



# INTERVENCIÓN DEL INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO EN LOS DELITOS DE CORRESPONDENCIA

## INTERVENTION OF THE UNQUALIFIED INTENTIONAL INSTRUMENT IN CORRESPONDENCE CRIMES

Nicole Núñez Custodio\*

José Ventura Zurita\*\*

*This paper discusses the involvement of the third party in the crimes of passive bribery and generic active bribery, emphasizing the importance of considering the theory of the unqualified intentional instrument to guarantee proportionality in the imposition of penalties. Additionally, it analyzes how the mere use of complicity affects the third party who participates in correspondence crimes, especially in the aforementioned cases of bribery. It examines the different ways in which the third party can be considered an accomplice and the legal implications that this entails, underlining the need for a new doctrinal interpretation to guarantee a penological proportionality.*

*The inclusion of the third-party figure in bribery crimes poses challenges for the judicial system, as it implies evaluating their degree of responsibility and their relationship with the main actors of the crime. In this sense, a thorough review of complicity criteria and greater clarity in its application are proposed to ensure fairness and coherent justice.*

**KEYWORDS:** Unqualified intentional instrument; complicity; correspondence crimes; breach of duty crimes; bribery.

*El presente artículo aborda la intervención del tercero en los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico, destacando la importancia de considerar la teoría del instrumento doloso no cualificado para garantizar la proporcionalidad en la imposición de penas. Además, se analiza cómo el mero uso de la complicidad afecta al tercero que participa en los delitos de correspondencia, especialmente en los casos de cohecho mencionados. Se examinan las distintas formas en que el tercero puede ser considerado cómplice y las implicaciones legales que esto conlleva, subrayando la necesidad de una nueva interpretación doctrinal para garantizar una proporcionalidad penológica.*

*La inclusión de la figura del tercero en los delitos de cohecho plantea desafíos para el sistema judicial, ya que implica evaluar su grado de responsabilidad y su relación con los actores principales del delito. En este sentido, se propone una revisión exhaustiva de los criterios de complicidad y una mayor claridad en su aplicación para asegurar una justicia equitativa y coherente.*

**PALABRAS CLAVE:** Instrumento doloso no cualificado; complicidad; delitos de correspondencia; delitos de infracción de deber; cohecho.

\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Perú. Practicante pre-profesional en Vargas & Asociados. Código ORCID: [https://orcid.org/0009-0006-6683-5731](https://orcid.org/0009-0000-8321-7480). Contacto: nnunezc@unprg.edu.pe

\*\* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Lambayeque, Perú. Miembro del Semillero de Investigación en Derecho Privado y Constitucional-SIDEPRIVC. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-6683-5731>.

Los autores agradecen al Dr. Eliu Arismendiz Amaya por apostar en la elaboración del presente artículo jurídico.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial de THÉMIS-Revista de Derecho el 16 de junio de 2024, y aceptado por el mismo el 10 de marzo de 2025.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal enfrenta numerosos desafíos, particularmente en lo que respecta a los delitos contra la administración pública. En este artículo, se aborda un problema clave relacionado con la comisión de los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico. Específicamente, se examina la responsabilidad penal de un tercero que participa de manera voluntaria y libre en el contexto delictivo debido a su relación de dependencia con un sujeto cualificado. Esta situación plantea interrogantes fundamentales sobre la participación del tercero interviniendo, ya que estos delitos se enmarcan dentro de los delitos de participación necesaria, y más aún, dentro de los delitos de correspondencia. Esto llevaría a considerar una doble complicidad para dicho tercero, que añade complejidad al análisis de su participación en la comisión de estos delitos.

Uno de los conceptos que emerge en este contexto es el de autoría mediata, que distingue entre el autor mediato, quien instiga o induce la comisión del delito, y el ejecutor material del mismo. Esta distinción cobra relevancia cuando se analiza la actuación de terceros bajo la influencia o las órdenes de un autor mediato, lo cual plantea desafíos adicionales para la atribución de responsabilidad penal, especialmente en los delitos de infracción del deber.

El concepto de instrumento doloso no cualificado emerge como una herramienta teórica útil para abordar estas complejidades. Este concepto se refiere a la participación de un tercero que, aunque actúa bajo órdenes de un autor mediato, posee un conocimiento pleno del carácter delictivo de sus actuaciones. Aun así, decide formar parte del plan criminal de manera voluntaria. El estudio detallado de este concepto permite comprender mejor las implicaciones de la intervención de terceros no cualificados en delitos como el cohecho activo genérico y el cohecho pasivo propio.

Este artículo analiza en detalle cómo el concepto de instrumento doloso no cualificado proporciona un marco conceptual útil para abordar esta problemática. A través del análisis de su alcance y sus implicaciones, se buscará arrojar luz sobre cómo el derecho penal puede abordar eficazmente la participación de intermediarios en la comisión de delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico, garantizando al mismo tiempo la proporcionalidad y la justicia en la imposición de penas.

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el delito de cohecho pasivo propio, el funcionario o servidor público puede solicitar el medio co-

rruptor, ya sea de manera directa o indirecta. En el primer caso, el funcionario público solicita el medio corruptor personalmente; mientras que, en el segundo, lo hace a través de una ‘interpósita persona’, es decir, un tercero que actúa en su nombre. Este tercero es quien lleva el mensaje corrupto al *extraneus* cohechador y entrega el medio corruptor al funcionario o servidor público para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones.

Esta investigación se enfoca en el supuesto de interpósita persona. Para ilustrar mejor el problema, consideremos el siguiente caso práctico: un funcionario público de una municipalidad pide a su asistente que solicite una suma de dinero a una persona interesada en obtener una licencia de funcionamiento. El asistente, consciente del carácter corrupto de la situación, decide hacerlo, de manera que recibe el dinero y lo lleva a manos del funcionario público.

Si analizamos esta situación bajo la luz de la complicidad, advertimos una gran problemática. Por un lado, el comportamiento del asistente lo ubica como cómplice del delito de cohecho pasivo propio, al prestar auxilio al plan criminal de su jefe. Sin embargo, al recibir y entregar la dádiva, también podría considerarse cómplice del delito de cohecho activo genérico. Esto genera un concurso real de delitos, lo que implicaría sumar las penas, resultando en que el asistente enfrente una pena mayor que la de su jefe o el *extraneus* cohechador. Esta desproporcionalidad punitiva resulta problemática.

En el caso planteado, se advierte que la complicidad, al responder al principio de accesoria limitada de la participación, no calzaría en los delitos de infracción del deber. Esto se debe a que, en esencia, la complicidad fue construida para los delitos convencionales, por lo que, se hace necesaria la aparición de un instrumento doloso no cualificado.

Ante lo expuesto, nos formulamos la siguiente pregunta: ¿Por qué la admisión de la teoría del instrumento doloso no cualificado en los delitos de correspondencia sería un criterio garantizador de la proporcionalidad penológica en el juicio de subsunción de los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico?

## III. ANTECEDENTES TEÓRICOS

Los delitos de participación necesaria y de infracción de deber, así como el instrumento doloso no cualificado, han sido ampliamente desarrollados académicamente como se detallará en las siguientes líneas:

## A. Los delitos de participación necesaria

El Código Penal contiene numerosos delitos, en alguno de ellos el tipo penal solo se realiza cuando varias personas suman esfuerzos pretendiendo un resultado. Es decir, se necesita la intervención de varios sujetos para que se realice la conducta típica. Esta dinámica fundamenta o cualifica el comportamiento delictivo frente a otros delitos. A estos tipos penales se les conoce como delitos de intervención necesaria (Jakobs, 1997, p. 840).

Siguiendo a Carrasco, existen delitos en los que la conducta típica requiere estructuralmente una pluralidad de sujetos. En la doctrina alemana, estos delitos son denominados delitos de participación necesaria y se emplea para designar a aquellos delitos que nunca podrán ser cometidos por un solo sujeto, pues exigen la colaboración de más de una persona. Con la aparición de la participación necesaria, la doctrina alemana comenzó a oponer este fenómeno a las formas generales de participación delictiva, separándolo de las reglas generales de autoría y participación. Esto generó el cuestionamiento sobre si el partícipe necesario, quien no se encontraba sancionado por la norma de la parte especial, podría ser castigado como inductor o como cómplice. Esta problemática llevó a tomar la colaboración del partícipe necesario de forma impune, es decir, la categoría de la participación necesaria se justifica en la impunidad del sujeto (2019, pp. 95-99).

