

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

¿El sistema de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber es consustancial con la incomunicabilidad de las circunstancias de participación? -
Un análisis al sistema de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber y la incomunicabilidad de las circunstancias de participación en los delitos contra la administración pública

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

Autora:

STEPHANIE KATIUSHKA CARRION RIVAS

Asesora:

HEREDIA MUÑOZ ANA LUCIA

Lima, 2025

Informe de Similitud


Yo, HEREDIA MUÑOZ, ANA LUCIA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “¿El sistema de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber es consustancial con la incomunicabilidad de las circunstancias de participación? -Un análisis al sistema de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber y la incomunicabilidad de las circunstancias de participación en los delitos contra la administración pública”, del autor(a) CARRION RIVAS, STEPHANIE KATIUSHKA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/12/2025.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 18 de diciembre del 2025

HEREDIA MUÑOZ, ANA LUCIA	
DNI: 70436020	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7431-502X	

¿El sistema de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber es consustancial con la incomunicabilidad de las circunstancias de participación? -*Un análisis al sistema de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber y la incomunicabilidad de las circunstancias de participación en los delitos contra la administración pública.*

Resumen: El presente artículo realiza un análisis dogmático, normativo y jurisprudencial, que abarca los fundamentos materiales (teóricos) del sistema de intervención delictiva que permite viabilizar la determinación de responsabilidad penal autónoma en los delitos de infracción de deber; planteándose como postura prevaleciente que; el fundamento principal que determina los presupuestos materiales en el sistema de intervención es la redefinición del principio de accesoriedad pero desde una perspectiva funcionalista, posibilitando así determinar responsabilidad penal autónoma, estos presupuestos se basan en dimensionar los deberes funcionariales unitarios o deberes especiales indivisibles como lo son el deber especial de controlar y vigilar, de los deberes ordinarios basados en expectativas de solidaridad con el bien jurídico protegido (administración pública) como es el caso del *extraneus*; *de modo que* permitirá diferenciar entre condiciones y relaciones subjetivas con cualidades y circunstancias de responsabilidad penal.

Palabras claves: Infracción de deber, sistema de intervención, incomunicabilidad de circunstancias, deberes especiales, deber ad hoc de vigilancia (de facto), delito convergente.

Índice

I. Introducción:	3
II. Desarrollo:	7
2.1. La sinergia entre el sistema de intervención delictiva y los delitos de infracción de deber:	7
2.2. Las fuentes de las instituciones y la teoría del riesgo en las fuentes normativas del deber especial.	15
2.3. La incomunicabilidad de las circunstancias de participación en los delitos contra la administración pública en especial atención a los delitos de encuentro o convergentes.....	19
III. CONCLUSIONES:	23
IV. BIBLIOGRAFIA:	24



I. Introducción:

El Tribunal Constitucional a través de la Sentencia Plenaria N° 300/2023 recaída sobre el EXP. N.° 04149-2022-PHC/TC, presenta un debate al afirmar la posibilidad de imputar responsabilidad penal al autor del delito de colusión sin que se haya determinado responsabilidad penal del *extraneus* o que la situación jurídica de éste haya sido resuelta eximiendo de responsabilidad penal, esta situación problemática se desglosa del siguiente fundamento:

“ (...) 62 i) **no se vulneró el derecho de defensa del beneficiario, en la medida que los terceros recién incorporados en la acusación oral realizada por la fiscalía, al concluir el juicio oral, ya habían sido mencionados en sesiones anteriores (...), respecto de los cuales el favorecido habría indicado su relación; ii) se ha acreditado el acto colusorio; y iii) la variación de personas con quienes se habría cometido el acto colusorio constituye un mero formalismo, en tanto la conducta evidenciada por el favorecido se encuentra corroborada (...)**”. (Tribunal Constitucional. Sentencia Plenaria N° 300/2023, fundamento 62 del voto singular, Pacheco Zerga)

En lo relativo a ello, es importante tener como base la definición de delitos de infracción de deber (en adelante DID) y cómo esto converge con la teoría de unidad de título de imputación; por lo tanto, la definición conforme a las características esenciales de los DID, es la de defraudar la expectativa de un deber especial de la confianza entregada al sujeto agente en el ámbito de su competencia institucional y por ende su especial posición frente al bien jurídico protegido; es decir, el injusto se fundamenta no por la calidad o cualidad especial del funcionario, ni el dominio factico de la situación típica en la que fundamenta la responsabilidad del autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber institucional.

En ese lineamiento, cabe identificar que en los delitos de infracción de deber se clasifican, en delitos de encuentro, delitos convergentes o de participación necesaria, ante esta clasificación, resulta importante destacar las principales características de los delitos de intervención necesaria o llamados también delitos plurisubjetivos, los cuales se caracterizan, inexorablemente, por contener la intervención y/o concurrencia de más de una persona.

Aunado a ello, dogmáticamente, los delitos de convergencia se caracterizan por que las actividades de los intervinientes descritos en el tipo penal se **dirigen conjuntamente al mismo objetivo**. Es decir, el tipo penal exige la concurrencia de varias personas para el menoscabo del bien jurídico, **pero estas contribuciones tienen que darse de la misma manera y en la misma dirección; mientras que, en los delitos de encuentro se caracterizan porque las actividades de las personas intervinientes se dirigen a un mismo objetivo, pero lo hacen desde lados o posiciones distintas, de tal manera que las**

conductas acaban por encontrarse. Es decir, si bien las acciones de los intervinientes se dirigen a una misma finalidad común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria. (Yvan Montoya Vivanco, 2015).

Se considera, para el presente artículo que, la referida clasificación, es de vital importancia específicamente en los delitos de infracción de deber porque no sólo marca una diferencia entre los tipos penales residuales, como lo es el delito de negociación incompatible, en donde jurisprudencialmente a través del recurso casación N.º 1523-2021/ANCASH, definen al delito de negociación, como un **delito unilateral**, no de participación necesaria ni de encuentro como es el delito de colusión.

Ahora la pregunta que surge y que es neurálgico en el presente trabajo es, ¿el sistema de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber es consustancial con la incomunicabilidad de las circunstancias de participación?, esta pregunta presenta una respuesta preliminar: El sistema de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber es consustancial con la figura de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación, porque permite determinar responsabilidad penal autónoma, esto es la responsabilidad penal sobre el intraneus o *extraneus aun* cuando se presente causales de la extinción de la acción penal o causas eximentes de responsabilidad penal que recaiga en cualquiera de los intervinientes; en especial atención en los delitos convergentes o delitos de encuentro.

Ante esta problemática, partimos del imperativo que la teoría del sistema de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber es consustancial con los parámetros taxativos y por ende su aplicación dogmática resultaría viable como límites de interpretación en concordancia con lo previsto en el art. 26º del código penal, hasta incluso delimitar la necesidad de una reforma legislativa con el fin de combatir actos de corrupción en el desarrollo de la administración pública, bajo los presupuestos materiales que ofrece el análisis de esta teoría.

