

# UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



## **TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

---

“Inconvencionalidad de la dúplica de plazos prescriptorios para los particulares  
en los delitos contra la administración pública”

---

### **Área de investigación:**

Derecho Procesal Penal

### **Autora:**

Br. Palacios Ramírez Frescia Mirella

### **Jurado Evaluador:**

**Presidente:** Ortecho Aguirre Rocío Belu

**Secretaria:** Rincón Martínez Angela María

**Vocal:** Albornoz Verde Miguel

### **Asesor:**

Cruz Vegas Guillermo Alexander

**Orcid:** <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>

**PIURA – PERU**

**2024**

Fecha de sustentación: 2023/12/20

# Inconveniencia de la dúplica de plazos prescriptorios para los particulares en los delitos contra la administración pública

## INFORME DE ORIGINALIDAD



## FUENTES PRIMARIAS

<b>1</b>	<b>repositorio.upao.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>10%</b>
<b>2</b>	<b>repositorio.unp.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>3%</b>
<b>3</b>	<b>repositorio.uprit.edu.pe</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>4</b>	<b>qdoc.tips</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>
<b>5</b>	<b>Submitted to Pontificia Universidad Católica del Perú</b> Trabajo del estudiante	<b>1%</b>
<b>6</b>	<b>Submitted to Universidad del Istmo de Panamá</b> Trabajo del estudiante	<b>1%</b>
<b>7</b>	<b>issuu.com</b> Fuente de Internet	<b>1%</b>

### **Declaración de Originalidad**

Yo, Guillermo Alexander Cruz Vegas, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada "INCONVENCIONALIDAD DE LA DÚPLICA DE PLAZOS PRESCRIPTIVOS PARA LOS PARTICULARES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA", autora Frescia Mirella Palacios Ramírez, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 16%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el (15/02/2024)
- He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.

Lugar y fecha: Piura, 15 de febrero del 2024

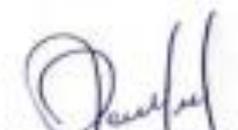
Apellidos y nombres del asesor: Guillermo Alexander Cruz Vegas.

DNI: 43414679

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>

ID: 000008295

Firma:



Guillermo A. Cruz Vegas

Apellidos y nombres de la autora: Frescia Mirella Palacios Ramírez

DNI: 74045819

FIRMA:



## DEDICATORIA

A mis padres que han sabido formarme con buenos valores, sentimientos y hábitos lo cual ha hecho que en los momentos difíciles pueda seguir hacia adelante, a mi hermana por ser un ejemplo de dedicación y esfuerzo, a mis sobrinos que son el motivo de nunca rendirme y luchar por mis metas y a Dios porque su cercanía me da mucha paz.

## **AGRADECIMIENTO**

Le agradezco profundamente a mis docentes que han sido parte de mi camino universitario, por transmitirme los conocimientos necesarios para hoy estar aquí, asimismo a mi asesor que le agradezco su paciencia y dedicación, sin sus palabras y correcciones precisas no hubiera podido llegar hasta esta instancia, Gracias por su guía y todos sus consejos que los tendré grabados para siempre en mi futuro profesional.

## **PRESENTACIÓN**

### **Señores Miembros del Jurado:**

De acuerdo con lo que establece la reglamentación y directivas sobre grados y títulos de la universidad y de la facultad; y, con la finalidad de obtener el título que me habilita como profesional: abogado, me permito poner a su digna evaluación mi investigación bajo el nombre de: **“INCONVENCIONALIDAD DE LA DÚPLICA DE PLAZOS PRESCRIPTORIOS PARA LOS PARTICULARES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”**

Con esta temática lo que se ha buscado es que se realice a nivel de la aplicación de las instituciones jurídicas de naturaleza penal como la prescripción de la acción penal, el respeto de los principios y derechos fundamentales que se encuentran en los tratados sobre derechos humanos, es decir, que los jueces realicen su labor como defensores, no de la ley o del mismo texto constitucional, sino con la observancia de los derechos que se plasman en instrumentos internacionales.

Lo que se persigue es abrir un debate respecto al tema, materia de investigación para que de esta forma se pueda hacer una mejor impartición de justicia desde la interpretación a partir de los derechos fundamentales de la persona.

**La tesista**

## RESUMEN

En esta investigación lo que se desarrolló fue, básicamente, un enfoque a partir del control o test de convencionalidad de la regulación contenida en el artículo 41 último párrafo de nuestra Carta Magna, en función del contenido esencial del derecho a la igualdad y teniendo en consideración que este derecho ha sido desarrollado, tanto a nivel convencional como constitucional, como uno de carácter fundamental y necesario para el establecimiento y un Estado Constitucional de Derecho, donde, no solo se busca un trato igual a quienes se encuentren en igual situación, sino también que forma parte del alcance de este fundamental derecho, el tratamiento diferenciado que se tiene que hacer a quienes se encuentran en condiciones o situaciones distintas.

En relación al alcance de este derecho fundamental es que se contrasta la regulación de la reforma constitucional del artículo 41 mediante la ley 30 650, en la que, sin tener mayor justificación en su exposición de motivos y carecer absolutamente de una motivación para efectos de extender el alcance de la duplicidad de los plazos de prescripción de la acción penal a los particulares, se ha realizado en el texto constitucional una reforma a todas luces equivocada y sobre todo inconvencional, puesto que se comprobó durante la investigación- a partir del método hermenéutico, y a partir del método comparativo, además del doctrinario en conjunto con el análisis de la jurisprudencia, que duplicar los plazos de prescripción de la acción penal a los particulares, vulnera el principio de igualdad debido a que, ellos (los particulares) no ostentan el especial deber de protección de la administración pública que si pesa sobre los funcionarios y servidores públicos .

Por último, a partir del test de constitucionalidad, se ha señalado las posibilidades de solución del problema ya que es inconcebible que un Estado Constitucional de Derecho se aloje dentro de la misma carta fundamental, textos que contradicen la propia parte dogmática de la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos.

**Palabras claves:** proceso penal, prescripción, delitos de infracción de deber, igualdad.

## **ABSTRACT**

In this research, what was developed was, basically, an approach based on the control or conventionality test of the regulation contained in article 41 last paragraph of our Magna Carta, based on the essential content of the right to equality and taking into consideration that this right has been developed, both at a conventional and constitutional level, as one of a fundamental and necessary nature for the establishment and a Constitutional State of Law, where, not only is equal treatment sought for those who are in the same situation, but also which is part of the scope of this fundamental right, the differentiated treatment that must be given to those who find themselves in different conditions or situations.

In relation to the scope of this fundamental right, the regulation of the constitutional reform of article 41 through law 30 650 is contrasted, in which, without having further justification in its statement of reasons and absolutely lacking motivation for the purposes of extending the scope of the duplicity of the periods of prescription of criminal action against individuals, a clearly wrong and, above all, unconventional reform has been carried out in the constitutional text, since it was proven during the investigation - based on the hermeneutic method, and from the comparative method, in addition to the doctrinal method in conjunction with the analysis of jurisprudence, that doubling the periods of prescription of criminal action against individuals violates the principle of equality because they (individuals) do not have the special duty to protect the public administration that does weigh on public officials and servants.

Finally, based on the constitutionality test, the possibilities of solving the problem have been pointed out since it is inconceivable that a Constitutional State of Law is housed within the same fundamental letter, texts that contradict the dogmatic part of the Constitution itself and the American Convention on Human Rights.

Keywords: criminal process, prescription, crimes of breach of duty, equality

## INDICE

DEDICATORIA .....	2
AGRADECIMIENTO .....	5
PRESENTACIÓN.....	6
RESUMEN .....	7
ABSTRACT .....	8
CAPÍTULO I .....	12
PLAN DE INVESTIGACIÓN .....	12
1. EL PROBLEMA.....	12
1.1. Realidad Problemática: .....	12
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA: .....	16
1.3. HIPÓTESIS:.....	16
1.4. OBJETIVOS:.....	16
1.5. JUSTIFICACIÓN.....	17
1.6. ANTECEDENTES: .....	18
1.7. Variables.....	21
CAPITULO II MARCO TEÓRICO.....	21
2. DERECHO PENAL.....	21
2.1. Definición .....	21
2.2. Objeto.....	23
2.3. FINALIDAD .....	23
PRINCIPIOS .....	25
3.1. Legalidad .....	25
3.2. Lesividad.....	27
3.3. Culpabilidad.....	28
Los delitos.....	29
4.1. Definición .....	29
4.2. Categorías.....	29
4.3. Delitos comunes y delitos especiales.....	32
4.4. Los delitos contra la administración pública.....	33
4.5. La función pública .....	37
4.6. El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública .....	40
La autoría y participación en los delitos de infracción de deber .....	41

5.1.	Definición y clases de autoría.....	41
5.2.	Definición y clases de participación .....	43
5.3.	Ruptura del título de la imputación .....	45
5.4.	Unidad del título de la imputación.....	47
LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO PENAL .....		49
6.1.	Definición de prescripción.....	49
6.2.	La imprescriptibilidad.....	50
6.3.	Los plazos de prescripción de la acción penal.....	51
6.4.	Suspensión e interrupción de la prescripción .....	53
6.5.	Breve análisis de la Ley 31751.....	55
6.6.	Reducción de los plazos de prescripción de acción penal .....	55
6.7.	La duplica de los plazos de prescripción .....	56
6.8.	Prescripción en el caso de delitos contra la administración pública en el derecho comparado. ....	58
6.9.	Jurisprudencia relevante sobre prescripción de la acción penal. ....	60
QUE SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....		61
7.1.	PRINCIPIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	61
7.2.	EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	63
7.3.	FUNDAMENTACION DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD .....	64
7.4.	JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTEROAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS 65	
7.5.	PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	66
7.6.	ALCANCES: DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES.....	67
7.7.	DETERMINACION DE TRATAMIENTO LEGISLATIVO DIFERENTE .....	69
DETERMINACION DE LA INTENSIDAD DE LA INTERVENCION EN LA IGUALDAD .....		70
CAPITULO III MARCO CONCEPTUAL .....		72
CAPITULO IV MARCO METODOLÓGICO .....		72
Métodos Lógicos: .....		72
Métodos Jurídicos: .....		74
Técnicas e Instrumentos: .....		76
CAPITULO V RESULTADO Y DISCUSIÓN .....		77
7.8.	Plazos de prescripción: alcance de la dúplica a los particulares y el cuestionamiento de convencionalidad .....	77
7.9.	Distinción entre funcionario y servidor público con el particular: la infracción de deber: 77	

1. El test de convencionalidad desde el principio de igualdad: los alcances de este principio a nivel convencional y constitucional. ....	80
2. Duplicar los plazos de prescripción no debe abarcar la conducta delictiva del particular en los delitos contra la administración pública:.....	84
2.1 Situación previa a la reforma: .....	84
1.2. Situación a partir de la reforma constitucional:.....	85
1.3. El control de convencionalidad y otras propuestas de solución:.....	93
CAPÍTULO VI CONCLUSIONES.....	97
CAPITULO VII RECOMENDACIONES.....	100
BIBLIOGRAFÍA.....	101
ANEXOS .....	104

# CAPÍTULO I

## PLAN DE INVESTIGACIÓN

### 1. EL PROBLEMA

#### 1.1. Realidad Problemática:

En el ámbito del derecho penal sustantivo e inclusive en el derecho procesal penal, uno de los temas más complicados de abordar es la prescripción, y dentro de ella a la prescripción de la acción penal, es decir, el “transcurso del tiempo que extingue la obligación estatal de perseguir y pronunciarse sobre un hecho penalmente relevante” (Meini, 2009). Así se ha discutido desde su naturaleza, pues hay quienes que señalan que no se trata de una figura jurídica de naturaleza sustantiva, sino más bien de carácter procesal, hasta el efecto que produce la formalización de la investigación preparatoria: interrupción o suspensión de los plazos de prescripción, controversia que la Corte Suprema intentó terminar con la publicación de dos acuerdos plenarios (1-2010 CJ/116 y 3-2012 CJ/116), y con un sin número de casaciones, que parecen haberse quedado en el recuerdo con la última reforma del artículo 84 del Código Penal y 339 inciso 1 del Código Procesal Penal (véase Ley N° 31751 publicada el 25 de mayo de este año)

La complejidad que reviste la temática de la prescripción de la acción penal, se ha visto reflejada no pocos pronunciamientos jurisprudenciales, y también en reformas legales, como ya se ha dicho en el párrafo precedente. Las

modificaciones que se han dado no solo han sido de orden legal, sino que también se ha tocado el texto constitucional y se ha hecho una modificación bastante cuestionable, a través de la Ley de reforma N° 30650 publicada el 17 de agosto de 2017, esta reforma en específico ha recaído sobre el último párrafo del artículo 41 de la Norma Fundamental, el mismo que se expresa de la siguiente forma:

Artículo 41°: “Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

**El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad”**  
(Subrayado propio).

Esta reforma de la Constitución Política del Estado debe analizarse en función de lo que señala el último párrafo de la norma penal sustantivo, así el Código Penal en su artículo 80 señala de forma expresa:

Artículo 80: Plazos de prescripción de la acción penal:

(...)

“En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica”.

Hay que señalar que la reforma constitucional es posterior a la regulación contenida en el Código Penal, de ahí que, con la regulación se pueden evidenciar varios cambios: primero: la duplica de los plazos de prescripción ya no es solo cuando se afecta el patrimonio del Estado sino también cuando lo que se lesiona es la administración pública, de tal manera, que si antes no se duplicaba la prescripción de la acción penal para el funcionario que cometía un delito contra la administración pública como la omisión o retardo injustificado de funciones, pues ello no lesionaba el patrimonio del Estado; con la reforma constitucional la duplica de los plazos de prescripción si se aplica pues ya no es relevante que se afecte el patrimonio del Estado para que ella opere. Una segunda reforma, es que se han hecho imprescriptibles los delitos más graves que afecten la administración pública, sin embargo, la ley, o el Código Penal, aún no han señalado que delitos tienen esa cualidad.