En Perú, la doctrina mayoritaria denomina “delitos de «intervención necesaria», de «participación necesaria» o «plurisubjetivos» a aquellos que para la configuración de su tipo penal requieren, imprescindiblemente, la intervención de más de una persona” (Montoya *et al.*, 2013, p. 46). Este concepto es tomado de la doctrina alemana, pero se diferencia de esta, puesto que no toma de forma impune al partícipe necesario, pues está previsto en la norma.

Por su parte, Reátegui precisa la diferencia entre los tipos penales plurisubjetivos y monosubjetivos, la cual radica en que los monosubjetivos se caracterizan por requerir únicamente la intervención de un sujeto activo (2016, citado en Arismendiz, 2018, p. 77). En otras palabras, el tipo penal está diseñado para ser realizado por una persona, quien estará llamada a ejecutar los verbos rectores y cumplir con los elementos descriptivos del tipo penal.

Dentro de la clasificación de los tipos penales plurisubjetivos, la doctrina ha identificado dos tipos de delitos:

### 1. Delitos de convergencia

Abanto explica que, en esta clase de delitos, los intervenientes deben contribuir de la misma manera y en la misma dirección (2001, citado en Arismendiz, 2018, p. 777). En otras palabras, todos deben estar en un mismo estatus jurídico para que el delito se configure.

En esta clasificación, encontraríamos el delito de banda criminal (artículo 317-B del Código Penal), pues la redacción del tipo penal prescribe una ‘unión de dos o más personas’. De manera similar, el delito de organización criminal (artículo 317 del Código Penal) exige ‘tres o más personas’. Esto muestra que, la configuración de estos tipos penales requiere la participación de más de dos o tres personas, según sea el caso, en una misma plataforma jurídica.

Como puede apreciarse, en este tipo de delitos no surgen mayores problemas en cuanto a la determinación de la punibilidad para el partícipe necesario. La redacción del tipo penal deja en claro que todos son susceptibles de ser considerados autores. Esto se mantiene sin perjuicio de la participación de terceros que pueda haber (Abanto, 2022, p. 434).

### 2. Delitos de participación necesaria

Este tipo de delitos son conocidos como delitos de encuentro. Su característica principal es la exigencia de la intervención de dos o más personas en un mismo objetivo, pero con un diferente estatus jurídico (Arismendiz, 2018, p. 777).

Una diferencia clave entre los delitos de encuentro y los de convergencia es que, en los primeros, aunque varias personas actúan hacia un objetivo común, lo hacen desde direcciones diferentes y de manera complementaria (Abanto, 2022, p. 435).

Un ejemplo es el delito de colusión simple (artículo 384 del Código Penal). En este caso, se requiere que un funcionario o servidor público (un sujeto cualificado o *intraneus*) se une a un ciudadano de a pie (un sujeto no cualificado o *extraneus*) y actúen bajo el verbo rector. Otro ejemplo es el delito de peculado (artículo 387 del Código Penal), donde se requiere que un funcionario o servidor público se acople a ‘otro’, es decir a alguien no cualificado.

Dentro de los delitos de encuentro, Abanto identifica dos subgrupos. El primero incluye aquellos delitos en los que expresamente se pena a ambas partes, como en el cohecho activo y pasivo. En el segundo subgrupo se encuentran los delitos en los que el tipo penal no penaliza a ambas partes,

como sucede en el delito de tráfico de influencias o en el de usura (2022, p. 435).

El primer subgrupo que presenta Abanto, denominado los ‘delitos de encuentro penados para todas las partes’, encuentra también referencias en la literatura jurídica bajo el término ‘conducta contrapartida’ (Romeo *et al.*, 2023).

Romeo *et al.*, (2023, p. 785 y siguientes) proporcionan una explicación sobre la conducta contrapartida en el contexto del cohecho antecedente, un delito tipificado en el artículo 424 del Código Penal español. Este delito se refiere al acto de ofrecer o entregar dádivas a funcionarios públicos por parte de particulares, con el fin de inducirles a realizar alguna de las acciones típicas contenidas en los artículos 419, 420, 421 y 422 del mismo cuerpo normativo.

Examinemos la conducta contrapartida contenida en el primer párrafo del artículo 424 de Código Penal español en comparación con los delitos definidos en los artículos 419 y 420 del mismo cuerpo normativo. El cohecho antecedente, el mismo que es cometido por un particular, se sanciona si ofrece o entrega una dádiva o retribución de cualquier otra clase a un funcionario público para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el acto que debiera practicar. Dentro de este delito se puede distinguir dos situaciones: en la primera, la conducta contrapartida del funcionario público es contraria a derecho; en la segunda, la conducta es conforme a derecho. Estas situaciones se describen en los delitos 419 y 420, respectivamente. De forma que, si el particular ofrece una dádiva a un funcionario público para que realice un acto contrario a sus deberes, encontraría contrapartida con el artículo 419; sin embargo, si ofrece una dádiva para que realice un acto propio de su cargo, encontraría contrapartida con el artículo 420.

En esta sintonía, en el Perú, este subgrupo de los ‘delitos de encuentro penados para todas las partes’, también lo podemos encontrar como delitos de correspondencia.

#### **B. Principio de autonomía en los delitos de correspondencia**

Un aspecto distintivo de los delitos de correspondencia es que existen tipos penales diferenciados para cada interveniente. Esta característica es sumamente relevante, debido a que los diferencia indefectiblemente de los delitos de convergencia o la subcategoría de ‘delitos de encuentro no penados para todas las partes’ a los cuales nos refer-

rido previamente. Esto implica que, al existir dos tipos penales autónomos, puede darse el caso de que se cometan ambos delitos o solo uno de ellos.

Una ilustración clara de esto son los delitos de hecho pasivo propio (artículo 393 del Código Penal) y cohecho activo genérico (artículo 397 del Código Penal). Según el primer párrafo del artículo 393, el funcionario o servidor público acepta o recibe el medio corruptor de un sujeto común. Por otro lado, el primer párrafo del artículo 397 se refiere al sujeto común que ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público un medio corruptor.

Otra característica clave es que estos delitos surgen de una relación de causalidad. Es decir, donde hay un aprovechante, hay un aprovechador; donde hay un otorgante, hay un receptor; donde hay un corrupto, hay un corrompido.

Es importante destacar que este tipo de delitos está estrechamente relacionado con la familia de los delitos de cohecho. En estos casos, basta que exista la pluralidad de sujetos y que uno de ellos active cualquiera de los verbos rectores para que este consuma su tipo penal. Esto es porque cada delito tiene su propio tipo penal autónomo.

Por ejemplo, consideremos una situación en la que un policía de tránsito detiene a un conductor por pasar un semáforo en rojo. Durante la intervención, el conductor le ofrece al policía una suma de dinero para evitar recibir una papeleta, y el policía acepta. En este caso, el conductor habría cometido el delito de cohecho activo en el ámbito de la función policial (artículo 398-A del Código Penal), mientras que el policía habría cometido el delito de cohecho pasivo propio en el ejercicio de su función policial (artículo 395-A). Debemos advertir que, incluso si el policía no hubiera aceptado el soborno, el conductor seguiría siendo culpable de cohecho activo en el ámbito de la función policial.

#### **C. Presentación de los delitos de infracción de deber**

Siguiendo a Roxin, la teoría de infracción del deber limita el radio de autores a determinadas personas que cuentan con un deber específico. Estas personas se destacan por una relación especial con el contenido injusto del hecho (2000, pp. 387-388).

En los delitos de infracción del deber, existe una conexión directa con los deberes que constituyen el tipo penal. La provocación, o incluso la no evitación del resultado típico, tiene como consecuencia una pena, la cual recae sobre el autor debido al incumplimiento de las exigencias propias del papel social (Roxin, 2015, pp. 179-180).

