punible resultarían responsables, de modo tal, que no es posible establecer diferencias entre los sujetos que participan en la comisión del delito¹⁸⁸.

De esta manera, la calificación de autor o partícipe en la comisión de un delito dependerá del “*animus*” con el que actúe cada sujeto interviniente, siendo irrelevante el peso de su aporte objetivo en la comisión del injusto, abriendo la posibilidad de considerar como autor incluso a aquel sujeto que teniendo participación en el delito tuvo una mínima intervención en el hecho¹⁸⁹.

- b) En cuanto al concepto restrictivo de autor, su punto de partida es contrario al antes explicado, pues aquí sí existe una disparidad entre todos los sujetos que participan en la realización de un hecho punible, en consecuencia, se determina quienes son autores y quienes partícipes examinando si el aporte prestado por un sujeto configura el tipo penal descrito en la ley¹⁹⁰.

Siendo esto así, entonces:

“Sólo será autor aquel cuyo aporte realice el tipo penal, así por ejemplo en un delito de homicidio, si B le entrega a A el cuchillo con el que éste mata a C, si bien los aportes de ambos son las “causas” del hecho, solamente al clavarle el cuchillo A causó su muerte, puesto que la entrega del arma por parte de B no produjo esto; siendo considerado por ello como autor del homicidio únicamente A”¹⁹¹.

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ *Ibíd.* p.30.

¹⁹⁰ *Ibíd.* p.34

¹⁹¹ *Ibíd.* p. 34-35.

Como resultado podemos decir que este sistema se funda en un carácter restrictivo de autor, puesto que configura la separación del autor con el partícipe, en la medida en que el grado de responsabilidad dependerá de la naturaleza y contribución al hecho realizado por cada uno de los sujetos¹⁹².

Sin dudas, este sistema es el más satisfactorio a nuestro parecer, ya que presenta ventajas respecto al unitario, puesto que toda intervención en el hecho delictivo tiene relevancia, procurando así determinar la responsabilidad delictual de cada sujeto, lo cual se ajusta a la función esencial de seguridad jurídica y de garantía que rigen las bases del Derecho Penal propio de un Estado de Derecho como el que somos¹⁹³.

Por otro lado, la doctrina especializada sostiene que, respecto a este sistema, se ha dado origen a tres subteorías que nos permiten conocer cómo pueden establecerse las distinciones entre los sujetos que participan en la comisión de un delito, determinando tanto a quienes son autores como a quienes son partícipes¹⁹⁴. Por ello se hará un estudio breve de estas subteorías que la doctrina ha desarrollado.

2.1.1.3. Teoría Objetivo-Formal.

Esta teoría tiene su origen en el planteamiento causalista de FEUERBACH, y fue elaborada por BELING, en la actualidad es la teoría dominante en la jurisprudencia española, según la cual es necesario recurrir directamente al ámbito de la tipicidad para determinar quién es autor y quién es partícipe en el campo de la causación, de modo tal que será autor quien ejecute personalmente la acción típica¹⁹⁵.

Es por ello que se dice que esta teoría es objetiva porque la conducta típica, antijurídica y culpable debe ser realizada directamente por el sujeto, y esto implica una intervención “*per se*” por parte del autor, y, es formal porque sólo quien lleva a cabo el comportamiento descrito por la ley se considerará como autor¹⁹⁶.

¹⁹² REÁTEGUI SANCHEZ, James. *Op. Cit.*, p. 359.

¹⁹³ GÓMEZ GONZÁLEZ, Orlando. *Op. Cit.*

¹⁹⁴ MEZA HURATDO, Daniel. *Op. Cit.* p. 68.

¹⁹⁵ Cfr. VILLA STEIN, Javier. *Op. Cit.* p. 311.

¹⁹⁶ Véase, SALAZAR MARIN, Mariano. *Autor y partícipe en el injusto penal, escuela dialéctica del Derecho Penal*, 2º edición, Grupo Editorial Ibáñez, 2011, p.117 y ss.

En esa misma dirección, para TORRES siguiendo a CALDERÓN, este sistema propone analizar la descripción legal de los tipos penales con el fin de hallar al sujeto autor, sin darle importancia al valor de las contribuciones aportadas en el hecho¹⁹⁷. Es decir, se considerará como autor a aquel sujeto que realiza todos o algunos de los actos ejecutivos expresamente previstos en el tipo penal¹⁹⁸.

Para el profesor PARIONA, debe quedar claro que a juicio de este criterio:

*“los actos ejecutivos comienzan cuando se empieza a realizar la acción típica entendida en sentido estricto, es decir, por "comienzo de la ejecución" se entiende según ella, el comienzo de realización de la acción descrita en el verbo típico”*¹⁹⁹.

Por consiguiente, podemos decir que este criterio parte de la literalidad de las acciones descritas en la ley, considerando como autor a quien realice parcial o totalmente la acción ejecutiva subsumida en el tipo, mientras que el partícipe es quien colabore en la realización del tipo mediante una acción preparatoria o de auxilio²⁰⁰.

Sin embargo, este criterio presenta inconvenientes pues no supera las deficiencias en cuanto a la autoría mediata y tampoco da respuesta a algunas hipótesis de coautoría. Esto debido a que se considera exclusivamente como autor a aquel que materializa la conducta típica descrita en la ley²⁰¹.

Así por ejemplo, en el delito de hurto, “X” no podría ser reprimido si se apodera de un bien ajeno, haciendo que lo sustraiga “Y”, a quien le engaña diciéndole que dicho bien le pertenece. Como “X” no ha sido quien ha materializado la conducta delictiva descrita en el tipo penal, ni parcial ni totalmente, pues se valió de “Y”, no podría entonces considerarse a

¹⁹⁷ TORRES JIMENEZ, Lucas Eduardo. *Op. Cit.* p.39.

¹⁹⁸ IN IUS VOCATIO. *La intervención en el delito (III): concepto de autor* [Ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://iusinvocatio.wordpress.com/tag/teoria-objetivo-formal/>

¹⁹⁹ PARIONA ARANA, Raúl. “Delimitación entre actos preparatorios y actos de ejecución del delito. La problemática del límite mínimo para la intervención penal en los delitos de imperfecta realización”, en *Cathedra-Espíritu del Derecho* N° 2, mayo 1998 [Ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/Del_Act_Prep_Act_Ejec.htm

²⁰⁰ TORRES JIMENEZ, Lucas Eduardo. *Op. Cit.* p.38.

²⁰¹ HURTADO POZO, José. *Op. Cit.* p.857.

“X” como autor, ya que no ejecutó, por sí mismo, la acción descrita en la ley, abriendo paso a su impunidad²⁰².

Es así que consideramos a esta teoría insostenible ya que no resuelve los supuestos en los que intervienen una pluralidad de sujetos, ya sea que actúan conjuntamente bajo roles funcionales repartidos y acordados, en los que todos realizan actos ejecutivos esenciales para la obtención del fin delictivo, como sucede en la coautoría; o en aquellos supuestos en los que un sujeto utiliza a otro como instrumento para cometer un hecho punible, como sucede en el ejemplo antes citado de autoría medita, dejando en la impunidad a quienes deberían tener una sanción por la comisión de una actividad delictual²⁰³.

2.1.1.4. Teoría Objetivo-Material.

Al igual que la teoría anterior, esta busca distinguir la actuación de los autores con la de los partícipes en función de aportaciones objetivas, dejando de lado el criterio de la aportación ejecutiva típica, que es insostenible como lo consideramos²⁰⁴.

En ese sentido, MEZGER precisa que se da una valoración de la acción en referencia con el bien jurídico protegido, pues se atribuye el título de autor a quien mediante su accionar atenta directamente contra el objeto de tutela, siendo sus acciones las de mayor potencia; mientras que será partícipe quien lleve consigo un ataque de menor intensidad al bien jurídico. En efecto, autor es quien ataca directamente el bien jurídico, y participante, quien lo ayuda²⁰⁵.

Para PÉREZ, este modelo teórico tiene como punto central el bien jurídico protegido, indicando que habrá comenzado la ejecución del delito cuando se ha puesto en peligro el bien jurídico²⁰⁶. En ese extremo, podemos decir que el criterio que se tiene en cuenta es el de la peligrosidad del hecho ejecutado por quien participa en la comisión del delito, subsanando los vacíos que tiene la teoría objetivo formal²⁰⁷.

²⁰² *Ibíd.*

²⁰³ HURTADO POZO, José. *Op. Cit.* p.857.

²⁰⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, 2º edición, Editorial Aranzadi, S.A. Barcelona, 2007, p.615.

²⁰⁵ MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz, Tomo I, Volumen XII, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p.286.

²⁰⁶ PÉREZ LÓPEZ, Jorge. “Las condiciones de configuración de la tentativa en el Código Penal peruano” *En Gaceta Penal & Procesal penal*, Tomo 90, Lima, Gaceta Jurídica, diciembre 2016, p.65.

²⁰⁷ HURTADO POZO, José. *Op. Cit.* p. 857.

Por consiguiente, aquí sí caben los supuestos de autoría mediata y coautoría, que no tenían lugar en la teoría anteriormente expuesta. Así pues, en el ejemplo que expusimos respecto del delito de hurto, sí es posible la calificación de autor mediato, pues encuentra su sustento en el hecho de utilizar a una persona como instrumento mediante el engaño (“X” utiliza como instrumento a “Y” para que este sustraiga un bien ajeno, mintiéndole que es de su pertenencia)²⁰⁸.

En definitiva, este modelo tiene como propósito superar los vacíos de la teoría objetivo-formal, por ende, se establece que autor es aquel que aporta la contribución más importante al injusto penal, es decir, es aquel sujeto cuya conducta está dotada de mayor peligrosidad, dejándose al partícipe como aquel que pone la condición, siendo su contribución la de menor magnitud²⁰⁹. Sin embargo, este criterio no señala en qué forma ha de entenderse la “importancia” de esa aportación²¹⁰.

Así, por ejemplo, *“en un delito cometido en el seno de una persona jurídica, la aportación objetiva más importante puede ser la de un empleado, y la menos importante la del presidente del Consejo, a pesar de que todas las decisiones han sido controladas por él”*²¹¹. Entonces, ante tales supuestos es pertinente buscar las respuestas para este tipo de deficiencias, y la podemos encontrar en la siguiente teoría.

2.1.1.5. Teoría del Dominio del Hecho.

El nacimiento de esta teoría se le debe a HEGLER, siendo el primero en emplear la expresión “dominio sobre el hecho”, en el año 1915, suscribiendo este “dominio” a los requisitos materiales de la culpabilidad. Es uno de los precursores de la autoría mediata, pues afirmaba que el sujeto utilizado como instrumento no tenía el “dominio del hecho”, mientras que el sujeto de atrás era el “señor del hecho”²¹².

Según su idea, el dominio del hecho pasaba a ser un elemento general de la autoría, en el que estableció que es señor del hecho quien tiene dominio sobre la decisión y su ejecución;

²⁰⁸ *Ibíd.*

²⁰⁹ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.*, p.50.

²¹⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Op. Cit.* p. 616.

²¹¹ *Ibíd.*

²¹² DONNA, Edgardo. *La autoría y la participación criminal*. Comares, Madrid, 2008, pp.30-31.

mientras que quien interviene instigando o colaborando con él participa ciertamente en el hecho, pero no es señor sobre el hecho²¹³.

No obstante, este planteamiento fue desarrollado de manera más amplia por WELZEL en 1939, quien es considerado como el fundador de esta teoría, pues la vinculó con su teoría finalista de la acción, con lo que otorgó a la autoría un contenido propio fijando el dominio del hecho como criterio determinante del concepto final de autor²¹⁴.

En razón de ello, para este autor, la acción humana es un acontecimiento dominado por la voluntad, e indica que el nexo para determinar quién ha realizado una acción, y por tanto quién es autor de la misma, remite a aquel que ha tenido el dominio final de la acción. En otras palabras, considera que autor del hecho será aquel que realiza el hecho en forma final, en razón a una decisión de su voluntad²¹⁵.

Para JAKOBS, el dominio del hecho se lleva a cabo mediante la ejecución de la acción típica, señalando que tal dominio debe considerarse a través de la decisión de realizar el hecho, (tomando al dominio del hecho material como dominio de decisión) y también, debe considerarse a través de la configuración del hecho, (tomando al dominio del hecho material como dominio de configuración) ”²¹⁶.

Por otro lado, ROXÍN en esta teoría califica como autor a quien aparece como figura central del suceso, debido al papel decisivo que representa²¹⁷, y considera que este es un “concepto abierto” que facilita el desarrollo de esta tesis, la cual presenta tres manifestaciones²¹⁸:

- 1) Dominio de la acción individual, según la cual, es autor quien de manera autónoma y de propia mano ejecuta la acción descrita en el tipo penal, haciendo alusión a la autoría directa o inmediata²¹⁹.

²¹³ CARO JOHN José. *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber* [Ubicado el 12.IX 2017]. Obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf

²¹⁴ SCHELLER D'ANGELO, André. *La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana* [Ubicado el 12.IX 2017]. Obtenido en <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n35/n35a10.pdf>

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Op. Cit.* pp.558-559.

²¹⁷ LANDAVERDE, Moris. “La Teoría del Dominio del Hecho”. *En Enfoque Jurídico*, febrero 2015 [Ubicado el 16.IX 2017]. Obtenido en <https://enfoquejuridico.org/2015/02/24/la-teoria-del-dominio-del-hecho/>

²¹⁸ MEZA HURTADO, Daniel. *Op. Cit.* p.70.

²¹⁹ *Ibíd.*

- 2) Dominio de la voluntad, en la cual se configura la autoría mediata, pues surge ante aquellas situaciones en las que falta la acción ejecutiva del sujeto de atrás, por lo que el dominio del hecho se sustenta en el poder de la voluntad. En otras palabras, se puede dominar el hecho, sin tener que participar en el momento preciso de la realización típica, o colaborando de otra manera con el ejecutor, mediante coacción o engaño. Esta tesis se subdivide en cuatro grupos: a) dominio de la voluntad en razón de coacción; b) dominio de la voluntad por error en el instrumento; c) dominio de la voluntad por utilización de imputables y menores, y d) dominio de la voluntad en razón de estructuras organizadas de poder²²⁰.
- 3) Dominio funcional, según la cual, cada sujeto que interviene en la ejecución del hecho codomina el acontecer global conjuntamente con otros, sin que tenga el dominio del hecho por sí solo de manera absoluta ni ejerza un dominio parcial. Así pues, son coautores todos los intervinientes en la fase ejecutiva que aportan contribuciones esenciales para el fin delictivo²²¹. En esta tesis, el dominio completo del suceso se encuentra en dependencia de las actuaciones conjuntas de los intervinientes, pues cada uno de ellos tiene el destino del hecho²²²

Por consiguiente, para este autor lo trascendente para determinar la autoría en la comisión de un delito en el que intervienen varios sujetos, será valorar a quien es la figura central del suceso delictivo, es decir, quien domina la conducción de la ejecución del delito, o quien por su influencia determinante o decisiva aparece como tal. Mientras que se califica como partícipe a quien sea una figura secundaria, ya sea contribuyendo al hecho criminal mediante aportes en la ejecución del delito o incitando a la realización de este²²³.

En consecuencia, esta teoría implica aceptar que se necesita de un criterio de accesoriedad, en cuanto a la participación y, que evidentemente, existe una disparidad cualitativa entre el autor y el partícipe, pues el primero domina el hecho, el segundo no²²⁴.

²²⁰ *Ibíd.*

²²¹ *Ibíd.*

²²² Cfr. *Id. Problemas actuales de dogmática penal*. Ara Editores, Lima, 2004, p.178.

²²³ Cfr. *Id. Derecho Penal. Parte General: Especiales formas de aparición del delito*. p.69.

²²⁴ CALDERON SOTO, Jhonatan Jhon. *Op. Cit.* p.79.

Así pues, nuestro sistema jurídico a través de su jurisprudencia admite esta teoría, puesto que la redacción de los artículos pertinentes a la autoría y participación, como son los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal vigente responden a criterios cualitativos y cuantitativos al plan concreto del autor²²⁵. Así lo afirma la Casación N° 367-2011-Lambayeque señalando que:

“(...) el TC se pronuncia acerca del fundamento de la responsabilidad penal del partícipe, afirmando que este responde por brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. De esta forma, el Supremo intérprete de la Constitución recoge una posición doctrinal de larga tradición (...) siendo la teoría del dominio del hecho la que mayor acogida ha tenido (...)”²²⁶.

Siendo esto así se debe subrayar que para la aplicación de esta teoría deben tenerse en cuenta que el curso y resultado del hecho delictivo dependen decisivamente de la voluntad del autor; de la capacidad de continuar o impedir el hecho, y de la subordinación de la voluntad del partícipe²²⁷.

2.2. Nacimiento y fundamentación de los Delitos de Infracción del deber

Fue el maestro CLAUS ROXÍN quien empleó por primera vez en el derecho penal la teoría de infracción del deber, en el año 1963 con la publicación de su célebre trabajo doctoral al que denominó: “Autoría y dominio del hecho”²²⁸, como solución al supuesto de hecho del “*instrumento doloso no cualificado*” e “*instrumento cualificado no doloso*” que la teoría del dominio del hecho ni los sistemas de unidad y ruptura del título de imputación podían resolver satisfactoriamente²²⁹.

El autor introdujo esta teoría argumentando que en los tipos penales de la parte especial no sólo era importante el dominio del hecho para acreditar la autoría, sino que además existían

²²⁵ ARIZMENDIZ AMAYA, Eliù. *Op. Cit.* P. 50

²²⁶ STC del 15 de julio del 2013. {Casación N° 367-2011- Lambayeque}. F.J. 3.6-3.8 [Ubicado el 23.IV 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08446-2013-AA.pdf>

²²⁷ MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p.343

²²⁸ ABANTO VASQUEZ, Manuel. “Autoría y Participación y la Teoría de los Delitos de Infracción del Deber”, en *Revista Penal N° 14*, Julio 2004, p.8

²²⁹ La participación del extraneus en los delitos del deber. Comentarios al Acuerdo Plenario 3-2016. [Ubicado el 05.IV 2020]. Obtenido en <https://lpderecho.pe/participacion-extraneus-delitos-deber-comentarios-acuerdo-plenario-3-2016-amelia-espinoza-montes/>

tipos penales que se regían por la infracción de deberes personalísimos para su configuración, teniendo como deber la protección del bien jurídico, sin importar si se contaba o no con el dominio del hecho²³⁰.

En ese sentido, el autor sostuvo que dichos tipos penales debían establecerse en “delitos de dominio” y “delitos de infracción del deber”, enfatizando que en los primeros el legislador había fijado la conducta típica por parte del autor mediante “el dominio”, ya sea *per se*, por intermedio de otro o colectivamente con otros; mientras que en los segundos, el legislador prefija la infracción de un deber específico, por parte del autor, sin importar el modo de ejecución²³¹.