Y es que la autonomía de la participación en los delitos de infracción de deber, como lo son los delitos contra la administración pública sobre todo aquellos que se caracterizan por ser de carácter convergentes, o también llamados de encuentro, respectivamente en relación con la participación del *extraneus* (como por ejemplo en los delitos de colusión, tráfico de influencia o el tipo penal de cohecho (en cada una de las modalidades contempladas en el Código Penal), ello en tanto que la teoría de sistema de intervención conforme lo refiere el profesor Robles Plana; *“estima que lo decisivo es hablar de una conducta típica de intervención, y; en un sistema de intervención la accesoriedad tradicionalmente entendida pierde su razón de ser; y es que (...); “la relación de dependencia no se produce entre interviniente y autor, sino entre interviniente y hecho. (...) en un sistema de intervención el hecho adquiere significado por sí*

mismo y queda desprendido de la conducta de uno de ellos (el autor)” (Robles Planas R. , 2003, pág. 220).

En el mismo sentido Lüderssen, autor citado por Vásquez Shimajuko, identifica como premisa base que el partícipe realiza su propio ataque al bien jurídico, si bien este es llevado a cabo de manera indirecta o mediata (2022); afirmando así para efectos del presente trabajo, que el principio de accesoriedad muta de tal forma que requiere ser analizado con nuevos presupuestos ya que así lo exige los delitos de infracción de deber en especial atención a los delitos contra la administración pública.

Consonantemente a ello; se evidencia que estas posturas, si bien son consustanciales con lo previsto en nuestro código penal, cuando identifica a la unidad de título de imputación como aquella teoría fundamentadora para responsabilizar a aquel que no ostente el deber especial institucional vinculado con el bien jurídico en un hecho; sin embargo, la incomunicabilidad de las circunstancias de responsabilidad, para un sector de la doctrina lo analiza como una vertiente dogmática de la teoría de la ruptura del título de imputación; razón por la cual, el presente trabajo tiene como finalidad analizar que la unidad de título de imputación no es contradictoria con lo regulado en el art. 26 del CP.

Ya que, haciendo un análisis teleológico y exegético, de posturas como lo es la teoría de unidad de título de imputación, teoría de infracción de deber, la importancia de los deberes especiales y su clasificación incluyendo sus fuentes normativas generadoras del deber (importancia de los deberes indelegables: deber de controlar y vigilar), convierten al sistema de intervención una necesidad para integrar estos criterios haciendo viable determinar presupuestos necesarios de carácter taxativos (modificación del art. 26 CP) así como la de identificar los presupuestos materiales que requiere la imputación autónoma de responsabilidad bajo los alcances del art. 26 del código penal y cómo a su vez, la naturaleza jurídica de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación es consustancial a los delitos de encuentro.

Desde el punto de vista práctico- aplicativo la presente investigación contribuirá a nivel jurisdiccional y en el ejercicio de la acción penal representado por el Ministerio público, sistematizar interpretación con criterios propios del sistema de intervención en los delitos de infracción de deber sobre todo en los casos en donde se presente situaciones de estructuras complejas de intervención a razón a sus funciones, es decir preexiste, relaciones de información de carácter vertical u horizontal, de modo que el cumplimiento de funciones y la intervención de personas que no gozan de la cualidad especial son proclives a su responsabilidad penal aunque no se determine o exista una determinación exigua sobre la responsabilidad penal sobre éste, lo afirmado permite llegar a criterios uniformizados, prevaleciendo principios generales del derecho penal, garantizando así el debido proceso, acorde al contexto jurídico que se está originando en los delitos contra la administración pública, categorizados como delitos de infracción de deber.

Ello contribuirá también a generar reflexión y debate académico sobre el sistema de intervención delictiva en delitos especiales de infracción y de carácter complejos como lo son las conductas de encuentro en un contexto factico de estructuras complejas en su estructura organizativa- societaria; ya que la aplicación del sistema de intervención delictiva merece ser analizada en la doctrina nacional, reconociendo garantías que haga factible su aplicación, garantizando y respetando los derechos fundamentales del sujeto agente.

Es imperativo enfatizar, que el enfoque del presente artículo es de carácter dogmático positivista, bajo la perspectiva de contribuir a viabilizar a la lucha contra la corrupción, ello en correlación con el objetivo 16 para el desarrollo sostenible (ONU), cuyo objeto es el compromiso de los gobiernos, y todos los ciudadanos para encontrar soluciones duraderas al fortalecimiento del Estado de derecho y la promoción de los derechos humanos a través de la lucha contra la corrupción, de modo que la presente investigación vislumbra la necesidad de una modificatoria al texto legal del art. 26 adicionando los criterios que deben concurrir para que se configure la incomunicabilidad en las circunstancias de participación en los delitos de infracción de deber como lo es los delitos contra la administración pública.

Lo que se propone es que el sistema de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber es consustancial con la figura de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación, permitiendo determinar responsabilidad penal autónoma, esto es la responsabilidad penal sobre el intraneus o *extraneus* aun cuando se presente causales de la extinción de la acción penal o causas eximentes de responsabilidad penal del *autor* o *viceversa*; en especial atención en los delitos convergentes o delitos de encuentro, ya que, se parte de la postura que el fundamento principal que determina los presupuestos materiales en el sistema de intervención es la redefinición del principio de accesoriedad pero desde una perspectiva funcionalista, posibilitando así determinar responsabilidad penal autónoma.

Estos presupuestos se basan en dimensionar los deberes funcionariales unitarios o deberes especiales indivisibles como lo son el deber especial de controlar y vigilar, de los deberes ordinarios basados en expectativas de solidaridad con el bien jurídico protegido (administración pública) como es el caso del *extraneus*; de modo que permitirá diferenciar entre condiciones y relaciones subjetivas con cualidades y circunstancias de responsabilidad penal.

Aunado a lo argumentado de manera preliminar, los ejes temáticos que abordará el análisis a la problemática planteada, se debe implícitar los siguientes temas estructurales que abordará el desarrollo del artículo: sistema de intervención delictiva en los DID, **la sinergia entre el sistema de intervención delictiva y los delitos de infracción de deber, las fuentes de las instituciones y la teoría del riesgo en las fuentes normativas del deber especial y la incomunicabilidad de las circunstancias de participación en los delitos**

contra la administración pública en especial atención a los delitos de encuentro o convergentes.

II. Desarrollo:

2.1. La sinergia entre el sistema de intervención delictiva y los delitos de infracción de deber:

El sistema de intervención como teoría propia, es un sistema que delimita presupuestos viabilizando la valoración del injusto de un ámbito funcionalista a mi entender, permitiendo así congregar con los presupuestos que desarrolla los delitos de infracción de deber.

Para lo cual se recurrirá a identificar primero que se entiende por delitos de infracción de deber, sus características y presupuestos materiales, sobre ello contamos con lo desarrollado por el profesor Vera Gómez Trelles J. (2002, pág. 287), que define a los delitos de infracción de deber como aquellos que se fundamentan en instituciones positivas; es decir como elemento esencial de los delitos de infracción de deber es la preexistencia la existencia de una realidad previa denominada institución, el autor referenciado indica que el hombre no sólo configura el mundo externo, es decir no solo se organiza (instituciones negativas), sino que se ve inmerso en un mundo ya configurado, condicionado por una serie de instituciones ya preexistentes. (Sánchez Vera Gómez Trelles, 2002).