Aunque la teoría del dominio de hecho, formulada por el renombrado profesor Claus Roxin, ha sido ampliamente aceptada, Roxin reconoce que la determinación de la autoría no puede basarse únicamente en ese criterio, debido a la existencia de los delitos de infracción del deber, donde la autoría se determina por la infracción de un deber específico. Por lo tanto, la calidad de autor del delito se otorga independientemente de si el autor tuvo control sobre el dominio del hecho o no. Por ejemplo, en el delito de peculado, tanto quien se apropió directamente de los bienes como quien permite que otro lo haga, pueden ser considerados autores (García, 2012, p. 680).

En efecto, el académico Roxin clasificó los tipos penales de la Parte Especial en delitos de dominio y delitos de infracción del deber. En los delitos de dominio, el autor ejerce control sobre el curso causal del delito, ya sea directamente (autoría directa), a través de otro individuo (autoría mediata) o junto con otros (coautoría). En cambio, en los delitos de infracción del deber, la censura penal se basa en el incumplimiento de un deber específico. En este sentido, en los delitos de infracción del deber, el control del hecho no tiene relevancia para determinar la autoría o participación en el hecho delictivo, ya que solo puede considerarse autor aquel que infringe un deber jurídico especial, el *intraneus* (Abanto, 2004, p. 8).

Con más precisión, el padre de los delitos de infracción del deber argumenta que la posición de deber en la autoría se fundamenta en una relación de confianza. Los delitos de infracción del deber presentan una estructura social conformada por una relación autor-victima, distinguiéndolo de los delitos de dominio. De esta forma, los supuestos deben contener la relación de dependencia entre el sujeto activo y el objeto de protección o víctima (Roxin, 2016, p. 725).

Por lo tanto, los delitos de infracción al deber son tipos penales en los cuales la autoría recae sobre un individuo que se beneficia e incumple un deber que emana de su rol social, lo que ocasiona una lesión típica al bien jurídico protegido. Sin embargo, esta comprensión resulta insuficiente para abordar completamente la teoría de la infracción al deber, por lo que, profundizaremos en las siguientes líneas.

Para Silva, el derecho penal está constituido por un conjunto de normas denominadas por la doctrina como “normas primarias” y “normas secundarias” (1992, p. 311). Las normas primarias prohíben a los ciudadanos cometer delitos, mientras que las secundarias sancionan penalmente a los jueces en caso de cometer actos delictivos.

Además, acorde con De Toledo, las normas primarias pueden ser de mandato o de prohibición (citado en Silva, 1992, p. 323). Las normas primarias de prohibición buscan evitar que los destinatarios lesionen la esfera de bienes jurídicos protegidos penalmente, mientras que las normas primarias de mandato tienen como objetivo obtener acciones positivas para salvaguardar la esfera de dichos bienes.

Por su parte, Jakobs distingue entre deberes negativos y positivos (2003, p. 102). Los deberes negativos implican abstenerse de causar daño, mientras que los deberes positivos se relacionan con el proporcionar ayuda solidaria. Por ejemplo, un deber negativo es la prohibición general de causar daño; un deber positivo es la obligación de los padres de proteger a sus hijos de sufrir daños.

En este sentido, la norma de prohibición prohíbe la realización de una conducta determinada, correspondiendo a los delitos de dominio, por cuanto estos están sostenidos en un mensaje de prevención general a través de un concepto punitivo negativo. Por otro lado, la norma de mandato transmite un mensaje de realizar una actividad con el fin de salvaguardar bienes jurídicos tutelados penalmente.

El enfoque del destacado profesor Jakobs sobre la fijación de criterios se centra en la identificación de los roles generales relacionados al escenario competencial de cualquier ciudadano con capacidad de organizar su libertad personal. Esto implica una relación negativa, donde se espera que cada ciudadano cumpla con ciertos deberes y responsabilidades básicas dentro de la sociedad, lo cual implica ‘no dañar’. Además de estos roles generales, existen roles especiales que corresponden a individuos cualificados, quienes están obligados positivamente a cumplir con deberes de salvamento o fomento, así como con deberes institucionales (Arismendiz, 2018, p. 89).

Entonces, la norma de mandato contiene dos deberes especiales copulantes, un deber de salvamento y un deber de fomento. El deber de salvamento obliga al sujeto cualificado a salvaguardar el bien jurídico tutelado. El deber de fomento impulsa al sujeto cualificado a construir un ambiente favorable respecto a los bienes jurídicos u objetos de protección.

Así, podemos considerar como una regla de oro que la norma de mandato es el insumo directo para identificar a un delito de infracción del deber, pues estos delitos imponen deberes al sujeto activo en razón de la existencia de una norma de mandato (Arismendiz, 2018, p. 112).

**D. La participación en los delitos de infracción del deber**

1. Sujetos intervenientes en la comisión de los delitos de infracción del deber

El maestro alemán Roxin señala que la diferencia entre el concepto de autor de los delitos de dominio y los de infracción del deber, reside en el criterio del dominio del hecho (2000, p. 414). En los primeros, este criterio se relaciona con las circunstancias específicas del evento. Sin embargo, en los delitos de infracción del deber, la forma externa de intervención carece de relevancia. En ese sentido, Abanto precisa que, en los delitos de infracción del deber, la existencia o no del dominio del hecho no tiene relevancia en cuanto a la distinción entre autor o partípice (2004, p. 9). Basta verificar que el *intraneus* haya infringido el deber para atribuirle la autoría. Cualquier *extraneus* que haya colaborado, ya sea con o sin dominio del hecho, se le otorgará el título de partípice.

Por lo tanto, a diferencia de los delitos de dominio de hecho, que admiten diversas formas de atribución como autoría directa, autoría mediata y coautoría, los delitos de infracción del deber solo permiten la autoría directa. Esto se debe a que el estatus de autor o *intraneus* se asigna a quien infringe un deber específico. En cuanto al *extraneus*, Abanto sostiene que, según la teoría de la unidad del título de imputación, este puede intervenir en el delito especial (2004, p. 6). Aunque no pueda ser considerado autor, no existe impedimento para que pueda ser considerado como cómplice o instigador de dicho delito.

Abanto ofrece como ejemplo el delito de peculado: si un funcionario público, desde el extranjero, instruye a un individuo para que se apodere de fondos que están bajo su administración, el título de autor del peculado corresponderá al *intraneus*, es decir, al funcionario público (2004, p. 9). El *extraneus* sería su cómplice. Es irrelevante si el funcionario tenía o no dominio del hecho, pues de todas formas habría violado su deber, lo que permitió que otro afectara el bien jurídico protegido al cometer el acto delictivo.

2. Problema de la imputación de responsabilidad penal del *extraneus*

No existe una doctrina jurisprudencial unitaria sobre la imputación de responsabilidad penal al *extraneus*. Este problema fue advertido por Arismendiz, quien analizó la Casación 782-2015-Del Santa (2016, pp. 112-114). Dicha sentencia, en su fundamento décimo, estableció que el artículo 26 del Código Penal impediría imputar respon-

sabilidad al *extraneus*. Según esta postura, el *extraneus* estaría exento de responsabilidad penal porque no posee el estatus especial del autor. De este modo, se considera que no puede ser responsabilizado, ya que escapa del radio punitivo de la norma.

Sin embargo, Arismendiz contrasta esta postura con otra sentencia de la Corte Suprema, la Casación 841-2015-Ayacucho (2016, p. 113). En su vigésimo fundamento, dicha sentencia indicó que la responsabilidad del *extraneus* en un delito de infracción de deber dependerá de si su participación está contemplada en la redacción típica, es decir, en los delitos de participación necesaria.

Ciertamente la postura de la Corte Suprema en la Casación 782-2015-Del Santa genera preocupación. La punición del *extraneus* en los delitos especiales y de infracción del deber se deriva de la necesidad de mantener la unidad del injusto penal. Como explica Arismendiz, la accesoria en la participación reconoce esta unidad, lo que implica que tanto el autor (*intraneus*) como el partípice (*extraneus*) están conectados al injusto penal. Ambos han infringido el deber negativo general de no dañar los bienes jurídicos protegidos por la ley penal (Arismendiz, 2016, p. 111).