Una tercera reforma, que la que nos importa para la presente investigación es la que señala que los plazos de prescripción de la acción penal se duplican no solo a los funcionarios y servidores públicos sino también para el particular. Ello ya había sido analizado por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 02-2011 CJ/116, donde se descartó que ello sea una posibilidad constitucionalmente válida, es decir, se dijo que al particular no se le podía duplicar los plazos de prescripción, debido a que, la razón o el fundamento básico

de esa duplica de plazos de prescripción para el caso de los funcionarios y servidores públicos descansaba en el deber específico que cargan estos de proteger la administración pública, o, en todo caso, velar por el adecuado funcionamiento de la administración pública. Ese deber especial no se le comunica al particular, pues este no tiene la obligación específica de velar por el correcto funcionamiento de la administración pública.

Si bien es cierto, el particular si puede ser sancionado como partícipe de un delito contra la administración pública, pues conforme al artículo 25 última parte, el particular debe responder por el mismo delito que comete el funcionario, en calidad de cómplice, es decir, legislativamente, el Perú se adscrito a la teoría de la unidad del título de la imputación; ello se hace en función al título de imputación, pero este particular no podría ser, bajo ningún supuesto, autor de algún delito de función pública, justamente porque el deber específico es solo del funcionario y servidor y no el particular. De ahí surge la distinción entre los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio.

El legislador, al reformar el artículo 41 de la Constitución, ha procedido a extender la duplica de los plazos de prescripción de la acción penal al particular, ya que antes solo comprendía al funcionario y servidor, con ello, ha dado un trato igual, a quienes se sitúan en condiciones no semejantes, es decir, ha duplicado los plazos prescriptivos sin tener en cuenta que el fundamento de esa duplica es el deber especial de proteger la administración pública que pesa sobre el funcionario y el servidor y que no es una obligación propia de los particulares; ello afecta el principio de igualdad, por lo que estando la regulación objeto de análisis expresamente en el

texto constitucional, se debe recurrir a un control de convencionalidad del mismo a efectos que se mantenga la observancia, respeto no solo de la coherencia y racionalidad legislativa dentro de la propia Constitución, sino y sobre todo la observancia de los derechos fundamentales en un Estado Constitucional de Derecho. Lo dicho debiera ir acompañado una nueva reforma de la Constitución en el sentido ya explicado.

### **1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:**

¿De qué manera la duplica de plazos prescriptorios para los particulares en los delitos contra la administración pública es inconvenional?

### **1.3. HIPÓTESIS:**

La duplica de plazos prescriptorios para los particulares en los delitos contra la administración pública es inconvenional, dado que a pesar de estar regulado en el texto constitucional vulnera el principio de igualdad.

### **1.4. OBJETIVOS:**

#### **1.4.1. Objetivo General:**

- Determinar de qué manera la duplica de plazos prescriptorios para los particulares en los delitos contra la administración pública es inconvenional.

#### **1.4.2. Objetivos específicos:**

- Identificar y diferenciar los alcances de los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio, y la participación de los particulares en los delitos contra la administración pública.
- Establecer los alcances de la institución jurídica de la prescripción de la acción penal.
- Analizar el contenido esencial del derecho-principio de igualdad confirme la jurisprudencia convencional.
- Explicar la lesión al principio de igualdad con la prescripción contenida en el artículo 41 del propio texto constitucional
- Proponer la reforma parcial del texto constitucional en el artículo 41.

## 1.5. JUSTIFICACIÓN

Desde el punto de vista **teórico**, esta investigación sirve para que, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, se evite que se ingrese al texto constitucional reformas con contenido populista o simbólico sin respetar los Derechos Fundamentales como prisma que debe guiar la labor de legislador sobre todo al momento de realizar reformas constitucionales. el Estado Constitucional de Derecho, debe orientar al legislador hacer respetar el principio de supremacía de la Constitución y no por el contrario vulnerar los derechos fundamentales con inclusiones en el propio texto constitucional de disposiciones abiertamente,

inconvenientes, como en el caso de la ley N° 30650 que vulnera a todas luces el principio de igualdad y con ello contradice los fundamentos de respeto al derecho a la igualdad consignados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

A nivel **práctico**, esta investigación permitirá que los jueces, al momento de resolver casos, no realicen una mera aplicación sin un análisis previo de convencionalidad del artículo 41. Se pretende que los jueces, internalicen, actualmente en la práctica que deben realizar una labor de defensa de los derechos fundamentales haciendo siempre un control difuso de convencionalidad.

Con respecto al aspecto **metodológico**, esta investigación busca que se desarrolle el tema y que en base a este se haga una evaluación del propio texto constitucional para poder determinar si, dentro de este, se pueden encontrar disposiciones que abiertamente vulneren derechos fundamentales, lo que debe ameritar investigaciones jurídicas relevantes.

## **1.6. ANTECEDENTES:**

### **ANTECEDENTES A NIVEL INTERNACIONAL**

- (Gavilanes Domínguez, 2019), realizó su investigación sobre “La prescripción de la acción penal y los derechos del sujeto activo de la infracción”, Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho con Mención Derecho Penal y Proceso Penal, por la Universidad Técnica de Ambato, en la que concluye: “La prescripción del ejercicio de la acción penal opera cuando se ha cumplido lo establecido en el máximo del tipo penal en delitos del ejercicio de la acción pública, a contarse desde la perpetración del hecho, contándose el tiempo nuevamente cuando haya sido formulado cargos,

sin que ésta pueda ser menor a cinco años, en delitos del ejercicio privado de la acción a los seis meses y en contravenciones a los tres meses de haberse perpetrado el hecho”.

#### **ANTECEDENTES A NIVEL NACIONAL:**

- (Aguilar Fernández, 2019), investigó “La suspensión de la prescripción de la acción penal (Art. 339. 1. C.P.P) y la vulneración del plazo razonable”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, por Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco–Cusco, en la que concluye que: “No habiendo el legislador establecido el plazo de suspensión de la prescripción en el Art. 339.1 del C.P.P. el juzgador ha delimitado dicho plazo vía integración analógica malam partem, es decir, ha extrapolado el efecto jurídico del Art. 83 del C.P. –interrupción de la prescripción–, cuando lo que correspondía era otorgarle el efecto jurídico de lo previsto en Art. 84 del C.P. –suspensión de la prescripción–. Con esta integración normativa se ha vulnerado el principio de legalidad, en su exigencia de lex stricta”.

- (Beingolea Delgado, 2020), realizó su investigación “La prescripción de la acción penal: En Búsqueda de una solución a los problemas dogmáticos y político- criminales que plantea la muy difundida estrategia procesal de alcanzar la prescripción extraordinaria para lograr la impunidad en los delitos castigados con pena privativa de libertad de poca cuantía, así como los que merecen penas diferentes a la privativa de libertad”, Tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Penal, por la Pontificia Universidad Católica del Perú–Lima, en la que

concluye que: “La prescripción de la acción penal no es un derecho alcanzado por el delinciente, antes bien es un derecho que pierde la víctima del delito a perseguirlo. Desde esa óptica y relacionándolo con la prescripción civil que aparentemente le dio origen, es una figura que guarda similitudes con la prescripción extintiva, no con la adquisitiva”.

- (Sapallanay Gomez & Pairazan León, 2020), investigo “Interrupción del plazo de prescripción de la acción penal”, Tesis para optar el Título Profesional de Abogado, por la Universidad Privada de Ica en la que concluye: “La prescripción restringe el poder legal del estado suprimiendo la probabilidad de indagar un hecho criminal y por tanto la responsabilidad del imputado ésta se constituye por la limitación que tiene el Estado para ejecutar su poder represivo cuando no se da el acto oportuno y eficaz en un período determinado Asimismo se convierte en un principio que favorece al individuo de no sufrir una persecución penal por parte del Estado Ya que no puede durar toda la vida un proceso penal.”

#### **ANTECEDENTE A NIVEL LOCAL:**

- (Tarazona Grandez, 2023), investigo “Necesidad de regular el plazo de suspensión de la prescripción de la acción penal por la declaración de contumacia”, Tesis para optar el Grado de Maestro en Derecho Penal, por la Universidad Privada Antenor Orrego – Filial Trujillo, en la que arriba a la siguiente conclusión: “decretada la suspensión de la acción penal como consecuencia de la declaración de contumacia, no se encuentra regalada en nuestro Código Procesal Penal, el plazo por el cual se suspendería la aplicación

de la Prescripción de la Acción Penal, originando una suerte de indefensión sobre el imputado, al desconocer los límites por el cual culminaría una investigación ante la figura de prescripción de la acción penal, la misma que pondría fin a comisión de un delito y persecución de Órgano Judicial”

## **1.7. Variables**

### **1.7.1. Variable Independiente:**

-Dúplica de los plazos prescriptorios para particulares.

### **1.7.2. Variable Dependiente:**

-Inconvencionalidad por vulneración del principio de igualdad.

## **CAPITULO II MARCO TEÓRICO**

### **2. DERECHO PENAL**

#### **2.1. Definición**

Existen muchas definiciones que nos dan el sentido sobre que es derecho, en si ha sido un gran interrogante en la cual los juristas, filósofos y hombres inmerso en la búsqueda de esta respuesta han tenido algunas ideas encontradas y otros no tanto. Sabemos que el derecho como toda ciencia escrita, nace y se subyace bajo el propósito del hombre, sin el hombre no podemos decir que existe el derecho. Un antecedente también importante es la llegada de la filosofía y sus máximos exponentes griegos como Plato, Aristóteles y algunos más “modernos” nos dan algunas de las pautas sobre como el derecho, bajo el amparo de la filosofía se formó tal como y hoy lo conocemos.

La mayoría de libros que hablan sobre derecho y en específico libros sobre la introducción a esta ciencia jurídica, intentan definir < ¿Qué

es el Derecho? >, es un t3pico que siempre surge en una calidad de "problema sin soluci3n" o un problema solucionado a medias. Debemos entender que la palabra derecho es tan amplia que nos podr3a tomar todo un libro explicar todas sus especificaciones, etimol3gica y como esta surgi3. Marx en su libro la "Cr3tica de la Raz3n Pura", ir3nicamente se refer3a que los juristas aun segu3an en la b3squeda de un concepto de derecho. Bajo esta premisa podemos entender, que ni juristas, ni fil3sofos, ni abogados se ponen de acuerdo para definir una palabra como "Derecho". En esta presente secci3n se tratar3 de definir de manera f3cil y entendible que es el derecho, no solo en el 3mbito jur3dico sino como palabra.

Definiciones sobre este tema podemos encontrar muchas, etimol3gicamente debemos entender que existen diferentes variaciones de la misma palabra. La palabra "derecho" proviene del t3rmino latino "directus", que a su vez se deriva del verbo "dirigir", que significa "dirigir" o "enderezar". Esta ra3z etimol3gica sugiere la idea de orientar o guiar hacia lo correcto o lo justo. Por lo tanto, desde un punto de vista etimol3gico, el derecho se relaciona con las normas y reglas que gu3an y regulan la conducta humana para garantizar la convivencia ordenada y justa en la sociedad.

Se debe de comprender adem3s que el derecho y la sociedad est3n totalmente relacionadas siempre y cuando esta cambien el derecho seguir3 cambiando a la par. Un claro ejemplo de esto ser3a la aparici3n de la criptomoneda y sus regulaciones en los diferentes pa3ses. Norberto Bobbio en su libro Teor3a General del Derecho nos comenta lo siguiente: "(...) existe derecho cuando hay una organizaci3n de una sociedad en completo orden". Con esto el autor nos quiere formular la postura que el derecho este inmiscuida en la sociedad siempre y cuando esta este ordenando. Al orden se puede referir a la normatividad que tiene dicha sociedad.

Se puede decir que el derecho se entiende como un conjunto de normas, principios y reglas que regulan la conducta humana en una

sociedad. Esto conlleva a demás instaurar dentro de esta definición las costumbres y el derecho natural, apaciblemente algunas no se encuentran escritas, por ende, no se desmerita que también eso es derecho. El derecho, para finalizar este apartado, es todo lo que vemos, desde los semáforos hasta las leyes dictas en el congreso.

## **2.2. Objeto**

Luego de haber visto lo que significa el derecho para la sociedad, como este influye en nuestra conducta, costumbre, etc. Se tocará el apartado de ¿Cuál es el objeto del derecho?

Una pregunta muy estudiada en la cual si bien es amplia y muy discutida en la cual existen tres concepciones típicas para el objeto del derecho

a) Se representa el objeto del sujeto estando fuera de las cosas Materiales: Bienes e inmuebles, acciones Humanas, Enmónenos Inmateriales.

b) Objeto del derecho derivado del derecho romano.

c) El único objeto del derecho es la “conducta humana”

El objeto del derecho es todo lo que está sujeto a regulación, protección o resolución mediante normas y procesos legales. Este objeto es amplio y abarca todos los aspectos de la vida en sociedad, desde las relaciones personales y contractuales hasta las cuestiones de interés público y los derechos fundamentales.

## **2.3. FINALIDAD**

La finalidad del derecho es múltiple y abarca una serie de objetivos y propósitos fundamentales en una sociedad. Algunas de las principales finalidades del derecho incluyen:

- **Mantener el Orden**

El derecho establece normas y reglas que ayudan a mantener el orden en la sociedad. Define lo que está permitido y lo que está prohibido, lo que ayuda a prevenir conflictos y caos.

- **Garantizar la Justicia**

Una de las finalidades más importantes del derecho es garantizar la justicia. Esto implica asegurar que las personas sean tratadas de manera equitativa y que se respeten sus derechos y libertades fundamentales.

- **Proteger los Derechos Individuales**

El derecho protege los derechos y libertades individuales, como la libertad de expresión, la propiedad privada y la igualdad ante la ley, para asegurar que las personas puedan vivir con dignidad y autonomía.

- **Facilitar la Convivencia Pacífica**

El derecho establece normas para regular las interacciones entre las personas y las organizaciones, lo que contribuye a una convivencia pacífica y armoniosa en la sociedad.