Históricamente, es importante mencionar al exponente por excelencia de la teoría de infracción de deber, el doctrinario Roxin, quien desarrolla su teoría de infracción de deber como aquella que fundamenta la autoría en delitos donde el sujeto cualificado es portador de deberes especiales cualificados, en realidad como el bien lo ha defendido, su tesis desarrollado es preeminente para fundamentar la autoría más no el injusto o fundamento de punibilidad, así lo ha referido en el libro “La teoría del delito en la discusión actual” (obra traducida por el profesor Manuel Abanto Vásquez). (2021)

Destaca como su antagónico, al profesor Jakobs, cuando al remitirse a su postura desarrollada, cuando este refiere que los delitos de infracción de deber se tratan de delitos de lesión de un deber específico al tipo, por lo tanto, no solo fundamentaría la autoría, sino también constituye el fundamento de la punición de los delitos de infracción de deber.

Para Roxin, la teoría de infracción de deber constituye un fundamento de la autoría, más no de la punibilidad, así lo ha afirmado en las siguientes líneas: *“bien se debe insistir en que, en estos grupos delictivos, al igual que en los delitos de dominio, la razón de su punición es la afección de bienes jurídicos”*. (Claus Roxin, 2021, pág. 403)

En el presente artículo, es determinante que se decanta por que los delitos de infracción de deber se trata de presupuestos materiales que

fundamenta la autoría pero que además fundamenta el injusto y por ende su punibilidad, es por el ello que la teoría de intervención genera un sinergia, en tanto que se distingue entre intervinientes, y la adhesión de estos con el hecho, hecho que prevé infringir deberes institucionales, uno desde al ámbito de roles especiales (*intraneus*) y el otro desde el ámbito de instituciones generales en relación con el bien jurídico protegido de la administración pública como bien jurídico de carácter público (institución *neminem leadere*).

En ese lineamiento, para Roxin, la autoría en los delitos de infracción del deber, se basaría en “la infracción de un deber integrado en el tipo, pero ubicado a él fuera del derecho penal” (Claus Roxin, 2021, pp. 381). También refiere, como característica esencial para destacar en el presente ensayo, lo siguiente:

“La autoría en los delitos de omisión impropia - es decir, según mi terminología, en “delitos de infracción del deber podría aparecer de dos manera, como dominio sobre el desamparo del (objeto) del bien jurídico (con cada una de las posiciones de garantía de la comunidad de vida, la comunidad de peligros y la asunción de tutela) y el dominio-sobre una causa esencial del resultado (con-cada una de las posiciones de garantía de los deberes del círculo y del dominio sobre personas o instalaciones peligrosas, incluyendo la responsabilidad del dueño del negocio)” Con esto se habría aportado una de las bases que resaltan la causa de surgimiento) la todavía vigente subdivisión de las posiciones de garantía en función de deberes de protección y deberes de vigilancia”. (Claus Roxin, 2021, pp. 383).

Mientras su discípulo SCHÜNEMANN, construye una teoría símil, en su conceptualización de los delitos especiales de garantes, para el autor existe una misma construcción, entre los delitos especiales de garantes con los delitos de infracción de deber, al sostener " (...) Se puede encontrar las mismas estructuras en los delitos especiales en los cuales solamente la persona señalada regularmente por su estatus social en el tipo (...) es calificada como autora".

Este contraste de autores permite indicar lo siguiente; los delitos de infracción de deber es una categoría que determina principios de carácter material para la valoración y fundamentación de la responsabilidad penal, permitiendo identificar quien es autor y quien es participe en condición de *extraneus*. Estos presupuestos de valoración de los delitos de infracción de deber son: a) Coexistencia de una institución ya sea por una fuente normativa o por asunción de facto de un riesgo en la que se encuentra inmerso el autor. b) No se fundamenta en deberes aislados; c) yacen en deberes cuya génesis parte de una institución.

No obstante, a ello, conforme lo citado anteladamente esta categorización no excluye que su valoración se asista en criterios de imputación objetiva, pues esta última es una categoría del funcionalismo del derecho penal, no exclusiva de los delitos de dominio o de organización, conforme lo postula el profesor Vera Gómez Trelles; en los tipos penales que se delinean por la teoría de dominio o de organización, se construye en una imputación producto de la relación *sinálgmática entre libertad de organización y responsabilidad de las consecuencias de esa organización (organización defectuosa)*; se trata de instituciones que *impregnan la configuración social como una convivencia en un mundo en común. Estas instituciones tienen un contenido positivo que se dimensionan en dos vertientes; primero, el deber de prestar ayuda y segundo la de compensar los perjuicios que ha ocasionado o va a ocasionar el sujeto que tiene el deber de prestar la ayuda.* (2002, pág. 40)

Considero, la clasificación entre delitos de infracción de deber y delito de dominio o de organización, para efectos del sistema de intervención delictiva que se busca proponer en el presente trabajo, **no genera una clasificación excluyente** entre sí; que genere limitaciones en la valoración del injusto sobre todo en la subsunción de tipo penal, un claro ejemplo que respalda la postura esbozada, son los delitos de encuentro como el delito de colusión o de tráfico de influencia, son tipos penales que pueden ser valorados bajo los criterios de delitos de infracción de deber delimitando así los deberes especiales con su respectiva fuente normativa institucional que lo prevé y por ende el autor sobre quien infringe el deber especial; sin embargo ello no es óbice para restringir criterios sobre los presupuestos de los delitos de organización en la conducta de encuentro (*extraneus*), pues el *extraneus* finalmente infringe una **expectativa normativa** del bien común (la administración pública es un deber de todos los administrados).

Sobre lo esbozado también contamos con lo postulado por el profesor Sánchez Vera Gómez Trelles, citando al profesor JAKOBS (2002, pág. 43), quien refiere que, todo aquel que se encuentre obligado al cuidado solidario de un bien jurídico, se encuentra sujeto a una institución, resultando indiferente la forma de actuación del obligado por esta institución (obligado especial), de modo que, *los delitos que, son de dominio se convierten siempre en delitos de infracción de deber cuando el autor de los mismos sea un obligado especial (adscrito a una institución o fuente normativa), tanto en el supuesto de la acción como en el de la omisión.*

Y, es que la diferencia fundamental entre delitos de organización o dominio y delitos de infracción de deber rige, pues, en principio, para todos los tipos de la parte Especial. JAKOBS amplía así el contorno de los delitos de infracción de deber -y con ello el instrumento de delimitación de la autoría y participación-- a todos los casos en los que se constate la concurrencia

de una institución. o, lo que es lo mismo, en los que el autor sea un obligado especial”.

En definitiva, la teoría de infracción de deber, disecciona elementos propios en su estructura de sus elementos que la construyen, así como de sus elementos típicos bajo los alcances de la teoría del delito. Ante su autonomía, que justamente marca esa diferenciación o clasificación con los delitos de organización, es de tener en cuenta que la clasificación de delitos especiales propios en impropios en los delitos de infracción de deber importa, debido a que es el *intra-neus* quien fundamenta la punibilidad por la condición especial y la confianza especial dada frente al bien jurídico protegido en razón de la expectativa especial por su condición de funcionario público.

Llegado a este punto, ahora resulta necesario analizar teorías que explican el sistema de intervención como teoría propia, para lo cual se recurrirá a identificar que se entiende por un sistema de intervención, y las teorías que conllevan a este sistema, para poder determinar sus presupuestos y su incidencia con la valoración en los delitos de infracción de deber en exclusiva atención a los delitos contra la administración pública.