Respecto a ello, conviene mencionar que un sector de nuestro ordenamiento jurídico ha precisado que los delitos especiales pueden presentarse tanto en delitos de dominio, como en delitos de infracción del deber²³², puesto que, a partir de esas teorías puede llevarse a cabo la delimitación de autores y partícipes que muchas veces han causado confusiones en este tipo de delitos²³³.

En cuando al nacimiento de los delitos de infracción del deber, en sede nacional, CARO precisa que su origen se debe a que:

“Existen tipos penales que per se no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales que —dicho en términos más directos— sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que sólo el intraneus puede ser autor. En estos delitos no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de

²³⁰ TORRES TÓPAGA, William. Autoría en los delitos de infracción del deber. [Ubicado el 05.IV 2020] Ubicado en: <file:///C:/Users/lenovo%20ideapad%20330/Downloads/Dialnet-AutoriaEnLosDelitosDeInfraccionDeDeber-5319427.pdf>

²³¹ ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Op. Cit.* p.8

²³² GARCÍA CAVERO, Percy. “La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales”. En: *La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú*. Anuario de Derecho Penal, Lima, 2009. p.118.

²³³ ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Op. Cit.* p.51.

comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública”²³⁴.

Por otro lado, BACIGALUPO asume que la causa de esta teoría es la necesidad de instaurar un sistema teórico racional que fomente la imputación penal de autores y partícipes en los delitos cualificados, puesto que la responsabilidad que deriva de estos delitos cuando participan varios individuos no puede ser sustentada de manera eficiente por la teoría del dominio²³⁵.

Para este autor, ROXÍN planteó tres criterios diferenciadores para delimitar la responsabilidad de quienes participaban en un hecho delictivo cualificado, los cuales son los siguientes: 1) aquellos en los que se califica como autor al sujeto que “domina el hecho” descrito en la ley; 2) aquellos en los cuales es autor quien realiza directamente el hecho, haciendo referencia a los delitos de “propia mano”; y, 3) aquellos en los cuales se considera autor a quien vulnera deberes especiales que han sido prefijados por el legislador²³⁶

En consecuencia, podemos afirmar que el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción del deber contribuye a fijar las diferencias que existen entre los sujetos que participan de un delito especial, determinando quién es autor y quién es partícipe, independientemente de quien tenga el dominio del hecho, pues este tipo de delitos no recae en cualquier persona, sino, exclusivamente en aquel sujeto cualificado que lesiona su deber especial, siendo este el criterio determinante de autoría²³⁷.

No obstante, esta teoría fue profundizada por JAKOBS, quien la replanteó y prescindió del criterio ontológico del “*ser*” y se basó en el plano deontológico del “*deber ser*”, que rige como criterio rector de los delitos de infracción del deber, dejando de lado “el dominio del hecho” para la determinación de la autoría y participación en este tipo de delitos²³⁸. Así pues, este autor acogió esta teoría equiparándola en lo que se conoce como competencia por organización y, competencia institucional, de lo que más adelante trataremos²³⁹.

²³⁴ CARO JOHN José. *Op. Cit.* p.3.

²³⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General.* Ara Editores, Lima, 2004, p.479.

²³⁶ *Ibíd.*

²³⁷ CARO JOHN José. *Op. Cit.* p.3.

²³⁸ La participación del extraneus en los delitos del deber. Comentarios al Acuerdo Plenario 3-2016. *Op.Cit.*

²³⁹ TORRES TÓPAGA, William. Autoría en los delitos de infracción del deber. *Op. Cit.*

2.2.1. Participación delictual en los Delitos de Infracción de Deber.

Con respecto a la participación delictual, el Código Penal ha establecido que puede manifestarse mediante dos formas: instigación y complicidad. La primera se encuentra regulada en el artículo 24 del mismo cuerpo legal y califica como instigador a aquel sujeto que de manera dolosa determina a otro a cometer el hecho punible²⁴⁰.

De modo que, la instigación consiste en inducir psicológicamente a otro sujeto a que realice la conducta típica descrita en la ley, lo cual denota que el sujeto instigado formó su voluntad de ejecutar el hecho punible como consecuencia directa de la acción del instigador²⁴¹.

En efecto, dicha inducción deberá ser el factor determinante que haga surgir en el inducido la decisión de cometer el delito al que se le induce; si el sujeto al que se dirige la instigación estaba ya decidido a ejecutar el delito, entonces no podrá configurarse la instigación²⁴².

Por otro lado, en cuanto a la complicidad, esta hace referencia al grado de aporte que se brindó en la realización del hecho punible. El Código Penal establece que puede manifestarse en dos grados: Primaria y Secundaria²⁴³.

Así pues, el Supremo Tribunal señala que:

“La diferencia entre ambas radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Es el caso de aquella persona que proporciona las armas a una banda de asaltantes de bancos. De otro lado, la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito. Se trata de aportes que no son indispensables. Es el caso de aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco de la llegada de la policía”²⁴⁴.

²⁴⁰ ALVARADO YANAC, Juan. *Op.Cit.* p.77.

²⁴¹ LANDAVERDE, Moris. “La Autoría y Participación”. *Op.Cit.*

²⁴² DIAZ, Miguel y GARCIA CONLLEDO. *Op. Cit.* p. 34.

²⁴³ ALVARADO YANAC, Juan. *Op.Cit.* p.80.

²⁴⁴ STC del 15 de octubre del 2013 {Casación 367-2011-Lambayeque}. *Op. Cit.*

De ello se infiere que será cómplice primario quien haya ejecutado un aporte esencial, sin el cual no se hubiere podido perpetrar el delito; y, será cómplice secundario aquel que haya contribuido en la comisión del delito, pero su aporte no fue esencial²⁴⁵.

Ahora bien, respecto a la intervención de varios sujetos en los delitos de infracción del deber, el maestro ROXÍN sostuvo que podría configurarse la coautoría, siempre y cuando el deber especial haya sido lesionado conjuntamente por una pluralidad de sujetos que se encuentren estrechamente vinculados con el mismo deber específico, y, *contrario sensu*, no habría coautoría cuando ese deber especial sea eminentemente personalísimo, es decir, cuando sólo se encuentre en la esfera de determinados sujetos, como por ejemplo, los deberes de alimentos, y en ese sentido, el autor denominó tal situación como autoría accesoría, idea que fue negada por JAKOBS²⁴⁶.

En otras palabras, en estos tipos de delitos, la coautoría se configura cuando todos los sujetos, habiendo sido titulares del mismo deber específico, deciden lesionarlo, independientemente de si cuentan o no con dominio del hecho²⁴⁷.

De igual manera, en el caso de la autoría mediata, ROXÍN señaló que ésta se configuraba sólo en aquel supuesto de hecho en el que el intraneus utilizaba a un extraneus con o sin dolo, por ejemplo, en el delito de peculado doloso, cuando el intraneus, que administra o custodia el patrimonio público utiliza a un extraneus doloso o no doloso para que éste realice el apoderamiento de los caudales o efectos del Estado. No obstante, esta idea también fue negada por JAKOBS²⁴⁸.

En consecuencia, se configuraba la autoría mediata en aquel supuesto en el que el titular del deber específico, o sea, el intraneus, ejecutaba el delito a través de otra persona, es decir, a través de un extraneus, sin importar si éste último actuara con o sin dolo²⁴⁹.

Además de ello, el autor en mención sostuvo que, para fundamentar la participación delictual en estos delitos, era necesario el principio de accesoriedad limitada, de la que trataremos más

²⁴⁵ Cfr. *Ibíd.*

²⁴⁶ La participación del extraneus en los delitos del deber. Comentarios al Acuerdo Plenario 3-2016. *Op. Cit.*

²⁴⁷ TORRES TORRES TÓPAGA, William. Autoría en los delitos de infracción del deber. *Op. Cit.* p.86.

²⁴⁸ La participación del extraneus en los delitos del deber. Comentarios al Acuerdo Plenario 3-2016. *Op. Cit.*

²⁴⁹ TORRES TORRES TÓPAGA, William. Autoría en los delitos de infracción del deber. *Op. Cit.* p.87.

adelante, pues solo sería partícipe aquel agente que instiga o contribuye en la comisión de un delito del cual no es el titular del deber específico²⁵⁰.

En síntesis, se infiere que en este tipo de delitos, cuando intervienen varios sujetos, el agente intraneus, que es el titular del deber específico que lo vincula directamente con el bien jurídico, no podrá ser imputado en calidad de partícipe, independientemente de cómo se materializó el delito, ya sea mediante una acción u omisión, sea por colaboración o instigación, pues siempre responderá a título de autor por haber infringido el deber especial. Mientras que el extraneus siempre será partícipe del delito de infracción del deber, independientemente de cuál fue su actuación en la ejecución del delito, puesto que en él no radica el deber especial que sólo fundamenta la autoría del intraneus²⁵¹.

Asimismo, el profesor PEÑARANDA, sostiene que: *“el partícipe extraño en un delito de deber especial está necesariamente relegado a ese papel de mero partícipe, ya que una intervención más intensa no podría convertirlo jamás en autor”*²⁵².

Por otro lado, según SALINAS los intervinientes en los delitos de infracción del deber son aquellos sujetos extraños que participan en la ejecución de la conducta típica prohibida por la ley, pero tales participantes no infringen deber especial alguno, puesto que dicho deber especial se encuentra en el ámbito del autor, quien es titular del vínculo con el bien jurídico.²⁵³

Además de ello, para este autor, generalmente los delitos de infracción del deber están constituidos y tipificados por nuestro código penal como “delitos contra la administración pública”, en los cuales la autoría va dirigida para aquel sujeto que lesiona o incumple un deber especial, deber que no se encuentra en el terreno de todos los demás sujetos que participan en el delito²⁵⁴.

²⁵⁰ La participación del extraneus en los delitos del deber. Comentarios al Acuerdo Plenario 3-2016. *Op. Cit.*

²⁵¹ TORRES TORRES TÓPAGA, William. Autoría en los delitos de infracción del deber. *Op. Cit.* p.87.

²⁵² PEÑARANDA RAMOS, Eduardo. La participación en el delito y el principio de accesoriadad. Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires, 2015, p.460.

²⁵³ SALINAS SICCHA, Ramiro. La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. En Problemas actuales de política criminal Anuario de Derecho Penal 2015-2016. [Ubicado el 03.IX 2020]. Obtenido en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_04.pdf

²⁵⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Op. Cit.*

En ese sentido, los agentes intraneus son aquellos a los que la ley les ha impuesto un deber especial de cautelar y proteger el bien jurídico mediante el correcto y normal funcionamiento de la administración pública, mientras que los agentes extraneus son aquellos que, al no trabajar para la administración pública, no cuentan con deber especial alguno sobre ellos, sin embargo, su intervención en este tipo de delitos desencadena responsabilidad penal por el propio deber genérico de no dañar, no lesionar, que recae sobre todo agente sin necesidad de tener una cualificación²⁵⁵.

De ello resulta que en la doctrina existe conformidad en considerar a los delitos contra la Administración pública como delitos de infracción del deber “positivados”, que, en palabras de SÁNCHEZ-VERA, los obligados a “*edificar un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico*”, son los funcionarios públicos²⁵⁶, quienes al infringir estos deberes especiales responderán penalmente, sin embargo, la actuación de intervención del extraneus no obedece a mandatos que derivan de la propia Administración pública, sino al deber negativo que posee todo ciudadano de no prestar auxilio en la lesión o puesta en peligro de alguno de los intereses sociales, originándose en esa medida, su responsabilidad penal²⁵⁷.

Así pues, como ejemplo, podemos citar el artículo 387 del Código Penal, en el que se establece el delito de peculado, aquí el legislador precisó: “ (...) que le estén confiados por razón de su cargo”, haciendo referencia a la relación institucional que existe entre el funcionario público y los caudales del Estado, sancionando la lesión del deber que tiene el funcionario público como representante de la Administración pública, lo cual lo sitúa en un mundo en común en el que su actuar está sujeto al deber positivo de administrar y custodiar dicha institución²⁵⁸.

²⁵⁵ *Ibíd*

²⁵⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 70.

²⁵⁷ La participación del extraneus en los delitos del deber. Comentarios al Acuerdo Plenario 3-2016. *Op. Cit.*

²⁵⁸ PINEDO SANDOVAL, Carlos. “El enriquecimiento ilícito como delito especial de infracción de deber y el problema de la impunidad del extraneus: a propósito de la Casación N° 782-2015” En Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 88, octubre, 2016.p.24.

2.2.2. Diferencias entre Delitos de Dominio y Delitos de infracción del deber.

Como ya se ha mencionado en líneas supra, parte de la doctrina penal nacional y extranjera ha precisado que los delitos de infracción del deber se encuentran dentro de la clasificación de los delitos especiales, sin embargo, existe otro sector que considera y defiende su disimilitud²⁵⁹.

En ese sentido, para GÓMEZ, en los delitos especiales se ha restringido el campo de sujetos respecto a la autoría, el cual no coincide con el tema de los delitos de infracción del deber, alegando que los delitos especiales connotan un injusto especial que los distinguiría no solo cuantitativa sino además cualitativamente del resto de delitos²⁶⁰.

Así mismo, CARO sostiene que los delitos especiales se diferencian de los delitos de infracción del deber, alegando que:

“su equiparación contribuye a una “confusión de planos”, ya que la dicotomía de delitos comunes y especiales, se basa en condicionamientos formales del legislador, mientras que la referente a los de delitos de dominio y de infracción de deber recoge una diferenciación material, afirmando que los delitos especiales pertenecen al grupo de los delitos de dominio”²⁶¹

Simultáneamente, PARIONA sostiene que:

“Se trata de dos categorías conceptuales que se encuentran ubicadas en planos distintos y surgen de dos modos diversos de clasificar los delitos: delitos comunes y especiales, y delito de dominio y de infracción del deber, ambas categorías se diferencian materialmente, pues tienen contenido y funciones diferentes”²⁶².

²⁵⁹ CARO JOHN, José. *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*. Ara Editores, Lima, 2014.p.157

²⁶⁰ *Ibíd.*

²⁶¹ *Ibíd.*

²⁶² PARIONA ARANA, Raúl. “Participación en delitos especiales”. En: *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I, Lima, Ara Editores, 2006, p.125

Como es de conocimiento, todas las ideas expuestas anteriormente encuentran sustento en el estudio del maestro JAKOBS, uno de los principales pioneros de ROXÍN, pues fue quien desarrolló esta teoría sosteniendo que el criterio diferenciador entre los delitos de demonio y los de infracción del deber se manifestaba en el ámbito de competencia del autor, pues cimentó esta teoría en un pensamiento normativista del Derecho Penal²⁶³.

De ello se comprenden que existe una variedad de deberes generales que deben ser respetados y cumplidos por la persona, deberes que, *per se*, asignan una competencia personal, y, la infracción de estos, fundamentan la responsabilidad penal de quien los lesiona²⁶⁴

En virtud de ello:

“Cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general - y el primero que antecede a todos - el de no lesionar a los demás en sus bienes; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho”²⁶⁵.

En ese sentido, para JAKOBS los delitos de dominio, traen consigo la existencia de una competencia personal, en la que todo individuo se encuentra sujeto a derechos y obligaciones, debiendo subyugar su conducta a las normas y deberes que le corresponde, y, al infringir estos deberes generales de actuación que se delimitan en concordancia de una competencia de organización, estaría configurándose la fundamentación de la responsabilidad penal²⁶⁶.

Por otro lado, en los delitos de infracción de deber, el fundamento de la responsabilidad penal se constituye mediante la lesión de deberes especiales de actuación, que, en su origen, se conocen como deberes en relación de competencia institucional. Así pues, el autor en mención sostiene el siguiente ejemplo:

²⁶³ CARO JOHN, José. *Op. Cit.* p.4.

²⁶⁴ *Ibíd.*

²⁶⁵ *Ibíd.*

²⁶⁶ CARO JOHN, José. *Op. Cit.* p.4.

“Se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture, igualmente es normal pensar que un padre deba cuidar de su hijo menor cuando lo lleva a jugar al parque en vez de abandonarlo a su suerte. Tanto el policía como el padre son portadores de deberes especiales y, en cada caso, de deberes estatales propios de la función pública y de la patria potestad respectivamente, que son la expresión de instituciones positivas que se gestan en la sociedad para garantizar su funcionamiento (...) la cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico”²⁶⁷.

A su vez, MEZA considera que estos delitos requieren forzosamente la presencia de un deber especial, como sucede en los delitos contra la Administración Pública; y siguiendo tal idea, sólo será considerado autor aquel sujeto en el que concurra la cualificación específica²⁶⁸.

En virtud de ello, podemos inferir que en los delitos de infracción del deber se encuentran aquellos individuos sometidos a la tutela institucional de un bien jurídico, encontrándose dichos sujetos obligados en posición de garante²⁶⁹.

Hay que mencionar además que, como resultado de esta disimilitud, el autor ABANTO, alega que la autoría y participación recurren a distintos principios según el tipo de delito, puesto que al tratarse de un delito de dominio, se tendrá que regir por la teoría del dominio del hecho, mientras que cuando se trate de un delito de infracción del deber, se tendrá que comprobar si se ha lesionado el deber especial para determinar la autoría que le correspondería al *intraneus*; y cualquier sujeto que haya intervenido en el delito, con o sin dominio del hecho, será considerado como partícipe de este mismo²⁷⁰.

Por lo tanto, esta teoría determina la autoría mediante la infracción de un deber especial que sólo se encuentra en la esfera del agente *intraneus*, pues es quien se encuentra obligado y es responsable por la lesión o puesta en peligro que él mismo u otros sujetos ajenos generen al

²⁶⁷ *Ibíd.*

²⁶⁸ MEZA HURTADO, Daniel. *Op. Cit.* p.35.

²⁶⁹ CALDEREON VALDERDE, Leonardo. *Op. Cit.*, p.139.

²⁷⁰ ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Op. Cit.* p.8.

bien jurídico protegido²⁷¹; mientras que los agentes extraños, o *extraneus* que participaron en este tipo de delito, serán siempre considerados como partícipes²⁷².

Así mismo, para SÁNCHEZ-VERA en este tipo de delitos surge la posición de garante, debido a que el agente posee un deber especial positivo que le obliga normativamente a no lesionar y proteger el bien jurídico²⁷³.

Conviene subrayar que, cuando se habla de un deber especial, se hace alusión a una institución que, según el autor ARISMENDIZ sería la fuente generadora del deber, siendo esta una condición social que engloba deberes cualificados que exigen una relación superior a la genérica, concretándose en tres grandes instituciones: a) Relación paterno filial o conyugal, la cual designa una vinculación sanguínea o legal, pero bajo el parentesco familiar; b) Vinculación legal, la cual responde a un criterio encomendado y exigido por la ley; y finalmente c) Deber funcional, el cual hace referencia al estatus que ostentan ciertos individuos conocidos como funcionarios o servidores públicos, según lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico penal²⁷⁴.