- **Resolver Disputas**

El derecho proporciona un marco para la resolución de disputas y conflictos a través de mecanismos legales como los tribunales y la mediación, garantizando que las controversias se resuelvan de manera justa y equitativa.

- **Promover el Cambio Social**

El derecho puede utilizarse como herramienta para promover el cambio social positivo al abordar problemas y desafíos en la sociedad, como la discriminación, la desigualdad y la protección del medio ambiente.

- **Proteger el Interés Público**

El derecho también tiene como objetivo proteger el interés público al regular aspectos como la seguridad pública, la salud, la educación y el bienestar general de la sociedad.

- **Facilitar la Planificación y la Predicción**

El derecho proporciona estabilidad y previsibilidad al permitir a las personas y las organizaciones planificar sus acciones y tomar decisiones con confianza, sabiendo cuáles son las reglas y las consecuencias legales.

En resumen, la finalidad del derecho es establecer un marco normativo que promueva el orden, la justicia y la convivencia pacífica en una sociedad, protegiendo los derechos individuales y garantizando que las personas sean tratadas de manera justa y equitativa. También sirve como una herramienta para abordar problemas sociales y proteger el interés público.

## PRINCIPIOS

### 3.1. Legalidad

Principio en el cual sienta las bases en su Artículo número 2 en nuestro actual Código Penal, en el cual, de cierta manera va inmiscuido con los principios de libertad y garantías constitucionales.

El principio de legalidad, se encuentra estipulado textualmente en nuestro Código Penal en el “Título Preliminar” comentándonos lo siguiente:

#### Artículo II.

Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella. (Código Penal del Perú, 1991)

En un estado como el peruano donde impera el sistema jurídico romano germánico, el “principio de legalidad”, es uno de los pilares importantes en donde el derecho de cierta forma general y el derecho específico en su forma penal entran en contacto para la protección de un individuo y la sociedad, esto puede significar no solo preocuparse por la disposición de vías más eficaces para prevenir el delito, sino también en su forma contraria encontrar en el mismo ordenamiento jurídico los límites de la actividad punitiva.

Con relación al tema anterior podemos afirmar que el ciudadano sin este principio quedaría en desamparo, ya que no solo estaría en la mira de una intervención sin motivo o arbitraria por parte del estado vulnerando el derecho constitucional a la libertad personal. Del mismo modo no lo comenta el Dr José Urquiza Olaechea (2010) lo siguiente: “Es por esta razón que en un Estado de Derecho se debe salvaguardar el reinado del principio de legalidad. Su vigencia es irrenunciable y su violación injustificable porque esta

institución jurídica -desde que fue introducida al Derecho Penal por FEUERBACH hasta la actualidad- representa la plataforma más sólida de todo el andamiaje de garantías que el ciudadano tiene frente al Estado.”

Ejemplificando un poco este principio podemos ver que está involucrado en todo ámbito de la sociedad, por ejemplo, los siguiente:

- Delito de Robo

Imagina que alguien es acusado de robo. El principio de legalidad significa que esta persona solo puede ser condenada si su acción de robo está expresamente prohibida por una ley penal vigente en ese momento. Si no existe una ley que establezca qué constituye un robo y las penas asociadas, entonces esa persona no puede ser condenada por robo según el principio de legalidad.

- Multas de Tráfico

En el ámbito de las leyes de tráfico, las multas por exceso de velocidad u otras infracciones solo pueden imponerse si existe una ley que establezca los límites de velocidad y las sanciones correspondientes. Si no hay una ley que defina estos límites y sanciones, no se pueden aplicar multas.

- Impuestos:

Los impuestos son un ejemplo clásico del principio de legalidad. Los contribuyentes solo pueden ser gravados de acuerdo con las leyes fiscales existentes. Si un gobierno quisiera imponer un nuevo impuesto que no esté respaldado por una ley aprobada, eso sería contrario al principio de legalidad y podría ser impugnado.

- Derechos Humanos

En el ámbito de los derechos humanos, el principio de legalidad garantiza que nadie pueda ser detenido, encarcelado o sometido a torturas o tratos crueles e inhumanos sin una base legal sólida y específica que lo permita. Esto protege contra la detención arbitraria y el abuso de los derechos humanos. En resumen, el principio de legalidad establece que ninguna persona puede ser castigada o sancionada por el Estado a menos que su conducta esté prohibida por una ley previamente establecida.

Esto garantiza la seguridad jurídica y protege a las personas contra la arbitrariedad del Estado.

### **3.2. Lesividad**

El principio de lesividad es un concepto jurídico que se refiere a la necesidad de que una acción o conducta sea perjudicial o dañina para que pueda ser considerada un delito o una infracción legal. En otras palabras, para que alguien sea acusado y condenado por un acto criminal, es necesario que ese acto cause un daño o perjuicio real o potencial a otra persona, a la sociedad o a un interés jurídico protegido por la ley.

Relacionándolo con nuestro máximo ordenamiento en materia penal, el Código Penal, nos indica lo siguiente:

#### **Artículo IV.**

La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. (Codigo Penal del Peru , 1991)

Este principio se relaciona con el principio de legalidad, que establece que no se puede castigar a alguien por una conducta que no esté expresamente prohibida por la ley. En el contexto penal, el principio de lesividad asegura que, además de que la conducta esté prohibida por la ley, también debe ser perjudicial en algún sentido para que se pueda considerar un delito.

Por ejemplo, en un caso de robo, el principio de lesividad implica que no basta con que alguien haya tomado posesión de la propiedad de otra persona sin permiso; también debe haber un perjuicio real o potencial para la víctima en términos de pérdida de propiedad. La mera toma de posesión sin daño o perjuicio no constituiría un robo en términos del principio de lesividad.

En resumen, el principio de lesividad en el derecho penal establece que una conducta solo puede considerarse un delito si causa un daño o perjuicio real o potencial a otra persona, a la sociedad o a un interés jurídico protegido por la ley. Este principio es fundamental para asegurar que las acciones criminales estén relacionadas con un daño o perjuicio, y no se castigue a las personas por acciones que no causen ningún perjuicio.

### 3.3. Culpabilidad

El principio de culpabilidad es un concepto fundamental en el derecho penal que establece que una persona solo puede ser considerada culpable de un delito y, por lo tanto, sujeta a sanciones penales, si se demuestra que tenía la capacidad de comprender la naturaleza ilícita de su conducta y de actuar de acuerdo con esa comprensión. Este principio se relaciona directamente con el estado mental o la culpabilidad mental de una persona al cometer un delito.

El principio de culpabilidad tiene varias dimensiones importantes:

- Capacidad de Comprender

Implica que la persona debe tener la capacidad mental para entender lo que está haciendo y reconocer que su conducta es contraria a la ley. Esta capacidad se refiere a la comprensión de la ilicitud de sus acciones.

- Voluntariedad

La persona también debe actuar de manera voluntaria, es decir, debe haber actuado de manera consciente y deliberada. No se considera culpable a alguien que actúa bajo coacción, amenazas o sin su conocimiento.

- Falta de Error

Si la persona actuó bajo un error de hecho o de derecho genuino e invencible, es decir, si no pudo evitar cometer el delito debido a una creencia razonable pero errónea, esto puede eximir de culpabilidad.

- Dolo o Culpa

El principio de culpabilidad también distingue entre el dolo (intención) y la culpa (negligencia o imprudencia). Algunos delitos requieren que la persona haya actuado con dolo, es decir, con la intención de cometer el delito, mientras que otros se basan en la culpa, es decir, en la negligencia o imprudencia grave.

El principio de culpabilidad es fundamental para proteger los derechos individuales y asegurar que las personas no sean condenadas injustamente por acciones que no entendían o que no eran conscientes de su carácter ilegal. En muchos sistemas legales, la culpabilidad es un elemento esencial

de un delito que debe ser probado más allá de una duda razonable antes de que alguien pueda ser declarado culpable y condenado.

## **Los delitos**

### **4.1. Definición**

La palabra "delito" tiene su origen en el latín "delictum", que a su vez proviene del verbo "delinquere", que significa "cometer una falta" o "infringir la ley". El término "delictum" en latín y el derecho romano se utilizaba para describir una acción contraria a la ley o una transgresión.

Por ende, la significación más construida de "delito" en materia jurídica se refiere a un acto u omisión que está prohibido por la ley y que, cuando es cometido, puede ser sancionado por las autoridades legales. Los delitos se consideran una violación de las normas legales y, por lo general, están asociados con una pena o sanción legal, como multas o prisión. La comisión de un delito puede involucrar la violación de los derechos de otros individuos o de la sociedad en su conjunto.

De acuerdo con (Almanza, 2014) el delito es una conducta humana que se opone a lo que la ley manda o prohíbe bajo la amenaza de una pena. Por ende, la ley es aquella que establece y nomina qué hechos van a ser considerados delitos; es la ley la que designa y fija caracteres delictuales a un hecho. Si en algún momento esta ley es abrogada, el delito desaparece. Por eso, el delito es considerado artificial.

Por ende, podemos entender el delito como el castigo que tiene una persona que no cumple con las reglas de la sociedad, sino cumple, se te castiga o sanciona con una pena que puede ser temporal o de cadena perpetua, cuando hablamos de la primera puede ser mínima de dos días hasta máximo de treinta cinco años. (Art 29 del Código Penal)

### **4.2. Categorías**

#### **4.2.1. Acción**

Acción es la conducta voluntaria que consiste en un movimiento del organismo destinado a producir cierto cambio, o la posibilidad, en el

exterior del mundo, de vulnerar una norma prohibitiva que está dirigida a un fin u objetivo (Welzel, 1987)

Es decir, podemos definir como la conducta externa y voluntaria realizada por una persona que constituye el acto físico o comportamiento que la ley prohíbe o exige. En otras palabras, la acción en derecho penal se refiere a lo que la persona hizo o dejó de hacer en relación con un delito específico. Esta conducta debe ser voluntaria, lo que significa que la persona actuó conscientemente y sin coacción.

Tenemos que tener en cuenta y es importante destacar que, en algunos sistemas legales, la acción puede estar acompañada de un elemento subjetivo conocido como "dolo" o "culpa". El dolo se refiere a la intención consciente de cometer un acto ilegal, mientras que la culpa se refiere a la negligencia o imprudencia en la realización de una acción. La presencia de dolo o culpa puede afectar la culpabilidad del individuo y la gravedad de la sanción.

La conducta activa debe ser voluntaria. Si es involuntaria (por ejemplo, en el caso fortuito), la acción se excluye del campo delictivo. La conducta activa debe exteriorizarse en el mundo material; si ocurre en el fuero interno y no llega a manifestarse, la acción también se excluye del campo delictivo. (Altamirano, 2010, pág. 102)

Para que exista realmente la acción se debe de considerar tres elementos puntuales en las cuales se sentaran las bases y realmente se podrá constituir como una "acción".

- ❖ Manifestación de voluntad (Actuación del Agente)
- ❖ Resultado (Delito propiamente dicho-Robo)
- ❖ La relación de causalidad entre la manifestación de la voluntad y el resultado

#### **4.2.2. Tipicidad**

El tipo es una figura que crea el legislador para hacer una valoración de determinada conducta delictiva. En sencillas palabras, podemos decir que es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de

naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes. (Altamirano, 2010)

La tipicidad en el derecho penal se refiere a la adecuación de la conducta de una persona a la descripción legal de un delito específico. Para que una conducta sea considerada típica, debe cumplir con todos los elementos del delito según lo establecido por la ley. La tipicidad es un principio importante para garantizar que las personas sean procesadas y condenadas solo por conductas que estén claramente definidas y prohibidas por la ley.

El tipo es, en consecuencia, la narración de la acción ilícita que el legislador describe en la situación prevista por una norma penal, teniendo una triple función: a) una función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes; b) una función de garantía, en la medida que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente; c) una función motivadora general.

#### **4.2.3. Antijuricidad**

La "antijuricidad" es un concepto clave en el ámbito del derecho penal que se refiere a la cualidad de una acción u omisión que va en contra de la ley o que es contraria al ordenamiento jurídico. En otras palabras, la antijuricidad se refiere a la característica de una conducta que la hace ilegal o ilícita de acuerdo con las leyes y regulaciones vigentes.

La antijuricidad es uno de los elementos esenciales que se deben evaluar en el proceso penal para determinar si una conducta constituye un delito. Implica la evaluación de si la acción realizada por una persona está prohibida por la ley o si existe una justificación o causa legal que la permita.

Es importante destacar que la mera antijuricidad de una acción no siempre conduce a la culpabilidad de una persona. Además de la antijuricidad, se deben considerar otros elementos, como la culpabilidad del autor y la tipicidad de la conducta (es decir, si la conducta se ajusta a

la definición legal de un delito específico), para determinar la responsabilidad penal.

Bajo la autoría López Barja de Quiroga, la antijuricidad es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho. La antijuricidad es un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico (Jacobo, 2004)

#### **4.2.4. Culpabilidad**

Culpabilidad es la capacidad moral y mental de un individuo para entender la naturaleza ilícita de su conducta y para actuar de acuerdo con ese entendimiento. Para que una persona sea considerada culpable de un delito. Siendo uno de los elementos fundamentales que deben ser evaluados para determinar si una persona es penalmente responsable de sus acciones. La culpabilidad implica la idea de que una persona debe ser consciente y responsable de sus acciones antes de ser considerada culpable de un delito.

### **4.3. Delitos comunes y delitos especiales**

En el Perú, como en muchos sistemas legales, los delitos se pueden clasificar en dos categorías principales: delitos comunes y delitos especiales. Estas categorías se basan en la naturaleza de los delitos y en las disposiciones legales que los regulan. A continuación, se proporciona una breve explicación de cada una:

#### **4.3.1. Delitos Comunes:**

Los delitos comunes son aquellos que se aplican de manera general a todas las personas y están regulados por el Código Penal peruano. Estos delitos se refieren a conductas que están prohibidas por la ley y pueden ser cometidas por cualquier individuo. Algunos ejemplos de delitos comunes en el Perú incluyen el homicidio, el robo, el hurto, la lesiones, el tráfico de drogas, la estafa y la violación.