En ese lineamiento planteamos como cuestión preliminar, el análisis de la teoría del **sistema de intervención** propuesto por el doctrinario Robles Plana, R., plantea un modelo de accesoriedad divergente al sostenido por la doctrina clásica y aceptado mayoritariamente, definiendo así, la accesoriedad como “ (...) aquella relación mínima que necesariamente debe existir entre todo interviniente y el hecho, para poder atribuir responsabilidad penal (...)” (2002, pág. 356); el autor determina como postura dogmática que la accesoriedad tiene un único contenido: la expresión específica del principio del hecho típico.

Nótese que el autor parte desde la valoración de injusto a partir de la acción típica, bajo los lineamientos de imputación objetiva, ello se desglosa cuando el autor afirma, que la construcción de la estructura objetiva del hecho típico no es accesorio al partícipe, si no fundamental, esencial y/o primordial, siempre y cuando exista un nexo objetivo *entre la conducta de intervención al hecho, y como consecuencia a ello; la responsabilidad (subjetiva) de cada uno de los diversos sujetos, determinándose una responsabilidad personal e independiente.* (Robles Planas R. , 2002).

Sobre esto último, mi postura es contraria, ya que considero que el elemento subjetivo si debe tener un objetivo común, si bien el elemento cognitivo puede vislumbrar una posición diferenciada, esto es, uno tiene conocimiento que ostenta el deber al cual debe cuidado y protección, mientras que el *extraneus* conoce que su conducta confluye con el sujeto cualificado conexo con el deber general de no dañar a la administración

pública, sin embargo, el elemento volitivo debe tener un elemento común entre ambos, esto es la lesionar el bien jurídico “administración pública”.

Como contrapartida a ello, se identifica una renuncia a lo que tradicionalmente ha venido denominándose “accesoriedad cuantitativa”, en el sentido de que esta deja de ser un requisito específico para poder castigar al partícipe, es decir ya no debe ser entendida como aquella definición puramente matemática, como por ejemplo sucede en el precepto legal de nuestro código penal, en el art. 25°, cuando clasifica la participación en principal o accesoria, introduciendo premisas de valoración de mayor, menor o intensa acción ejecutiva.

Para el autor este concepto de accesoriedad en los delitos de infracción de deber no debe ser tomado así, si no por el contrario, desde una perspectiva de lesividad de la acción en el hecho, un fundamento legítimo, ya que exige una conducta penalmente relevante; afirmando que la accesoriedad cuantitativa constituye una expresión del principio de lesividad. Se afirma entonces, que es el hecho en sí mismo, y no la conducta de los autores sobre la cual se valora el hecho imputado.

En definitiva, el sistema de intervención que propone el autor, predica **determinadas cualidades de la relación entre conducta del interviniente y hecho típico, esta relación se subsume en el nexo objetivo o normativo que permite identificar la relación entre conducta con el hecho, lo que fundamenta la intervención en sentido estricto;** por consiguiente, para poder afirmar la participación basta con que esta vaya referida a la parte objetiva del injusto, es decir, debe tratarse de un hecho típico y antijurídico.

En contra partida a esta postura de la accesoriedad objetiva, o llamada sistema de intervención, se encuentra la postura de Ángeles Rueda Martín, quien afirma que al *extraneus* se le debe determinar una pena menor a la del autor, el motivo de esta afirmación parte cuando refiere: “ (...) todo delito especial sea propio o impropio, el dominio social típico y la especial posición de dominio que ostenta el autor intraneus son los dos criterios rectores que fundamentan lo injusto específico de tales delitos especiales (...)”. (Rueda, 2014). Sobre ello la autora refiere que la participación en los delitos especiales, es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, por lo que el autor principal va a determinar el hecho en virtud del cual se castigará a los participantes.

Haciendo un contraste con la postura de Robles Planas (citado anteladamente), habla de una conducta típica de intervención, más no de participación en sentido estricto, por lo tanto la accesoriedad clásica o tradicional es estrafulario en un sistema de intervención, debido a que la

relación de dependencia o conexión objetiva como la denomina, no se produce entre el interviniente y el autor, si no que se produce entre interviniente y hecho, dado que, en el sistema de intervención el hecho adquiere significado por sí mismo, no siendo necesario que exista dependencia subjetiva entre el interviniente y la conducta del autor.

En ese sentido conforme se ha venido esbozando, la accesoriedad como tal, se transforma o se redefine como aquella que se integra en el **nexo** que permite poner en relación al interviniente con el hecho. Esta situación conlleva para el autor citado a la necesidad de distinguir entre los requisitos del hecho a que se accede (carácter constitutivo y, por tanto, accesorios) y los requisitos que debe presentar el participe con relación a ese hecho (carácter personal, por tanto, no accesorios) (Rueda, 2014).

En este sentido, se afirma que **el interviniente se adhiere al hecho, siempre y cuando cumpla en su propia conducta con los requisitos necesarios para la imputación objetiva y, además inexistan causas de justificación de la conducta.** Al respecto es necesario destacar, lo que para la autora resulta difícil de admitir, ya sea en un determinado sistema, de intervención u otro, el hecho adquiera significado por sí mismo y quede desprendido de la conducta del autor.

Por ejemplo, dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo; esa resolución arbitraria, sólo será delictivo si quien la dicto es un funcionario o servidor público con o sin potestades para ello (usurpación de funciones).

Ante estas premisas teóricas, se arriba a que el sistema de intervención, en palabra de cada uno de los autores citados, se determina la existencia de dos ámbitos que se distinguen: interviniente (como autor) y hecho, donde siempre existirá una conexión objetiva, resultando imposible escindir estos elementos, dado que el autor define el hecho y no solo accede a este, contrario a lo sucede, en los supuestos de participación.

Sin embargo, para la autora Rueda Martín A. (2014, págs. 236-237) la punibilidad de una persona que contribuye a la comisión de un delito especial en quien no concurren **las condiciones, cualidades o relaciones personales exigidas en el tipo objetivo, sólo puede explicarse mediante la idea de la accesoriedad de la conducta con respecto a al injusto de otro en quien asistan aquellos elementos**, citando a Jakobs, en el extremo que éste último sostiene que la participación no se debe a sí misma, sino que éste procede de la contribución o favorecimiento de un hecho ajeno, se añade que esta postura es acogida por la jurisprudencia española, principalmente en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2004 (A. 1114/2005) en donde analiza el delito de peculado, este tipo penal exige una condición del sujeto activo (funcionario público) así como una **circunstancia normativa (custodia de los bienes públicos)**, cualquier otra persona en

quien no concurren estas circunstancias no podrá ser autor del hecho. La autora ante lo citado, sostiene que el tercero que coopera al hecho, aunque no fuera funcionario o no tuviera la disposición de los caudales públicos, colabora conscientemente a que estos caudales, cuya naturaleza conoce, sean dilapidados por el sujeto especial encargada de su custodia. Destaca además tener presentes **determinadas conexiones fácticas y valorativas entre el hecho realizado por el autor y la contribución o el favorecimiento del partícipe.**

En este contexto cabe citar el desarrollo doctrinario que realiza Luis Gustavo Guillermo Bringas, en su libro “El hecho punible”, cita a: José Leandro Reaño Pischiera y Percy García Caveró; el primero propone de una manera analítica como se produce la atribución del suceso a los intervinientes. “(...) *esta atribución se da en dos niveles. El primero, de carácter cualitativo, está referido a determinar qué aportes han creado un riesgo jurídico penalmente prohibido (...)*” (Guillermo Bringas, 2022, pág. 118); en este nivel cobra vital importancia lo concerniente a criterios de imputación objetiva; mientras que en el segundo nivel de atribución, tiene un carácter cuantitativo, “ (...) *determina los concretos títulos de imputación dentro del conjunto de los intervinientes en otras palabras, quiénes son autores y quienes partícipes (...)* Para este efecto, se recurre al dominio del hecho, con la atingencia de que el quantum del aporte del - interviniente está definido de modo normativo (...)”¹ (2022, pág. 118)

García Caveró, Percy, considera que no es correcto diferenciar entre injusto de autor e injusto de partícipe, por el contrario, se trata de un solo injusto penal. Para su atribuibilidad a los intervinientes es necesario:

- a. primero, que el injusto común haya entrado en estadio punible (2022, pág. 119);
- b. normativamente se considere a los intervinientes competentes por su realización, el elemento normativo es remisiva a criterios de imputación objetiva.