Una de las razones por la cual la Corte Suprema trabajó una tesis a favor de la ruptura de la imputación fue el artículo 26 del Código Penal. Al respecto, es importante precisar que en los delitos especiales (propios o impropios) o de infracción del deber, las circunstancias y cualidades de los sujetos intervenientes no se transfieren a otros sujetos involucrados en el mismo hecho punible. Sin embargo, todos los intervenientes están ligados a un mismo accionar típico. Esta postura conduce a un reproche más intenso para el *intraneus*, como autor del delito, y a un reproche más leve para el *extraneus*, como partípice del hecho punible.

Este enfoque destaca la importancia de mantener la integridad del sistema penal. Tanto los autores directos como los cómplices deben ser considerados responsables por su contribución al daño causado a los bienes jurídicos protegidos. La unidad del injusto penal se refleja en la conexión entre el autor y el partípice, quienes han infringido el deber fundamental de respetar la ley penal y proteger los intereses de la sociedad.

En suma, el *extraneus*, aunque no posea una condición especial propia de autor ni esté sujeto a una norma de mandato, puede ser considerado partípice. No debe ser eximido de responsabilidad solo por la ausencia de un deber jurídico especial. Esto refuerza que entre los sujetos intervenientes en los

delitos de infracción del deber puede haber tanto un autor (*intraneus*) como un partícipe (*extraneus*).

### 3. Peculiaridades en la calificación jurídica de los intervenientes

Es crucial tener especial cuidado al analizar un caso que involucre un delito de infracción al deber, puesto que su estudio requiere un enfoque distinto a los delitos de dominio. En este tipo de delitos, el *extraneus* solo puede portar el título de participación, pues el delito es cometido por un sujeto cualificado. Como señala Vacchelli, la participación no lleva inherentemente un contenido de injusto, sino que es accesoria al hecho del autor, aunque esta accesoriedad tiene un límite (2015, p. 120).

El maestro argentino Vacchelli explica la fisura existente en la doctrina penal respecto a la limitación de la accesoriedad limitada en la intervención de un tercero en los delitos de infracción al deber (2015, pp. 125-127). De su análisis, surgen cinco consecuencias sistemáticas:

- El agente con deberes específicos responde por la existencia de un bien y de no menoscabearlo. Siempre será responsable como autor por haber infringido su deber, sea por acción u omisión, incluso si no tuvo el dominio del hecho. Por ejemplo, un tutor que le da un consejo a un tercero para que pueda sustraer el patrimonio de casa de su pupilo que le han confiado su cuidado. Si el delito se consuma, el tutor será imputado como autor de administración desleal debido a su obligación especial, mientras que el tercero, aunque tuvo dominio del hecho, solo será imputado como partícipe.
- El modelo limitado de la accesoriedad se refleja en el aspecto subjetivo del injusto principal al que accede el partícipe. Según la doctrina predominante, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de dominio, en los delitos de infracción de deber, se permite que un *extraneus* participe en un acto principal imprudente realizado por un *intraneus*. Aquí, lo relevante no es si el *intraneus* actúa con dolo o imprudencia, sino que infrinja típicamente su deber frente a la institución con la que está vinculado. Por tanto, la punibilidad de la participación es procedente siempre que el hecho principal sea injusto e imputable al agente cualificado, incluso a título de imprudencia. Sin embargo, debido a la ausencia de tipos penales imprudentes en la mayoría de los delitos especiales propios, estos casos pierden gran parte de su relevancia práctica.
- En los delitos de dominio, cuando varias personas coordinan mutuamente su organización y tienen la misma importancia, no serían partícipes del injusto, sino coautores. Si algunos tienen menor grado de organización, serán partícipes. Esto no sucede en los delitos de infracción de deber, donde la autoría y participación no se cuantifican. Debido al carácter personal de la posición de garante, la coautoría está excluida. En estos casos, cada agente responde individualmente por la infracción de su deber, es decir, como autor directo.
- En un delito común, si interviene una persona que ocupa una posición de garante, la situación cambia. Ya no se tratará de un delito común, sino uno de infracción del deber, en razón de que se vulnera la institución con la cual está vinculado. En esos casos, la complejidad se transforma en una autoría más amplia. Por ejemplo, si un padre facilita el arma a alguien para que mate a su hijo, no será considerado cómplice del delito de homicidio, sino autor del delito de parricidio (homicidio agravado por el vínculo), puesto que se ha quebrantado una norma de cuidado derivada de la institución paterno-filial. Esta relación convierte el homicidio en un delito de infracción del deber para los padres.
- Finalmente, la distribución de formas de conductas está ligada a la inmediatez del deber. Esto cambia el enfoque de la tentativa en los delitos de infracción al deber, ya que solo se puede determinar en función del comportamiento del agente. Este aspecto es particularmente relevante en la intervención de garantes, como en las relaciones conyugales o paterno-filial. Por ejemplo, un esposo que presta auxilio al asesino de su esposa sería considerado como autor de homicidio, aunque pierda influencia sobre el hecho. El autor pierde la tentativa cuando deja pasar la última oportunidad de evitar el resultado.

Por último, es importante destacar otra particularidad: si el delito de infracción al deber también es un delito de correspondencia, el *extraneus* no puede ser catalogado como cómplice del delito perpetrado por el *intraneus*. Como se ha mencionado previamente, en los delitos de correspondencia, ambas partes son responsables de su propio tipo penal, de manera diferenciada e independiente. Así, el *extraneus* será considerado autor de su propio delito. Esta distinción es esencial para una correcta atribución de responsabilidad, asegurando que cada individuo sea juzgado por sus acciones dentro del marco legal correspondiente.

## E. Complicidad

La complicidad, junto con la instigación, constituyen formas de participación en un delito. Los partícipes no tienen dominio del hecho. Por lo tanto, su participación depende del hecho principal llevado a cabo por un autor. Además, los partícipes no realizan el hecho prohibido, lo que significa que no pueden lesionar directamente el bien jurídico tutelado por el derecho penal. Sin embargo, al contribuir al acto delictivo, ponen en riesgo dicho bien jurídico. Por ello, son responsables penalmente (Arias, 2002, pp. 410-411).

Pérez sostiene que la complicidad implica que un sujeto coopere de manera dolosa en la ejecución de un hecho ajeno (2021, p. 605). La finalidad de esta cooperación es que el autor alcance su propósito criminal. En el plano objetivo, se requiere que el cómplice haya prestado algún tipo de ayuda al autor. En el plano subjetivo, debe haber aceptado el hecho doloso principal. De este modo, contribuye a lesionar el bien jurídico atacado por el autor.

Los actos de complicidad pueden ocurrir tanto durante la preparación como durante la ejecución del delito. Esto implica que, una vez consumado el delito, solo se considerarán punibles aquellos actos que, en unidad de acción con la ejecución del delito, hayan contribuido al mismo. Cualquier acto posterior será tratado a través de la autoría de delitos autónomos tipificados en la legislación penal (García, 2012, p. 713).

En cuanto a las clases de complicidad, el artículo 25 del Código Penal, distingue dos categorías. La primera es la complicidad primaria, en la que el sujeto presta un auxilio imprescindible para la perpetración del delito. Es decir, sin su cooperación, el delito no habría podido ser perpetrado. La segunda es la complicidad secundaria, que se refiere a una asistencia prescindible en la comisión del delito. Tal diferenciación, como apunta García (2012, p. 714), no es un mero ejercicio mental, sino que tiene incidencia en la pena que se prevé para el cómplice. De esta forma, en caso de complicidad primaria, la pena será la misma que la del autor. Sin embargo, en el caso de la complicidad secundaria, la pena se reducirá moderadamente.

En cuanto al aspecto subjetivo de la complicidad, Quintero (1996, citado en Pérez, 2021, p. 606) sostiene que esta requiere de dolo. Por consiguiente, no es posible la existencia de complicidad en delitos culposos. Tampoco es posible la complicidad culposa en un hecho principal doloso. Anudado a ello, el cómplice debe tener conocimiento de que está contribuyendo a la ejecución de un hecho

delictivo punible. De lo contrario, nos encontraríamos en frente a un hecho socialmente permitido, bajo la óptica de la prohibición del regreso.