En los delitos comunes, se requiere probar que el autor tenía la capacidad de entender la naturaleza ilícita de su conducta y actuó con dolo (intención) o culpa (negligencia) para ser declarado culpable.

#### **4.3.2. Delitos Especiales:**

Los delitos especiales, por otro lado, son aquellos que están regulados por leyes específicas fuera del Código Penal. Estas leyes especiales establecen conductas delictivas relacionadas con áreas particulares, como la corrupción, el narcotráfico, el lavado de activos, la minería ilegal, la pesca ilegal, entre otros. Estas leyes especiales tienen sus propios procedimientos y sanciones.

En los delitos especiales, las condiciones para la comisión del delito y las sanciones pueden variar significativamente según lo establecido en la ley específica que los regula. En muchos casos, estos delitos pueden estar sujetos a sanciones más severas que los delitos comunes debido a la gravedad de las consecuencias que pueden tener para la sociedad.

Es importante destacar que, en algunos casos, un delito puede ser tanto común como especial, lo que significa que puede estar regulado tanto por el Código Penal como por leyes especiales. La elección de la legislación aplicable dependerá de las circunstancias específicas del caso y de la disposición legal correspondiente.

En resumen, en el Perú, los delitos se pueden dividir en delitos comunes, regulados por el Código Penal, y delitos especiales, regulados por leyes específicas fuera del Código Penal. Cada categoría tiene sus propias características y sanciones.

### **4.4. Los delitos contra la administración pública**

#### **4.4.1. El concepto de funcionario público**

Antes de entrar de lleno e inmiscuirse sobre el tema de delitos contra la administración pública, tenemos que entender, en caso de un delito, ¿Cual el sujeto activo de dicho acto tipificado en nuestro código penal?

Para dar respuesta a esta pregunta debemos entender de manera simple y sencilla que un funcionario público, si o si, trabaja para el estado peruano ya sea en cualquier esfera, es un requisito importante para que se diga que es un funcionario público. Si bien es cierto que el término “funcionario público” ha tenido un trato desemejante, por ejemplo, al referirnos al Derecho Administrativo, tienen su propia definición acerca de funcionario público, siguiendo a la par la Ley de bases de la carrera administrativa en el Art 2.

De diferente manera al Derecho Administrativo el Derecho Penal, ve con diferentes ojos la definición de funcionario público, hay que entender según la definición de funcionario público ha buscado ser más amplia, abarcando sujetos que estarían excluidos bajo el Derecho Administrativo. Para el Derecho Penal no interesa tanto la “calificación jurídica” o la condición en la que desempeña su labor el funcionario, sino la protección del correcto y adecuado ejercicio de la función pública de cara al cumplimiento de las prestaciones sociales que debe desempeñar estado (ABANTO VÁSQUEZ, 2001). Es decir, funcionario público se refiere a aquellas personas que trabajan para el Estado en distintos niveles y entidades gubernamentales y que desempeñan funciones relacionadas con la gestión pública y la administración del Estado.

Con el apoyo del Dr. Vásquez podemos entender que el funcionario público es importante no solo determina que persona cometió dicho delito, sino también quienes pueden por su función en el estado, su aproximación a este y como lo puede hacer. Otra definición nos las demuestra la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, también llamada CNUC, nos comenta en sus Artículo número 2, inciso a lo siguiente:

i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte (NACIONES, 2003)

Al hablar ahora si netamente sobre el derecho penal y este como toma en consideración la definición de funcionario publico podemos ver que en el Código de dicha materia nos menciona lo siguiente:

Artículo 425. Funcionario o servidor público

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley. (Codigo Penal del Peru , 1991)

La pregunta que cae de madura es ¿Qué elementos hacen a un funcionario público? Para dar respuesta a esta pregunta debemos entender que la doctrina nos ha citado un sinfín de elementos en los cuales algunos son tan enredados de entender que nunca se lograr comprender al cien por ciento cual es el verdadero significado de este. Para el fácil entendimiento tenemos que comprender lo siguiente:

#### **4.4.2. Incorporación a la función Pública**

Este punto significa que el funcionario público adquiere el estado de tal siempre y cuando la acción en la cual fue elegido será por: Selección, Designación o Elección. Lo cual desempeña las actividades y/o funciones para lo cual fue seleccionado, designado o elegido siempre y cuando este dentro de la administración pública.

- Al hablar de selección tenemos que hacer énfasis, a la elección de una persona competente para un cargo. Ejemplo un Juez, en todas las aéreas jerárquicas.

- Nos referimos a designación cuando es un cargo de confianza y el titular del pliego realiza dicha designación por ser un “cargo de confianza”. Un claro ejemplo es cuando el presidente de la república designa a las personas encargadas de los 19 ministerios.

- Por último, se hace referencia a la elección, cuando el nombramiento de dicho funcionario es dado atreves de una votación. Un claro ejemplo es el presidente de la República, Congresistas, alcaldes, Gobernadores, etc.,

#### **4.4.3. Posibilidad efectiva de desempeña un cargo publico**

En el derecho penal para considerar si es o no un funcionario público debemos considerar este apartado, ya que, desde esta posición se ponen el bien jurídico protegido en estos delitos. En términos distintos, cuando una persona ya ocupa una posición en el gobierno, se establece una relación en la que el adecuado y regular funcionamiento de la administración pública está vinculado a su conducta. Esta conexión determina la capacidad real para ejercer el cargo de manera efectiva.

Si bien el funcionario público es un servidor del aparato estatal en dicha área correspondiente, tiene que cumplir con los Derechos y Obligaciones, es decir, estos tienen derechos y obligaciones específicas. Estos derechos pueden incluir beneficios laborales, como vacaciones, seguridad social y remuneración adecuada. También tienen la responsabilidad de cumplir con sus deberes y funciones de manera ética y de acuerdo con la ley. Si bien tienen derechos también tienen deberes, ética y transparencia. La ética y la transparencia son aspectos fundamentales en el ejercicio de la función pública en el Perú. Los funcionarios públicos deben actuar con integridad y rendir cuentas de sus acciones, y están sujetos a normas de conducta y conflictos de interés.

En resumen, en el Perú, un funcionario público es una persona que trabaja para el Estado en diversas entidades gubernamentales y que está sujeta a un conjunto de normas y regulaciones que regulan su conducta y responsabilidades en el ejercicio de sus funciones en el sector público. La legislación peruana establece los derechos, obligaciones y categorías de los funcionarios públicos, con el objetivo de garantizar la eficiencia, la ética y la transparencia en la gestión pública.

#### **4.5. La función pública**

Al hablar de función pública, se debe entender por la acción que realiza el funcionario público, es decir, todo hecho, trabajo, relación jurídica que tiene este con el estado. Además, no solo con el estado sino

también con personas naturales desempeñando su cargo a nombre de un organismo jurisdiccional.

Del mismo modo (Carrera., 2022) no los señala de la siguiente manera: “Función pública equivale a organización (dimensión orgánica), a funciones, facultades, competencias, atribuciones o actividades (dimensión funcional) y a personas al servicio de dicha organización (dimensión personal).”

Esta función pública está regulada bajo el amparo de la ley madre o también llamada constitución política del Perú o texto constitucional donde el art 39 nos hace mención sobre los funcionarios y trabajadores públicos o para el estado. Textualmente nos comenta lo siguiente:

#### **Artículo 39.- funcionarios y trabajadores públicos**

Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley. (Constitucion Política del Peru , 1993)

Por otro lado, la Ley del código de ética de la función pública en su artículo segundo nos comenta de la misma manera sobre que se entiende por función a toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. (LEY DEL CODIGO DE ETICA DE LA FUNCION PÚBLICA, 2002)

¿Cuál es la finalidad de la función pública? Para dar respuesta a esta pregunta se tiene que estar dispuesto en la obtención de mayores niveles de aceptación en el aparato estatal, se refiere a que debe de haber mayor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando los recursos del estado.

Desde la óptica anterior podemos entender que la función pública ejerce un papel importante en la nación, pero ¿Cuáles son los aspectos claves que esto acarrea?

1. Servicio a la Sociedad: La función pública tiene como objetivo principal servir a la sociedad y a los ciudadanos. Los empleados y funcionarios públicos desempeñan diversas funciones, desde la formulación de políticas hasta la prestación de servicios públicos esenciales como educación, salud, seguridad, transporte y justicia.

2. Implementación de Políticas: Los funcionarios públicos son responsables de implementar las políticas y programas establecidos por el gobierno elegido democráticamente. Esto implica la ejecución de leyes, regulaciones y programas que abordan una amplia gama de cuestiones, desde la economía hasta la protección del medio ambiente.

3. Administración de Recursos Públicos: Los funcionarios públicos también están a cargo de administrar los recursos públicos, incluyendo el presupuesto del gobierno, los activos estatales y la gestión de personal. Deben hacerlo de manera eficiente y transparente, garantizando que los recursos se utilicen en beneficio de la sociedad.

4. Garantía del Estado de Derecho: La función pública desempeña un papel fundamental en la promoción y el mantenimiento del estado de derecho. Esto implica garantizar que todas las personas sean iguales ante la ley y que se respeten los derechos y las libertades individuales.

5. Transparencia y Ética: Los empleados públicos deben actuar con integridad y ética en el ejercicio de sus funciones. La transparencia en la toma de decisiones y la rendición de cuentas son fundamentales para mantener la confianza de la sociedad en la función pública.

6. Meritocracia y Profesionalización: En muchos países, se busca la profesionalización y la meritocracia en la función pública. Esto significa que el acceso a cargos y promociones se basa en el mérito, la capacitación y la experiencia, en lugar de consideraciones políticas o nepotismo.

7. Control y Supervisión: En algunos casos, existen organismos independientes encargados de supervisar y controlar la función pública para garantizar su adecuado funcionamiento y evitar la corrupción.

#### **4.6. El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública**

En la doctrina penal y la jurisprudencia que acarrea, existen diversas posiciones, opiniones sobre cual es el bien jurídico general protegido en el caso de delitos contra la administración pública, antes de entrar de lleno a tema central. Debemos primero definir ¿Que es bien jurídico protegido?

El bien jurídico protegido es un concepto clave en el derecho penal que se refiere a los intereses fundamentales de la sociedad y de los individuos que son dignos de protección legal contra la comisión de delitos. Estos intereses son esenciales para el funcionamiento ordenado y seguro de la sociedad y pueden variar ampliamente, abarcando desde la vida y la integridad física de las personas hasta la propiedad, la libertad, la moral pública y otros valores sociales. El derecho penal busca proteger y preservar estos bienes jurídicos a través de la tipificación de conductas delictivas y la imposición de sanciones proporcionales.

Respondiendo la interrogante real sobre el bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública, tenemos que es: “El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública)”. Esta postura es la predominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. De la misma forma el bien jurídico es el desempeño correcto de los deberes y funciones que los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega con la finalidad de administrar al Estado. (MEINI, 2008)

Bajo las premisas anteriores podemos ver como un ejemplo muy común en nuestra sociedad. Cuando un fiscal acepta dinero por parte del abogado de la parte contraria para hacerse de la vista gorda y archivar el caso contra un imputado. Esta acción seria un claro ejemplo de delito de cohecho, con ello, se vulnera no solo el correcto funcionamiento de la

administración de justicias, ya que no se puede tener una buena administración de esta. Sino también se vulneraría derechos fundamentales como el de debido proceso. Además, como el principio de imparcialidad que afecta al derecho de igualdad y debido proceso al momento de la defensa.

## **La autoría y participación en los delitos de infracción de deber**

### **5.1. Definición y clases de autoría**

Para entender la definición de autor, en primer lugar, nos debemos basar etimológicamente hablando la palabra "autoría" proviene del latín "auctoritas", que a su vez deriva del término "auctor", que significa "autor" o "causante".

En un contexto general podemos entender que la autoría es la participación principal de un sujeto ya sea en un hecho, evento o relato.

En el contexto legal y penal, el término "autoría" se refiere a la responsabilidad de una persona en la planificación, ejecución o instigación de un delito. En esencia, se relaciona con la identificación de quién es el "autor" o la persona responsable de un acto delictivo específico.

De la misma forma no los comenta el portal institucional IUS (2019): "En el derecho penal, la autoría recae en quién (o quiénes) realiza por sí mismo o por medio de otra persona un hecho criminal. Será autor quien realiza el tipo."

Debemos entender que refiriéndose a la autoría en si existen varias clases jurisprudenciales y doctrinarias, en las cuales, algunas prevalecen más que otras la principal, la más estudiada y la que se usar es la siguiente:

#### **a) Autoría – Teoría de Dominio del Hecho**

Teoría en la cual es muy usada y se podría decir la más clásica en la cual se definen de una manera muy fácil los autores que pueden o intervienen en un delito.

Esta teoría goza de general aceptación en la jurisprudencia para resolver casos en los que se imputan los llamados delitos comunes (*Jedermannsdelikte*), pero resulta insatisfactoria cuando tratamos delitos cuyo tipo presupone un deber especial en el autor y cuya determinación y delimitación de formas de intervención está supeditada a esta estructura típica (Arana, 2011, pág. 70)

En la mencionada podemos entender que existen 3 tipos de “autores”.

- En primer lugar, encontramos al Autor directo el cual es el que va dominar el hecho de manera personal. Es la persona que directamente ejecuta una acción delictiva, estipuladas en el código penal. Bajo un ejemplo muy común estaríamos frente a un feminicidio el cual la pareja sentimental de la agraviada dispara su arma contra ella y la mata en el acto. Por ende, el autor directo del crimen o el delito vendría a ser la pareja sentimental ya que, de manera personal y por si mismo realizo y cometido el acto.