Este último componente, refiere el autor que predispone a recurrir a criterios cuantitativos para determinar si la intervención en razón de competencia normativa, será imputado por autor o partícipe.

De lo expuesto es de disgregar dos elementos importantes, que desarrollan en el sistema de intervención, para ser trasladado y analizado en la teoría de infracción del deber, que facilitarían aspectos sustantivos y

¹ Para el presente artículo el sistema de intervención con los elementos que desarrolla el autor, es en referencia, no quiere decir que es únicamente aplicable a los delitos de organización o de dominio, si no que por el contrario en los delitos de infracción de deber con elementos de dominio, es previsible un elemento de carácter cuantitativo, el cual se puede materializar en la determinación de la pena, ya que se mediría la idoneidad de la acción del interviniente en el hecho y cuanto permitió la lesión del BJP.

procesales, como por ejemplo en el delito de colusión (delito categorizado como delito de encuentro o convergente), y de carácter subrepticio permitirá identificar el pacto colusorio, con la intervención del *extraneus*, aun cuando esta intervención se materialice en una fase contractual distante a la fase donde se produjo el pacto colusorio.

Ya que la intervención será definida por la comunicabilidad del hecho, un hecho común cuya finalidad no solo es defraudar al estado, en algunos supuestos afectando el erario público (en el supuesto agravado), infringiendo deberes especiales, que termina encontrándose con la intervención del *extraneus*, pero la problemática no radica en el ejemplo citado, si no que existirán supuestos en donde intervienen determinados *extraneus* en el pacto colusorio, pero a su vez se presentan la intervención de otros o el cambio de los primeros, como por ejemplo puede suceder en los miembros de un órgano colegiado de una determinada empresa, o el representante común de un consorcio adjudicador de la buena pro (supuesto extensible cuando este representante común es revocado y es sustituido por otro).

Otros supuestos problemáticos, sucede cuando en el *iter-contractual* del concurso de licitación, intervienen en el pacto colusorio determinados *intraneus*, por ejemplo el gerente municipal y el gerente de logística (en algunos casos miembros de logística son los que integran el comité de selección), mientras que el acto de injerencia funcional con el que se materializa el acuerdo subrepticio se da en fase de selección o en la fase de selección con autorizar cartas fianzas por entidades financieras que no se encuentran fiscalizadas por la Superintendencia de bancos y seguros.

Estas zonas grises, en donde se advierte la intervención de funcionarios que, aun no interviniendo en el pacto colusorio, si lo hace en la emisión de decisiones con capacidad de injerencia, para determinar la concreción del pacto colusorio; quizás la solución podría decirse que se encuentra en una situación de delito continuado, recuérdese que esta figura plantea la intervención del mismo autor, quien realiza actos ejecutivos en una misma resolución criminal.

Ante ello, el sistema de intervención permite concebir al hecho como un hecho común, accesible para todo y no solo por el *intraneus*, de modo que la gradualidad de la pena se medirá, tomando en cuenta elementos diferenciadores propios de los presupuestos de la infracción de deber, tales como:

- el deber especial cualificado (inexistente en el *extraneus*)
- identificar elementos de dominio y el contexto factico que permita la adhesión factico a la esfera especial de deber
- las acciones ejecutivas del *extraneus*

En definitiva, el sistema de intervención, tiene como fundamento principal determinar los presupuestos materiales desarrollados precedentemente, conllevando a redefinir el principio de accesoriedad pero desde una perspectiva funcionalista, posibilitando así determinar responsabilidad penal autónoma del *intra-neus* o *extra-neus*, es decir, legitimar la posibilidad de que existen intervinientes diferentes que permite concretar el pacto colusorio, no obstante, son estos presupuestos que se basan en dimensionar los deberes funcionariales unitarios o deberes especiales indivisibles como lo son el deber especial de controlar y vigilar, de los deberes ordinarios basados en expectativas de solidaridad con el bien jurídico protegido (administración pública) como es el caso del *extra-neus*; *de modo que* permitirá diferenciar entre condiciones y relaciones subjetivas con cualidades y circunstancias de responsabilidad penal.

2.2. Las fuentes de las instituciones y la teoría del riesgo en las fuentes normativas del deber especial.

La institución como elemento de valoración en los injustos de infracción de deber se caracterizan por una especial relación entre el autor y el bien jurídico, relación que ya preexistía, razón por la cual en la doctrina a estas realidades previas conformadas pueden estar previstas en fuentes normativas (no positivizadas en algunos supuestos), se le denomina tal, no precisamente porque tenga génesis en una norma taxativa, sino porque yace dentro de un ámbito de expectativas normativas, pero no de expectativas de carácter general (de lo contrario nos encontraríamos, según el funcionalismo penal, en características que también lo prevé los delitos de organización), estamos ante expectativas con un contenido positivo.

Este condicionamiento de instituciones ya preexistentes que origina un elemento de confianza especial en relación con el bien jurídico protegido; es por ello que se habla de un **status especial en el sujeto agente y lo relevante del status es que con ello vienen derechos y deberes.**

En palabras de JAKOBS, conforme lo cita el profesor Vera Gómez Trelles (2002, pág. 40), las instituciones mencionadas tienen un contenido positivo: *“(...) el mandato de edificar de forma general o parcialmente un mundo en común, significa que el contenido de la institución reside también en la prestación de ayuda, que no sólo compensa los perjuicios que ha ocasionado o va a ocasionar quien tiene que prestar la ayuda, sino que colocan al receptor de la ayuda en mejor posición (...)”* (págs. 40-41), Siguiendo esta línea, se cimienta para efectos del presente trabajo que la existencia de **una clasificación entre instituciones que generan una confianza especial y otras que descansan en deberes estatales.**

Es importante dejar establecido que las instituciones negativas se definen por el principio de “no dañar a nadie”, denominado principio (*nemi nem laedere*) para el autor citado el quebrantamiento de esta institución negativa da a lugar a los llamados delitos de organización o de dominio del hecho (2002, pág. 289), debido a que la institución negativa debe responder por su propia organización actuando u omitiendo; nótese aquí que el defecto de organización **por omisión en palabras del autor se daría cuando se defrauda expectativas no incumpliendo un mandato, si no incumpliendo una prohibición**, estas defraudaciones ya sean por acción u omisión a estas instituciones negativas dan lugar a delitos comunes, o también llamados delitos de organización o delitos de dominio de hecho.