En esta línea teórica, resaltamos el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, en el que se regula el principio de responsabilidad penal. Establece que en el Perú está proscrita la responsabilidad objetiva. Esto significa que no basta con el resultado para imponer una responsabilidad penal, ya que se requiere que tanto el autor de los hechos como el cómplice actúen en la línea del escenario doloso.

En la doctrina se reconocen tres tipos: (i) dolo directo, también conocido como inmediato o de primer grado. Aquí, el sujeto activo tiene pleno conocimiento del hecho típico y lo comete. Hay una coincidencia entre lo que quiere y lo que hace; (ii) dolo de consecuencias necesarias, también llamado indirecto, mediato o de segundo grado. En este caso, el agente tiene una representación delictiva, pero no como un fin, pues el delito no es su objetivo principal. Sin embargo, el hecho delictivo es necesario para alcanzar un fin principal; y (iii) dolo eventual, también conocido como condicionado. Aquí, el autor se representa el hecho típico como una posibilidad y acepta el riesgo de lesionar el bien jurídico (Pérez, 2021, pp. 292-297).

Es necesario evaluar cuidadosamente la posibilidad de configurar el elemento subjetivo del dolo en el delito que se está analizando. De esta manera, se podrá determinar con exactitud qué tipo de dolo se aplica a la complicidad. Por ejemplo, bajo nuestra óptica, la única posibilidad de configurarse el elemento subjetivo en los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico es a través del dolo directo. Las razones son las siguientes:

- Inicialmente, del análisis de los delitos en mención, se advierte un escenario de carácter doloso. No se encuentra una figura culposa expresa, y al ser el dolo inferido, no cabe duda de que se tratan de delitos dolosos.
- En cuanto al tipo de dolo, se configura por dolo directo. Esto se debe a que los tipos penales en estudio contienen verbos imperativos. En el delito de cohecho pasivo propio, se incluyen los verbos 'solicitar', 'aceptar', 'recibir' y 'condicionar'. En el delito de cohecho activo genérico, se encuentran los verbos 'ofrecer', 'dar' y 'prometer'. Estos verbos, al ser imperativos, permiten asumir que existe un vínculo entre el sujeto activo con el escenario delictivo. Esta relación es directa y expresa.

- No pueden ser configurados por dolo indirecto, ya que esto requeriría un espacio entre la acción y el resultado. Al ser los delitos en cuestión delitos de peligro abstracto<sup>1</sup>, identificados con el *ex ante*, no es posible la existencia de un escenario de dolo indirecto.
- Tampoco pueden ser configurados por dolo eventual<sup>2</sup>, ya que se requiere un espacio entre la acción y resultado. Al ser delitos de peligro o de mera actividad, el dolo eventual no es aplicable.

Con base en este criterio, en los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico, al configurarse con dolo directo, nos conlleva a afirmar que, la complicidad seguiría el mismo criterio.

Finalmente, la complicidad se distingue de la investigación en varios aspectos. Principalmente, el instigador induce de manera consciente e intencional a otra persona a cometer un hecho punible. Sin embargo, no participa en su ejecución. Según Arias (2002, pp. 414-415), si el instigador participa en la ejecución del ilícito, adquiere la calidad de autor. Esta diferencia es significativa en comparación con la complicidad, donde el cómplice actúa como un cooperador a la realización de un hecho punible.

#### F. El instrumento doloso no cualificado

En el marco de los delitos basados en la teoría de infracción del deber, el título de autor se le atribuye a quien cuenta con un deber especial. Esto difiere de los delitos convencionales, donde el autor es quien materialmente comete el delito. Sin embargo, la cuestión se complica cuando un sujeto cualificado utiliza a un *extraneus* (tercero no cualificado) para llevar a cabo el delito. En este contexto surge la figura del instrumento doloso no cualificado, por la cual el *intraneus* es considerado autor mediato de un delito especial, mientras que el *extraneus* actúa como cómplice.

Diversos intentos de encajar la autoría mediata a través del instrumento doloso no cualificado con la teoría del dominio del hecho han dado lugar a

nuevas interpretaciones. Entre ellas, se encuentra el dominio normativo, donde se argumenta que el sujeto cualificado (el ‘hombre de atrás’) no solo influye en el intermediario, sino que su cualificación es la que otorga la naturaleza delictiva al acto. Otra es la teoría del dominio social del hecho, en la que el control reside en la proposición del sujeto cualificado al intermediario de participar en el delito especial. Sin embargo, estas versiones han sido objeto de críticas, especialmente por parte de Roxin, quien sostiene que la cualificación del sujeto no implica necesariamente dominio del hecho, sino que simplemente lo habilita como autor en delitos especiales (Bolea, 2000, pp. 409-413). Así, la construcción de esta figura a través del dominio del hecho no resulta convincente.

El instrumento doloso no cualificado aparece dentro de la figura de la autoría mediata. Tal como explica Mir, en esta figura los roles se invierten: el ‘hombre de atrás’ es considerado autor mediato, aunque no realice materialmente el acto delictivo, mientras que el instrumento es considerado partícipe (2006). Este desplazamiento del rol central hacia el hombre de atrás ocurre por dos razones: (i) porque el instrumento actúa sin libertad o sin conocimiento de la situación, siendo coaccionado, engañado o aprovechándose de su ignorancia; o (ii) porque no puede realizar el tipo penal, al no ser idóneo para ser considerado autor (Mir, 2006, p. 382).

Ciertamente, en la autoría mediata, el autor no realiza personal y directamente el delito, sino que lo realiza a través de otra persona, quien carece de responsabilidad para cometer el acto delictivo. Siguiendo un criterio objetivo-formal es difícil fundamentar esta clase de autoría, por lo que requiere un criterio concreto que permita atribuir responsabilidad penal al autor real y no al instrumento, el cual es el del dominio del hecho (Arias, 2002, p. 402).

En ese sentido, el instrumento nunca respondería penalmente debido a que estaría afectado por un supuesto de error de tipo, coacción o engaño. Márquez no da el ejemplo de la enfermera que, sin saberlo, administra veneno en lugar de un tra-

<sup>1</sup> Los delitos de peligro abstracto, se caracterizan por tener el baremo *ex ante*, ello sucede con el delito de cohecho pasivo propio, para efectos de exemplificarlo, usaremos el verbo ‘solicita’: el funcionario o servidor público al solicitar una dádiva para emitir una resolución beneficiando a otra persona, en este escenario, el solo hecho de solicitar el dinero permite indefectiblemente consumar el delito, incluso a pesar que el usuario no le haya entregado el dinero o no haya emitido resolución. Asimismo, al ser este tipo penal de correspondencia, encontramos correspondencia con el delito de cohecho activo genérico, el mismo que también es un delito de peligro abstracto.

<sup>2</sup> La razón de ello es que, el dolo eventual ha sido creado fundamentalmente en los delitos de resultado, ya que el sujeto activo se representa la lesión al bien jurídico, esto es, la posibilidad de lesionarlo, pero a pesar de esta posibilidad continúa con el escenario delictual. Es decir, el sujeto debe analizar la posibilidad de lesionar un bien jurídico, por lo que necesita un espacio entre la acción y resultado, siendo imposible aplicarlo para delitos de mera actividad o de peligro.

tamiento adecuado debido a una alteración mali-ciosa en los medicamentos (2006, p. 111). Aquí, la enfermera asume el rol de instrumento que actúa bajo un error de tipo, mientras que el autor mediato es quien ideó el acto delictivo.

El dilema surge cuando el instrumento conoce la naturaleza del acto delictivo y decide participar voluntariamente. En esta situación, el concepto de instrumento doloso no cualificado no encaja bien con la teoría del dominio del hecho, pues no ofrece una solución adecuada. Según el maestro Roxin, en los delitos de dominio, el autor mediato controla el acto delictivo a través de coacción, engaño o mediante el uso de aparatos de poder organizados (2000, p. 394). Sin embargo, en los delitos de infracción al deber, la autoría mediata se configura mediante el instrumento doloso no cualificado. Roxin precisa que “basta que el individuo que está sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentre al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría” (2000, p. 394).