- En segundo lugar, podemos encontrar sobre el autor mediato. El cual en esta clase de “autores” va a predominar la voluntad de otro como instrumento de un delito. Es decir, se va a satisfacer una voluntad delictiva por medio de otra persona, para aparentar que no tuvo relación con el delito. Se debe entender que el autor mediato siempre usara a otras personas como instrumento el cual normalmente mediante engaños, por un error o también por una amenaza e intimidación sin darse cuenta va a producir un delito. Como ejemplo podemos considerar el hecho que un traficante de drogas o un micro comercializador de este “producto” utiliza a un niño para que lleve y entrega drogas a diferentes puntos de su barrio, le hace creer al niño que lo que lleva son medicinas para curar la “gripe” y la realidad es distinta. Por ende, el autor mediato en este delito de drogas, será la persona que el de el paquete al niño. Sin embargo, se

deben tener en cuenta situaciones en las que la responsabilidad penal del instrumento empleado por el autor mediato podría aplicarse, siempre que se analice detenidamente cada caso en particular.

- Ahora cuando dos o mas personas realizan un delito de manera personal y conjunta. Nos estamos refiriendo a la Coautoría. Es el dominio de la acción funcional en base a la división de trabajo, en la cual, no solo participa una persona sino dos o en su defecto un conjunto de personas. Se sanciona no el hecho de reunión, sino a las personas o "coautores" en los cuales se pusieron en contacto, planearon y realización de manera colectiva un hecho criminal, en otras palabras, de manera conjunta realizaron el delito. Como ejemplo se deslinda el delito de "secuestro". Cuatro sujetos se dividen las tareas como de vigilancia, vehículo, armas, alojamiento y comida, además de subir al carro de la víctima, encañonar a la seguridad, la conducción, etc. Luego de esa parnaferalia llevan a cabo el secuestro de un empresario. Estos responderán ante la justicia como coautores del delito de secuestro.

## **5.2. Definición y clases de participación**

Etimología de "Participación": La palabra "participación" proviene del latín "participatio", que está relacionada con el verbo "participare", que significa "compartir" o "tomar parte en algo". En su origen, se refiere a la acción de involucrarse o compartir en una actividad o evento.

Bajo el sustento de la Real Academia Española define "participación" como la acción y efecto de participar. A su vez, "participar" se define como tomar parte en algo, compartir, intervenir en algo con otros. También puede referirse a la acción de comunicar, informar o dar a conocer algo a alguien. (RAE, 2010)

Adentrándonos ahora si en el ámbito jurídico penal, la "participación" se refiere a la intervención de una persona en la comisión de un delito, ya sea como cómplice primario, cómplice

secundario o instigador. Es un concepto clave en la teoría del delito y se utiliza para determinar la responsabilidad penal de las personas que están involucradas en la planificación, ejecución o facilitación de un delito. La participación puede clasificarse en diferentes formas, como autoría directa, coautoría, complicidad o instigación, según el grado de implicación de cada individuo en el acto delictivo.

En resumen, la participación en el ámbito jurídico penal se refiere a la intervención de una persona en la comisión de un delito y desempeña un papel fundamental en la atribución de responsabilidad penal a quienes participan en actividades criminales.

Bajo este breve análisis sobre la participación, cabe de madura la respuesta de ¿Cuáles son los partícipes de un delito?, para poder llegar al máximo esplendor de esta debemos analizar uno por uno a los participantes de este. Encontramos los siguientes:

- Instigador. Persona la cual es la causante de influir, persuadir y/o motiva o mover a otra persona, la cual normalmente es el autor del delito para cometer dicho acto contra el buen orden jurídico. Se puede entender de manera más fácil, la persona que crea y hace nacer la voluntad criminal sobre el sujeto que antes este no tenía, “le da motivación”. Un claro ejemplo de instigador, bajo el delito de homicidio en calidad de sicariato, bajo un monto jugoso de dinero hace que el “sicario” mate a otra persona, respondiendo al sicario como ejecutor del hecho o autor directo del homicidio y a quien pago por hacerlo al instigador del mismo delito.

- Por otro lado, tenemos a los cómplices, son personas que, de manera intencional y voluntaria, colaboran o participan de alguna manera en la comisión de un delito sin ser los autores directos del mismo. Su participación puede ser de diversa índole, pero contribuye de alguna manera a la realización del delito. Los cómplices en el ámbito penal, se dividen en dos, ya sea que hablemos de “Cómplice Primario” o también llamado cooperador necesario, cuando una persona coopera, ayuda, contribuye al autor de un hecho delictivo de

manera tan necesario para el autor que sin esta el no hubiera podido cometer dicho ilícito penal. “La participación del cómplice primario debe ser indispensable, eficaz y trascendente para la realización del hecho criminal”. (Chang, 25)

En su contraparte encontramos el cómplice secundario quien si bien contribuye con la realización del delito lo hace de manera de manera accidental o secundaria, es decir, a través de un aporte que no es considerado indispensable para la ejecución del hecho criminal. (Chang, 25)

Un claro ejemplo en base a los dos cómplices primarios sería cuando en el delito de robo un empleado del banco BCP, proporciona la fecha, hora, número de guardias, lugar y monto de dinero al autor directo para que cometa el robo, en diferencia al cómplice secundario que proporciona, las granadas de humo, las armas, los vehículos.

### **5.3. Ruptura del título de la imputación**

De acuerdo con esta teoría, un individuo ajeno nunca puede ser considerado como autor o cómplice en delitos específicos dirigidos contra la administración pública. En la situación más desfavorable para el “extraneus”, solo podría ser responsabilizado por un delito común en el caso de que se tratara de un delito especial inapropiado dirigido contra la administración pública. En resumen, esto implica directamente que, si un individuo ajeno actúa como autor o cómplice en un delito específico dirigido contra la administración pública, no habrá otra opción que la impunidad.

A un solo hecho se le realiza una doble calificación jurídica, es decir, solo son autores del delito especial quienes tienen competencia institucional, mientras los que no la tienen responden por otro delito de dominio o común. (SICCHA, 2023)

Debemos entender que la ruptura del título de imputación es una característica esencial de los procesos penales que permite

ajustar las acusaciones en función de la evidencia presentada y garantizar que se respeten los derechos de los imputados. Esta flexibilidad procesal es fundamental para lograr un sistema legal penal justo y equitativo. La comprensión de este concepto es esencial tanto para los profesionales del derecho como para aquellos que participan en procesos penales.

Algunas de las características son las siguientes:

❖ **Flexibilidad Procesal**

La ruptura del título de imputación refleja la flexibilidad del sistema legal penal para adaptarse a nuevas pruebas, testimonios o descubrimientos que puedan surgir durante el proceso judicial. Esto garantiza que la justicia sea lo más precisa y equitativa posible, ya que permite ajustar las acusaciones en función de la evidencia disponible.

❖ **Garantía de Debido Proceso**

La ruptura del título de imputación también está vinculada a la garantía del debido proceso legal. Los imputados tienen derecho a un juicio justo y a ser juzgados en función de la evidencia presentada. Si las acusaciones iniciales resultan infundadas o insuficientes, la ruptura del título de imputación garantiza que se realicen los ajustes necesarios para cumplir con este principio fundamental.

❖ **Rol del Ministerio Público**

El Ministerio Público o la fiscalía desempeñan un papel esencial en la ruptura del título de imputación. Son responsables de presentar pruebas sólidas y coherentes para respaldar sus acusaciones. Cuando la evidencia no respalda las acusaciones originales, el Ministerio Público puede revisar su posición y, en algunos casos, retirar o modificar las acusaciones.

❖ **Cambios en las Sanciones**

La ruptura del título de imputación puede tener un impacto significativo en las sanciones que un imputado podría enfrentar. Por

ejemplo, si las acusaciones originales de un delito grave se reducen a un delito menor, las posibles penas también pueden disminuir.

#### ❖ **Transparencia y Responsabilidad**

La transparencia y la rendición de cuentas son fundamentales en la ruptura del título de imputación. Los cambios en las acusaciones deben ser comunicados adecuadamente a todas las partes involucradas en el proceso penal para garantizar que se respeten los derechos de los imputados y se mantenga la integridad del sistema legal.

### **5.4. Unidad del título de la imputación**

Esta teoría establece de manera concluyente que la participación se considera accesoria, pero en relación con el delito real. Por lo tanto, podríamos afirmar que la teoría más ampliamente aceptada es la teoría de la unidad del título de imputación, ya que permite que tanto el autor principal como el cómplice reciban sanciones apropiadas, evitando así dejar la impunidad como una solución perjudicial en nuestra sociedad, donde la cuestión de la corrupción es uno de los temas más importantes.

Si en un hecho punible participan más de dos personas-unos como autores, otros como cómplices-, todos responderán penalmente por ese mismo delito y en un solo proceso penal. [...] A pesar de que solo el autor del delito ostente los deberes especiales. (SICCHA, 2023)

Podemos ver las características que se deslindan son las siguientes:

#### ❖ **Concreción y Precisión**

El título de imputación debe ser claro, concreto y preciso en la descripción de los hechos que se atribuyen al imputado. Debe especificar qué delito se le imputa y proporcionar detalles suficientes para que el imputado comprenda la naturaleza de la acusación.

#### ❖ **Individualización del Imputado**

El título de imputación debe identificar claramente a la persona a la que se le atribuyen los hechos delictivos. Debe incluir el nombre completo y, en su caso, otros datos identificativos del imputado.

❖ **Descripción Detallada de los Hechos**

Debe incluir una narración detallada de los hechos que se le imputan al imputado, incluyendo el lugar, fecha y circunstancias en las que se cometió el presunto delito.

❖ **Fundamentación Jurídica**

El título de imputación debe indicar la norma o disposición legal que se considera infringida por los hechos imputados. Esto permite al imputado conocer las bases legales de la acusación.

❖ **Claridad en la Calificación Jurídica**

Debe indicarse la calificación jurídica provisional de los hechos, es decir, qué delito se considera que ha sido cometido. Sin embargo, esta calificación es provisional y sujeta a revisión durante el proceso.

❖ **Presunción de Inocencia**

El título de imputación debe mantener la presunción de inocencia del imputado. Debe presentarse como una mera acusación que debe ser probada durante el proceso, y no como una declaración de culpabilidad.

❖ **Defensa Efectiva**

La claridad y precisión del título de imputación son esenciales para permitir que la defensa del imputado prepare su caso de manera adecuada, conozca los argumentos en su contra y pueda ejercer su derecho a la defensa de manera efectiva.

❖ **Modificabilidad**

El título de imputación puede modificarse a lo largo del proceso si surgen nuevas pruebas o circunstancias que justifiquen cambios en la acusación. Esto garantiza que el proceso sea flexible y se ajuste a la evidencia disponible.

### ❖ **Notificación al Imputado**

El imputado tiene derecho a ser notificado oficialmente de las acusaciones en su contra a través del título de imputación. Esta notificación es esencial para que el imputado conozca las razones de su detención o citación.

## **LA PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO PENAL**

### **6.1. Definición de prescripción**

Según la doctrina se le considera una institución por la cual se le impide al Estado representado a través del Ministerio Público, de poder continuar con su obligación de persecución penal, siendo que en dicha circunstancia se suscita un vencimiento o ha transcurrido el límite máximo del tiempo posterior a la fecha de inicio del delito cometido, así como el hecho de abrir investigación en el supuesto caso que aún no se haya denunciado el hecho. (Santivanez, 2023)

#### **Prescripción de la acción penal y de la pena**

##### a) Prescripción de la acción penal

La prohibición de iniciar o continuar la tramitación de un procedimiento penal se denomina prescripción de la acción penal, conocida en ocasiones como prescripción de la persecución penal. De esta manera, pone fin a la capacidad del Estado de oprimir a la gente antes de que se llegue a un veredicto.

La prescripción no sólo impide que se dicte una condena sino que también impide al Ministerio Público realizar una investigación, lo que detiene inmediatamente el procedimiento penal una vez que ya se ha iniciado en los tribunales. Por lo tanto, la investigación preliminar tributaria debe terminar inmediatamente si el plazo de prescripción corre antes o durante la misma por la ocurrencia de tal evento. Según el artículo 336 del CPP de 2004, el fiscal deberá confirmar que la actividad delictiva no ha prescrito para formalizar o continuar la investigación preparatoria. Si el plazo de prescripción ha prescrito, el fiscal no puede iniciar ni continuar la investigación. Si la prescripción tiene lugar una vez que se ha formalizado la investigación preparatoria, entonces el fiscal deberá requerir el sobreseimiento del proceso.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que sería inconstitucional que el representante del Ministerio Público que ejerce la acción penal continúe formulando acusación o formulando denuncia penal cuando la capacidad de persecución del Estado se ha agotado por el paso del tiempo, o que el órgano jurisdiccional inicia instrucciones en tales casos y además impone la medida de prisión provisional. (Peña, 2018, p. 33)

b) Prescripción de la pena

El deseo del Estado de castigar y sancionar una conducta a veces puede verse destruido por el paso del tiempo, aunque no en términos de la conducta en sí. A pesar de haber sido declarado culpable de infracción de la ley por un juez, el condenado ahora está exento de la aplicación ejecutiva de la consecuencia punitiva por prescripción de la pena. La prescripción de la pena supone que el proceso ha concluido, es decir, que se ha alcanzado una condena que es firme, y que aún no se ha cumplido en su totalidad el término impuesto.

Por lo tanto, la prescripción de la pena puede ser definida según ANGULO ARANA (2009), desde que se interrumpió el cumplimiento de que se había iniciado una sentencia firme, en virtud del paso del tiempo, posterior a dictada la decisión, sin que se haya iniciado la ejecución o desde que la institución extingue o cancela la posibilidad jurídica de que el Estado pueda ejecutar la sanción penal ya decidida y formalmente impuesta a una persona determinada mediante sentencia firme. (Peña, 2018, p. 33-34)

## **6.2. La imprescriptibilidad**

“La Constitución de nuestra nación y de otras naciones ha regulado la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos cometidos por funcionarios públicos; en la legislación comparada de otros países con el nuestro (Latinoamérica), también han incluido la figura penal de la imprescriptibilidad de la acción penal en estos delitos por el impacto que generan los respectivos actos de corrupción realizados por funcionarios y servidores públicos, pero No de la misma manera que lo ha hecho nuestro

país. La imprescriptibilidad se ha introducido en todas las naciones con respecto a "todos" los delitos que implican corrupción oficial; sin embargo, sólo en los casos en que tales delitos resulten en un daño económico significativo, como en nuestra nación, donde la acción penal es imprescriptible únicamente en los delitos que causen daño patrimonial y con relación a los que no causan daño patrimonial existe la prescripción de la acción penal produciéndose la impunidad en estos delitos". (Lopez, 2022, p. 23)

### **6.3. Los plazos de prescripción de la acción penal**

#### **6.3.1. . Prescripción ordinaria**

El término "prescripción ordinaria" está definido en el primer párrafo del artículo 80 del Código Penal. La prescripción extraordinaria es una forma diferente de prescripción que examinaremos más adelante.