Mientras que, las instituciones positivas, se fundamentan en la imposición jurídica de fomento o prestación de ayuda, lo importante de esta postura es que las instituciones positivas no es que renuncien a la imposición del deber *neminem laedere*, es decir no renuncian a la prohibición de dañar si no que esta preexiste y se imbrica la imposición jurídica de fomento o prestacional, como bien se esquematiza en los deberes positivos o instituciones de la relaciones familiares o estatales.

Existe una postura iusfilosófica sobre las instituciones positivas, desarrollada por Schopenhauer (autor citado por Vera Gómez Trelles (2002, pp, 292), en donde establece que la omisión opera por si sola ante la existencia de deberes positivos.

En ese sentido, es importante dejar como **base teórica sobre las instituciones** que permiten diferenciar entre los delitos de organización y delitos de infracción de deber, la siguiente postura desarrollada por el profesor citado Vera Gómez Trelles, cuando indica que las expectativas que vienen referidas a una institución positiva poseen un doble contenido (ello a diferencia de expectativas negativas del *neminem laedere*), por un lado el contenido de la expectativa de no dañar y por otro la expectativa de fomento o prestacional, por lo que toda institución positiva encierra en sí misma la institución negativa -pero no al contrario; como pone de ejemplo el profesor: “(...) *El deber de la madre de edificar un mundo en común con su hijo en virtud de la institución positiva paterno-filial comprende evidentemente el deber de no dañarlo (...)*” (2002, págs. 294-295).

Esto nos conlleva afirmar lo que defiende este trabajo: pueden existir delitos de infracción de deber con elementos de dominio sin que estas sean excluyente o incompatibles en su valoración, conforme lo determina Vera Gómez, “el delito de infracción no hace sino complementar al de dominio del hecho, sin ser en absoluto ambos incompatibles” (2002, pág. 301) importante premisa en un sistema de intervención que precisa de esta base teórica para efectos del presente trabajo.

Consonantemente a ello, es importante destacar la función de las llamadas “instituciones”, en especial atención en los delitos de infracción de deber; Jakobs lo define como, garantías de expectativas, que se encuentran referidas al sustento de los bienes tutelados, de modo que salvaguardar el bien, es con el fin de conservar y construir el bien común, de modo que, el sujeto especial o cualificado está sujeto o genera una relación de dependencia con una institución, generando la obligación irrenunciable al cuidado solidario del bien jurídico protegido al que se refiera el tipo penal en análisis.

Consonantemente a ello, se vislumbra la existencia otras instituciones que coexisten con deberes de carácter positivo, por ejemplo en los delitos de infracción de deber, además del deber especial institucional que es consustancial a la posición que toma el sujeto agente frente al bien jurídico protegido, va a coexistir responsabilidad en virtud de otras instituciones, que exige un actuar positivo de “sostener, promover o de auxilio” sobre el bien jurídico en general, lo que se refiere a deberes por asunción de actos riesgosos, situación que genera los famosos deberes de vigilancia y diligencia, de modo que en los delitos de infracción de deber podría presentarse actuaciones omisivas de cargos directivos por no responder a ese deber consustancial de auxilio.

Por otro lado, importa precisar que, no puede confundirse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales, estos últimos se caracterizan únicamente por las limitaciones que existen para ser considerados como sujetos agentes del hecho delictivo, es decir establece cualidades o características cualificadas y especiales que de cumplir el sujeto agente; para Jakobs, el criterio de intervención o imputación de intervención en los delitos especiales es bajo los parámetros del dominio del hecho, con la particularidad de que no todos y de cualquier forma puede encontrarse en posesión de ese dominio del hecho; por el contrario, si existe un deber específico que garantiza una relación ya existente entre obligado y bien jurídico, estamos frente a delitos de infracción de deber. Se concluye entonces, que no toda limitación en la restricción de los posibles autores presupone la existencia de un deber especial.

Sobre lo expuesto, resulta necesario desarrollar las implicancias que tiene las instituciones de los deberes especiales en los delitos de infracción de deber, es decir aquellos que encuentran su fuente normativa en especial vinculación con la institución; estableciendo una diferenciación con los deberes de evitación o los deberes de facto que postulo, entre el *intraneus* y *extraneus*, correspondientemente.

La incidencia de los deberes especiales institucionalizados (nomológicamente propios de los delitos de infracción de deber) y su diferenciación con aquellos deberes de facto, tiene incidencia en el

presente trabajo en tanto que para analizar el sistema de intervención, es importante delimitar el ámbito de competencias (de manera autónoma al status institucional que es consustancial al deber especial del funcionario público), ámbito de competencias desde una formula normativa, permitiendo así delimitar la acción e intervención con el hecho global que origina el riesgo y/o lesión al bien jurídico protegido (administración pública).

Ante ello, es de decantarse por la postura que ha desarrollado ARMIN KAUFMAN sobre la teoría funcional del deber de garante (autor citado por la M^a. Cuadrado Ruíz), cuyo fundamento de esta teoría, recae en la necesidad de evitar la lesión de determinados bienes jurídicos, integrado el deber de protección y deber de vigilancia, (2000, pág. 36); la postura de Kaufman, destaca que “(...) esta doctrina al tratar la cuestión de cuándo y en qué forma surge una posición de garante penalmente relevante ha buscado criterios conforme a los cuales reduce la situación a dos posiciones fundamentales: la función protectora de un bien jurídico y el control sobre una fuente de peligro (...)”

Estos elementos funcionales, tanto de protección como de vigilancia, trasladados a ser analizarlo en los delitos de infracción de deber resulta neurálgico, maxime cuando la premisa base de este ensayo es sobre la intervención delictiva en los delitos de infracción de deber, en ese sentido siendo que las instituciones emergen de una fuente normativa, genesis del deber especial, en este caso del deber institucional con el bien jurídico de la administración pública, debe determinarse que el elemento de INJERENCIA, constituye un elemento de equivalencia de la acción con la omisión, esta injerencia es inequívoco en los delitos de infracción de deber.

En tanto que, el sujeto agente, funcionario o servidor público se posiciona frente al bien jurídico de tal forma que tiene el deber de protegerlo y vigilar las acciones que lesionen este deber de confianza dada por su posición de funcionario público frente a éste, por ende, la llamada injerencia hace diáfano, que el funcionario público adiciona o modifica de facto un deber especial propios de sus funciones a un deber de vigilancia, como puede ocurrir en el delito de colusión cuando el sujeto agente ejerza un cargo de dirección, claro ello podría relativizarse por famoso principio de confianza, es por ello que esta institución que desarrolla la teoría funcional, puede fundamentar responsabilidad a título de autor por omisión impropia en un delito de colusión, ya que “ (...) el garante protector tiene una relación especial dirigida a la evitación del peligro y el garante vigilante tiene una relación especial hacia la fuente de la evitación del peligro (...)”. (Cuadrado Ruíz, 2000)

En definitiva, se necesita fundar una especial posición de garantía o la imposición de un deber *ad hoc* de vigilancia (de facto) cuyo fundamento encuentra en la fuente normativa del deber de controlar y vigilar, sobre todo en un sistema de intervención delictiva de los delitos de infracción de deber, incluso este deber *ad hoc* de vigilancia (de facto) resultaría una circunstancia incommunicable a las circunstancias de participación en los delitos contra la administración pública .

2.3. La incommunicabilidad de las circunstancias de participación en los delitos contra la administración pública en especial atención a los delitos de encuentro o convergentes.