Lo antes expuesto, encuentra sustento en el estudio de JAKOBS, pues para este autor la cualificación especial del autor se basaba en la existencia de una institución, que eran, en palabras de ROXÍN, realidades previas ya conformadas. Y dichas instituciones son de contenido positivo y tienen como función garantizar la protección y mantenimiento de bienes jurídicos²⁷⁵.

²⁷¹ SALAZAR SANCHEZ, Nelson. "Imputación objetiva y participación de los extraneus en los delitos de infracción del deber" en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 70, Lima, Gaceta Jurídica, 2015, p.13.

²⁷² *Ibíd*

²⁷³ SÁNCHEZ-VERA ÓMEZ-TRELLES, Javier. *Op. Cit.* p.29.

²⁷⁴ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op.Cit.*55.

²⁷⁵ Cfr. GÓMEZ MARTIN, Víctor. *Los delitos especiales*, D de F, Montevideo-Buenos Aires 2006, p.41.

Por consiguiente consideramos pertinente precisar de manera breve las diferencias más resaltantes entre los delitos de dominio y los delitos de infracción del deber:

Tabla 1: Comparación entre los delitos de dominio y los delitos de infracción al deber (Elaboración propia)

DELITOS DE DOMINIO	DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER
<ul style="list-style-type: none"> - Teoría perfilada por CLAUS ROXÍN en 1963. - Se enfoca en el concepto restrictivo de autor. - El elemento objetivo de la autoría consiste en el dominio del hecho. - El fundamento material del dominio del hecho se halla en la función ejecutada por el sujeto cualificado, mas no por el estatus que este ostenta²⁷⁶. - El elemento subjetivo de la autoría aparece como consecuencia de una voluntad que controla y ejecuta el hecho destinado a un fin²⁷⁷. - La materialización del delito es lo que origina la relación del autor con el bien jurídico²⁷⁸. 	<ul style="list-style-type: none"> - Teoría iniciada por CLAUS ROXÍN en 1963 y desarrollada por JAKOBS. - Se enfoca en la posición del agente respecto del deber especial que ostenta para la configuración del delito. - El elemento objetivo de la autoría consiste en la vulneración de un deber especial específico. - El elemento subjetivo de la autoría aparece como consecuencia de la infracción de un deber especial, independientemente del dominio del hecho²⁸³. - Existe una variedad de deberes para la protección y fomento del bien jurídico²⁸⁴. - El deber especial se halla en una institución²⁸⁵.

²⁷⁶ Cfr. *Ibíd.*

²⁷⁷ Cfr. URQUIZO OLAECHEA, José. "El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código Penal Peruano. En: *Dogmática actual de la autoría y participación criminal*. Idemsa, Lima, 2007, p.598-601.

²⁷⁸ CARO JHON, José Antonio. *Op. Cit.* p.196.

²⁸³ Fundamento noveno del Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116

²⁸⁴ CARO JHON, José Antonio. *Op. Cit.* p.196.

²⁸⁵ ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Ob.Cit.*, p.55.

<ul style="list-style-type: none"> - En estos delitos no es posible ser partícipe sin que otro tenga el dominio del hecho y se actúe sin dolo²⁷⁹. - El partícipe será siempre aquel que preste una simple colaboración que no sea de trascendencia en la realización del delito²⁸⁰. - La punición del agente cualificado se halla en el ejercicio de la función encomendada²⁸¹. - En estos delitos los bienes jurídicos que se protegen representan derechos, por ejemplo, derecho a la vida, en los homicidios, derecho a la libertad sexual en los delitos sexuales, derecho a la propiedad en los delitos patrimoniales, etc.²⁸² 	<ul style="list-style-type: none"> - En estos delitos sí es posible la participación sin dolo²⁸⁶. - La participación se somete al criterio de accesoriedad limitada²⁸⁷. - En estos delitos los bienes jurídicos que se protegen representan deberes o principios, por ejemplo, el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos, los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión, etc.²⁸⁸.
---	--

2.3. Sistemas de Imputación del Intrañeus y Extrañeus

La doctrina expone dos sistemas que dirimen los cuestionamientos generados por la participación de los sujetos no cualificados, “*extrañeus*”, en la comisión de delitos especiales, al momento de fijar el título de imputación que se les atribuye²⁸⁹. A continuación, lo explicaremos brevemente.

²⁷⁹ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*. Marcial Pons, Madrid, 2007. p.44.

²⁸⁰ MAURACH, Reinhart. *Ob.Cit.*, p.309.

²⁸¹ ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Ob.Cit.*, p.54

²⁸² SALINAS SICCHA, Ramiro. La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Op. Cit.* p.95.

²⁸⁶ BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Op.Cit.* p.44.

²⁸⁷ ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Ob.Cit.*

²⁸⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro. La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Op. Cit.* p.95.

²⁸⁹ MEZA HURTADO, Daniel. “La participación de extraños en los delitos especiales. A propósito de la modificación del artículo 25 del CP”. *En Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 92, Lima, Gaceta Jurídica, 2017, p. 37.

2.3.1. Sistema de la Ruptura del Título de Imputación.

Este sistema es aquel que dirige su aplicación exclusivamente a los sujetos cualificados, es decir, a los denominados “*intraeus*”; mientras que la punibilidad de los demás sujetos participantes del delito especial, que son los “*extraneus*”, dependerá de los delitos comunes que concurran en el mismo hecho. Lo que ocurre es que cada sujeto responde por su propio injusto cometido, por ende, los *extraneus* sólo podrían ser sancionados si existiera la correspondencia de un delito común, de no existir, entonces se garantizaba su impunidad²⁹⁰.

No obstante, cabe precisar que esta teoría transgrede al principio de accesoriedad de la participación, pues propone penar al partícipe “*extraneus*” con un delito que no ha sido cometido por el “*intraeus*”²⁹¹. Además de ello, esta teoría desestima que los delitos especiales, como los de infracción de deber, cuentan con autonomía; puesto que su fundamento jurídico reside en la relación existente entre el autor y el bien jurídico protegido, cosa que no sucede en los delitos comunes²⁹².

Según los partidarios de este sistema, la base que lo sustenta es la tesis de la incomunicabilidad de las circunstancias, prefijado en el artículo 26 del Código Penal, que establecía que la “cualidad” requerida por los tipos penales no podía ser aplicada en los sujetos “*extraneus*”²⁹³. Es decir, esta tesis implicaría hacer una doble tipificación sobre la base de un mismo hecho, y por tanto, hacer una doble aplicación de leyes penales²⁹⁴.

Sin embargo, esta es una posición que no compartimos puesto que la incomunicabilidad de las circunstancias personales se determinan a efectos de establecer el marco de pena, es decir, el fin del artículo 26 es evitar que se genere una consecuencia desproporcional al momento de fijar la pena para cada sujeto que participó en un mismo delito, por tanto, no se puede

²⁹⁰ MEZA HURTADO, Daniel. *Op. Cit.* P.37.

²⁹¹ AVANTO VASQUEZ, Manuel. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber”. En: *Revista Penal*. N° 14, Madrid, 2004. P. 48.50.

²⁹² RODRIGUEZ VASQUEZ, Julio. “Un paso atrás en la lucha contra la corrupción: sobre la reciente sentencia de la sala penal permanente de la Corte Suprema”. [Ubicado 18.X 2019] Obtenido en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/un-paso-atra%CC%81s.pdf>

²⁹³ MEZA HURTADO, Daniel. *Op. Cit.* P.37.

²⁹⁴ PÉREZ LÓPEZ, Jorge. Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito: la imposibilidad de sancionar al testaferró”. *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Gaceta Jurídica Tomo 88, octubre 2016, p.11.

aceptar que dicho artículo declare la ruptura del título de imputación, sino que expresa la ruptura en la penalidad del *extraneus* respecto del *intraneus*²⁹⁵.

2.3.2. Sistema de la Unidad del Título de Imputación.

Este sistema admite la intervención de sujetos no cualificados en la comisión de un delito especial cometido por un sujeto cualificado²⁹⁶, es decir, tanto el autor como el partícipe deberán responder por el mismo delito y será siempre el autor quien determine el título de la imputación²⁹⁷.

En ese sentido, el *extraneus* puede ser partícipe del delito especial, puesto que la norma que subyace al tipo penal también está dirigida a él. Además, se afirma que la incomunicabilidad de las circunstancias establecidas en el artículo 26 del Código Penal son aquellas circunstancias distintas de las que fundamentan la tipicidad²⁹⁸.

No obstante, debemos señalar que, si bien esta teoría supone que ninguno de los intervinientes en un delito especial quede sin sanción, podría dar lugar a una eventual desproporcionalidad al momento de fijar la pena, pues al autor se le establece una pena en virtud del deber especial que infringe; pese a ello, dicho marco de pena también se le aplicaría al sujeto *extraneus* que participó, no teniendo este un deber especial, como el autor, y por tanto, no mereciendo un mismo quantum de pena como la impuesta para el autor²⁹⁹.

Por otro lado, la admisión de esta tesis supone que la interpretación del artículo 26 debe hacerse bajo dos presupuestos: a) las circunstancias y b) las cualidades personales; entendiéndose que ambos presupuestos están ligados a la punibilidad, ya que es imposible transferir las circunstancias y cualidades personales, puesto que lo que verdaderamente se comunica entre los participantes del delito, resultaría ser el injusto penal, es decir, la norma prohibitiva que contiene el hecho típico y antijurídico³⁰⁰.

²⁹⁵ RODRIGUEZ VASQUEZ, Julio. *Op. Cit.*

²⁹⁶ ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. Palestra Editores, Lima, 2003, p.36

²⁹⁷ MEINI MÉNDEZ, Iván. “Temas de autoría y participación de los delitos contra la Administración Pública Boletín N 14 Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP N° 14. Agosto 2012 Obtenido en http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/agosto_2012_n014.pdf

²⁹⁸ MEZA HURTADO, Daniel. *Op. Cit.* p.37.

²⁹⁹ MEINI MÉNDEZ, Iván. *Op. Cit.*

³⁰⁰ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.* P.64

De acuerdo con ello, esta teoría es la más aprobada en la jurisprudencia nacional y podemos considerar que impera para resolver los casos de delitos especiales en los que intervienen los *extraneus*, pues así lo ha quedado establecido en los Acuerdos Plenarios N°2-2011/CJ-116 y N° 3-2016/CJ-116³⁰¹.

2.3.2.1. Principio de Incomunicabilidad.

Según la estructura del artículo 26 del Código Penal, se presentan dos presupuestos vinculados los cuales están ligados a la punibilidad³⁰². El primer presupuesto, según el profesor PRADO, son aquellas circunstancias vinculadas a los sujetos que participan en el delito, circunstancias que constituyen indicadores objetivos o subjetivos que posibilitan valorar si un delito es más o menos grave y, a partir de ello ponderar el alcance, tanto a nivel cualitativo como cuantitativo de la pena que debe imponerse a los sujetos que intervinieron en el delito³⁰³.

Por otro lado, el segundo presupuesto es el referido a las cualidades personales, las cuales están sujetas a la punibilidad, y siguiendo o al profesor QUINTERO, esta punibilidad debe inferirse como “*el cumplimiento de los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado*”³⁰⁴.

En ese extremo, el artículo en cuestión, hace alusión a aquellas cualidades personales que afectan la responsabilidad penal de los sujetos intervinientes del delito, pues se trata de una norma que fija la pena en virtud del tratamiento de agravantes o atenuantes que sólo afectan a quienes las poseen³⁰⁵.

³⁰¹ (...) Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “extraneus”. Esta posición, sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible. F.J. 11

³⁰² ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. Op. Cit. P.64

³⁰³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal. Idemsa, Lima, 2016, p. 204.

³⁰⁴ Véase. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal español*. Cymys, Barcelona, 1974. p. 359.

³⁰⁵ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008, p. 587.

En consecuencia, queda claro que los presupuestos de la punibilidad, como lo son la punibilidad tomada como circunstancias que operan como fundamento para la aplicación de una pena³⁰⁶, y las excusas absolutorias, que son beneficios de carácter personal que eliminan la punibilidad del injusto culpable, serían aquellas que pertenecen a la esfera de las cualidades personales, por tanto, son incommunicables a los demás sujetos intervinientes del delito³⁰⁷.

Como resultado de lo antes mencionado, se puede precisar que lo único que se comunica entre los participantes de un delito es el hecho punible, es decir, el injusto penal, mas no, las circunstancias y cualidades personales, que son, como ya explicamos, incommunicables³⁰⁸.

Por consiguiente, y siguiendo la deducción del profesor ARISMENDIZ no está demás precisar que, la modificación del artículo 25 del mismo cuerpo legal, al señalar que: “(...) elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal”, se refiere a las condiciones específicas del sujeto cualificado exigidas por el tipo penal, es decir, el estatus de “funcionario público”, en el delito de autoridad, el estatus de “juez” en el delito de prevaricato, la condición de “madre” en el delito de parricidio, etc. Y no sostener que se estaría haciendo referencia a los presupuestos de la punibilidad antes mencionados³⁰⁹.

En definitiva, siguiendo con el criterio del autor citado, el artículo 26 del Código Penal connota que dichas circunstancias y cualidades personales son intransferibles, puesto que únicamente lo que se comunica entre todos los sujetos que intervienen en el delito es el injusto penal, es decir, el hecho típico y antijurídico, sujetando tal interpretación bajo los lineamientos de la teoría de la unidad del título de imputación que es la predominante en nuestro ordenamiento jurídico³¹⁰.

2.3.2.2. Principio de Accesoriedad de la participación.

Debemos iniciar mencionado que el dogma de este principio, se halla en el estudio de BIRKMEYER, quien considerando los diversos aportes que se habían elaborado respecto a la accesoriedad de la participación, fue quien le dio un sentido trascendental y más radical,

³⁰⁶ Véase BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal. Parte general, 2º edición, Eddili, Lima, 2002, p.337.

³⁰⁷ Véase BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Op.Cit.* p.337

³⁰⁸ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op.Cit.* p.68.

³⁰⁹ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op.Cit.* p.68.

³¹⁰ *Ibíd.*

al que denominó “naturaleza accesoria de la participación”, pues concluyó asumiendo que las conductas de participación por sí solas constituían meros actos preparatorios sin relevancia jurídico penal, mientras el legislador no los convierta en delitos³¹¹.

Según su idea, la participación no contaba con autonomía punible propia, pues necesitaba de una forma derivada, es decir, requería de la ejecución de un comportamiento delictivo de otro, o sea, de un autor, puesto que los *“participes sólo tomaban prestada su punibilidad de una conducta delictiva ajena”*. En ese sentido, la existencia del partícipe dependía de la existencia del autor³¹².

Habría que mencionar también a LEHRBUCH, quien sostuvo que: *“las relaciones que existen entre participación y autoría descansan en la esencia de la causa de extensión de la pena. Puesto que se amplía el tipo acuñado para el autor, la participación tiene que estar en alguna dependencia respecto de la acción del autor (...). La dependencia de la acción del autor se designa naturaleza accesoria de la participación”*.³¹³

Para PEÑARANDA citando a SAMSON, concibió al principio de accesoriadad como garantía para que *“la extensión de la punibilidad a los participes se alcance sin difuminar los límites del tipo y junto a ello, limitar también el ámbito de lo punible: no sólo estableciendo los requisitos mínimos que ha de cumplir el hecho principal (accesoriadad cualitativa), sino también imponiendo que éste haya comenzado a ser ejecutado por el autor para que también el partícipe pueda ser hecho responsable de una tentativa (accesoriadad cuantitativa)”*.³¹⁴

Asimismo, VILLAVICENCIO precisa que, la accesoriadad puede ser cualitativa, que es aquella en la que se exige que el hecho primario sea típico y antijurídico, haciendo referencia a la accesoriadad limitada; y también, puede ser cuantitativa, que es aquella en la que se requiere que la conducta del autor haya llegado, por lo menos, en grado de tentativa³¹⁵.

³¹¹ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, Eduardo. *Op. Cit.* p.310.

³¹² Cfr. *Ibíd.*

³¹³ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, Eduardo. *Op.Cit.* p.449.

³¹⁴ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, Eduardo. *Op.Cit.* p.451.

³¹⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Autoría y participación”. En: El Derecho Penal contemporáneo. Autoría y participación. Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera. Tomo I, Ara Editores, Lima,2006, p.703.

Para PÉREZ, el criterio de accesoriedad de la participación surge por la situación de dependencia en el que se encuentran todos los sujetos extraños que intervienen como cómplices en la realización de un hecho principal que le corresponde al autor, en tanto que, la complicidad no cuenta con autonomía propia, puesto que admitir que los actos ejecutados por los partícipes cuenten con una tipicidad propia y distinta a las acciones ejecutadas por el autor, implicaría acudir a la ruptura del título de imputación y por ende, asumir dos tipificaciones distintas sobre la base de un mismo hecho³¹⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico rige la accesoriedad limitada como criterio rector de la participación, en la que, según PARIONA, basta con que el hecho sea típico y antijurídico, puesto que la culpabilidad, por configurar un juicio de reproche personalísimo, no es obligatoria para fundamentar la participación; en ese extremo, si el autor, en un determinado supuesto de hecho, resultara sin culpa y los partícipes actuaran con culpa, se podría castigar a estos últimos por el delito cometido por el autor³¹⁷.

En efecto, el profesor PEÑARANDA explica que el principio de accesoriedad limitada, que es el que predominante en nuestro sistema jurídico penal connota que el partícipe *extraneus* de un delito de infracción del deber no está obligado a cumplir en su propia persona la totalidad de los elementos del tipo de delito, puesto que, si ello sucede, el *extraneus* dejaría de ser considerado como tal y se convertiría en autor del delito en cuestión, y, en ese extremo, las formas de intervención terminarían siendo superfluas si cada partícipe *extraneus*, para ser responsable, deba cumplir con todos los requisitos exigidos para el *intraneus*³¹⁸.

Otro rasgo de este criterio es el que alega PARIONA, pues sostiene que este principio es un pilar fundamental de la teoría restrictiva de autor, que es en la que se basa nuestro sistema penal como ya lo expusimos anteriormente. Para este autor, la participación del extraño no constituye un “injusto independiente”, pues tal injusto depende del hecho principal, o sea, del injusto del autor, sin embargo, a su vez, por constituir éste una lesión al bien jurídico, da lugar a un “injusto autónomo”³¹⁹

³¹⁶ PEREZ LOPEZ, Jorge. *Op. Cit.* p.20.

³¹⁷ PARIONA ARANA, Raúl. “Participación en delitos especiales”. En: *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I, Lima, Ara Editores, 2006, p.756.