A su vez, el gran académico, nos ilustra con el siguiente ejemplo:

El funcionario que, sin tener el dominio del hecho, determina a un *extraneus* a realizar el resultado jurídicamente desaprobado, es autor mediato, puesto que, vulnerando el deber especial extrapenal que le incumbe (lo único que importa) ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo, por ejemplo, la certificación falsa. En cambio, el falsificador *extraneus*, a pesar de su dominio del hecho, es cómplice. (Roxin, 2000, p. 394)

Este análisis, según Bacigalupo, otorgaría una solución adecuada para delitos de funcionarios, en los cuales un sujeto cualificado delega la ejecución de un acto ilícito al instrumento doloso no cualificado (2007, pp. 63-64). Así, basándose en el criterio de los delitos de infracción al deber, al funcionario que, sin tener dominio del hecho delictivo, omite impedir que el tercero produzca un resultado anti-jurídico, se le atribuye el título de autor mediato. Esto se debe a que la teoría unidimensional de la autoría, basada en el dominio de hecho, no ofrece una fundamentación satisfactoria. Por otra parte, el tercero se limita a ser un partícipe.

Pariona refuerza esta postura, argumentando que el sujeto cualificado que actúa a través de un tercero lesiona su deber especial y, por tanto, es el autor mediato (2014, citado en Arismendiz, 2018, p. 88). Mientras tanto, el *extraneus*, aunque tenga dominio sobre el acto, solo puede ser considerado cómplice, pues al no estar vinculado al deber es-

pecial y, por ende, al no poder lesionarlo, no se le puede atribuir el título de autor.

Dicho esto, el instrumento doloso cuenta con un historial dogmático desarrollado por diversos autores, lo cual permite comprender el sentido en el que se desenvuelve y, en consecuencia, otorga cimientos para su construcción como solución al problema de la intervención del intermediario no cualificado en los delitos de correspondencia.

#### IV. DE LA PROBLEMÁTICA PLANTEADA

Luego de un desarrollo sucinto de los antecedentes teóricos sobre los delitos de participación necesaria, infracción de deber e instrumento doloso no cualificado, corresponde enfocarnos en el problema planteado. Para ello, debemos abordar los siguientes aspectos:

##### A. Respecto a la clasificación de los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico

Los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico son delitos de participación necesaria. Esto significa que requieren la intervención de dos sujetos de diferente estatus jurídico. Por un lado, se presenta el funcionario o servidor público (*intraneus*), y por otro lado, a una persona que no reúne la condición especial (*extraneus*).

Es importante resaltar que los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico son delitos de correspondencia. Por ese motivo, cada interveniente tiene un tipo penal diferenciado. Así, cuando un funcionario público activa un verbo rector del cohecho pasivo propio como ‘aceptar’ o ‘recibir’ el medio corruptor, no se puede considerar al *extraneus* como partícipe o coautor por ofrecer el medio corruptor. En su lugar, debe aplicarse su propio tipo penal, es decir, el cohecho activo genérico, ya que este habría activado los verbos rectores de ‘ofrecer’, ‘dar’ o ‘prometer’ el medio corruptor, siendo tratado como autor de ese delito específico.

El delito de cohecho pasivo propio es un delito de infracción del deber, debido a la relación entre el funcionario público y la institución de ‘administración pública’. Este vínculo impone al funcionario público deberes especiales. Por lo tanto, al incurrir en acciones como aceptar, recibir o solicitar medios corruptores, o al condicionar su conducta a la entrega de estos, el funcionario público estaría incumpliendo sus deberes de protección del bien jurídico (Arismendiz, 2018, p. 574).

Por otro lado, tenemos al delito de cohecho activo genérico, el cual no es un delito de infracción al

deber, ya que no existe un deber específico que se conecte con el *extraneus* en una relación especial con el injusto del hecho. De la redacción del tipo penal se advierte como agente a 'el que', lo que implica que puede ser autor un sujeto común.

### B. La complicidad en los delitos de correspondencia

La temática expuesta al inicio de este artículo nos presenta una realidad en la que, bajo nuestra óptica, no es posible aplicar la figura de complicidad como una solución viable para el caso. A continuación, argumentaremos nuestra postura.

Mediante la complicidad, el agente apoya el plan criminal del autor. Este apoyo se hará antes o durante la comisión del delito. En este escenario se presenta una relación íntima entre la complicidad y el principio de accesoriedad limitada, en la que el cómplice depende del plan del autor y responde en la medida que el plan llegue en grado de tentativa o, en su defecto, en grado del injusto penal.

Aplicar la complicidad a los delitos de correspondencia vulneraría a todas luces la proporcionalidad de la pena, debido a que esta figura fue construida para los delitos convencionales. Esta situación fue advertida por nuestro maestro Arismendiz en au-

tor, ya que no existe un deber específico que se conecte con el *extraneus* en una relación especial con el injusto del hecho. De la redacción del tipo penal se advierte como agente a 'el que', lo que implica que puede ser autor un sujeto común.

las universitarias, parafraseando su ejemplo, tenemos el siguiente caso:

Un funcionario público, en específico un gerente, comenta a su asistente (tercero) que, con motivo de fiestas patrias, planea organizar un almuerzo con todos los trabajadores del despacho. Sin embargo, menciona que su sueldo no le alcanza para cubrir el costo del almuerzo. Por esa razón, le pide a su asistente que visite a Pedro (*extraneus*), quien había solicitado recientemente una licencia de funcionamiento para su local –se hace la precisión que Pedro no cumplía con todos los requisitos necesarios para que se le expida la licencia–, y le solicite S/ 2000 a cambio de otorgarle inmediatamente la licencia solicitada. De manera que, la suma recibida se destinaría a financiar el almuerzo para todos los trabajadores. El asistente acepta este pedido y, el 15 de julio a las 9:00 am, visita a Pedro para pedirle los S/ 2000 a cambio de tramitar la licencia de funcionamiento que tanto necesita. Por su parte, Pedro acepta el trato, pues necesita comenzar a operar su local con urgencia, por lo que a las 10:00 am del mismo día, entrega al asistente S/ 2000 en efectivo. Posteriormente, el asistente entrega la dádiva al gerente, redacta la licencia de funcionamiento y reserva una mesa para cuatro personas en un restaurante para el día 28 de julio Arismendiz (2024).

**Figura 1: Esquema del flujo delictual en los delitos de cohecho pasivo propio con la participación de un tercero y cohecho activo genérico**



Fuente: Elaboración propia

Este esquema ilustra el proceso delictivo en los casos de cohecho pasivo propio, situación en la que el funcionario público solicita una dádiva, con la intervención de un tercero, y de cohecho activo genérico, donde un tercero da un soborno a un funcionario público con la intervención del mismo tercero. Se detalla la participación de cada parte y cómo se lleva a cabo el flujo delictivo en estos casos específicos.

Basado en el caso planteado, veamos qué está definido indubitablemente:

- El gerente es autor del delito de cohecho pasivo propio, ya que habría solicitado, en razón del cargo, un medio corruptor, en específico, una dádiva de S/ 2000.
- El *extraneus*, Pedro, sería autor del delito de cohecho activo genérico, ya que habría dado

la suma de S/ 2000 al tercero para que el gerente emitiera la licencia de funcionamiento.

¿Cuál sería el título de imputación para el asistente (tercero)? Tenemos las siguientes consideraciones previas:

- El asistente conocía el escenario espurio del medio corruptor.
- No recibió parte de la dádiva, solo receptionó el dinero, hizo entrega de tal dinero al gerente, redactó la licencia de funcionamiento y realizó las gestiones para reservar una mesa en un restaurante.

Si asumimos la postura de la complicidad, debemos tomar en cuenta el constructo literal 'preste auxilio' consagrado en el artículo 25 del Código Penal. Al prestar auxilio, tanto al funcionario públi-

co como al *extraneus*, el tercero sería cómplice de dos delitos: cohecho pasivo propio y de cohecho activo genérico. En ese sentido, el tercero, al haber transmitido el mensaje del funcionario a Pedro y, posteriormente, haber recibido y entregado la dádiva, estaría prestando auxilio tanto al plan del funcionario público como al del *extraneus*.