Para hablar de incommunicabilidad primero debemos determinar que se entiende como comunicabilidad de circunstancias en la participación, este concepto tiene una noción relacional, conexas o de remisión a la definición de circunstancias de participación. La doctrina está dividida por conceptos amplios y otros restrictivos de circunstancias en la participación, el primer sector de la doctrina (teoría amplia), **califica a los hechos, relaciones o datos concretos** que prevé la ley penal para calcular la gravedad del injusto o de la culpabilidad como circunstancias de participación, es así que los profesores Andrade Castro J. et al. (2004, pág. 5) identifica que queda comprendida bajo este concepto las agravantes y atenuantes que regula un determinado ordenamiento jurídico, así como también aquellas que sirven para formar subtipos agravados o privilegiados contenidos en la parte especial del ordenamiento jurídico correspondiente.

Por otro lado, el concepto restrictivo de circunstancias califica como tal, los datos, relaciones o características **que no están vinculados al supuesto de hecho que prevé la norma penal**; calificando así que se tratan de elementos accidentales y por esta condición no podrían influir sobre la estructuración del injusto penal, ya que se tratarían de situaciones concernientes a la **culpabilidad** y a la **punibilidad** y; en consecuencia, referentes en la determinación de la pena.

Andrade Castro J. et al. (2004) refiere que este concepto restrictivo de una parte, establece una separación entre circunstancia en sentido estricto (esto es, la que debe ser tenida en cuenta a efectos de comunicabilidad) y las causales excluyentes de responsabilidad, como por ejemplo lo son supuestos de inacción, atipicidad, justificación e inculpabilidad; y, de otra parte, los elementos normativos del injusto como por ejemplo las características o relación que tenga vinculación con el supuesto de hecho; de modo que estas últimas no podrían enmarcarse dentro del concepto de circunstancia.

Resulta importante, referenciar la clasificación que realiza los autores citados en cuanto a las circunstancias de participación para efectos de calificar cuales son comunicables o no, ante ello se resumen en el siguiente esquema:

CLASES	CONCEPTO
Circunstancias Personales y Materiales	Circunstancias referidas a las condiciones, cualidades, características (personalísimas) del sujeto agente. Mientras que las circunstancias materiales o reales se tratan de factores temporales, modales o espaciales de la conducta típica que tienen eficacia jurídica sin consideración personal del autor.
Circunstancias objetivas y subjetivas	Circunstancias relacionadas con el aspecto externo del delito, como los medios empleados para realización de la acción delictiva, o las que denotan una mayor o menor peligrosidad del hecho, tales como circunstancias de tiempo, modo o lugar que dificulten la identificación del autor o partícipe. Mientras que circunstancias subjetivas tienen que ver con el sujeto activo del delito, como por ejemplo lo son las motivaciones que conllevaron a la comisión del injusto (emoción violenta, miedo insuperable).
Circunstancias genéricas y generales o comunes y circunstancias específicas	La circunstancia genérica se trata de aquellas que son aplicables todos los tipos penales, mientras que las específicas son aquellas previstas por el tipo penal que prevé la conducta.
Circunstancias atenuantes y agravantes y excluyentes de la punibilidad	Están vinculadas con la determinación de la pena, en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran previstas en el art. 45, 46, 46-A, 46-B, 46-C, 46-D y 46-E.

Como se ha desarrollado en las bases precedentes, para un sector de la doctrina, identifica o califican a los elementos sobre la cualidad especial y cualificada del sujeto agente de los delitos especiales, como elementos **concernientes al hecho o referidos al autor**; para Gómez Martín; la consecuencia primordial de esta clasificación bipartita debe verse en que los elementos pertenecientes al hecho o circunstancias fácticas **serían comunicables** a todo aquel interviniente que tenga conocimiento de esta situación objetiva y fáctica, con autonomía de su condición de intraneus o extraneus. Consonantemente a ello, la segunda clasificación

(circunstancias referidas al autor), serían elementos personalismos (intrínsecamente indelegables); sin embargo, esta consecuencia en las dimensiones de hecho y autor no le resulta aceptable, ya que, para el autor, no basta con afirmar que ciertos elementos se refieren al hecho y otros al autor, sino que resulta necesario establecer criterios materiales que permitan conocer cuándo ocurre cada uno de estas consecuencias. (2014, pág. 108),

Wezel (autor traducido y citado por Gómez Martín V.), en cambio hace una distinción entre elementos personales (no comunicables) y elementos objetivos (comunicables). (2014, pág. 110).

No obstante, el autor alemán Armin Kaufmann (1977), es de la opinión que la diferencia entre elementos referidos al hecho y elementos referidos al autor, conjetura ignorar una circunstancia esencial de los delitos especiales que es: autor y conducta típica constituyen dos elementos del tipo difícilmente disociables.

Estas posturas han llevado al autor Gómez Martín V. (2014) a criticar algunas posturas doctrinarias, que realizan en razón a estas dimensiones para poder determinar la comunicabilidad o no de circunstancias de participación, sosteniendo que las reglas desarrolladas en las posturas referenciadas, no permiten clasificar y por ende identificar las características y elementos que le ha de corresponder a una u otra categoría (circunstancias comunicables y no comunicables). Además, considera que el injusto de los delitos especiales tiene una parte objetiva y otra personal, **el desafío es identificar en un sistema de intervención delictiva, qué elementos son comunicables y que elementos no son comunicables entre los intervinientes de la acción que confluye con el infringir el deber especial por parte del sujeto agente del tipo penal, así como las razones materiales que conducen a lo primero o a lo segundo.**

El doctrinario alemán Herzberg, propone distinguir entre dos clases de elementos: los referidos a "valores" y los "valorativamente neutrales". Los primeros serían personales, y, por tanto, no comunicables, mientras que los segundos, en cambio, sí podrían ser imputados a los intervinientes, siempre y cuando conociera su concurrencia en el autor; sin embargo sobre los elementos "valorativamente neutrales", el autor Gómez Martín (2014), refiere que resulta altamente cuestionable, en concordancia con lo destacado por el profesor Roxin, en los tipos penales no existe elementos valorativamente neutrales; debido a que todos los elementos fundamentadores del injusto se encuentran dotados de contenido valorativo.

En la tercera formulación de su concepción, Herzberg considera que los elementos cualificados de los delitos especiales deben ser clasificados en tres grupos:

- a. elementos "funcionalmente objetivos",
- b. elementos "meramente tipificadores" y,
- c. **elementos "relevantes para el desvalor del hecho"**; las dos primeras clases de elementos son comunicables al partícipe extraneus, mientras que la tercera, en cambio, no lo sería.

Esta clasificación, le permite afirmar a Gómez Martín V. que los tipos penales con elementos de autoría funcionalmente objetivos, se caracterizan por contener elementos que limitan el círculo de posibles autores, sin embargo, considera que estos elementos son aparentemente personales, pero en realidad se trata de elementos objetivos encubiertos; es decir se trata de elementos simuladamente personales, pero funcionalmente objetivos. Por su parte, los delitos con elementos de autoría meramente tipificadores son aquellos en que los aparentes elementos personales de autoría tipifican situaciones fenomenológicas pre-jurídicas frecuentes o típicas, cuyo contenido de injusto no es necesariamente mayor que el de las conductas que quedan excluidas del tipo. (2014, pág. 112)

En consecuencia, la comunicabilidad o no de las circunstancias, no descansan en criterios normativos o puramente fenomenológicos (criterios de imputación objetiva dentro de los elementos de tipicidad de la conducta) si no sobre elementos de culpabilidad, ya que son propios a la naturaleza de intervención sobre el hecho. Es decir, se valora la acción que contribuyo con el hecho desplegado por el autor que infringió sus deberes especiales, de modo que las circunstancias para la determinación de la responsabilidad son autónomas en relación a un esquema subjetivo, por ende, el surgimiento de circunstancias que por ejemplo extinga la acción penal en alguno de los intervinientes, **no** es comunicable entre ellos.