³¹⁸ PEÑARANDA RAMOS, Eduardo. *Op. Cit.* p.465.

³¹⁹ PARIONA ARANA, Raúl. “Participación en delitos especiales”. *Op. Cit.* p.752.

Sin embargo, el profesor ARISMENDIZ sostiene que, los lineamientos de este principio, en cuanto a los delitos de infracción del deber, deben, necesariamente, someterse al criterio de “accesoriedad objetiva”, ya que aquí se da la existencia de injustos penales independientes, pues hay un injusto propio del autor y otro propio del partícipe. Y, tratándose de este tipo de delitos, se advierten normas institucionales que pertenecen al plano del “deber ser”, las cuales connotan deberes positivos y negativos³²⁰.

En ese extremo, este autor, citando a ROBLES precisa que la accesoriedad objetiva connota que *“la propia constitución objetiva del hecho típico no es accesoria para el partícipe, sino esencial o principal”* Y en ese sentido, se debe considerar el principio de “responsabilidad por el propio injusto”³²¹.

³²⁰ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.*, p. 61.

³²¹ Cfr. ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.*, p. 62.

CAPÍTULO III:
FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD EN EL PROCESO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE
LA PENA DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.

3.1. La operatividad del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena.

Como ya se ha explicado en el primer capítulo de este trabajo de investigación, el principio de proporcionalidad es un pilar fundamental que, dentro de un sistema acusatorio garantista, como el que asume el Código Procesal del 2004³²² connota una serie de garantías que van dirigidas hacia la correcta administración de justicia. Y precisamente, estas garantías surgen de los principios constitucionales propios de un Estado Social, Democrático y de Derecho como el que profesa la Constitución Política del Perú³²³.

Sin embargo, es innegable que dichos principios son vulnerados y, a menudo, aplicados de manera defectuosa en la práctica jurídica, lo que significa dejar sin protección jurídica a toda persona como sujeto de derecho. Esto es resultado de las insuficiencias que existen en el cuerpo legislativo penal, que muchas veces conducen a que las decisiones en los procesos judiciales, –al momento de determinar e imponer una sanción– se alejen de los principios rectores que sustentan las garantías propias del ordenamiento jurídico³²⁴.

Así pues, en el 2008 el Centro de Investigaciones Judiciales elaboró una serie de capacitaciones en las que se fijaron los nuevos criterios para la determinación judicial de la pena, dichas capacitaciones fueron organizadas por el Consejo Ejecutivo del Poder judicial,

³²² ORÉ GUARDIA, Arsenio. ¿Cuál es el sistema procesal que ha asumido el código procesal penal del 2004?, 2017 [Ubicado 21.X 2019] Obtenido en <https://lpderecho.pe/cual-es-el-sistema-procesal-que-ha-asumido-el-codigo-procesal-penal-de-2004/>

³²³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993. ARTICULO 43: “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana (...)”

³²⁴ CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES. *Nuevos Criterios para la determinación judicial de la pena* [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f12804794f8c99f4c9fd87f5ca43e/CriteriosJudDePena_07052009.pdf?MOD=AJPERES

debido a que los desarrollos en la *praxis* jurídica de ese “*proceso técnico y valorativo a través del cual el Juez decide de manera cualitativa y cuantitativa la sanción penal que corresponde a aplicar al autor o partícipe de un hecho punible*”, se habían realizado, en la mayoría de casos, de una manera imperfecta, carente de congruencia con la naturaleza y circunstancias del hecho punible, así como también con la condición personal del autor o partícipe³²⁵.

No obstante, en el 2016 se dio lugar al Pleno Jurisdiccional Distrital en materia penal en el distrito del Santa, con la finalidad de uniformizar las decisiones judiciales que conduzcan al perfeccionamiento del ejercicio de la práctica judicial, referido precisamente al principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena, puesto que, dicho principio es mencionado en casi todas las sentencias, pero las connotaciones que le dan son insuficientes y disparejas³²⁶.

En efecto, en el Acuerdo Plenario N° 1-2016/CJ-116 se precisó que, al momento de imponer una sanción, el juzgador está en la obligación de verificar si la norma a aplicar es constitucionalmente legítima, y ello se comprueba mediante el principio de proporcionalidad, en el cual se verifica la proporcionalidad del tipo penal y la proporcionalidad de la pena a imponer³²⁷.

En cuanto a la determinación judicial de la pena, TORRES asume que se trata de aquella decisión judicial que se basa en reconocer y calcular de manera cuantitativa y cualitativa las consecuencias jurídicas que le serán impuestas a aquel sujeto, tanto a título de autor como a título de partícipe según su actuación en la comisión de una actividad delictiva³²⁸.

Por otro lado, la doctrina sostiene que este proceso técnico y valorativo, le corresponde al juzgador, el cual implica precisar qué pena debe aplicarse en cada caso concreto,

³²⁵ *Ibíd.*

³²⁶ LESCANO CALVO, Ivet. Aplicación del principio de proporcionalidad y control difuso para la determinación concreta de la pena por debajo del mínimo legal. 2017 [Ubicado 25.X 2019] Obtenido en <https://lpderecho.pe/principio-proporcionalidad-control-difuso-determinacion-pena-minimo-legal/>.

³²⁷ ACUERDO PLENARIO N° 1-2010/CIJ-116. *Op. Cit.* p.327

³²⁸ TORRES BALLENA, Jose Luis. “La determinación judicial de la pena en el tercio intermedio: Críticas y propuestas” En *Gaceta Jurídica penal & Procesal penal*, tomo 93, marzo 2017, p.91.

especificando cuáles serán las consecuencias jurídicas originadas por la comisión de un delito³²⁹.

Cabe además mencionar que en el Acuerdo Plenario 01-2008/CJ-116 se ha establecido que la determinación judicial de la pena es: “*Procedimiento técnico y valorativo para definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que correspondan aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida*”³³⁰.

Por consiguiente, en dicho Acuerdo Plenario, se ha precisado que ha este procedimiento también se le conoce como individualización judicial de la pena o dosificación de la pena, y, cabe recalcar, que en nuestro sistema legal, la determinación de la pena es de tipo intermedio o ecléctico, es decir, el legislador sólo señala el mínimo y el máximo de pena que le corresponde a cada delito concreto, pero es el juez quien tiene la facultad y la obligación de individualizar la pena concreta al sujeto que comete un delito, lo cual se efectúa con sujeción a determinados principios que cimentan la correcta administración de justicia³³¹. Dichos principios son los que a continuación trataremos:

3.1.1. Principio de Legalidad.

Este principio constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de toda persona, pues así lo establece nuestra Constitución Política en su artículo 2º inciso 24, literal d)³³²; encontrando además su fundamentación legal en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, en el que se señala que nadie podrá ser sancionado ni penado por un acto que no se encuentre estipulado en la ley³³³, haciendo referencia al axioma acuñado por el jurista alemán FEUERBACH: “*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*”³³⁴, lo cual equivale a decir

³²⁹ LÓPEZ CANORAL, Epifanio. La determinación legal, judicial y ejecutiva de la pena. 2018 [Ubicado 25.X 2019] Obtenido en <https://lpderecho.pe/determinacion-legal-judicial-ejecutiva-pena/#:~:text=La%20determinaci%C3%B3n%20judicial%20de%20la,participe%20de%20un%20hecho%20punible>.

³³⁰ RIVEROS PUMACAHUA, Ledman José. Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena. Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 [Ubicado el 28.III 2019]. Obtenido en <https://legis.pe/reincidencia-habitualidad-determinacion-pena-acuerdo-plenario-1-2008-cj-116/>

³³¹ *Ibíd.*

³³² En este literal, la Constitución Política establece que: nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de su comisión no esté previamente calificada en la ley de manera expresa e inequívoca como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

³³³ YALVARADO YANAC, Juan. *Op. Cit.* p.18.

³³⁴ Este es un aforismo latino que fue instaurado por Paul Johann Anselm Von Feuerbach, quien redactó en 1813, el Código Penal de Baviera. Este aforismo equivale a decir que ninguna persona puede ser pasible de ser sancionado con una pena o condenado, si no existe una ley anterior que diga que ese hecho cometido es un

que no hay delito, ni pena, sin ley, y en efecto, solo se considera delito a aquel comportamiento típico, antijurídico y culpable, establecido expresamente en la ley³³⁵.

En esa misma línea, la jurisprudencia peruana ha precisado que este principio “*constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado democrático*”³³⁶.

En mérito a ello, podemos afirmar entonces que este principio rector del derecho penal, debe ser aplicado en todos los procesos en los que exista contenido de derechos fundamentales, no solo por cumplir una relevante función de límite para evitar el abuso y la arbitrariedad del poder sancionador del Estado, sino también para garantizar la seguridad jurídica de todo sujeto de derecho que se encuentre inmerso en una actividad delictiva³³⁷.

En efecto, el Tribunal Constitucional sostiene que este principio:

*“Exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “expresa e inequívoca”*³³⁸.

Por otro lado, en el Recurso de Nulidad N° 4166-2004-Lima, se hace mención de este principio en aquellos supuestos de participación en los delitos de infracción del deber, al señalar que solo los funcionarios públicos serán imputados como autores ante la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de la Administración pública, mientras que los particulares siempre responderán como partícipes por haber infringido el deber negativo de no dañar el mismo bien jurídico, materializándose así el principio de igualdad ante la ley,

delito; por lo tanto su ámbito de aplicación es fundamentalmente penal. Véase <https://derecho.laguia2000.com/derecho-penal/nullum-crimen-nulla-poena-sine-lege>

³³⁵ COURSE HERO [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en <https://www.coursehero.com/file/p52kd1sd/La-doctrina-ha-establecido-los-siguientes-principios-generales-del-Derecho/>

³³⁶ STC del 11 de octubre de 2004 {Expediente N° 2192-2004-AA /TC} F.J. 3 [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>

³³⁷ STC del 11 de octubre de 2004 {Expediente N° 2192-2004-AA /TC} F.J. 3 [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>

³³⁸ STC del 3 de enero de 2003 {Expediente N° 010-2002-AI/TC} F.J. 45. [Ubicado el 28.III 2018]. *Op. Cit.*

sin impedir que estos últimos sean sancionados como tal y por ende, respetando y cumpliendo del principio de legalidad³³⁹.

En definitiva, este principio se rige bajo el mandato de lo expresamente descrito en la ley, pues solo así el poder punitivo estatal podrá ejercer sus facultades de sancionar, y, en ese extremo, será el juez quien imponga una pena como sanción, siempre y cuando una conducta ejecutada sea considerada como prohibida y constituya delito³⁴⁰.

3.1.2. Principio de Lesividad.

Este es un principio básico del sistema penal acusatorio y garantista, el cual encuentra sustento legal en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, que señala taxativamente que: *“La pena, necesariamente, precisa la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por Ley”*³⁴¹.

En ese sentido, el Acuerdo Plenario N.º 1-2016/CIJ-116, en su fundamento jurídico N.º 15 ha precisado que:

*“El principio de lesividad es el que dota de contenido material al tipo penal. En virtud de este principio, la pena precisa la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Sin embargo, no se trata de cualquier acción peligrosa, o lesiva, sino se trata de aquella que cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal. Caso contrario, ante afectaciones muy leves a este principio, lo que corresponde es considerar la atipicidad de la conducta, al carecer de relevancia penal”*³⁴².

Siguiendo esta línea conceptual, el Recurso de Nulidad N.º 3004-2012- Cajamarca, en su fundamento jurídico quinto, sostiene que para la efectiva aplicación de este principio no solo se exige una conducta que sea contraria al ordenamiento jurídico, sino que, además, se compruebe la transgresión del bien jurídico tutelado por el Estado, sea por lesión o por su

³³⁹ Cfr. YALVARADO YANAC, Juan. *Op. Cit.* p.20.

³⁴⁰ *Ibíd.*

³⁴¹ ALVARADO YANAC, Juan. *Op. Cit.* p. 21.

³⁴² EL ACUERDO PLENARIO N° 1-2016/CIJ-116 [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo_Plenario_Extraordinario_1-2016.pdf

puesta en peligro, conforme a lo regulado por el Código Penal. Cabe mencionar además que, se debe comprobar que dicha conducta haya sido notablemente reprochable y no se trate de una mera conducta que amerite otro medio de control social que no sea una pena establecida legalmente³⁴³.

Por otro lado, este principio es también conocido como principio de protección exclusiva de bienes jurídicos, el cual *“exige que el derecho penal sólo regule aquellas conductas humanas que sean socialmente relevantes. Por tanto, han de ser acciones que tengan un impacto social, que no se circunscriban únicamente a la esfera privada”*³⁴⁴.

Así pues, podemos precisar que mediante este principio se verifica si los actos realizados por uno o varios sujetos que intervienen en un hecho punible constituyen una lesión o se aproximan a lesionar un bien jurídico protegido, entendido este como: *“aquellos intereses sociales que por su notable importancia para el desarrollo personal y para el desenvolvimiento de la sociedad en general son merecedores de resguardo y protección a través de las normas jurídicas que componen el Derecho penal”*³⁴⁵.

En conclusión podemos decir que sólo las conductas materializadas de aquellos sujetos que participaron en un delito, ya sean como autores o partícipes, que lleguen a afectar o poner en riesgo un bien jurídico, son pasibles de ser sancionadas mediante las penas fijadas en la ley, pues solo así se podrá justificar y legitimar la intervención del *ius puniendi*³⁴⁶.

³⁴³ Recurso de Nulidad del 13 de febrero del 2014 {Expediente N° 3004-2012- Cajamarca} F.J. 5 [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en <http://www.oreguardia.com.pe/media/uploads/informativos/Biblioteca-Virtual-delito-de-peculado.pdf>

³⁴⁴ IN IUS VOCATIO. El principio de lesividad [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en <https://iusinvocatio.wordpress.com/2011/03/06/principio-de-lesividad/>

³⁴⁵ BELLIDO CUTIZACA, Evelyn. Los Principios del Derecho Penal, en *Instituto de investigaciones jurídicas Rambell Arequipa-Perú*, 2012 [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en <http://institutorambell.blogspot.com/2012/08/los-principios-del-derecho-penal.html>

³⁴⁶ TRUJILLO CHOQUEHUANCA, Joseph. Principio de lesividad u ofensividad: *“Nullum crimen sine iniuria”* 2020 [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en https://lpderecho.pe/principio-lesividad-ofensividad-nullum-crimen-sine-iniuria/#_ftn17

3.1.3. Principio de Culpabilidad.

Este principio, regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal es aquel que exige la comprobación de la responsabilidad del sujeto o grupo de sujetos que intervinieron en la realización del hecho punible para la imposición de una pena³⁴⁷.

En otras palabras, este principio *“es aquel por el cual el hombre como un ser libre y responsable, es susceptible de coerción punitiva originada por sus actos cuando se adecuan al tipo penal (...) consiste en la voluntad libre y consciente de un individuo resuelta a menoscabar un bien jurídico protegido”*³⁴⁸.

Según AZAÑERO y BALCÁZAR:

*“Este principio, representa un límite mínimo que el Estado debe respetar si se pretende legitimar su intervención y la aplicación del instrumento estatal más poderoso como lo es su facultad de imponer penas (...) Su función es político criminal y, a la vez, cumple una función dogmática imprescindible en el Derecho penal contemporáneo, puesto que permite al Estado optar por un determinado tipo de configuración del Derecho Penal, y permite fundamentar la responsabilidad penal y la tarea de fijar los límites en la fase de la medición de la pena”*³⁴⁹.

En esa misma idea la jurisprudencia nacional ha precisado que este principio establece que para la imposición de una pena sea necesaria la comprobación de la responsabilidad por parte del autor o partícipe del hecho punible, *“proscribiendo, toda forma de responsabilidad por el resultado”*³⁵⁰, pues solo así, el Estado podrá intervenir cuando un sujeto actuó

³⁴⁷ En este artículo se establece que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor, quedando así proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

³⁴⁸ PRINCIPIO DE CULPABILIDAD [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en <https://sites.google.com/site/derechopenalvictorvega/principios-constitucionales-del-derecho-penal/principio-de-culpabilidad>

³⁴⁹ AZAÑERO CUYA, José; BALCAZAR VASQUEZ, Manuel & otros. *Op. Cit.* p. 24.

³⁵⁰ También denominado como responsabilidad objetiva, la cual tiene por objeto castigar al sujeto por todos los efectos que derivan de su acción realizada, sin importar que dicha acción prohibida haya sido cometida por dolo, por imprudencia o si fue resultado de un hecho fortuito. Cfr. AZAÑERO CUYA, José; BALCAZAR VASQUEZ, Manuel & otros. *Op. Cit.* p.47.

culpablemente, es decir, la sanción impuesta deberá sustentarse en el reproche que se le debe al autor o participe por su hecho cometido³⁵¹.

También el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 0014-2006-PI/TC ha dispuesto que:

“El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado (...) Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón (...) El segundo principio del que se deriva el principio de culpabilidad en el ordenamiento constitucional es el principio de proporcionalidad de las penas”³⁵².

En razón a ello, podemos admitir que este principio también sirve de límite al poder punitivo del Estado, exigiendo que se compruebe la responsabilidad de aquel sujeto que, de manera consciente y voluntaria, ha cometido una infracción contra el ordenamiento jurídico por la cual debe ser sancionado con la aplicación de una pena establecida en la ley. Asimismo, cabe mencionar que *“este axioma impone la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto”³⁵³.*

³⁵¹ Sentencia de Casación del 03 de octubre del 2013 {Expediente N° 311-2012-Ica} [Ubicado el 12.VI 2018] Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/936372804e7fa965b3b4f72670ef9145/311-2012+Ica.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=936372804e7fa965b3b4f72670ef9145>

³⁵² STC del 19 de enero del 2007 {Expediente N° 0014-2006-PI/TC} [Ubicado el 12.VII 2019]. Obtenido en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20080616_34.pdf

³⁵³ AZAÑERO CUYA, José; BALCAZAR VASQUEZ, Manuel & otros. *Op. Cit.* p.45.

Por otro lado, ROXÍN indicó que este principio constituye el “*medio para la limitación de la pena*”³⁵⁴, en ese sentido, este principio es un presupuesto obligatorio para verificar si un sujeto cometió un acto contrario al ordenamiento jurídico que le sea reprochable, con el fin de signar una pena que no deba estar por debajo o por encima del baremo de la culpabilidad, y además, se garantice la protección del derecho fundamental de la libertad ante supuestos de arbitrariedad que puedan suscitarse al momento en el que los juzgadores decidan establecer una pena al condenado³⁵⁵.

3.1.4. Principio de Proporcionalidad.

Este principio, como ya lo hemos explicado en el primer capítulo, es llamado también prohibición de exceso, en el que se precisa que: “*la pena no puede sobrepasar la afectación generada por el delito cometido*”³⁵⁶. En ese sentido, el Tribunal Constitucional prescribe que:

*“El principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria”*³⁵⁷.