La prescripción ordinaria se produce cuando la actividad ilícita continúa ininterrumpidamente por un período de tiempo igual al máximo permitido por la ley. Es decir, se considerará que la conducta delictiva ha cesado si ha transcurrido el plazo máximo previsto para la sanción del delito sin que éste repercuta en su evolución.

Los párrafos segundo y tercero del artículo analizado abordan circunstancias en las que existen muchos delitos investigados luego de establecer el plazo estándar de prescripción de las acciones penales.

Antes de discutir la combinación ideal de delitos, se señala que "tratándose de delitos reales, las acciones prescriben separadamente dentro del plazo establecido para cada uno"; a continuación, se señala que "las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave".

El plazo máximo de prescripción de la acción penal se fija en 20 años cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de libertad, con excepción de aquellos delitos castigados con cadena perpetua, en cuyo caso el plazo de prescripción se eleva a 30 años, lo

que supone una importante cuestión en el desarrollo del estudio de la prescripción. Sin embargo, existe una excepción, que fue agregada por la Ley 26.360 como frase final del artículo correspondiente, que se refiere a los servidores y funcionarios públicos, que, en el caso de que se encuentren bajo investigación por la presunta comisión de un delito de lesión patrimonial. del Estado o de organizaciones apoyadas por éste, no se aplicará el plazo de prescripción será duplicado. Por lo tanto, es importante considerar si las restricciones señaladas en el cuarto párrafo del artículo 80 se aplicarán a los casos que involucren a personal o autoridades públicas. En este contexto, es importante tener en cuenta que el artículo 41, numeral 8, de la Constitución Política establece que "el plazo de prescripción se duplica cuando se trate de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado". El tema en cuestión se puede encontrar en el capítulo cuarto del primer título del libro, que explora el tema de la función pública, incluyendo, entre otras cosas, los roles de los servidores y funcionarios públicos. Está claro que estamos ante una situación que, si no se entiende con claridad, podría desembocar en un conflicto. En este sentido, creemos que el plazo de prescripción de la acción penal en delitos contra los bienes del Estado y de las organizaciones apoyadas por éste se duplicará en el caso específico de los funcionarios y servidores públicos, y se extenderá más allá, en su caso, de los límites que el Código Penal haya podido fijar en el párrafo cuarto del artículo 80. Esto se debe principalmente a que, como ha quedado demostrado, la Constitución Política así lo especifica, y en caso de duda entre la aplicación de una decisión por sí o por no, el Tribunal Político La Constitución prevalecerá. No debemos olvidar que algunos delitos tienen penas que no siempre implican prisión; en estos casos, la acción terminará al cabo de dos años. (Missiego, 2023, p. 48-49)

### **6.3.2. Prescripción extraordinaria**

Para resaltar la prescripción extraordinaria, hemos separado intencionadamente esta cuestión de las demás que menciona el último párrafo del artículo 83 del Código Penal. Esto porque pone una restricción

temporal a la prescripción, que en realidad es la que esto es lo que ocurre con más frecuencia y permite poner fin a los procesos judiciales invocando su prescripción. El citado plazo se determina multiplicando por la mitad la pena máxima permitida por la ley para el delito, o por la mitad el plazo ordinario de prescripción.

Tenga en cuenta que las referencias a períodos de prescripción más cortos como beneficio de la edad avanzada todavía se aplican al calcular la duración de una prescripción inusual. Debido a su edad en el momento de cometer los hechos, ciertos infractores pueden quedar exentos de las pretensiones punitivas del Estado; no obstante, sus coacusados seguirán siendo responsables de no obtener la misma reparación. (Missiego, 2023, p. 51)

#### **6.4. Suspensión e interrupción de la prescripción**

##### **a) Suspensión**

El artículo 84 del Código Penal establece: “Si el comienzo o la continuación del proceso penal depende de cualquier cuestión que debía resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquel quede concluido”. Cuando debe acreditarse el carácter delictivo de un hecho que es objeto de investigación judicial de forma extrapenal, surge como primera noción de la lectura del artículo impugnado la referencia a cuestiones prejuiciosas. Al mismo tiempo, tenemos en cuenta problemas anteriores en el contexto de eventuales hechos procesales que pueden impedir el cálculo del plazo de prescripción. Las cuestiones preliminares surgen de un requisito procesal que no se cumplió, y el tribunal no lo reconoció al dictar la orden de iniciar la investigación.

Al respecto, la norma no explica explícitamente las implicaciones que, dependiendo de la prescripción de la acción penal, resultan de la suspensión del proceso. Sin embargo, de acuerdo con la última frase del artículo 83, debemos reconocer que la acción penal debe entenderse

prescrita una vez transcurrido el plazo designado para la prescripción extraordinaria, con excepción del supuesto antes mencionado, que se refiere al caso de funcionarios y servidores públicos en la investigación de delitos en perjuicio de los bienes del Estado y de las entidades que éste apoya. (Missiego, 2023, p. 52)

#### b) Interrupción

El Ministerio Público o las autoridades judiciales podrán seguir los siguientes pasos en el examen de los hechos denunciados, de conformidad con el artículo 83 del Código Penal. Comienza delineando las causas detrás del aplazamiento de la ventana de acción penal. A continuación, se explica qué ocurre cuando se interrumpe el cómputo del plazo de prescripción, estableciendo el inicio de un nuevo plazo igual a la pena máxima permitida por la ley por el acto ilícito, o la llamada "prescripción ordinaria", antes de enfatizar que la comisión de un nuevo delito resulte intencionadamente en la interrupción.

Para poder examinar adecuadamente este punto, es fundamental conocer el momento preciso en que el Ministerio Público inicia la investigación de una denuncia. Como resultado, se concluye que el período de prescripción generalmente se determina en función de la fecha en que se presentó la denuncia en la mesa de audiencia. Varias divisiones del Ministerio Público. Es decir, la fecha que se utiliza como prueba de que el Ministerio Público recibió la denuncia es la fecha en que se interrumpió el tiempo. Sin embargo, en lo que respecta a los actos del Ministerio Público, el legislador se refiere a las actuaciones propias de su función en la investigación preliminar y no a aquellas de carácter administrativo, como pudieran ser la recepción y descarga en el sistema de una denuncia. (Missiego, 2023, p. 50-51)

### **6.5. Breve análisis de la Ley 31751**

“Con fecha 25 de mayo del 2023, se publicó en el Diario Oficial, la Ley Nro. 31751 que modifica el artículo 84° del Código Penal y el artículo 339° inciso 1 del Código Procesal Penal.

El efecto inmediato de la entrada en vigencia de esta ley es que el plazo “*sui generis*” o infinito de la suspensión de la prescripción de la acción penal posterior a la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, será hasta en un plazo máximo de un año, y en ningún supuesto este plazo puede ser ampliado o modificado.

Con ello, se busca garantizar la aplicación real del Principio al Debido Proceso en su modalidad de ser procesado dentro de un Plazo Razonable y con las garantías exigidas por la Constitución Política.

Finalmente, los procesados quienes se encuentren dentro de este supuesto jurídico, puedan invocar que ha operado la suspensión de la prescripción de la acción penal poniendo fin a la persecución penal y obtener una sentencia favorable [Vía extinción de la acción penal] con calidad de cosa juzgada”. (Cruz, 2023)

### **6.6. Reducción de los plazos de prescripción de acción penal**

El legislador consideró que aquellos que en el momento del hecho punible tuvieran más de 18 años pero menos de 21 o más de 65 años se beneficiarían de la llamada "responsabilidad restringida" e incluso podrían ver sabiamente reducida la pena legal por el delito. ilícito. Esta idea se inspiró en el criterio de la prescripción, que estipula que, si el agente era mayor de 18 años y menor de 21 años, o mayor de 65 años, al momento de cometer el hecho investigado, los plazos fijados para la prescripción del delito la acción se reducirá a la mitad.

Tenga en cuenta que nos referimos a la edad del agente en el momento en que cometió el hecho considerado delictivo, no al momento de la denuncia, del auto de apertura o de cualquier otro momento que pudiera presumirse. La ley es muy clara al respecto, por lo que si, por ejemplo, la persona en el momento del hecho investigado tenía más de

21 años, seguirá siendo importante tener en cuenta esa edad a la hora de determinar los plazos de prescripción, como hemos comentado anteriormente. (Missiego, 2023, p. 49-50)

## **6.7. La duplica de los plazos de prescripción**

### **8.1 En el Código Penal**

Artículo 80°, manifiesta lo siguiente:

*“La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad.*

*En caso de concurso real de delitos, las acciones prescriben separadamente en el plazo señalado para cada uno de ellos.*

*En el caso de concurso ideal de delitos, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave.*

*La prescripción no será mayor a veinte años. Tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua, se extingue la acción penal a los treinta años.*

*En los delitos que merezcan otras penas, la acción prescribe a los dos años.*

*En caso de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organizaciones sostenidas por éste, el plazo de prescripción se duplica.”* (LEGIS.PE, 2023)

### **8.2 Análisis del artículo 41 in fine de la Constitución: reforma con la Ley 30650**

Tal como señala GUZMÁN (2005) el comportamiento de los funcionarios públicos, comprende dos conceptos importantes. Uno es la responsabilidad, por la cual los funcionarios y servidores públicos están en el deber de asumir las consecuencias de sus actos al interior del Estado. Asimismo, la doctrina y las normas legales hacen hincapié al término "responsabilidad" y que hace referencia a la obligación del funcionario o servidor de informar de sus actos.

Los funcionarios y servidores deben rendir cuenta ante las autoridades competentes y ante el público por el erario patrimonial del Estado a su. En razón a que el Titular de la entidad de la que se trate, los funcionarios y los servidores públicos tienen el deber de desempeñar sus funciones con eficacia, economía, eficiencia, transparencia y licitud, a lo cual debe agregarse que desempeñan el cargo en representación de la población. Los servidores y funcionarios públicos tienen el deber permanente, personal e intransferible de dar cuenta del ejercicio de sus funciones, del cumplimiento de sus objetivos y de los bienes y recursos recibidos para su custodia y administración.

Sobre lo dispuesto en el artículo 41º (Texto anterior) RIOS; ÁLVAREZ ;SAR, manifiestan que, conforme se dejó establecido en la sentencia 7451-2005-PHC/TC, el fundamento constitucional de la prescripción se encuentra tanto en el último párrafo del artículo 41º, como en el artículo 139º, inciso 13, de la Constitución. El primero prevé que “el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”, mientras que el segundo prescribe que “la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada”.

Bajo el canon interpretativo de estas dos disposiciones constitucionales alusivas a la prescripción, se puede señalar que en general la prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad penal fundada en la acción del tiempo sobre los acontecimientos humanos o la renuncia del Estado al ius punendi, en razón de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de esta. Es decir, mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y con él la responsabilidad del supuesto autor o autores del delito investigado". (Exp. 05890-2006-HCFJ 3).

Desde la perspectiva de GUZMÁN (2005), la Constitución establece la duplicación del plazo de prescripción a fin de establecer mayores dificultades para que el delito en cuestión pueda quedar impune.

La prescripción, como bien se sabe, es el mecanismo a través del cual se extingue la acción penal como resultado del transcurso del tiempo. Es el Código Penal el que establece los plazos de prescripción a partir de la pena privativa de libertad prevista para cada delito. Ahora bien, no todos los delitos contra la Administración Pública tienen contenido patrimonial, siendo estos a los cuales se aplica esta disposición. En consecuencia, el plazo de prescripción ampliado no es susceptible de ser aplicado a aquellos delitos que no afectan el patrimonio del Estado. (Peña, 2018, p. 26-27)

## **6.8. Prescripción en el caso de delitos contra la administración pública en el derecho comparado.**

### **a) México**

Respecto a la legislación mexicana, la misma manifiesta que en el mes de diciembre de 2007, se elaboró un Proyecto de imprescriptibilidad (SECRETARIA DE GOBERNACION MEXICO) de los delitos cometidos por servidores públicos y de creación del Observatorio Ciudadano contra los actos de Corrupción.

Así, se sugirió no prescribir delitos como cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, así como delitos como servicio público indebido, abuso de autoridad, desaparición forzada de personas, coaliciones de servidores públicos, uso indebido de poderes, conmoción cerebral, intimidación, y ejercicio abusivo de funciones.

El papel que juegan los empleados públicos en la batalla contra la corrupción es indiscutiblemente importante porque son quienes más abusan de sus posiciones de autoridad y privilegios. Por ser ellos quienes representan directamente los intereses del Estado, que también son los intereses de la sociedad, su maltrato tiene un impacto negativo en todo el país.

Por lo tanto, es crucial que sus actividades indebidas resulten en culpabilidad criminal, pero que esta responsabilidad también debe ser

imprescriptible para evitar que sus acciones queden impunes ante la justa indignación y la ira de la sociedad. (Peña, 2018, p. 91-92)

## **b) Chile**

Una de las cuestiones más polémicas en el derecho y la doctrina, tanto nacional como internacional, es cómo castigar a las personas que participan en este tipo de delitos pero que no son autoridades públicas, o cómo castigar a quienes están implicados. personas que cooperan o acuerdan cometer este tipo de delito con funcionarios gubernamentales.