De forma que, existen dos planes delictivos, ya que hay dos autores, quienes responderán por los tipos penales autónomos regulados para cada uno, siendo este un escenario propio de los delitos de correspondencia.

- Plan del autor cualificado: el plan del funcionario público que solicita el medio corruptor, por lo que responde como autor directo de cohecho pasivo propio.
- Plan del autor no cualificado: el plan del *extraneus* de entregar la dádiva para corromper al funcionario público y ser bene-

ficiado con un acto funcional, por lo que responde como autor directo de cohecho activo genérico.

Surge la pregunta, ¿el asistente debería, siguiendo las reglas de la participación delictiva, responder como cómplice de los dos planes delictivos? El sentido común nos lleva a una conclusión inquietante, el tercero respondería tanto por el delito de cohecho pasivo propio, como por cohecho activo genérico, de forma que se trabajaría un concurso real de delitos.

En consecuencia, en mérito del artículo 50 del Código Penal, al concurrir varios hechos delictivos considerados como delitos independientes, se sumarían las penas privativas. Pero ello es absurdo, por cuanto la pena para el tercero sería más alta que la del autor del delito de cohecho pasivo propio o el autor del cohecho activo genérico, lo que violaría la proporcionalidad de las sanciones. Así, tenemos:

**Figura 2: Comparación de penas entre autores y cómplices en delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico**

Autor del delito de cohecho pasivo propio	Autor del delito de cohecho activo genérico
Autor	Pena del funcionario: 06 años
Cómplice	Pena del tercero: 04 años

Concurso real: 04 años + 04 años = 08 años → Vulneración de la proporcionalidad de la pena

Fuente: Elaboración propia

Asimismo, resaltamos que en el Perú no existe la figura de la complicidad en cadena. Como señala Pérez, el artículo 25 del Código Penal aborda la prestación de auxilio o aporte de asistencia para la realización de un hecho punible, pero no contempla la cooperación de la cooperación (2021, p. 610). Por ello, nuestro sistema jurídico penal regula el concurso real, el concurso ideal y el delito continuado. Quizá algunos argumenten que sería factible emplear un concurso ideal de delitos, de manera que se sancione con el tipo penal con la pena más grave; sin embargo, este razonamiento es incorrecto, ya que, si bien existe una pluralidad de tipos penales, hay una sola acción. Del mismo modo, hay quienes sugieren aplicar una figura delictiva continuada y optar por el delito con la pena más grave, pero este razonamiento tampoco es correcto, ya que, si bien existe una pluralidad de acciones, hay una sola resolución criminal, es decir, está el concepto unipersonal.

Bajo nuestra óptica, la solución ante esta problemática sería descartar la complicidad del tercero

en los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico por las razones expuestas y, en su lugar, hacer uso del instrumento doloso no cualificado, el cual será tratado en el siguiente apartado.

### C. Del instrumento doloso no cualificado

En líneas anteriores, se plantea el ejemplo del funcionario público que mediante su asistente solicita el medio corruptor para emitir un acto en violación a sus obligaciones. Es cierto que, siendo un delito de infracción al deber, el funcionario público, sin tener el dominio del hecho, responde como autor del delito de cohecho pasivo propio.

Entonces, se cuestiona el título de imputación que le corresponderá al asistente, en la medida que carece de condición cualificada para ser considerado como autor. Por otra parte, surge la posición de otorgarle el título de partícipe; sin embargo, al tratarse de un delito de correspondencia, se entraría en un concurso real de delitos, lo cual implica la suma de las penas privativas y, en conse-

cuencia, la pena para el asistente sería más alta que la del autor.

En ese contexto, el intermediario no cualificado tiene conocimiento y voluntad para formar parte del acto delictivo, razón por la cual no se adecua a los supuestos requeridos para configurar la autoría mediata bajo la concepción de la teoría del dominio de hecho. Entonces, ¿cómo resolver este problema? La solución recae en el instrumento doloso no cualificado.

En los delitos de infracción al deber, el instrumento puede ser doloso o no, dependiendo de si actúa voluntariamente o bajo coacción, error de tipo, inimputabilidad o estructuras de poder organizadas. La persona intermediaria es considerada instrumento, debido a que es utilizada por quien tiene el deber especial. Sin duda, si el instrumento actúa con dolo, responderá a título de cómplice; si su voluntad está dominada por el *intraneus*, no se le atribuirá responsabilidad penal (Suarez, 2002, p. 165).

El actuar doloso de la persona intermediaria es vital en la construcción del instrumento doloso no cualificado. Para Bolea (2000, p. 435) suponer que la cualificación del hombre de atrás determina la concreción de un escenario delictivo, implica pasar por alto la decisión consciente que toma el ejecutor material. Aunque el intermediario no posea la especial cualificación para ser autor del delito, puede decidir sobre su ejecución.

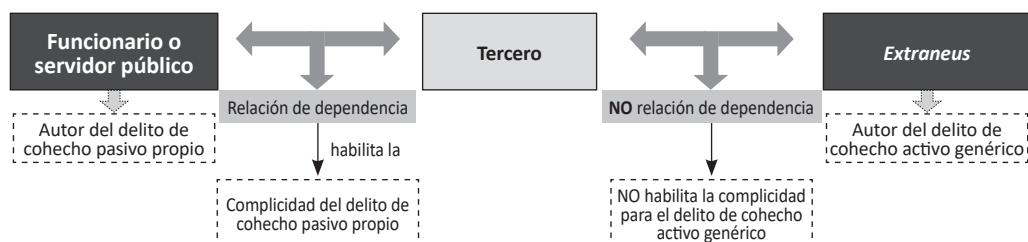
De hecho, el ejecutor puede formar su voluntad libremente, de manera que no se encuentra bajo influencia psíquica de ningún género. Es así como la decisión sobre intervenir en la comisión del hecho delictivo depende solo de su criterio (Roxin, 2016, p. 248).

Ahora bien, en el instrumento doloso no cualificado se presenta una relación de dependencia entre el hombre de atrás (*intraneus*) y el intermediario no cualificado. En el ejemplo anterior, la relación laboral entre el funcionario público y su asistente sugiere una situación de autoridad, que podría llevar al asistente a cumplir con la orden impartida. Sin embargo, esta orden no es legítima, lo que descarta la posibilidad de eximir de la pena al sujeto intermediario por un supuesto de obediencia jerárquica<sup>3</sup>. Tal como afirma Villavicencio, cuando se trata de una orden ilegítima, su cumplimiento puede ser o no obligatorio (2006, p. 646).

La orden ilegítima que recibe el tercero interveniente genera un matiz sustancial entre la complicidad y el instrumento doloso no cualificado. En la complicidad, el cómplice presta auxilio al plan criminal, ya sea antes o durante la ejecución del delito. Por otro lado, el instrumento doloso tiene algo extra, ya que actúa recibiendo órdenes, hay una relación manifiesta de dependencia. Esta diferenciación es otra razón más para no considerar como viable el uso de la complicidad en el caso planteado, ya que los cómplices no obedecen órdenes, así como tampoco están en una relación de dependencia con el autor, sino que voluntariamente prestan auxilio al plan concreto del autor.

Por lo tanto, el intermediario no cualificado, en razón de una relación de dependencia directa con el funcionario público, recibe una orden espuria, la cual elige realizar a pesar de conocer su carácter delictivo. De este modo, el intermediario responde penalmente, debido a la relación de instrumento doloso que mantiene con el funcionario público. Este planteamiento lo podemos visualizar de la siguiente manera:

Figura 3: La dinámica de la complicidad bajo la luz del instrumento doloso no cualificado



Fuente: Elaboración propia

<sup>3</sup> Se exime la responsabilidad penal de la persona que obra en razón de una orden obligatoria de autoridad superior competente, emitida en el ejercicio de sus funciones, lo cual se encuentra regulado por el inciso 9 del artículo 20 del Código Penal. La dinámica concurre en una relación de obediencia entre un superior e inferior jerárquico, cuya situación de subordinación se encuentra regulada jurídicamente. En ese contexto, se emite una orden formalmente legítima, es decir, que reviste todas las formas legales que exigen la ley o reglamento; siendo ejecutada por el inferior jerárquico en virtud de una situación de subordinación y, en consecuencia, se le libra de responsabilidad penal.