De ello resulta que, en el ámbito judicial este principio exige un equilibrio entre los tipos penales y las decisiones judiciales, en cuanto a la imposición y valoración de una pena que establezca el juzgador al momento de sancionar a un individuo que ha cometido o ha sido partícipe de un acto delictivo. Tal idea encuentra su fundamento en lo establecido por el Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CIJ-116 al señalar que:

“En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas,

³⁵⁴ CLAUS, Roxin; BELOFF, Mary; MAGARIÑOS, Mario & otros, *Determinación Judicial de la Pena*, Buenos Aires, Editores DEL PUERTO S.R.L., 1993, p.37.

³⁵⁵ MARITZA CARMEN. *La Culpabilidad* [Ubicado el 29.III 2018]. Obtenido en <https://issuu.com/abogada47/docs/abogada47>

³⁵⁶ MERINO SALAZAR, Carlos. *Op. Cit.* p.7.

³⁵⁷ STC del 3 de enero de 2003. *Op. Cit. F.J.* 196.

*ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer*³⁵⁸.

Subsecuentemente, cabe precisar que el ordenamiento jurídico no sólo se funda en los actos emanados por el legislador, puesto que, en los procesos judiciales, la interpretación de dichas normas penales se lleva a cabo por el Juez, quien debe comprobar si la norma a aplicar en un determinado caso es o no constitucionalmente legítima, y según el Acuerdo Plenario Extraordinario N.º 1-2016/CIJ-116, esto se consigue a través de la aplicación del principio de proporcionalidad³⁵⁹.

En ese sentido, y para reforzar esta idea, el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116 en su fundamento jurídico N.º 11 dispuso que: *“El control de la razonabilidad de la pena está centrado en el examen del quantum de la pena y de la reparación civil objeto del acuerdo. El Juez ha de realizar una valoración que evite que se vulnere, por exceso o por defecto, el principio de proporcionalidad (...)”*³⁶⁰.

Por tanto, no cabe duda que este principio constituye una garantía constitucional y opera como límite al *ius puniendi* estatal, asumiendo que su aplicación deba efectuarse con total efectividad en el proceso de determinación judicial de la pena, a fin de establecer una sanción constitucional en la que el quantum de pena sea “proporcional” al injusto cometido por aquellos individuos distintos que participaron en un mismo delito, sea este un delito de dominio o de infracción de deber³⁶¹.

Por otro lado, la Casación N.º 173-2011-Puno señaló que este principio:

“En su vertiente de prohibición de exceso, los jueces hacen un control del valor constitucional de las leyes y obliga al operador jurídico tratar de alcanzar el justo equilibrio en la infracción y la sanción penal a imponer al caso concreto. La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada, la proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho. La necesidad de la proporcionalidad se

³⁵⁸ ACUERDO PLENARIO N.º 1-2010/CIJ-116. *Op. Cit.*

³⁵⁹ *Ibíd.*

³⁶⁰ ACUERDO PLENARIO N.º 5-2008/CJ-116 [Ubicado el 29.IV 2018]. Obtenido en <https://agendamagna.wordpress.com/2010/01/03/acuerdo-plenario-sobre-proceso-de-terminacion-anticipada/>

³⁶¹ *Ibíd.*

desprende de la exigencia de una prevención general capaz de producir sus efectos en la colectividad”³⁶².

Hay que mencionar además que, considerando la trascendencia de este principio en el proceso de determinación judicial de la pena (puesto que direcciona la correcta administración de justicia), podemos confirmar que este coadyuva a que la determinación de las consecuencias jurídicas, que derivan de actividad delictiva sea llevada a cabo por el Juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución³⁶³.

Por tal motivo, los jueces son quienes deben evaluar un conjunto de agravantes y atenuantes en cada caso concreto para así determinar el quantum de pena que le corresponde a cada sujeto según su intervención, con la finalidad de fijar una pena justa, razonable y proporcional al injusto cometido por cada sujeto³⁶⁴.

3.2. Determinación judicial de la pena del Extraneus en los delitos de Infracción de Deber.

Como ya hemos señalado, el principio de proporcionalidad es el principal criterio para determinar la validez constitucional de una norma penal, asimismo este se complementa con el principio de culpabilidad, ya que la pena está supeditada a la proporcionalidad de la culpabilidad o al grado de responsabilidad que le corresponde a cada sujeto distinto que interviene en un mismo hecho punible.

Como resultado de lo anterior expuesto, es pertinente señalar que, tratándose de delitos de infracción del deber y siendo que la pena deba solo sancionar la conducta de la persona individualizada por su propio grado de responsabilidad, es cuestionable que, en ese tipo de delitos, el agente *extraneus* sea sancionado con la misma pena prevista para el autor, como se ha establecido en el artículo 25 del Código Penal, pues como se ha precisado, el *extraneus* no se encuentra inmerso en un deber institucional, ni se encuentra directamente vinculado

³⁶² ALVARADO YANAC, Juan. *Op. Cit.* p.25.

³⁶³ TITO HUMPIRI, José Luis. *Op. Cit.* p.2.

³⁶⁴ YAPUCHURA MAMANI, Shirley Gabriela. *La determinación de la pena para el cómplice primerio (extraneus) en los delitos contra la Administración Pública*. Tesis para optar el título profesional de Abogada, Tacna, Universidad Privada de Tacna. Obtenido en http://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/UPT/518/1/Yapuchura_Mamani%20Shirley.pdf

con el bien jurídico y por tanto, la pena a imponerle debe ser directamente proporcional a su propio injusto desplegado³⁶⁵.

Es por ello que este principio tiene una connotación muy importante en el proceso de determinación judicial de la pena en los delitos de infracción del deber, pues queda claro que solo mediante su correcta aplicación se podrá justificar y legitimar la imposición de una sanción a aquellos sujetos que, siendo diferentes, como lo son el *intraneus* y el *extraneus*, pues, aunque ambos responderán bajo la unidad del título de imputación por encontrarse ligados por la unidad delictual, debe considerarse que la responsabilidad de dichos sujetos son totalmente distintas, en virtud del estatus que ostenta el *intraneus*, ya que se encuentra inmerso en un deber especial positivo que se cimenta en la protección de una institución, mientras que el *extraneus* se encuentra inmerso en un deber genérico negativo de no dañar, lo que implica que el juzgador deba ponderar el principio de proporcionalidad frente al de legalidad con el objeto de armonizar las sanciones a los partícipes³⁶⁶.

En efecto, para cumplir con la correcta administración de justicia, los ordenamientos jurídicos penales cuentan con métodos y criterios para regular el proceso judicial de determinación de la pena³⁶⁷.

Así pues, nuestro ordenamiento jurídico penal cuenta con un sistema de tercios en el que se han configurado criterios básicos de valoración para la determinación de una pena justa y razonable³⁶⁸. La finalidad de dicho sistema “*es darle espacios más reducidos al órgano colegiado, es decir al juez, para que pueda establecer una pena justa, y así dejar de lado su discrecionalidad infundada*”³⁶⁹.

En virtud de ello, el Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116 señala que:

“Es importante destacar que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctico. Esto es,

³⁶⁵ YAPUCHURA MAMANI, Shirley Gabriela. *Op. Cit.*

³⁶⁶ YAPUCHURA MAMANI, Shirley Gabriela. *Op. Cit.* p.112.

³⁶⁷ VELASQUEZ Fernando. Los criterios de determinación de la pena en el C.P. de 1991 [Ubicado el 12.VI 2018]. Obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_30.pdf

³⁶⁸ *Ibíd.*

³⁶⁹ VEGA, Keith. El sistema de tercios en la determinación judicial de la pena, *en SCRIB*, junio 27, 2016 [Ubicado el 12.VI 2018]. Obtenido en <https://es.scribd.com/doc/316820710/Sistema-de-Tercios-En-La-Determinacion-Judicial-De-La-Pena>

el legislador señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales”³⁷⁰.

Es así que, el derecho punitivo peruano contiene un procedimiento de carácter cuantitativo y cualitativo que está dirigido a la valoración razonable de determinadas circunstancias que permiten fijar una pena conforme al derecho y a los principios generales que rigen en todo nuestro sistema jurídico. Así pues, se sostiene que:

“El órgano jurisdiccional en una sentencia penal emite tres juicios, en un primer momento él se pronuncia sobre la tipicidad de la conducta atribuida al procesado (juicios de subsunción). Luego, a la luz de la evidencia existente decide sobre la inocencia o culpabilidad de éste (declaración de certeza). Y, finalmente, si declaró la responsabilidad penal deberá definir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de la infracción penal cometida (individualización de la pena). La determinación judicial de la pena tiene relación con esta última decisión judicial. Su función, por tanto, es identificar y medir las dimensiones cualitativas y cuantitativas de las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar al autor o partícipe de un delito. Se trata, pues, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales”³⁷¹

Es por ello que consideramos importante precisar que:

³⁷⁰ ACUERDO PLENARIO N.º 1-2008/CJ-116 116 [Ubicado el 12.VI 2018]. Obtenido en <https://legis.pe/reincidencia-habitualidad-determinacion-pena-acuerdo-plenario-1-2008-cj-116/>

³⁷¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. La reforma penal en el Perú y la determinación judicial de la pena, *Op. Cit.* p. 2.

“No le corresponde la misma pena al autor de un delito consumado que al de un delito intentado; como tampoco tiene el mismo tratamiento el autor y el cómplice del mismo hecho delictivo. Se valora de forma distinta si alguien actúa en error de prohibición o concurriendo una eximente incompleta de alteración psíquica que si alguien lo hace actuando con pleno conocimiento de la antijuridicidad o con sus facultades mentales intactas. En fin, existen una multitud de factores que se concretan en las reglas de determinación de la pena, que han de ser tenidos en cuenta por los Jueces y Tribunales en la imposición de las penas”³⁷².

Así pues, CAMPOS indica que en este proceso es sustancial atender a los distintos factores que rodean la situación, puesto que de no ser así:

“(…) tendríamos un sistema injusto e ineficaz. Injusto al castigar con la misma pena a delincuentes distintos por hechos abstractamente iguales pero que en concreto resultan muy dispares. E ineficaz porque estas penas serían inadecuadas desde el punto de vista preventivo, unas veces por exceso y otras por defecto. Por otra parte, el libre arbitrio judicial absoluto conduciría a un castigo indeterminado incompatible con las exigencias de seguridad jurídica”³⁷³.

En razón de ello, queda claro que en el proceso de determinación judicial de la pena el juez tiene el deber de examinar si la acción imputada a un sujeto determinado es proporcional a la pena establecida en el tipo penal, e identificar el grado de responsabilidad delictual de cada uno de los sujetos que participaron en la comisión de un mismo delito. Pues se tendrán que calificar los factores que se concretan en las cualidades y circunstancias personales³⁷⁴ propias de cada sujeto que intervino en el delito.

³⁷² DETERMINACIÓN DE LA PENA [Ubicado el 29.IV 2018]. Obtenido en <file:///C:/Users/EverC/Downloads/2013%209%20Iuspoenale%20Reglas%20de%20determinaci%C3%B3n%20penas.pdf>

³⁷³ CAMPOS MIRANDA, María. Reglas generales para la determinación del grado y extensión de la pena [Ubicado el 12.VI 2018]. Obtenido en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20escrita%20de%20D%C2%A%20Maria%20Luz%20Campo%20Miranda.pdf?idFile=7c071887-f4a4-4bcc-a3b8-bb7ebc3d5ab9

³⁷⁴ Son factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad del delito, es decir, posibilitan cuantificar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuricidad del hecho) o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del

En ese extremo, tratándose de lo que amerita esta investigación, que es lo concerniente a la determinación de la pena del partícipe *extraneus* en los delitos de infracción del deber, el juez deberá, inexorablemente, analizar y comprobar el principio de culpabilidad en el que la sanción impuesta sea proporcional a la responsabilidad del agente *extraneus*, con el objeto de colocar una pena que sea justa y razonable³⁷⁵.

Conforme a lo argumentado, podemos mencionar que la Sentencia del 06 de diciembre del 2011, recaída en el Expediente N.º 51-08-Lima, respecto al delito contra la Administración Pública, en su figura de Colusión hace mérito a una correcta determinación judicial de la pena dentro de un proceso penal.

En este caso, el representante del Ministerio Público imputó como autores de dicho delito cualificado a Dany Walter Canales Naupari, Franz Ricardo Gamboa Cajavilca, Eugenia Benedicta Germán Mendoza, solicitando se le impongan 8,6 y 7 años de pena privativa de libertad respectivamente y, a Rosa Isabel Sánchez Nava junto con Luis Antonio Arce Bello, se le impongan 6 años de pena privativa de libertad. Seguido el proceso, **en la determinación de la pena el Juez de la Primera Sala Penal Liquidadora de Lima verificó que sólo el primer sujeto mencionado es un sujeto cualificado por el estatus de funcionario público, mientras que los siguientes son trabajadores de la misma entidad, pero no caben en el supuesto de autoría, puesto que se trata de un delito de infracción del deber y estos sujetos no cuentan con la cualidad especial exigida en el tipo penal.** Por ende, y **en virtud de la aplicación del principio de proporcionalidad** y el análisis de las circunstancias personales de cada sujeto que intervino en el delito, el juzgador resuelve señalando que: **se condena a título de autor a Dany Walter Canales Naupari, con una pena privativa de libertad de 4 años**, suspendida condicionalmente por el término de prueba de 3 años; por otro lado, **se condena a Franz Ricardo Gamboa Cajavilca, Eugenia Benedicta Germán Mendoza como cómplices primarios**, pues su aporte fue determinante para la realización **del delito con 3 años de pena privativa de libertad** suspendida condicionalmente por el término de prueba de 2 años y **se absuelve a Rosa Isabel Sánchez**

agente). Las circunstancias permiten, pues, valorar si un delito es más o menos grave y a partir de ello ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena que debe imponerse a su autor o partícipe". PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, Lima, 2016, p.204

³⁷⁵ YAPUCHURA MAMANI, Shirley Gabriela. *Op. Cit.* p.126.

Nava junto con Luis Antonio Arce Bello por no acreditarse su complicidad en el hecho punible³⁷⁶.

Como resultado de ello, podemos asumir que en dicha sentencia se da la correcta aplicación e interpretación del artículo 25 del Código Penal, que, en ese entonces, solo señalaba que a los cómplices se les graduará prudencialmente la pena.

Sin embargo, en la actualidad, con la modificación del mencionado artículo, ahora los sujetos que participan en la comisión de un delito, serán sancionados con la misma pena prevista para el autor, recalándose además que el cómplice primario siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo no concurran en él³⁷⁷.

Por otro lado, la determinación de la pena está supeditada a tres etapas, por las cuales el juzgador llegue a imponer la sanción debida. Así pues, para PRADO la primera etapa es la determinación de la pena básica, en la cual el juzgador establece el marco punitivo, el cual tiene un mínimo y un máximo prefijado por el legislador; y en aquellos delitos en los que solo exista un mínimo inicial, el juez deberá acudir a lo prefijado en el artículo 29 del Código Penal teniendo en cuenta el grado de reprochabilidad de cada sujeto³⁷⁸

Así pues, tratándose de delitos de infracción del deber, los jueces deben, ineludiblemente, valorar la condición tanto del sujeto *intraneus*, como *extraneus*, debiendo aplicar el test de proporcionalidad que conlleve a imponerle al *extraneus* una pena gradual a su responsabilidad³⁷⁹

La segunda etapa es la determinación de la pena concreta en base a la culpabilidad del hecho, suponiendo que la sanción no deba exceder la responsabilidad del hecho, pues el juez determinará la pena en virtud de las circunstancias agravantes o atenuantes que se presenten, para aplicar así el tercio inferior, intermedio o superior, según sea el caso³⁸⁰.

³⁷⁶ STC del 6 de diciembre del 2011 {Expediente N° 51-08-Lima} [Ubicado el 18.VI 2018]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bd1997804eaf65529ebdde6687f7e869/D_Exp_51_08_201211.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bd1997804eaf65529ebdde6687f7e869

³⁷⁷ ALVARADO YANAC, Juan. *Op. Cit.* p.80.

³⁷⁸ Cfr. YAPUCHURA MAMANI, Shirley Gabriela. *Op. Cit.* p.129.

³⁷⁹ *Ibíd.*

³⁸⁰ Cfr. YAPUCHURA MAMANI, Shirley Gabriela. *Op. Cit.* p.129.

De igual manera, el Precedente Vinculante N.º 3864-2013 Junín, ha establecido que en la etapa de individualización de la pena concreta se debe valorar el patrón cualitativo y cuantitativo de la sanción que el juez le debe imponer al condenado bajo las circunstancias que concurran en el caso *sub iúdice*, lo cual le posibilita reconocer y determinar la gravedad del hecho punible, así como la mayor o menor intensidad de la culpabilidad que le corresponde a su autor o partícipe³⁸¹.

Finalmente, la tercera etapa es la referida a la individualización de la pena atendiendo a las circunstancias agravantes y atenuantes que acompañan al delito cometido³⁸².

Y conforme a ello, el Acuerdo Plenario N.º 5-2009/CJ-116 indica que:

“La determinación de la pena debe respetar los ámbitos legales referidos tanto a la configuración de la pena básica – definida como la configuración del marco penal establecido por el tipo legal y las diferentes normas que contienen las circunstancias modificativas de la responsabilidad genéricas, sean agravantes y/o atenuantes -, como al establecimiento de la pena concreta o final que es el resultado de la aplicación de los factores de individualización estipulados en los artículos 45 y 46 del Código Penal, siempre dentro del marco penal fijado por la pena básica y a partir de criterios referidos al grado de injusto y el grado de culpabilidad”³⁸³.

³⁸¹ EJECUTORIA VINCULANTE del 8 de septiembre del 2014 {Recurso de Nulidad N.º 3864-2013} [Ubicado el 12.VI 2018]. Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/42901b0048068fa5bcf1ffce400e5104/RN.+3864-2013-JUNIN.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=42901b0048068fa5bcf1ffce400e5104>

³⁸² El artículo 45 del Código Penal señala que el juez al momento de fundamentar y determinar la pena debe tener en cuenta una serie de circunstancias: a) Las carencias sociales que hubiera sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad; b) Su cultura y sus costumbres; c) Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.

³⁸³ ACUERDO PLENARIO N.º 5-2009/CJ-116 [Ubicado el 12.VI 2018]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N5_2009.pdf

En ese extremo, sostenemos que dichas exigencias establecidas en los artículos 45 y 46 del Código Penal (circunstancias atenuantes³⁸⁴ y agravantes³⁸⁵) constituyen presupuestos de observación que el Juez deberá analizar con la finalidad de determinar una sanción penal que sea proporcional al injusto desplegado por cada sujeto que intervino en un mismo delito.