Para ser considerado responsable de un delito oficial, el autor debe, en teoría, poseer la condición de funcionario público. Esto se requiere ya sea porque el delito sólo puede ser cometido por alguien que posea esta calificación o porque la ley pretende crear figuras delictivas más agravantes o privilegiadas como resultado de la función relevante desempeñada por los empleados públicos.

En el primer caso siempre se utiliza como ejemplo el delito de prevaricación judicial porque sólo un juez puede imponer a sabiendas una pena contraria a la ley; un individuo no puede hacer esto. En el segundo caso se pone como ejemplo el delito de malversación de caudales públicos porque si el hurto es cometido por un particular podemos estar ante apropiación indebida, hurto o fraude, que son los elementos fundamentales de la malversación. Por tanto, surge la cuestión de cómo sancionar a una persona que ha cometido un delito oficial.

Es discutible si este tercero, que no tiene el título de funcionario público, debe ser castigado como si lo tuviera. Quienes apoyan la respuesta afirmativa sostienen que existe una cierta "comunicabilidad de la calidad de sujeto activo", particularmente en lo que respecta a los delitos contra el servicio público.

El argumento contrario sostiene que esto es imposible ya que para cometer un delito oficial es necesario que el infractor sea un miembro del público. (Peña, 2018, p. 92-93)

**6.9. Jurisprudencia relevante sobre  
prescripción de la acción penal.**

a) Casación N° 1387-2022 - Cusco

*“La presente, se pronuncia sobre la prescripción de la acción penal, suspensión y aplicación de la norma más favorable.*

*De este modo, se indica que en audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia, el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Raymundo Espinoza Sánchez contra la sentencia de vista, del cuatro de abril de dos mil veintidós, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que por mayoría declaró infundada la nulidad planteada por la defensa técnica del aludido sentenciado; y confirmó la sentencia de primera instancia del treinta de diciembre de dos mil veinte, que declaró infundada la excepción de prescripción y condenó al mencionado sentenciado como autor del delito contra el patrimonio-daños simple, en agravio de Sayda Rodríguez Soto; le impuso siete meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de un año, sujeto a reglas de conducta, y treinta días multa y fijó en S/200,000 mil soles, el monto de la reparación civil a favor de la parte agraviada.*

*Asimismo, DECIDIERON:*

*- DECLARAR FUNDADO el recurso de casación interpuesto por el sentenciado Raymundo Espinoza Sánchez, por vulneración de la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, contra la sentencia de vista, del cuatro de abril de dos mil veintidós, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que por mayoría declaró infundada la nulidad planteada por la defensa técnica del aludido sentenciado; y confirmó la sentencia de primera instancia, del treinta de diciembre de dos mil veinte, que declaró infundada la excepción de prescripción y condenó al mencionado sentenciado como autor del delito contra el patrimonio- daños simple, en*

*agravio de Sayda Rodríguez Soto; le impuso siete meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de un año, sujeto a reglas de conducta y treinta días multa y fijo en S/200,000 mil soles el monto de la reparación civil a favor de la parte agraviada; con lo demás que al respecto conviene.*

*En consecuencia, CASARON la aludida sentencia de vista en el extremo en que confirmó la sentencia de primera instancia, del treinta de diciembre de dos mil veinte, que declaró infundada la excepción de prescripción y condenó a Raymundo Espinoza Sánchez como autor del delito contra el patrimonio-daños simple, en agravio de Sayda Rodríguez Soto, a siete meses de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de un año, sujeto a reglas de conducta, y a treinta días-multas; y actuando en sede de instancia, declararon PRESCRITA la acción penal seguida a favor del aludido encausado por el mencionado delito; subsistiendo el extremo en que fijó en S/200,000 mil soles el monto de reparación civil a favor de la parte agraviada (...). (LEGIS.PE, 2023)*

## **QUE SON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Gregorio Peces-Barba define un derecho fundamental como una facultad que la normativa concede para proteger a la persona en aspectos cruciales de su vida, como su vida misma, su libertad, igualdad, participación política o social, u otros aspectos fundamentales que afectan su desarrollo integral como individuo en una comunidad de individuos libres. Este derecho fundamental requiere que los demás individuos, grupos sociales y el Estado respeten esa facultad, y en caso de infringirla, existe la posibilidad de recurrir al aparato coactivo del Estado para remediar la situación.

### **7.1. PRINCIPIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Los principios son los fundamentos que guían todo un conjunto de normas, las pautas esenciales en el sistema legal de la Constitución

brasileña. Representan los valores más significativos que orientan la creación de la Constitución y tienen un carácter normativo, lo que significa que tienen un efecto vinculante y se convierten en reglas legales concretas.

No siempre la distinción entre los principios y las reglas está debidamente clara, Existen tres corrientes en lo que respecta a la diferenciación mencionada.

Gomes Canotilho presenta una serie de criterios que pueden ser utilizados para distinguir entre principios y reglas:

a) Grado de abstracción: Los principios son normas con un alto grado de abstracción, lo que significa que son formulaciones generales de valores, derechos o deberes. Son conceptos amplios que no proporcionan orientación detallada sobre cómo aplicarlos en situaciones específicas. Por ejemplo, el principio de igualdad es un concepto general que establece que todas las personas deben ser tratadas de manera justa y sin discriminación, pero no especifica cómo se debe aplicar en casos concretos.

b) Grado de especificidad en la aplicación a casos concretos: se refiere a cómo se utilizan en situaciones concretas y cuán específicas son las pautas que proporcionan. Los principios son normas generales que establecen valores o estándares amplios, pero no proporcionan directrices específicas o detalladas sobre cómo aplicarlos en casos concretos. Son vagos e indeterminados en el sentido de que no ofrecen una respuesta precisa sobre cómo deben ser implementados en situaciones específicas. Esto a menudo requiere un proceso de interpretación y adaptación por parte del legislador o el juez para determinar cómo aplicar el principio a una situación particular.

c) Rol como fundamento en el sistema de fuentes del derecho: Posición Jerárquica: Algunos principios, como los principios constitucionales, ocupan una posición elevada en la jerarquía de las fuentes del derecho. Esto significa que tienen un estatus superior en comparación con otras normas legales. Por lo tanto, cuando hay un

conflicto entre un principio constitucional y una ley ordinaria, el principio constitucional generalmente prevalece y anula la ley ordinaria. Los principios constitucionales a menudo se consideran la base sobre la cual se construye todo el sistema legal.

Importancia Estructurante: Incluso si no tienen una posición jerárquica superior, los principios desempeñan un papel fundamental en la estructuración del sistema legal. Esto significa que los principios, como el principio del Estado de Derecho, actúan como cimientos o pilares en los que se basa la legislación y la jurisprudencia. Ayudan a dar forma a la interpretación y aplicación de las leyes y a garantizar que el sistema legal refleje los valores y objetivos fundamentales de la sociedad.

d) Relación cercana con la noción de derecho: Los principios son estándares jurídicos vinculantes que se fundamentan en las exigencias de la justicia (según Dworkin) o en la noción misma de derecho (según Larenz); por otro lado, las reglas pueden ser normas vinculantes con un contenido principalmente funcional.

f) Naturaleza normogenética: Los principios actúan como el fundamento desde el cual se derivan o se crean reglas jurídicas, es decir, desempeñan una función normogenética fundamental en la creación y justificación de dichas reglas.

## **7.2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

El control de convencionalidad es un principio y una práctica legales que se centran en la responsabilidad de los Estados de asegurarse de que sus leyes y acciones estén en conformidad con las normativas y tratados internacionales de derechos humanos que han aceptado. Este concepto se aplica específicamente en el ámbito de la protección de los derechos humanos y la justicia a nivel internacional.

El propósito principal del control de convencionalidad es garantizar que las leyes y prácticas a nivel nacional estén alineadas con los estándares internacionales de derechos humanos. Esto implica que los tribunales nacionales deben llevar a cabo una revisión para determinar si

las leyes y las decisiones judiciales cumplen con los tratados y acuerdos de derechos humanos que un Estado ha ratificado. (CLAUDIO, 2013)

### **7.3. FUNDAMENTACION DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

Para poder profundizar en el análisis del control de convencionalidad, es esencial precisar cuál es su origen y fundamento, es decir, la base sobre la cual se sustenta. La mención de estos elementos es crucial para comprender la importancia de llevar a cabo este control y destacar que su omisión podría llevar a que los Estados incurran en responsabilidad internacional.

Al analizar de manera conjunta los artículos 1, 2 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), se desprende que la protección de los derechos humanos debe ser una guía fundamental en la actuación de los Estados. Estos Estados tienen la responsabilidad de tomar todas las medidas necesarias para asegurar el respeto, la protección y la promoción de estos derechos.

Desde esta perspectiva, se ha desarrollado el concepto de control de convencionalidad, que implica que los jueces de los Estados Partes tienen la obligación no solo de llevar a cabo un control de legalidad y constitucionalidad en los casos de su competencia, sino también de incluir en sus decisiones las normas contenidas en la CADH y los estándares establecidos por la jurisprudencia

Este control de convencionalidad se considera una aplicación interpretativa y, específicamente, jurisdiccional de la obligación de garantía establecida en la CADH (Artículos 1.1 y 2). Esta obligación de garantía implica que el Estado está comprometido a organizar su aparato de poder público de manera que facilite el ejercicio completo y efectivo de los derechos y libertades reconocidos en la Convención. En otras palabras, el Estado debe establecer condiciones efectivas que permitan que las personas disfruten y ejerzan plenamente los derechos establecidos en la Convención. En última instancia, se busca lograr

coherencia entre las acciones internas del Estado y sus compromisos internacionales.

#### **7.4. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTEROAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha experimentado diversas etapas en la evolución del concepto de "control de convencionalidad". Analizar esta evolución es esencial para comprender el significado y alcance actual de este concepto.

La referencia al control de convencionalidad en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* fue un hito importante en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y marcó un avance significativo en la protección de los derechos humanos en la región. El voto razonado de Sergio García Ramírez en este caso, pronunciado en 2003, estableció una doctrina fundamental sobre el control de convencionalidad.

El control de convencionalidad se refiere a la obligación de los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de asegurar que su legislación y sus acciones estén en conformidad con las normas y estándares de derechos humanos establecidos en la Convención y en la jurisprudencia de la Corte IDH. Esta doctrina implica que los Estados deben revisar sus leyes y prácticas internas para asegurarse de que no violen los derechos protegidos por la Convención, incluso si sus leyes nacionales son aparentemente compatibles con la Convención.

El énfasis en el "funcionamiento integral del Estado" significa que el control de convencionalidad no se limita a la revisión de leyes específicas, sino que abarca todos los aspectos del sistema legal y de justicia en un Estado. Esto incluye la actuación de los tribunales, la policía, los órganos legislativos y ejecutivos, y cualquier entidad o actor

que ejerza poder estatal. La Corte IDH, a través del control de convencionalidad, evalúa si el Estado está cumpliendo con su deber de garantizar los derechos humanos de manera efectiva y coherente con los estándares internacionales.

Dentro del contexto de la Convención Americana y la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, se establece que el Estado es una entidad integral e indivisible. Por lo tanto, la responsabilidad del Estado es global y se extiende a todos sus componentes, sin que esta responsabilidad esté sujeta a la división de competencias que pueda establecer el derecho interno. No es posible fragmentar al Estado en el ámbito internacional, ni obligar a la Corte a procesar solo a algunos de sus órganos, asignándoles la representación del Estado en el juicio sin que esta representación tenga repercusiones sobre el Estado en su totalidad. Tampoco se puede eximir a algunos órganos de este régimen de responsabilidad convencional, dejando sus acciones fuera del alcance del "control de convencionalidad" que implica la jurisdicción de la Corte internacional. (CLAUDIO, 2013)

#### **7.5. PRINCIPIO DE IGUALDAD**

El derecho a la igualdad se establece como una norma que impide la discriminación, lo que implica que todas las personas deben recibir un trato igualitario ante la ley y no pueden ser objeto de discriminación basada en su raza, género, origen, religión, situación económica u otros motivos. Esta prohibición de discriminación implica que no se pueden establecer tratamientos diferenciados entre las personas a menos que estén justificados. Esta obligación recae en primer lugar sobre el Estado, pero también se aplica a entidades privadas en cualquier tipo de relación.

Un ejemplo concreto de cómo se aplica el principio de igualdad en el ámbito de las relaciones familiares es que no se puede establecer una discriminación entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, dando un trato preferencial a unos en detrimento de otros. En el pasado, la legislación civil, como el Código Civil de 1936, solía otorgar menos derechos legales a los hijos nacidos fuera del matrimonio, lo cual

claramente constituía una forma inaceptable de discriminación legal, ya que iba en contra del principio de igualdad. Siguiendo esta línea de igualdad, tanto el padre como la madre tienen las mismas responsabilidades en lo que respecta al sustento, vestimenta, recreación, educación y protección de la salud de sus hijos.

#### **7.6. ALCANCES: DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES**

El derecho a la igualdad en nuestra legislación se presenta como un derecho fundamental que tiene una doble naturaleza: subjetiva y objetiva. En su aspecto subjetivo, implica el derecho de las personas a ser tratadas con igualdad y dignidad ante la ley, sin sufrir discriminación por motivos como raza, género, religión, orientación sexual, entre otros. Desde el punto de vista objetivo, establece la obligación tanto para el Estado como para los actores privados de no discriminar entre individuos, a menos que existan razones objetivas que justifiquen un trato diferenciado.

Este derecho prohíbe tratar de manera desigual a las personas sin una justificación legítima. En el pasado, se han observado situaciones de discriminación en áreas como la educación o el empleo, donde ciertas instituciones o empleadores preferían a personas que habían estudiado en determinadas universidades o que pertenecían a ciertos grupos étnicos o religiosos. Estos actos de discriminación eran incompatibles con el derecho a la igualdad y, en muchos casos, se tomaron medidas legales y políticas para abordar y eliminar esta discriminación.