Entonces, mediante el instrumento doloso no cualificado, el tercero intermediario solo obtendría el título de cómplice respecto al delito de cohecho pasivo propio, debido a la relación de dependencia con el funcionario o servidor público. En cuanto al delito de cohecho activo genérico, no se configuraría la complicidad del tercero, dado que no existe una relación de dependencia con el *extraneus*.

## V. TOMA DE POSTURA

Respecto a la pregunta expuesta líneas arriba, esto es, ¿por qué la admisión de la teoría del instrumento doloso no cualificado en los delitos de correspondencia sería un criterio garantizador de la proporcionalidad penológica en el juicio de subsunción de los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico? Consideramos que la aplicación de la teoría del instrumento doloso no cualificado, habilita la complicidad del intermediario solo con el funcionario o servidor público, con quien mantiene una relación de dependencia, y no con el *extraneus* cohechador. En ese sentido, el intermediario responderá como cómplice del delito de cohecho pasivo propio, evitando que obtenga una pena desproporcionada.

Esta línea teórica nos permite estar en sintonía con una regla del derecho expuesta por Cejudo, en específico, con el número catorce: “Cuando concurren varias acciones sobre una misma cosa, particularmente si son penales, la una no se extingue por la otra” (1917, p. 4). Una de las razones que dieron origen al presente trabajo es abordar la participación del tercero interviniendo en dos planos delictivos diferentes en el mundo real, con las consecuencias independientes que acarrearía, esto es, ser cómplice de dos delitos. Afirmar que solo se debería considerar la complicidad de uno de los delitos, sin tener el sustento adecuado, sería ignorar la complicidad de un delito. Pero tomar la doble complicidad vulnera la proporcionalidad penológica.

En este contexto, siguiendo otra regla del derecho que expresa Cejudo, la número 446, “Cuando alcanzan los remedios ordinarios, no se debe recurrir a los extraordinarios” (1917, p. 112), podemos decir, en sentido contrario, que cuando no alcanzan los remedios ordinarios, se debe recurrir a los extraordinarios, esto es, el instrumento doloso no cualificado en los delitos de correspondencia.

Como hemos expuesto, en los delitos de correspondencia, un solo hecho puede acarrear dos tipos penales autónomos y diferenciados, pero es un mismo hecho al fin. Si nos dejamos llevar por esta característica, vamos a entender que la abstracción jurídica (el mundo de las ideas), debe go-

bernar el plano fáctico. Hay que resaltar que los delitos de correspondencia son entelequias jurídicas, es decir, son fundamentalmente abstracciones jurídicas, como los delitos de mera actividad, de peligro, de infracción al deber, los bienes jurídicos abstractos, entre otros. En ese sentido, aunque en el mundo real el tercero interviniendo haya participado en dos planos delictivos diferentes, ese escenario naturalístico debe ceder a la construcción idearia del delito de correspondencia.

Esta postura nos permite solucionar, a la luz de la ciencia penal, el problema planteado, dando un concepto distinto al instrumento doloso no cualificado, en el que tenga pleno conocimiento del hecho, sin estar afectado por un supuesto de error o coacción. Por lo tanto, se hace necesario aplicar el instrumento doloso no cualificado en casos similares al expuesto, para garantizar la proporcionalidad penológica.

## VI. CONCLUSIONES

- La solución que se propone a la problemática abordada se centra en la figura del instrumento doloso no cualificado, donde el intermediario, en razón a la relación de dependencia que mantiene con el sujeto cualificado, en este caso, el funcionario o servidor público, responde a título de cómplice de cohecho pasivo propio. Esto no sucede con el *extraneus* cohechador, evitando así una doble complicidad y, por ende, una atribución de responsabilidad penal mayor a la del funcionario público. De esta manera, se garantiza una justa imposición de la pena en los delitos de cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico.
- Atribuir el título de cómplice al intermediario en los delitos de correspondencia genera problemas de proporcionalidad en la pena, al considerar su participación como cómplice tanto en el auxilio del plan criminal del *intraneus* (cohecho pasivo propio) como del *extraneus* (cohecho activo genérico).
- El grado de intervención delictual del intermediario no cualificado en los delitos de correspondencia, como el cohecho pasivo propio y cohecho activo genérico, deberá ser determinado considerando la teoría del instrumento doloso no cualificado. 

## REFERENCIAS

- Abanto, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. *Revista Penal* (14), 3-33. <https://rabida.uhu.es>

- es/dspace/bitstream/handle/10272/12508/Autor%c3%ada.pdf?sequence=2
- Abanto, M. (2022). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública* (Tomo I, 2da ed.). Instituto Pacífico.
- Arias, L. (2002). *Manual de derecho penal: parte general* (II ed.). EDDILI.
- Arismendiz, E. (2016). La intervención del extraneo en los delitos especiales e infracción de deber. *Actualidad Penal*, (29), 79-116. <https://arismendizyassociados.com/DOCESTJUR/PUBLICACIONES/11.LA-INTERVENCION-DEL-EXTRANEI-EN-LOS-DELITOS-ESPECIALES-Y-DELITOS-DE-INFRACTION-DE-DEBER.pdf>
- Arismendiz, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*. Instituto Pacífico.
- Arismendiz, E. (31, enero, 2024). El instrumento doloso no cualificado en los delitos de correspondencia. Clase de Derecho Penal Especial II, Lambayeque, Perú.
- Bacigalupo, S. (2007). *Autoría y Participación en delitos de infracción del deber. Una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*. Marcial Pons.
- Bolea, C. (2000). *Autoría Mediata en Derecho Penal*. Tirant Lo Blanch.
- Carrasco, M. (2019). Aproximación al concepto del delito plurisubjetivo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, (33), 93-120. <https://rpcp.pe/index.php/RPCP/article/view/24>
- Cejudo, I. (1917). *Reglas del derecho*. Imprenta de Carranza e Hijos.
- García, P. (2012). *Derecho Penal Parte General* (2da ed.). Jurista Editores E.I.R.L.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación* (II ed.). (Trad. Cuello, J. & Gonzales, J.). Ediciones Jurídicas S.A.
- Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (Trad. Cancio, M. & Feijóo, B.). Civitas Ediciones, S.L.
- Márquez, A. (2006). Dominio en la voluntad mediante error en la autoría mediata. *Diálogos de Saberes*, (25), 109-124. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1976/1595>
- Mir, S. (2006). *Derecho penal, parte general* (8va ed.). Editorial Reppertor.
- Montoya, Y., Chanjan, R., Novoa, Y., Rodríguez, J., & Quispe, F. (2013). *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. IDEHPUCP. [https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista\\_publicaciones/manual-de-capacitacion-para-operadores-de-justicia-en-delitos-contra-la-administracion-publica/](https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/manual-de-capacitacion-para-operadores-de-justicia-en-delitos-contra-la-administracion-publica/)
- Pérez, L. (2021). *Derecho penal. Parte general*. Instituto Pacífico.
- Romeo, C., Sola, E., & Baldova, M. (2023). *Derecho penal parte especial* (3ra ed.). Comares.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (VII ed.) (Trad. Cuello, J. & Serrano, J.). Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Roxin, C. (2015). *Derecho Penal. Parte General* (tomo II, I ed., II reimpresión de la I ed.) (Trad. Luzón, D., Díaz y García, M., Paredes, J. & De Vicente, Javier). Editorial Civitas, S.A.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio de hecho en el Derecho Penal* (9na ed.) (Trad. Cuello, J. & Serrano, J.). Marcial Pons.
- Silva, J. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. J.M. Bosh Editor, S.A.
- Suarez, A. (2002). La autoría en los delitos de infracción del deber. *Temas Socio-Jurídicos*, (20), 159-170. <https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/18093/11.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Vacchelli, E. (2015). La Crisis de la Accesoriedad Limitada. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 14(2). [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-14/Revista\\_Juridica\\_Ano14-N2\\_04.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_04.pdf)
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Editora Jurídica Grijley.
- LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**
- Código Penal [CP], Decreto Legislativo 635, Diario Oficial El Peruano, 8 de abril de 1991 (Perú).
- Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995, 24 de noviembre de 1995 (España).