En otras palabras, tales circunstancias³⁸⁶ permiten que el juzgador pueda hacer un juicio de ponderación no solo respecto a la pena establecida en la ley y el daño ocasionado por el autor o participe de un delito cualificado, como lo son los delitos de infracción del deber, sino que además, permite identificar el grado de responsabilidad que le corresponde a cada sujeto que intervino en el mismo hecho delictivo, lo cual a nuestro criterio, supone que a cada sujeto, tanto intraneus como extraneus, le corresponda una pena distinta por las condiciones y circunstancias que le pertenecen a cada uno, aun cuando ambos se encuentren vinculados por la unidad delictual³⁸⁷.

3.3. TOMA DE POSTURA: Fundamentos de la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena del extraneus en delitos de infracción de deber.

3.3.1. De las reglas que determinan la imputación de la participación delictual.

Sostenemos de manera categórica que, respecto a la intervención del *extraneus* en la comisión de un delito de infracción del deber, nuestro ordenamiento jurídico, mediante los Acuerdos Plenarios N.º 2-2011/CJ-116 y N.º 3-2016/CJ-116, ha optado por asumir la tesis

³⁸⁴ El legislador las ha establecido en el artículo 46 del código Penal, las cuales son: a) la carencia de antecedentes penales; b) el obrar por móviles nobles o altruistas; c) el obrar en estado de emoción o temor excusables; d) la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible; e) procurar voluntariamente, después de consumado el daño ocasionado, la disminución de sus consecuencias; f) reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado ; g) presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad; h) la edad del imputado en tanto que ella hubiere influenciado en la conducta punible.

³⁸⁵ En el mismo artículo citado anteriormente, el legislador estipuló las circunstancias agravantes, algunas de ellas son las siguientes: a) ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad; b) ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos; c) ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria (...)

³⁸⁶Las circunstancias tienen, pues, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente, están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales. BUSTOS RAMIREZ, Juan y HORMAZABAL MALARE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Editorial Trotta, Madrid, 1999, pp.396-397.

³⁸⁷ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, Lima, 2016, p.204.

de la Unidad del Título de Imputación, por tanto, es completamente admisible imputarle responsabilidad al *extraneus*, puesto que la norma que subyace al tipo penal también está dirigida hacia él, lo cual implica que este sujeto responderá siempre en calidad de partícipe sea como cómplice o instigador, en virtud del hecho punible realizado por el autor *intraneus*³⁸⁸.

Así mismo, la Casación 661-2016-Piura, determina jurídicamente los grados de intervención que el *extraneus* puede ejecutar en la comisión de un delito de infracción del deber, específicamente, en el delito de Colusión, afirmando que su intervención necesita, obligatoriamente, ser incluida en la redacción de la tipificación³⁸⁹, haciéndose referencia al principio sustantivo de la Unidad del Título de Imputación. Con ello, podemos ratificar que la modificación del artículo 25 del Código Penal, mediante el Decreto Legislativo 1351 de 2017 conlleva, subsecuentemente, a asumir de manera definitiva, dicha tesis, que hoy en día resuelve los innumerables casos que se presentan en nuestro sistema jurídico penal³⁹⁰.

Por otro lado, cabe mencionar también que, esta tesis que determina la imputación del *extraneus* en los delitos de infracción del deber, ha sido ya comentada y establecida desde hace mucho tiempo, en efecto, avalamos esta postura, que se presenta proyectada en la ejecutoria suprema del 14 de enero del 2003, recaída en el expediente N°3203-2002-Lima, en la que se sustenta que la participación del *extraneus* en este tipo de delitos, debe ser enmarcada bajo el mismo *nomen iuris* del tipo penal, es decir, bajo la tesis de la Unidad del Título de Imputación³⁹¹.

Cabe señalar además que, asumimos que en estos delitos existe un deber extrapenal, un deber positivo de carácter institucional sustentado en una norma de mandato que solo puede ser defraudada por el *intraneus*,³⁹² pues no se extiende a todos los intervinientes del delito, a

³⁸⁸ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.* p. 63.

³⁸⁹ CASACIÓN N° 661-2016-PIURA [Ubicado el 14.VI 2021]. Obtenido en https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/Cas-661-2016-Piura-Legis.pe_.pdf

³⁹⁰ RAMIRO SALINAS SICCHA. Comenta la reciente modificación del art.25 del Código Penal sobre complicidad [Ubicado el 14.VI 2021]. Obtenido en <https://lpderecho.pe/ramiro-salinas-siccha-comenta-la-reciente-modificacion-del-art-25-del-codigo-penal-sobre-complicidad/>

³⁹¹ CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL ESPECIALIZADO EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS. [Ubicado el 08.VI 2021.] Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d353ee80458cce7a94a9fe04d51e568e/doc11827320180517102532.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d353ee80458cce7a94a9fe04d51e568e>

³⁹² SANCHEZ-VERA GOMEZ- TRELLES, Javier. Delito de infracción de deber y participación delictiva. *Op. Cit.* p. 30.

pesar de encontrarse todos vinculados por el hecho punible³⁹³. Sin embargo, al mismo tiempo estos delitos contienen un deber general negativo que se sustenta en una norma prohibitiva de no dañar, que va dirigido a todo sujeto común, lo cual evidencia que, aun tratándose de sujetos totalmente distintos, ambos se encuentran vinculados por el hecho punible y, por ende, la imputación deberá realizarse bajo un mismo tipo penal³⁹⁴.

Por lo que respecta a las circunstancias y cualidades establecidas en el artículo 26 del Código Penal consideramos que son intransferibles, pues lo único que se trasfiere entre todos los sujetos, es el hecho delictivo³⁹⁵, y, en consecuencia, la tesis de la Ruptura del Título de Imputación queda sin efecto, pues ésta siempre conllevará a la impunidad del partícipe *extraneus* en los delitos cualificados, así como quedó establecido en la Casación N°782-2015-Del Santa, la cual ya no tiene validez para nuestro ordenamiento jurídico³⁹⁶.

Por consiguiente y, en definitiva, asumimos que la tesis de la Unidad del Título de Imputación es la más acertada para determinar la imputación del *extraneus*, y precisamente se asume su predominancia con la modificación del artículo 25 del Código Penal, reforma mencionada en líneas arriba. Puesto que se reconoce que la participación del *extraneus* siempre dependerá del hecho principal cometido por el autor, lo cual encuentra respaldo en el artículo 26 del mismo cuerpo sustantivo, y éste deberá interpretarse en virtud de que lo comunicable entre el *extraneus* e *intraneus* únicamente es el injusto penal, es decir, la norma prohibitiva que contiene el delito, y no las cualidades especiales del sujeto cualificado³⁹⁷.

3.3.2. De los principios que determinan la participación delictual del extraneus.

Como consecuencia de lo explicado en el capítulo anterior, admitimos que el principio que determina la participación delictual del *extraneus* en los delitos de infracción del deber, supone sujetarse a los lineamientos del principio de accesoriedad y ello se ha precisado en la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, en el Recurso de Nulidad N°1813-2003-Lima, en la que se precisó que:

³⁹³ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.* p. 69.

³⁹⁴ *Ibíd.*

³⁹⁵ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.* p. 69.

³⁹⁶ MEZA FERNÁNDEZ, Carlos Daniel. ¿Es posible la participación del extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito? Comentarios de la Casación N.º 782-2015- Del Santa. En *Gaceta Penal & Procesal penal*, tomo 88, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 54.

³⁹⁷ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.* p. 69.

“En cuanto a la calidad de cómplice del co-procesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación (...) mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia (...) por consiguiente, la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado”³⁹⁸.

Hay que mencionar además que, los Recursos de Nulidad N° 2976-2004-Lima y el N° 375-2004-Ucayali, dan respaldo a esta postura, pues se sostiene que: *“el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la accesoriedad de la participación”*, alegando que los *extraneus* siempre responderán en calidad de partícipes cuando intervienen en un delito cualificado³⁹⁹.

Sin embargo, de manera específica, sostenemos que este criterio de accesoriedad se refiere al de accesoriedad objetiva, puesto que, como manifiesta ROBLES, es pertinente hablar de un sistema de responsabilidad por la participación de varios sujetos en el delito, en el cual se establece la vinculación de dos sujetos completamente distintos respecto a un mismo hecho punible. De ello se desprende que todo sujeto *extraneus* siempre quedará ligado con su intervención por el hecho configurado en común con el *intraneus*⁴⁰⁰.

En esa misma línea, este autor sostiene que:

*“La fundamentación del injusto de la participación no debe llevarse a cabo, por tanto, con base en la dependencia de la participación del hecho principal, puesto que no se trata de responder a la pregunta de **bajo qué** condiciones puede castigarse la participación (accesoriedad en sentido estricto), sino de **por qué** debe castigarse la participación en un delito (fundamento del injusto de la participación) En otras palabras: al*

³⁹⁸ CONCLUSIONES DEL LENO JURISDICCIONAL ESPECIALIZADO EN LOS DELITOS E CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS. [Ubicado el 08.VI 2021]. Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d353ee80458cce7a94a9fe04d51e568e/doc11827320180517102532.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d353ee80458cce7a94a9fe04d51e568e>

³⁹⁹ *Ibíd.*

⁴⁰⁰ Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Madrid, Marcial Pons, 2003, p.156.

*participe no se le castiga por el hecho de que el autor haya cometido un delito*⁴⁰¹. ”

De ahí se infiere que, aun cuando el *extraneus* no estente una cualificación especial, deberá responder penalmente por su propio injusto cometido, pues su propia consitución del hecho típico no es accesoria, sino principal, y si bien es cierto, y como ya lo mencionamos líneas arriba, ambos sujetos se encuentran ligados por un mismo hecho punible, el injusto del partícipe es totalmente distinto al del *intraneus*, puesto que el extraño infringe una norma de prohibición que se encuentra inmersa en la norma de mandato que va dirigida al *intraneus*, y por tanto, se trata de injustos autónomos e independientes, de injustos separados, los cuales deben ser atendidos bajo el criterio de accesoriadad objetiva, sin la necesidad de quebrantar la Unidad del Título de Imputación a la que ambos se encuentran sometidos⁴⁰².

Así pues, asumimos que la postura del principio de accesoriadad objetiva, es principal para el partícipe, según la idea de ROBLES, citado por el profesor ARISMENDIZ, indicándose además que de este principio se desprende el de responsabilidad por el propio injusto, por el cual cada sujeto responde únicamente por aquello que ha configurado de manera individual, y por tanto, deberá ser aplicado para la punición de la participación del *extraneus* en un delito de infracción del deber, pues aquí se connota “*la autorresponsabilidad que recae en cada sujeto que participa en el hecho punible*”, ya que, tanto el *intraneus* como el *extraneus* “*contienen normativamente su propia competencia organizacional expresadas en deberes*”⁴⁰³.

En otras palabras, este principio conduce a que cada sujeto responda exclusivamente por el injusto que ha desplegado su actuar, ya que ambos mantienen sus propias competencias que deben ser tomadas como injustos diferenciados, separados y autónomos, pero ligados bajo

⁴⁰¹ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. “Autoría en los delitos de dominio e infracción de deber” [Ubicado el 14.VI 2021]. Obtenido en https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/5878_dr_arismendi_autoria_en_los_delitos_de_dominio_e_infraccion_de_deber_2.pdf

⁴⁰² *Ibíd.*

⁴⁰³ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.* p. 62.

la unidad delictual propia de la actividad delictiva, en la que siempre el *extraneus* responderá como partícipe⁴⁰⁴.

Siendo esto así, para mayor entendimiento, mencionamos el siguiente ejemplo:

“El secretario judicial que proyecta una sentencia totalmente contraria a la ley, citando hechos facticos falsos y leyes derogadas, sentencia que es firmada por el juez, quien incumplió con el deber de verificar el contenido. El juez deberá responder como autor del delito de prevaricato, encontrando justificación la imputación en el hecho de haber infringido su deber especial que es el de administrar correctamente la justicia, de la misma forma el secretario judicial responderá como cómplice primario del mismo delito, encontrando justificación la imputación en la infracción de un deber negativo de no dañar, empero, ambos sujetos, se encuentran vinculados al hecho punible previsto en el artículo 418 del Código Penal”⁴⁰⁵.

Cabe mencionar que, esta idea es asumida por el Tribunal español, pues en sus sentencias emitidas STS 606/2010, STS 539/2003 y STS 222/2010 se estableció que no es necesario que el *intraneus* sea castigado para admitir la posibilidad de sancionar al *extraneus*, en un supuesto de delito fiscal. En efecto, en esos casos se condenó al partícipe *extraneus* como inductor, incluso, cuando el *intraneus* habido sido absuelto⁴⁰⁶.

En definitiva, este principio postula que la accesoriidad es una relación mínima entre el sujeto que interviene en la comisión del delito y el hecho mismo para atribuirle responsabilidad penal, y, por tanto, el *extraneus* deberá responder por su propio injusto cometido, pues su intervención está ligada directamente al hecho punible y no al autor. En ese sentido, consideramos pertinente que el juzgador al momento de imponer el *quantum* de

⁴⁰⁴ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.* p. 69.

⁴⁰⁵ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.* p. 63.

⁴⁰⁶ Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier; RUEDA MARTÍN, Víctor; RIGGI, Eduardo. *La responsabilidad en los delitos especiales, el debate doctrinal en la actualidad*. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014. p. 335.

pena, ésta sea gradual a la responsabilidad del injusto del *extraneus* que participó en un delito de infracción del deber⁴⁰⁷.

3.3.3. De la determinación judicial de la pena del extraneus.

Respecto a la determinación judicial de la pena del *extraneus*, la modificación del artículo 25 establece que el cómplice será reprimido con la misma pena prevista para el autor, lo cual, a nuestro criterio deberá ser interpretado de manera correcta, sujetándonos a la aplicación de los principios constitucionales que rigen en todo nuestro ordenamiento jurídico, esencialmente consideramos de carácter obligatorio la aplicación del principio de proporcionalidad, pues solo a través de este se verificará si una norma sancionadora es constitucionalmente legítima o no⁴⁰⁸.

En ese sentido, creemos pertinente mencionar a la Casación N° 581-2015-Piura, la cual detalla y desarrolla el ámbito de la participación en el concepto de complicidad en el delito de Parricidio, el cual exige la presencia de relaciones interpersonales que encuentran su justificación en deberes especiales y que por tanto, todo sujeto no cualificado que interviene en este tipo de delito, siempre responderá por el deber general que en él reace⁴⁰⁹. De donde se infiere que ha de tenerse en cuenta para la correcta determinación judicial de la pena del cómplice en un delito de infracción del deber.

Asímismo, la Casación N°540-2015-Lima, precisa que el grado de participación del cómplice se determina por la medida cuantitativa del dominio que éste ha configurado dentro de la ejecución del delito, por consiguiente, la pena que le corresponde al partícipe deberá ser correlativa al dominio mínimo de su actuación y, sobre todo, al deber genérico que éste infringe, de tal manera que la imposición de la pena sea proporcional y se ajuste a ello⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. *Op. Cit.* p. 69.

⁴⁰⁸El ACUERDO PLENARIO N° 1-2016/CIJ-116 [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo_Plenario_Extraordinario_1-2016.pdf

⁴⁰⁹ CASACIÓN 581-2015-PIURA [Ubicado el 14.VI 2021]. Obtenido en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20171108_04.pdf

⁴¹⁰RECURSO DE NULIDAD N°540-2015-LIMA [Ubicado el 14.VI 2021]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/54a11a804b5e810191bbb121f2899114/CS_D_RN_540-2015_19012016_.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=54a11a804b5e810191bbb121f2899114

Asu vez, consideramos importante señalar que en la doctrina y jurisprudencia colombiana, se ha instaurado que, en aquellos supuestos en los que intervengan varias personas en un delito de infracción de deber, cada uno deberá responder de acuerdo a su forma de intervención, pero todos bajo la misma unidad de imputación, haciendo alusión a la Unidad del Título de Imputación (que ya explicamos anteriormente y que, además, es la que nuestro ordenamiento jurídico también asume). Decretándose rebajar la pena a aquellos sujetos que no cuentan con las cualidades especiales exigidas por ley, en ese sentido, la pena será disminuída para los *extraneus*. Esto ha quedado establecido por la Corte Suprema de Justicia al indicar que: “*la norma-se refiere al interviniente- en ese sentido zanja de lege data toda disputa entre las disntias soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial(...)*”⁴¹¹”.

De manera similar, nuestra Corte Suprema ,alega, mediante el Recurso de Nulidad N°3496-2015-Lima Sur que:“*El quantum de pena deberá ser proporcional al hecho delictivo realizado, a efectos de modular o asumir una dimensión dentro de los límites normativos, razonando conforme con el injusto y la culpabilidad del encausado (...)*” asimismo, se precisó que la aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso de determinación judicial de la pena, conlleva a que la sanción guarde una estricta relación de correspondencia con el injusto y la culpabilidad concreta”⁴¹².

En razón a ello, asumimos adecuada la postura del autor VILLAVICENCIO al sostener que dicha disposición legal del artículo 25 del Código Penal: “*deberá interpretarse en referencia al marco legal de pena establecida para el autor y no a la misma pena que se impone al autor*”⁴¹³. En consecuencia, el Juez deberá aplicar el mismo tipo penal descrito en la ley tanto para el autor como para el partícipe, en virtud de la Unidad del Título de Imputación, sin embargo, a este último no le correspondería el mismo *quantum* de pena como sucede en la práctica judicial⁴¹⁴.

⁴¹¹MIGUEL CÓRDOVA ANGULO. La figura del interviniente en el derecho colombiano. [Ubicado el 14.VI 2021]. Obtenido en [file:///C:/Users/Acer/Downloads/Dialnet-LaFiguraDelIntervinienteEnElDerechoPenalColombiano-5319342%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Acer/Downloads/Dialnet-LaFiguraDelIntervinienteEnElDerechoPenalColombiano-5319342%20(1).pdf)

⁴¹²RECURSO DE NULIDAD N°3496-2015-LIMA SUR [Ubicado el 08.VI 2021]. Obtenido en https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/10/R.N.-3496-2015-Lima-Sur-Legis.pe_.pdf

⁴¹³ MEZA HURTADO, Daniel. *Op. Cit.* 41.

⁴¹⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2006, p. 520.

Por consiguiente, a la luz de esta mala interpretación y aplicación de la norma jurídica, cabe subrayar que la doctrina penal ha postulado que de manera general al sujeto no cualificado que participa en un delito de infracción del deber sea como cómplice o instigador, se le deberá disminuir prudencialmente la pena, aplicando el principio de proporcionalidad frente a las circunstancias concretas de cada caso⁴¹⁵. Esto significa que la pena que se imponga al *extraneus* deberá ser directamente proporcional a su propio injusto cometido, ya que su actuación es accesoria, pues es el partícipe de un hecho punible realizado en común junto con el autor⁴¹⁶.