Imputar responsabilidad penal autónoma ante los siguientes supuestos:

- cuando el sujeto agente interviniente en su condición de funcionario o servidor público, surge en adición un deber *ad hoc* de vigilancia (de facto) cuyo fundamento encuentra en la fuente normativa del deber de controlar y vigilar.
- Cuando existe causal que anula la tipicidad de la conducta como lo es el error de tipo, sobre el interviniente que no ostenta el deber especial con la administración pública.

No obstante la situación se convierte en una zona gris, por ejemplo se cuestiona la falta de determinación de una circunstancia que conforma el

elemento objetivo del tipo penal en el delito de colusión, como lo es la falta de determinación del sujeto agente (*extraneus*) quien despliega la conducta convergente al pacto colusorio sobre el autor (*intraneus*); ¿podríamos hablar de una circunstancia propia para ser valorado dentro de los presupuestos del art. 26 del código penal, esto es, plausible de constituir una circunstancia de responsabilidad para dilucidar si es comunicable o no en el hecho ilícito?; nótese que el pacto colusorio se concreta en conductas convergentes, entonces al no individualizarse esta conducta de encuentro desplegado por un sujeto agente que no puede ser individualizado, el pacto colusorio es atípico al delito de colusión, contrario sensu, es una situación que puede ser valorado como una circunstancia de participación.

La conducta de encuentro es una condición objetiva del tipo en los delitos de infracción de deber como lo es el delito de colusión (cohecho o tráfico de influencia) por lo tanto constituye un elemento relevante para el hecho, y; conforme a la doctrina desarrollado por el profesor Herzberg, quien dentro de su tipología dimensiona a los **elementos “relevantes para el desvalor del hecho”, como circunstancias no comunicables; lo que permite determinar que la falta de individualización del sujeto agente que realiza la conducta convergente sobre el pacto colusorio con el intraneus, constituye una circunstancia de responsabilidad no comunicable entre los intervinientes del hecho; por tanto** se viabiliza constitucionalmente, poder determinar responsabilidad penal autónoma en los delitos de infracción de deber, esto es la responsabilidad penal sobre *uno de los intervinientes al hecho delictivo, aun* cuando se presente causales de la extinción de la acción penal o causas eximentes de responsabilidad penal del *autor o viceversa*; en especial atención en los delitos convergentes o delitos de encuentro, conforme los fundamentos desarrollados en el presente artículo.

III. CONCLUSIONES:

- 3.1. El sistema de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber es consustancial con la figura de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación, porque permite determinar responsabilidad penal autónoma, esto es la responsabilidad penal sobre *extraneus aun* cuando se presente causales de la extinción de la acción penal o causas eximentes de responsabilidad penal del *autor-intraneus o viceversa*; en especial atención en los delitos convergentes o delitos de encuentro.
- 3.2. El fundamento principal que determina los presupuestos materiales en el sistema de intervención es la redefinición del principio de accesoriedad pero desde una perspectiva funcionalista, posibilitando así determinar responsabilidad penal autónoma, estos presupuestos se basan en dimensionar los deberes funcionariales

unitarios o deberes especiales indivisibles como lo son el deber especial de controlar y vigilar, de los deberes ordinarios basados en expectativas de solidaridad con el bien jurídico protegido (administración pública) como es el caso del *extraneus*; de modo que permitirá diferenciar entre condiciones y relaciones subjetivas con cualidades y circunstancias de responsabilidad penal.

- 3.3. La incomunicabilidad en las circunstancias de la participación en los delitos contra la administración pública, excluye criterios cualitativos propios del principio de accesoriedad clásica; permitiendo así fundamentar la punibilidad de los intervinientes en relación con los hechos aun cuando exista factores exógenos procesales o materiales que excluyan responsabilidad sobre alguno de ellos, en especial atención a los delitos contra la administración pública, un ejemplo de ello, es el surgimiento de deberes ad hoc o la falta de individualización del sujeto agente que converge al pacto colusorio.

IV. BIBLIOGRAFIA:

- Abanto Vásquez, M. (2014). Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber. *Revista Penal España*(14).
doi:<https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/vasquez.htm>
- Claus Roxin, t. p. (2021). Deitos de infracción del deber y dominio del hecho. En *La teoría del delito en la discusión actual (Tomo II)* (págs. 377-404). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Cuadrado Ruíz, Á. (2000). La Posición de Garante. *REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA*, 11-68.
- Gómez Martin, V. (2014). Los delitos especiales y el art. 65.3 del código penal Español. En *La responsabilidad en los delitos especiales* (pág. 471). Buenos Aires: B de F Ltad.
- Guillermo Bringas, L. G. (2022). *El hecho Punible*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Jasón Alexander Andrade Castro, Luis Fernanda Caldas Botero, Orlando Humberto de la Vega Martinis. (2004). Reflexiones sobre la comunicabilidad de circunstancias del autor partícipe. *Universidad externado de Colombia*, 25(75), 24. doi:<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1043>
- Kaufmann, A. (1977). "*Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*", (trad. al castellano a cargo de E. Bacigalupo Zapater y E. Garzón Valdés). Depalma.
- Peña Ossa, J. (1992). La participación en los delitos especiales. *Nuevo Foro penal*(55), 10. doi:<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4039/3293>

- Ramírez Morales, M. (2009). La responsabilidad del Extraneus en el marco de los delitos especiales. Una visión del principio de unidad de título de imputación. *Cien jurídica Universidad de Guanajuato*(17), 14. doi:chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcglclefindmkaj/http://repositorio.ugto.mx/bitstream/20.500.12059/7253/1/La%20responsabilidad%20del%20extraneus%20en%20el%20marco%20de%20los%20delitos%20especiales.%20Una%20visi%c3%b3n%20del%20principio%20de%20unidad%20
- Robles Planas, R. (2002). El retorno de la accesoriadad objetiva. En *La responsabilidad en los delitos especiales* (pág. 471). Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.
- Robles Planas, R. (2003). *La participación en el delito:fundamento y límites*. Madrid: Marcia Pons.
- Rueda, M. Á. (2014). La Punición del Partícipe Extraneus en un delito especial. En *La responsabilidad en los delitos especiales* (pág. 471). Buenos Aires: Euros Editores S.R.L.
- Sánchez Vera Gómez Trelles, J. (2002). *Delito de Infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons-Ediciones jurídicas y sociales.
- Vásquez Shimajuko, S. (2022). El injusto de participación y el artículo 26 del Código Penal peruano. *Gaceta Penal y procesal Penal.*, 153.
- Vera Gómez Trelles, J. (2002). Delito de infracción de deber. En *La responsabilidad en los delitos especiales* (pág. 471). Buenos Aires: B de F Ltda.
- Yvan Montoya Vivanco. (2015). Manual sobre delitos contra la administración pública. En Y. M. Vivanco, *EL PROBLEMA DE LOS DELITOS DE ENCUENTRO* (págs. 61-62). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.