Para RUEDA, la equiparación punitiva del *intraneus* y *extraneus* subsumida en el artículo 25 resulta injusta, puesto que considera que, el *extraneus*, al no poseer la relación directa con el bien jurídico y el estatus cualificado no puede ser sancionado con el mismo *quantum* de pena previsto para el autor, pues el *extraneus*, al ser un sujeto no cualificado, se le deberá atenuar gradualmente dicha sanción en virtud de su propio injusto cometido⁴¹⁷.

Cabe mencionar además que, no sólo consideramos propicio la aplicación de este principio en el ámbito penal, sino que también, es necesario que éste sea debidamente consagrado en todo los ámbitos del derecho. En ese extremo, oportuno es mencionar que en la Resolución N°08-2019 del 23 de mayo de 2019, recaída en el Expediente N°3591-2019-SERVIR/TSC, declarada NULA, se determinó que:

“La razonabilidad y proporcionalidad consittuyen el límite a la potestad sancionadora del empleador que garantiza que la medida disciplinaria impuesta guarde corrspondencia con los hechos, lo que implica que la entidad luego de que haya comprobado objetivamente la comisión de la falta imputada deba elegir la sanción a imponer valorando elementos como gravedad de la falta imputada, los antecedente del trabajador, el cargo desempeño en otros, de modo que la sanción resulte menos gravosa para el impugnante”⁴¹⁸.

⁴¹⁵ *Ibíd.*

⁴¹⁶ MEZA HURTADO, Daniel. *Op. Cit.* p. 41.

⁴¹⁷ Cfr. *Ibíd.*

⁴¹⁸EXPEDIENTE N°3591-2019-SERVIR/TSC . [Ubicado el 08.VI 2021]. Obtenido en <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1391170/Resoluci%C3%B3n%20del%20Tribunal%20del%20Servicio%20Civil%202020-2019-Servir-TSC-Segunda%20Sala.pdf>

Finalmente sostenemos que la operatividad del principio de proporcionalidad constituye la base ineludible para la correcta y justa determinación judicial de la pena en todas las materias del derecho⁴¹⁹, y consideramos que, respecto al marco punitivo que le correspondería al *extraneus* en un delito de infracción del deber éste debe ser atenuado, fundamentando dicha apelación en razones derivadas del principio de proporcionalidad y de responsabilidad del propio injusto, puesto que la intensidad del reproche no puede ser nunca la misma entre el *intraneus* y *extraneus*⁴²⁰.

⁴¹⁹ MEZA HURTADO, Daniel. *Op. Cit.* p. 41

⁴²⁰ Cfr. *Ibíd.*

CONCLUSIONES

- 1- Podemos afirmar que, la pena constituye un medio de control que favorece la convivencia armónica entre sujetos que conviven en una sociedad, teniendo como fin la prevención, sea de manera general o especial, así como también siguiendo criterios de retribución, lo cual ha quedado establecido en nuestro ordenamiento jurídico penal. En ese sentido, cuando nos referimos al principio de proporcionalidad de la pena, sostenemos que se trata de aquel principio rector de todo el sistema penal, el cual está compuesto por un conjunto de criterios que posibilitan medir y valorar la licitud de todo límite normativo que restrinja derechos fundamentales, esto debido a su carácter y arraigo eminentemente constitucional, derivado de un Estado de Derecho como el que profesa nuestra Constitución, a fin de evitar la intervención y aplicación desmedida o desproporcionada de las penas establecidas por el *ius puniendi*. Por esta razón, consideramos que la trascendencia y aplicación de este principio, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, al momento de imponer una sanción, no solo connota garantías de seguridad jurídica para todo sujeto de derecho, sino que, además, engloba concretas exigencias de justicia material, lo cual se manifiesta mediante la creación de penas que sean proporcionales a la gravedad del hecho punible cometido, tanto por su jerarquía respecto del bien jurídico vulnerado, como por la intensidad de la lesión al mismo.

- 2- Sostenemos que, siguiendo la tipificación e interpretación de los delitos de infracción del deber, establecidos en la parte especial del Código Penal, estos van dirigidos exclusivamente para aquellos sujetos que lesionan o incumplen con deberes especiales, deberes personalísimos que poseen en virtud de una competencia institucional, y por ende, la autoría recae únicamente en dichos sujetos, es decir, en los *intra-neus*; mientras que la intervención del *extra-neus*, en este tipo de delitos, solo puede ser considerada de manera accesoría, puesto que, si bien es cierto, ambos se encuentran vinculados por la unidad delictual del hecho punible, en virtud de la Unidad del Título de Imputación, la intervención de éste último desencadena responsabilidad penal por su propio injusto cometido, constituyéndose en un injusto completamente distinto y separado, justificado en la transgresión de un deber

genérico de no dañar, en razón de una competencia organizacional, e independientemente de cuál sea su actuación en la ejecución del hecho delictivo, jamás podrá ser considerado como autor de un delito de infracción del deber; por tanto, su actuación queda sujeta al principio de accesoriadad objetiva, en la que cada sujeto responderá únicamente por aquello que él ha configurado, y, subsecuentemente, esto debe tenerse en cuenta también en el marco punitivo del *extraneus* al momento de fijar la sanción penal que le corresponde, sin que exista la necesidad de acudir a la Ruptura del Título de Imputación, teoría que ha quedado desfasada y sin efecto, predominando, de manera contundente, la teoría de la Unidad del Título de Imputación.

- 3- Aseveramos que la aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso de determinación judicial de la pena del *extraneus* cuando éste ha participado en la comisión de un delito de infracción del deber, constituye un pilar obligatorio para corroborar que la aplicación de normas limitativas de derechos fundamentales sea constitucionalmente legítima. Por ello, sostenemos que la interpretación a seguir, en cuanto a la modificación del artículo 25 del Código Penal, debe ser en referencia al marco legal de la pena establecida para el autor, en virtud de la Unidad del Título de Imputación, y no respecto al mismo *quantum* de pena que se le impone a éste. En ese sentido, al participe *extraneus* se le deberá fijar una pena que sea equivalente a su propio injusto desplegado, en virtud del principio de accesoriadad objetiva; por tanto, consideramos que al *extraneus* le corresponde un menor reproche por el deber general que infringe, pues la intensidad de su lesión no puede ser considerada igual a la ejecutada por el *intraneus*, y esto conlleva a que el juzgador atenúe el *quantum* de pena que le correspondería al *extraneus*, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, como sucede en la jurisprudencia extranjera, concretándose así una correcta administración de justicia.

RECOMENDACIONES

- 1- Sugerimos oportuno que exista un acuerdo jurisdiccional en el que los Jueces Supremos, como autoridades y directivos públicos del más alto nivel judicial, puedan fomentar y exigir a todo operador del derecho, tanto a los fiscales en sus disposiciones, como defensores de la legalidad, así como a los jueces en sus resoluciones, como protectores del debido proceso, el deber garantizar, mediante la debida argumentación, fundamentación y motivación, la trascendencia y aplicación del principio de proporcionalidad de la pena, al momento de fijar una sanción, en todo caso concreto en el que exista la restricción de un derecho fundamental, como generalmente sucede en aquellos supuestos en los que se ameritan penas privativas de libertad; no sólo cumpliendo con los fines de la pena en sí misma, sino que, además, se sigan los parámetros de la estructura propia del principio constitucional, para lograr la atribución de consecuencias jurídicas que sean idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto al injusto cometido por cada sujeto que intervino en un hecho delictual. Esto no sólo servirá para verificar la constitucionalidad de la pena, sino que, además, permitirá comprobar en la realidad jurídica, que la actuación de los operadores del derecho se sujeta a las exigencias del valor de justicia que imperan en nuestro ordenamiento jurídico.

- 2- Planteamos necesario que la Corte Suprema, como máximo órgano judicial de nuestra nación, establezca foros que conlleven a examinar, debatir y resolver los problemas y cuestionamientos que se rigen en la dogmática penal. Asimismo, proponemos que los Acuerdos Plenarios N°2-2011/CJ-116 y N°3-2016/CJ-116, derivados de dichos foros, referentes a la intervención del *extraneus* en la comisión de delitos de infracción del deber, sean invocados de manera categórica por todos los magistrados de todas las instancias judiciales, puesto que todo operador de justicia tiene la obligatoriedad de regir sus decisiones bajo la doctrina legal establecida. Asimismo, consideramos necesario que nuestro sistema jurídico adopte las precisiones jurisprudenciales establecidas por el Tribunal español, y se invoque, de manera decisiva, el principio de accesoriedad objetiva, con el fin de precisar la autorresponsabilidad que recae en cada uno de los sujetos que interviene en un delito de infracción del deber, puesto que, tanto *intraneus* como *extraneus*, incumplen con

deberes que derivan de su propia competencia organizacional. En ese sentido, se daría solución a las discusiones dogmáticas que se presentan a menudo en la realidad jurídica, puesto que dichas reglas jurisprudenciales van en armonía con la tesis de la Unidad del Título de Imputación, que es la que nuestro ordenamiento jurídico asume, y además, coadyuvan al desarrollo de la administración de justicia.

- 3- Proponemos que, siendo la actuación jurisdiccional significativa dentro de un sistema garantista como el que asume nuestro ordenamiento jurídico penal, el juzgador cumple un rol funcional sumamente importante, pues en él radica la responsabilidad final de imponer una condena, y en razón de ello, consideramos pertinente sugerir que se elaboren y promuevan capacitaciones judiciales, con fin de alcanzar la uniformidad y el perfeccionamiento del ejercicio de la práctica judicial al momento de resolver un determinado caso. En ese extremo, creemos oportuno recomendar que la interpretación que el Juez deberá realizar sobre el artículo 25 del Código Penal será en virtud al marco legal que le corresponde a ambos sujetos por la unidad delictual del hecho, mas no equiparando un mismo marco punitivo entre el *intraneus* y *extraneus* cuando se ha cometido un delito de infracción del deber, así como sucede en la jurisprudencia colombiana, por lo que consideramos que nuestro sistema jurídico debería acoger dicha normativa en la que se insta a rebajarle la pena al *extraneus* que participa en esta clase de delitos cualificados, puesto que resulta desproporcional y abusivo fijar un mismo *quantum* de pena para aquel sujeto que no ostenta un deber específico que sólo se encuentra en la esfera personal del *intraneus*. En consecuencia, el magistrado deberá realizar un procedimiento eficaz, técnico y valorativo de individualización de las sanciones penales a imponer, aplicando de manera inmediata e ineludible, el principio de proporcionalidad, mediante el cual se disminuya la pena correspondiente al partícipe, sujetándose a la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales; y con ello se lograría ejercer una correcta administración de justicia, amparándose en todo supuesto, el Estado Constitucional de Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTICULOS

1. ABANTO VASQUEZ, Manuel. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber”. En: Revista Penal. N° 14, Madrid, 2004.
2. ARISMENDIZ AMAYA, Eliú. “La intervención delictual en los delitos especiales e infracción de deber. A propósito del D.Leg. N° 1351” en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 92, Lima, Gaceta Jurídica, 2017.
3. CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. “El estado actual de la teoría de infracción del deber en los delitos contra la Administración Pública” en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 91, Lima, Gaceta Jurídica, 2017.
4. CALDERON SOTO, Jhonatan Jhon. “La accesoriedad como fundamento de la punibilidad del partícipe en los delitos convencionales. Un análisis de la modificación al artículo 25 del CP por el D. Leg. N° 1351”, en *Gaceta Pena & Procesal Penal*, Tomo 92, Gaceta Jurídica, Lima, 2017.
5. CHANG KCOMT, Romy. “Función Constitucional asignada a la pena: bases para un plan de política criminal”, en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 71, 2013.
6. GARCÍA CAVERO, Percy. “La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales”. En: *La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú*. Anuario de Derecho Penal, Lima, 2009.
7. MEZA FERNÁNDEZ, Carlos Daniel. ¿Es posible la participación del extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito? Comentarios de la Casación N.º 782-2015- Del Santa. En *Gaceta Penal & Procesal penal*, tomo 88, Gaceta Jurídica, Lima, 2016.
8. MEZA HURTADO, Daniel. “Los requisitos de la coautoría en la jurisprudencia de la Corte Suprema peruana”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, tomo 33, Gaceta Jurídica, 2012.
9. MEZA HURTADO, Daniel. “Finalmente: ¿Delitos especiales o de infracción de deber?” en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 88, Lima, Gaceta Jurídica, 2016.
10. MEZA HURTADO, Daniel. “La participación de extraños en los delitos especiales. A propósito de la modificación del artículo 25 del CP”. En *Gaceta Penal y Procesal*

- Penal*, Tomo 92, Lima, Gaceta Jurídica, 2017
11. PARIONA ARANA, Raúl. “Participación en delitos especiales”. En: *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I, Lima, Ara Editores, 2006.
 12. PÉREZ LÓPEZ, Jorge. “Las condiciones de configuración de la tentativa en el Código Penal peruano” *En Gaceta Penal & Procesal penal*, Tomo 90, Lima, Gaceta Jurídica, diciembre 2016.
 13. SALAZAR SANCHEZ, Nelson. “Imputación objetiva y participación de los extraneus en los delitos de infracción del deber” *en Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 70, Lima, Gaceta Jurídica, 2015
 14. SALINAS SICCHA, Ramiro. “El delito de parricidio en el Perú luego de la Ley N° 29819: ¿Y el delito de feminicidio?” *en Gaceta Penal y Procesal Penal*, Tomo 36, Lima, Gaceta Jurídica, 2012.
 15. PARIONA ARANA, Raúl. “Participación en delitos especiales”. En: *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I, Lima, Ara Editores, 2006.
 16. PÉREZ LÓPEZ, Jorge. Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito: la imposibilidad de sancionar al testaferro”. *En Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 88, Lima, Gaceta Jurídica, 2016.
 17. PINEDO SANDOVAL, Carlos. “El enriquecimiento ilícito como delito especial de infracción de deber y el problema de la impunidad del extraneus: a propósito de la Casación N° 782-2015” *En Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 88, octubre, 2016.
 18. TORRES BALLENA, José Luis. “La determinación judicial de la pena en el tercio intermedio: Críticas y propuestas” *En Gaceta Jurídica penal & Procesal penal*, tomo 93, marzo 2017,
 19. URQUIZO OLAECHEA, José. “El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código Penal Peruano. En: *Dogmática actual de la autoría y participación criminal*. Idemsa, Lima, 2007.
 20. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Autoría y participación”. En: *El Derecho Penal contemporáneo. Autoría y participación. Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I, Ara Editores, Lima, 2006.

LIBROS

21. ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano. Palestra Editores, Lima, 2003.
22. ALEXY, Robert; BERNAL PULIDO, Carlos y otros. *El Principio de Proporcionalidad y la interpretación Constitucional*, 1º edición, Ecuador, Mario Carbonel Editor, 2008.
23. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*. Marcial Pons, Madrid, 2007.
24. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*, 3º edición, Bogotá, Editorial Temis, 2003.
25. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal. Parte general, 2º edición, Eddili, Lima, 2002.
26. CARO JOHN, José. *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública*. Ara Editores, Lima, 2014.
27. CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de derecho penal: parte general*, Lima, Gaceta Jurídica. 1º edición, 2002.
28. CLAUS, Roxin; BELOFF, Mary; MAGARIÑOS, Mario & otros, *Determinación Judicial de la Pena*, Buenos Aires, Editores DEL PUERTO S.R.L., 1993.
29. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
30. *DERECHO PENAL. MODERNAS BASES DOGMÁTICAS*, Lima, Grijley, 2004.
31. DONNA, Edgardo. *La autoría y la participación criminal*. Comares, Madrid, 2008.
32. GÓMEZ MARTIN, Víctor. *Los delitos especiales*, D de F, Montevideo-Buenos Aires 2006.
33. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962.
34. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razao: teoría do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chourkr, Juarez Tavares e Luis Flavio Gomes. Sao Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. En: Temas de Ciencias Penales, Volumen I, Lima,

- Fondo Editorial, 20013, p.75. SAEZ CAPEL, José; MACHADO CALDEIRA, Felipe y otros. *Temas de Ciencias Penales, Volumen 1*, Fondo Editorial, Lima, 2013.
35. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008.
36. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*, 2º edición, Lima, Grijley, 2012.
37. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*, 3º edición, Lima, GRIJLEY, 2005.
38. HURTADO POZO, José. *El sistema de control penal. Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales*, 1º Edición, Lima, Pacífico Editores S.A.C., 2016.
39. HURTADO POZO, José. *El sistema de control penal. Derecho penal general y especial, política criminal y sanciones penales*, 1º edición, Lima, Pacífico Editores S.A.C., 2016.
40. MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz, Tomo I, Volumen XII, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
41. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 9º edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2011.
42. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÀN, Mercedes *Derecho Penal parte general*, 6º edición, Valencia, Tirant To Blanch, 2004.
43. LESCH, Heiko H. *La función de la pena. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1999.
44. REÁTEGUI SANCHEZ, James. *Derecho Penal. Parte General*, 1º edición, Lima, Gaceta Jurídica S.A., 2009.
45. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Madrid, Marcial Pons, 2003.
46. ROBLES PLANAS, Ricardo; PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier; RUEDA MARTÍN, Víctor; RIGGI, Eduardo. *La responsabilidad en los delitos especiales, el debate doctrinal en la actualidad*. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
47. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Consecuencias jurídicas del delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Idemsa, Lima, 2016.

48. *Problemas actuales de dogmática penal*. Ara Editores, Lima, 2004.
49. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal español*. Cymys, Barcelona, 1974.
50. ROXIN, Claus; BELOFF, M. y otros. *Determinación Judicial de la Pena*, Editores del Puerto, 1993.
51. ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTES VARGAS, Alberto. *Código Penal. Parte General*, 3° edición, Lima, Idemsa, 2007
52. ROSAS TORRICO, Marcia. “Sanciones Penales en el Sistema Jurídico Peruano” en *Revista Jurídica Virtual*, marzo 2013.
53. SAEZ CAPEL, José; MACHADO CALDEIRA, Felipe y otros. *Temas de Ciencias Penales*, Volumen 1, Fondo Editorial, Lima, 2013
54. PEÑARANDA RAMOS, Eduardo. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Editorial IB de F. Montevideo-Buenos Aires, 2015.
55. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Introducción al Derecho Penal*, Lima, Grijley, 2008.
56. PRADO SALDARRIAGA, Víctor; VAN WEEZEL, Ale & otros. *Determinación Judicial de la Pena*, 1° Edición, Lima, Instituto Pacífico, 2015.
57. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3° edición, Navarra, Editorial Aranzadi, 2002.
58. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Parte General del Derecho Penal*, 2° edición, Editorial Aranzadi, S.A. Barcelona, 2007.
59. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*, traducido por Diego Manuel Luzón Peña, 2° edición, Consejo Editorial, 1997.
60. SUAREZ-MIRA. RODRIGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel y PIÑOL RODRIGUEZ, José. *Manual de Derecho Penal*, 3° edición, Tomo I, Aranzadi, 2005.
61. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid: Marcial Pons, 2002.
62. URQUIZO OLAECHEA, José. *Código Penal*, 1° Edición, Lima, Editora Idemsa, 2010
63. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal, parte especial*. Temis, Bogotá, 2002.

64. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*, 3º Edición, Lima, Grijley, 2008.
65. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2006.
66. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*, 5º edición, Lima, Grijley, 2014.
67. VILLEGAS PAIVA, Elky. *La suspensión de la pena y la reserva del fallo condenatorio*. Problemas en su determinación y ejecución, 1º edición, Lima, Gaceta Jurídica, 2014.

OBRAS PUBLICADAS POR UNA INSTITUCIÓN

68. BALOTARIO DESARROLLADO N° 2. *Para los exámenes de selección y nombramiento de Jueces y Fiscales. Conforme a la Resolución N° 295-2015-CNM*, Lima, Ubi Lex Asesores S.A.C.,2016

ARTICULOS DE OBRAS COLECTIVAS

69. VILLAVERDE MENENDEZ, Ignacio. “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad” en *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 1 Edición, Quito, Editor Miguel Carbonel, 2008.

ARCHIVOS ELECTRONICOS

70. ALEJOS TORIBIO, Eduardo. *¿Sabes cuáles son los fines de la pena?* 2016 [Ubicado el 24.IV 2019]. Obtenido en https://legis.pe/sabes-cuales-los-fines-la-pena/#_ftn2
71. BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*. Obtenido en http://www.uhu.es/javier_barnes/Other_Publications_files/EI%20Principio%20de%20proporcionalidad%20-%20Estudio%20preliminar0001.pdf
72. BECERRA SUAREZ, Orlando. *Principio de proporcionalidad*. Obtenido en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>
73. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*.1986 [Ubicado

- el 24.IV 2019]. Obtenido en <https://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia-una-nueva-modernidad.pdf>
74. BELLIDO CUTIZACA, Evelyn. Los Principios del Derecho Penal, en *Instituto de investigaciones jurídicas Rambell Arequipa-Perú*, 2012 [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en <http://institutorambell.blogspot.com/2012/08/los-principios-del-derecho-penal.html>
75. CAMPOS MIRANDA, María. Reglas generales para la determinación del grado y extensión de la pena [Ubicado el 12.VI 2018]. Obtenido en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20escrita%20de%20D%C2%AA%20Maria%20Luz%20Campo%20Miranda.pdf?idFile=7c071887-f4a4-4bcc-a3b8-bb7ebc3d5ab9
76. CARO JOHN José. *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber* [Ubicado el 12.IX 2017]. Obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf
77. CENTRO DE INVESTIGACIONES JUDICIALES. *Nuevos Criterios para la determinación judicial de la pena* [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/496f12804794f8c99f4c9fd87f5ca43e/CriteriosJudDePena_07052009.pdf?MOD=AJPERES
78. COURSE HERO [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en <https://www.coursehero.com/file/p52kd1sd/La-doctrina-ha-establecido-los-siguientes-principios-generales-del-Derecho/>
79. CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL ESPECIALIZADO EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS. [Ubicado el 08.VI 2021]. Obtenido en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d353ee80458cce7a94a9fe04d51e568e/doc11827320180517102532.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d353ee80458cce7a94a9fe04d51e568e>
80. MIGUEL CÓRDOVA ANGULO. La figura del interviniente en el derecho colombiano. [Ubicado el 14.VI 2021]. Obtenido en [file:///C:/Users/Acer/Downloads/Dialnet-LaFiguraDelIntervinienteEnElDerechoPenalColombiano-5319342%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Acer/Downloads/Dialnet-LaFiguraDelIntervinienteEnElDerechoPenalColombiano-5319342%20(1).pdf)

81. CLASES DE PENA SEGÚN EL CODIGO PENAL PERUANO. Clases de pena [Ubicado el 29.IV. 2019]. Obtenido en <http://jaimemati.blogspot.com/2013/05/clases-de-pena-segun-el-codigo-penal.html>
82. DERECHO PENAL Y POLÍTICA JUDICIAL. *Las teorías de las penas*, 2014 [Ubicado el 29.IV 2019]. Obtenido en <http://derechopenalypoliticajudicial.blogspot.com/2014/12/las-teorias-de-la-pena.html>
83. ESTUDIOS JURÍDICOS. *La Pena* [Ubicado el 26.IV 2019]. Obtenido en <https://estudiosjuridicos.wordpress.com/derecho-penal/la-pena/>
84. DERECHO PENAL MARGINAL. Breve apunte sobre la Autoría y Participación funcional. [Ubicado el 28.VIII.2017]. Obtenido en <http://derechopenalmarginal.blogspot.pe/2015/06/breve-apunte-sobre-la-la-autoria-y.html>
85. DETERMINACIÓN DE LA PENA [Ubicado el 29.IV 2018]. Obtenido en <file:///C:/Users/EverC/Downloads/2013%209%20Iuspoenale%20Reglas%20de%20determinaci%C3%B3n%20penas.pdf>
86. DÍAZ, Miguel y GARCÍA CONLLEDO. “Autoría y Participación”, en *Revista de Estudios de la Justicia N° 10*, 2008 [Ubicado el 10.VIII 2017]. Obtenido en http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2917_1_material_sobre_doctrina.pdf
87. EL ACUERDO PLENARIO N° 1-2016/CIJ-116 [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo_Plenario_Extraordinario_1-2016.pdf
88. GALVIS RUEDA, María Carolina. *Sistema Penitenciario y Carcelario en Colombia: Teoría y Realidad*, 2003 [Ubicado el 26.IV 2019]. Obtenido en <https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere5/TESIS92.pdf>
89. GARCÍA CAVERO, Percy. *La Pena del Partícipe Extraneus en los Delitos Especiales*, [ubicado el 16.IV 2017]. Obtenido en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_05.pdf
90. GARCIA CAVERO, Percy. *Acerca de la Función de la Pena* [Ubicado el 26.IV 2019]. Obtenido en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_80.pdf

91. HARTWIG, Matthias. *La “Proporcionalidad” en la Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Federal de Alemania*. Obtenido en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/31.pdf>
92. IN IUS VOCATIO. *La intervención en el delito (III): concepto de autor* [Ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en <https://iusinvocatio.wordpress.com/tag/teoria-objetivo-formal/>
93. IN IUS VOCATIO. *El principio de lesividad* [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en <https://iusinvocatio.wordpress.com/2011/03/06/principio-de-lesividad/>
94. MARITZA CARMEN. *La Culpabilidad* [Ubicado el 29.III 2018]. Obtenido en <https://issuu.com/abogada47/docs/abogada47>
95. MEINI MÉNDEZ, Iván. “Temas de autoría y participación de los delitos contra la Administración Pública Boletín N 14 Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP N° 14. Agosto 2012 Obtenido en http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/agosto_2012_n014.pdf
96. *La participación del extraneus en los delitos del deber. Comentarios al Acuerdo Plenario 3-2016*. [Ubicado el 05.IV 2020]. Obtenido en: <https://lpderecho.pe/participacion-extraneus-delitos-deber-comentarios-acuerdo-plenario-3-2016-amelia-espinoza-montes/>
97. LAS TEORIAS DE LA PENA. *El clásico binomio retribución-prevención* [Ubicado el 29.IV 2019]. Obtenido en https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4320_1_las_teorias_de_la_pena.pdf
98. LAVANVEREDE, Moris. “Autoría y Participación” en *Enfoque Jurídico*, marzo 2015 [Ubicado el 14.VIII 2017]. Obtenido en <https://enfoquejuridico.org/2015/03/06/la-autoria-y-la-participacion/>
99. LANDAVERDE, Moris. “La Teoría del Dominio del Hecho”. En *Enfoque Jurídico*, febrero 2015 [Ubicado el 16.IX 2017]. Obtenido en <https://enfoquejuridico.org/2015/02/24/la-teoria-del-dominio-del-hecho/>
100. LEÓN FLORIAN, Johan. *El principio de Proporcionalidad y la Jurisprudencia del TC*. Obtenido en http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf

101. LESCANO CALVO, Ivet. Aplicación del principio de proporcionalidad y control difuso para la determinación concreta de la pena por debajo del mínimo legal. 2017 [Ubicado 25.X 2019] Obtenido en <https://lpderecho.pe/principio-proporcionalidad-control-difuso-determinacion-pena-minimolegal/#:~:text=Primera%20Posici%C3%B3n%3A%20La%20proporcionalidad%20como,legal%20conminado%20sin%20control%20difuso.>
102. LÓPEZ CANORAL, Epifanio. La determinación legal, judicial y ejecutiva de la pena. 2018 [Ubicado 25.X 2019] Obtenido en <https://lpderecho.pe/determinacion-legal-judicial-ejecutiva-pena/#:~:text=La%20determinaci%C3%B3n%20judicial%20de%20la,participe%20de%20un%20hecho%20punible.>
103. LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. *El artículo 25 del Código penal peruano: Complicidad primaria y secundaria*. Obtenido en: https://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores/mcloppe/profesor/1213878075385_el_articulo_25_del_codigo_penal_peruano.pdf
104. LÓPEZ PÉREZ, Luis. Acerca de la pena de multa [Ubicado el 29.IV 2019]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Acerca_de_la_Pena_de_Multa.pdf
105. LOS SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD. [Ubicado el 22.IV 2018]. Obtenido en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/8.pdf>
106. ORÉ GUARDIA, Arsenio. ¿Cuál es el sistema procesal que ha asumido el código procesal penal del 2004?, 2017 [Ubicado 21.X 2019] Obtenido en: <https://lpderecho.pe/cual-es-el-sistema-procesal-que-ha-asumido-el-codigo-procesal-penal-de-2004/>
107. PARIONA ARANA, Raúl. “Delimitación entre actos preparatorios y actos de ejecución del delito. La problemática del límite mínimo para la intervención penal en los delitos de imperfecta realización”, en *Cathedra-Espíritu del Derecho* N° 2, mayo 1998 [Ubicado el 08.IX 2017]. Obtenido en http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/Del_Act_Prep_Act_Ejec.htm

108. PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD [Ubicado el 17.VI 2018]. Obtenido en <https://es.scribd.com/document/341930357/Pena-Privativa-de-Libertad>
109. PENA RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD [Ubicado el 29.IV. 2019]. Obtenido en <https://es.scribd.com/doc/316676683/Penas-Restrictivas-de-Libertad>
110. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en <https://sites.google.com/site/derechopenalvictorvega/principios-constitucionales-del-derecho-penal/principio-de-culpabilidad>
111. RAMIRO SALINAS SICCHA. Comenta la reciente modificación del art.25 del Código Penal sobre complicidad [Ubicado el 14.VI 2021]. Obtenido en <https://lpderecho.pe/ramiro-salinas-siccha-comenta-la-reciente-modificacion-del-art-25-del-codigo-penal-sobre-complicidad/>
112. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Autoría y Participación en delitos Dolosos y Culposos* [Ubicado el 10.VIII 2019]. Obtenido en http://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2917_autoria_y_participacion_en_delitos_dolosos_y_culposos.pdf
113. RIVEROS PUMACAHUA, Ledman José. Reincidencia, habitualidad y determinación de la pena. Acuerdo Plenario 1-2008/CJ-116 [Ubicado el 28.III 2019]. Obtenido en <https://legis.pe/reincidencia-habitualidad-determinacion-pena-acuerdo-plenario-1-2008-cj-116/>
114. RODRIGUEZ VÁSQUEZ, Julio. “Un paso atrás en la lucha contra la corrupción: sobre la reciente sentencia de la sala penal permanente de la Corte Suprema”. [Ubicado 18.X 2019] Obtenido en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/un-paso-atra%CC%81s.pdf>
115. ROJAS, Ivonne Yenissey. *La Proporcionalidad en las Penas*. [ubicado el 16.IV 2017]. Obtenido en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/15.pdf>
116. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública: La Teoría de la Infracción de Deber en la Jurisprudencia Peruana*. [ubicado el 16.IV 2017]. Obtenido en: http://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2_int_d_adm_publica.pdf
117. SALINAS SICCHA, Ramiro. La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. En Problemas actuales de política criminal Anuario de

- Derecho Penal 2015-2016. [Ubicado el 03.IX 2020]. Obtenido en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_04.pdf
118. SCHELLER D'ANGELO, André. *La teoría del dominio del hecho en la legislación penal colombiana* [Ubicado el 12.IX 2017]. Obtenido en <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n35/n35a10.pdf>
119. SOTA SANCHEZ, Percy André. *Algunas reflexiones dogmáticas y jurisprudenciales respecto a la Coautoría como dominio funcional del hecho* [Ubicado el 14.VIII 2004]. Obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2011/Articulos_estudiantiles/102011_REFLEXIONES_DOGMATICAS.pdf
120. NIETO DI BIASE, Marcelo. *Autoría y Participación criminal: ¿Queda un largo camino por recorrer?* [Ubicado el 05.VI 2019]. Obtenido en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/07/doctrina34314.pdf>
121. TEORIAS DE LA PENA [Ubicado el 27.VI 2018]. Obtenido en http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/extorsion/Teorias_pena_investigacion.pdf
122. TITO HUMPIRI, José Luis. *Determinación Judicial de la Pena*. Obtenido en: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4067_determinaciondelapena.pdf
123. TORRES TÓPAGA, William. *Autoría en los delitos de infracción del deber*. [Ubicado el 05.IV 2020] Ubicado en: <file:///C:/Users/lenovo%20ideapad%20330/Downloads/Dialnet-AutoriaEnLosDelitosDeInfraccionDeDeber-5319427.pdf>
124. TRUJILLO CHOQUEHUANCA, Joseph. *Principio de lesividad u ofensividad: "Nullum crimen sine iniuria"* 2020 [Ubicado el 28.III 2018]. Obtenido en https://lpderecho.pe/principio-lesividad-ofensividad-nullum-crimen-sine-iniuria/#_ftn17
125. VALAREZO TENORIO, Miguel y BENITEZ HURTADO, Jorge. *Proporcionalidad entre penas y delitos: necesidad de la utilización de métodos técnicos por parte del legislador para la predeterminación de las penas* 2011 [ubicado el 89.XIV 2011]. Obtenido en: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9596

126. VEGA, Keith. El sistema de tercios en la determinación judicial de la pena, *en SCRIB*, junio 27, 2016 [Ubicado el 12.VI 2018]. Obtenido en <https://es.scribd.com/doc/316820710/Sistema-de-Tercios-En-La-Determinacion-Judicial-De-La-Pena>
127. VELASQUEZ Fernando. Los criterios de determinación de la pena en el C.P. de 1991 [Ubicado el 12.VI 2018]. Obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_30.pdf
128. VILLA STEIN, Javier. *Autoría y Participación* [Ubicado el 10.VIII 2017]. Obtenido en <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C7-3-POLT.JUR.AUTORIA.pdf>
129. WOLTERS, Kluwer. *Formas de participación en el delito* [Ubicado el 17.VIII 2017]. Obtenido en http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjczMDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZap Utkh1QaptWmJOcSoAqVuKjTUAAAA=WKE

ARTICULO DE REVISTA

130. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, *en Revista Peruana de Derecho Público*, diciembre 2005, p.4
131. NAVARRO FRÍAS, Irene. “El principio de proporcionalidad en sentido estricto: ¿principio de proporcionalidad entre el delito y la pena o balance global de costes y beneficios?”, *in Dret*, febrero 2010

TESIS

132. ALEGRIA PATOW, Jorge Antonio; CONCO MÉNDEZ, Cristina Paola y otros. *Principio de proporcionalidad en materia penal*. Doctorado en Derecho, Lima, U.S.M.D.P., 2011
133. CÓRDOVA SALAZAR, Marisol Violeta. *El Principio de Legalidad versus el Principio de Proporcionalidad: Acerca de la Supremacía del Principio de Legalidad frente al Principio de Proporcionalidad*, Tesis para optar el título de Abogado, Chiclayo. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2013
134. PORTAL ANAYA, Gerles Leonardo. *El peculado en el Perú: Proporcionalidad y Descriminalización. Propuesta de reforma del artículo 392 del Código Penal Peruano*, Tesis para optar el título de Abogado, Chiclayo. Universidad Santo Toribio de Mogrovejo, 2016.
135. SOTO GARCÍA, Àngel. *El principio de proporcionalidad como criterio para determinar la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en materia de Derechos Fundamentales*, Tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Salamanca, 2015.
136. TORRES JIMENES, Eduardo. *Calificación del ejecutor consciente en los supuestos de autoría mediata: Contribución en el establecimiento de criterios de autoría y participación en el ámbito judicial peruano*, Tesis para optar el título de Abogado, Lima. Universidad Católica del Perú, 2013.
137. YAPUCHURA MAMANI, Shirley Gabriela. *La determinación de la pena para*

el cómplice primerio (extraneus) en los delitos contra la Administración Pública.
Tesis para optar el título profesional de Abogada, Tacna, Universidad Privada de Tacna.

JURISPRUDENCIA

138. Ejecutoria Suprema del 17 de diciembre de 1985; ejecutoria Suprema recaída sobre el Exp.N.1885-92-B del 15 de marzo de 1994, Diálogo con la Jurisprudencia 32 2001: 109; ejecutoria Suprema recaída sobre el RN N. 2976-2004 del 30 de diciembre de 2004; STC N. 2758-2004- HC/TC
139. CÓDIGO PENAL. 20° edición, Grijley, 2017
140. ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116
141. ACUERDO PLENARIO N.º 5-2009/CJ-116
142. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÙ DE 1993
143. LEY FUNDAMENTAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA
144. CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978
145. STC N° 50/1995, del 23 de febrero
146. STC N° 85/1992 del 08 de junio
147. STC N° 10/2002, del 3 de enero
148. Expediente N° 0030-2004-AI/TC
149. Expediente N° 2192-2004-AA /TC
150. Expediente N° 6712-2005- HC/TC
151. Expediente N° 0012-2006-PI/TC
152. Expediente N° 0014-2006-PI/TC
153. ACUERDO PLENARIO EXTRAORDINARIO N° 1-2016/CIJ-116
154. ACUERDO PLENARIO N.º5-2008/CJ-116
155. STC N° 010-2002-AI/TC
156. STC N° 0045-2004-AI
157. STC N° 0012-2006-PI/TC
158. Casación N° 367-2011- Lambayeque
159. Casación del 03 de octubre del 2013