Además, el derecho a la igualdad también implica que el Estado debe tomar medidas positivas para abordar las desigualdades materiales y garantizar que todos los individuos tengan igualdad de oportunidades. Esto puede incluir la implementación de políticas de acción afirmativa o medidas para empoderar a grupos históricamente marginados y vulnerables.

A modo de ejemplo, se podría considerar discriminatorio el otorgamiento de puntos adicionales en el contexto de una licitación

pública basado en la nacionalidad de los inversionistas, lo que podría perjudicar a los inversionistas extranjeros. Esto se debe a que la Constitución establece el principio de igualdad de trato tanto para los inversionistas nacionales como para los extranjeros. Del mismo modo, se podrían percibir como discriminatorias las ofertas de empleo que exigen como requisito que los candidatos hayan estudiado en una universidad privada específica, ya que esto podría afectar a aquellos que no han cursado sus estudios en esas instituciones.

El derecho a la igualdad no se limita solo al ámbito jurídico, sino que también tiene un impacto significativo en la sociedad y la economía. Este derecho impone responsabilidades al Estado con el propósito de abordar situaciones de desigualdad material que crean divisiones entre las personas. Estas acciones gubernamentales se conocen como acciones afirmativas o discriminación inversa y tienen como objetivo nivelar las condiciones para aquellos que se encuentran en desventaja, típicamente grupos vulnerables como mujeres, niños, adultos mayores, poblaciones indígenas, personas homosexuales, entre otros. Estas medidas buscan corregir las desigualdades materiales que persisten en la sociedad y garantizar que todos los individuos tengan igualdad de oportunidades y derechos.

Las acciones afirmativas incluyen iniciativas como establecer cuotas de empleo para personas con discapacidad, reservar plazas en instituciones educativas públicas para miembros de comunidades indígenas, proporcionar becas a estudiantes talentosos de bajos recursos, implementar programas de capacitación laboral para grupos marginados o de bajos ingresos, entre otras medidas similares. Todas estas políticas, destinadas a ayudar a aquellos que enfrentan desventajas, tienen como objetivo corregir las desigualdades materiales que la sociedad, por sí sola, no puede resolver.

El derecho a la igualdad tiene una dimensión relacional, lo que implica que las violaciones al principio de no discriminación o al principio de igualdad suelen manifestarse en la práctica de otros derechos

fundamentales. Esto incluye situaciones como la discriminación en el entorno laboral, la prohibición de despidos basados en motivos discriminatorios como el embarazo o las creencias ideológicas o políticas, restricciones a la libertad sindical, acceso a puestos en el sector público, la prestación de servicios en establecimientos comerciales o de alojamiento, la oferta de seguros o servicios de salud, el derecho a la educación, las relaciones de consumo y numerosos ejemplos similares.

En esencia, esto significa que el derecho a la igualdad no solo se trata de tratar a todas las personas por igual, sino también de asegurarse de que no se les discrimine en el ejercicio de sus otros derechos y libertades fundamentales en diversos contextos y situaciones de la vida cotidiana.

La jurisprudencia ha desarrollado un método llamado el "criterio de igualdad" en función de la noción de que el principio de igualdad en el ámbito legal se vincula con la comparación de diferentes situaciones. Este enfoque se emplea en conjunto con el principio de proporcionalidad y su finalidad es analizar si una ley se ajusta al principio de igualdad tal como está establecido en la constitución, o si, en cambio, la infringe. En otras palabras, este criterio se utiliza para determinar si una legislación respeta o incumple el principio de igualdad ante la ley.

El test de igualdad, según lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso del Programa de Formación de Aspirantes a la Magistratura (PROFA), EXP 00045-2004-AI, se compone de una metodología de análisis que sigue una serie de pasos sucesivos. Estos pasos son los siguientes:

#### **7.7. DETERMINACION DE TRATAMIENTO LEGISLATIVO DIFERENTE**

En esta fase del análisis, se está examinando si una medida legislativa específica trata de manera diferente a un grupo específico de personas en situaciones similares. En el ejemplo mencionado

previamente, se detectó que los aspirantes a la magistratura estaban siendo objeto de un trato desigual debido a una normativa legal que otorgaba un beneficio (un bono en su puntaje acumulado) solo a aquellos que habían completado el curso de formación de aspirantes a la magistratura, conocido como PROFA. Esto significa que, a pesar de que todos los aspirantes compartían la misma meta de convertirse en magistrados, algunos de ellos recibían un trato preferencial en términos de puntaje debido a su participación en el PROFA, mientras que otros no disfrutaban de ese beneficio. Por lo tanto, se estaba aplicando una distinción que resultaba en un tratamiento diferenciado entre aspirantes a la magistratura que, en principio, se encontraban en situaciones similares.

### **DETERMINACION DE LA INTENSIDAD DE LA INTERVENCION EN LA IGUALDAD**

Esta etapa del test se enfoca en determinar cuán significativa es la intervención en el principio de igualdad debido al tratamiento diferenciado establecido por una medida legislativa. La intensidad de la intervención se clasifica en tres niveles:

**Intervención de Intensidad Grave:** Esto ocurre cuando la diferenciación en la medida legislativa se basa en motivos expresamente prohibidos por la constitución, como origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o situación económica. Además, esta diferenciación impide el ejercicio de otro derecho fundamental. En otras palabras, se trata de una discriminación grave basada en motivos inaceptables y que tiene un impacto significativo en la capacidad de una persona para ejercer sus derechos fundamentales.

**Intervención de Intensidad Media:** Esta categoría se aplica cuando la diferenciación en la medida legislativa se basa en un motivo prohibido por la constitución, pero también obstaculiza el ejercicio de un derecho legal (que no es fundamental). Aunque la diferenciación no afecta directamente un derecho fundamental, aún se considera significativa y problemática desde el punto de vista de la igualdad.

Intervención de Intensidad Leve: En este caso, la diferenciación en la medida legislativa se basa en motivos distintos a los prohibidos por la constitución, pero afecta el ejercicio de un derecho de origen legal (que no es fundamental). Aunque la diferenciación no se basa en razones expresamente prohibidas, sigue siendo importante evaluar su impacto en la igualdad y el ejercicio de los derechos. (LANDA ARROYO, 2017)

### **DETERMINACION DE LA FINALIDAD DEL TRATAMIENTO DIFERENTE**

En este contexto, una medida que afecta el principio de igualdad se descompone en dos componentes fundamentales: el objetivo y el fin de la medida. El objetivo se refiere al resultado deseado que se pretende lograr con la medida legal, es decir, la meta inmediata que se busca alcanzar. Por otro lado, el fin está relacionado con el derecho, principio, valor o bien constitucional que se busca realizar a través del objetivo, es decir, la consecuencia a largo plazo de la medida.

Usando el ejemplo mencionado, el Tribunal Constitucional ha observado, basándose en la información proporcionada por el Congreso, que el propósito de la medida diferenciadora es garantizar que los jueces reciban una formación adecuada y especializada (lo que se busca lograr). Por otro lado, el objetivo de esta medida sería asegurar la competencia judicial, un principio tácito del derecho al acceso a la justicia. Este principio no solo involucra garantizar el acceso a la justicia, sino también fomentar un acceso a una justicia de alta calidad, que se consigue mediante la capacitación adecuada y la especialización de los magistrados.

## **CAPITULO III MARCO CONCEPTUAL**

## **CAPITULO IV MARCO METODOLÓGICO**

### **Métodos Lógicos:**

- **Método Deductivo**

Mediante este método, se podrá llegar a la determinación de que es no es correcto asumir en un Estado de derecho donde se debe respetar la vigencia de los derechos fundamentales de la persona que el particular también sea abarcado por la duplica de los plazos de prescripción de la acción penal.

Con base a este método, se empezará del conocimiento general que nos lo proporcional el derecho constitucional y la necesidad de mantener la observancia de los derechos y principios básicos que tienen fundamento en los tratados sobre derechos humanos, además del contenido esencial del derecho fundamental a la igualdad, para llegar a la deducción que este derecho se ve afectado cuando la duplica de la prescripción se extiende al particular y no solo al funcionario público. Deducción que se extraerá de la comprensión de la distinción entre los deberes que tienen los funcionarios en el marco de los delitos de infracción de deber.

- **Método Analítico- sintético:**

Primero se analizará toda la información que se tiene sobre los temas que constituyen ejes centrales de la

temática (las variables); de ahí el derecho a la igualdad, la convencionalidad y la prescripción deben ser materia de análisis, pero no aisladamente sino con la finalidad de obtener la concreción de la hipótesis planteada.

Teniendo como fundamento este método se realizará un análisis de los pronunciamientos doctrinarios y jurisprudenciales en relación a la duplica de la prescripción, además de ello se sintetizará las diferentes modificaciones que ha sufrido este tema en los últimos tiempos, para presentar la última reforma constitucional la misma que se analizará en función de la exposición de motivos.

- **Método Comparativo:**

Este método en general sirve para comprar la legislación de otros países con respecto a la legislación en la que se hará la investigación, pero no solo la legislación, sino los pronunciamientos jurisprudenciales, así como la casuista.

Mediante este método se hará un análisis de como los demás países que han regulado el tema de la prescripción de la acción penal en especial la duplica en casos de la intervención de particulares (extraneus) en los delitos que comenten funcionarios públicos que tiene relación funcional con la cosa pública, ello servirá de derrotero para que se pueda extraer conclusiones respecto a cómo debe ser reformulado el tema en el Perú, con lo cual se robustecerá mi hipótesis de investigación.

## **Métodos Jurídicos:**

- **Método Hermenéutico:**

La hermenéutica implica la interpretación de la legislación o de los textos normativos, de ahí que sea un método que no puede ser soslayado en las investigaciones de índole jurídica en donde se cuestiona o se propone algún cambio o forma de interpretación distinta del texto normativo. La hermenéutica hace alusión a la interpretación de los textos, en este caso de los textos normativos o disposiciones legales, pues no hay que olvidar que la disposición es distinta de la norma, pues esta última es el resultado interpretativo de la primera, lo se puede expresar que la norma surge de la disposición cuando esta es sometida a la interpretación, para lo cual el método hermenéutico es básico.

Este método se utilizará para cuestionar la regulación recogida en la misma Constitución, en relación a que ha sido la misma Carta Fundamental la que ha propuesto una reforma que no satisface los estándares de una interpretación conforme a los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, alejándose de su rol fundamentador de servir de marco a la observación de los principios y derechos humanos fundamentales.

- **Método doctrinario:**

La doctrina permitirá el análisis dogmático de las figuras tanto de naturaleza penal sustantiva, como lo es la prescripción de la acción penal, así como los plazos de esta; además de un análisis de tipo constitucional y convencional, para hacer un estudio en relación a la convencionalidad y alcances de los derechos fundamentales, en especial del de igualdad.

En base a este método, se determinará que es lo que autores y expertos en materia de derecho penal sustantivo, y derecho constitucional sostienen al respecto, sin dejar de lado el apoyo recíproco de la doctrina con lo señalado en los acuerdos plenarios respecto del tema de la prescripción y la duplica al particular en específico.

- **Método dialéctico:**

Esta metodología académica científica, permitirá formular un análisis de las distintas posturas que la doctrina y la propia jurisprudencia han desarrollado al respecto, identificando que la novedad del tema, constituye un límite para impulsar un gran desarrollo de la temática en foro nacional. La confrontación de posturas evitará la existencia de sesgos cognitivos que perjudiquen los resultados y conclusiones de la investigación, así como la comprobación de la hipótesis.

En el presente caso, se evidenciará como es que la doctrina nacional, así como la jurisprudencia, en especial los acuerdos plenarios que tratan el tema, parecen haberse dejado de lado por el legislador al momento de reformar la Constitución.

## **Técnicas e Instrumentos:**

- **Fichaje:**

Para poder llegar a comprobar la hipótesis primero es necesario que se haga un deslinde del material que servirá para lograr tal finalidad, en se discriminará la información, luego se ordenará y se registrará de forma sistémica el contenido sustancial de esos materiales que luego se trasladará al informe de tesis. Para ese fin deberá usarse como instrumento “las fichas”

- **Análisis documental:**

Por intermedio de este método se hará un análisis de los principales aportes de la doctrina respecto a la temática, así como se organizarán los pronunciamientos de la doctrina, además de la comparación entre la regulación del tema que nos ocupa en la legislación de otros países. **“El instrumento es la guía de observación”.**

## **CAPITULO V RESULTADO Y DISCUSIÓN**

### **7.8. Plazos de prescripción: alcance de la dúplica a los particulares y el cuestionamiento de convencionalidad**

### **7.9. Distinción entre funcionario y servidor público con el particular: la infracción de deber:**

Como afirma la doctrina, en una básica delimitación dogmática puede distinguirse entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber (o delitos que consisten en la infracción de un deber) (Caro John, 2012); es decir, no todos los delitos tiene un tratamiento en relación con los sujetos que pueden ser autores de estos y sobretodo en relación de las expectativas que quebranta, esto es, es necesario determinar que si lo que se lesiona son deberes genéricos, estaremos ante delitos de dominio, mientras que si lo que se vulnera son deberes especiales positivados, entonces estamos hablando de los de delitos de infracción de deber, lo que como ya se dijo, hace que solo puedan ser cometidos, por lo menos a título de autor, por quienes ostenta ese deber especial. Explicando ello, diremos, con Roxin que, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial de autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la normas, el que les es exigido a todos, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización (Roxin, 2000).

Habiendo establecido la diferencia entre los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio, es necesario

apuntar, sobre todo, en los últimos de los mencionados, como se puede dar la intervención de un funcionario o servidor y un particular. Así pues, resumimos la idea siguiendo a Salinas Siccha, quien de forma bastante clara señala que, en los delitos de infracción de deber el mismo tipo penal señala en forma precisa y específica qué calidades, condiciones o cualidades debe poseer el o los autores de tales delitos. Nadie más que este puede constituirse en autor del delito de que se trate. Aquellos que no tienen las condiciones o cualidades que exige el tipo penal, también responden penalmente por el delito, pero jamás como autores, sino en calidad de partícipe, esto es, siguiendo al mismo autor, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la "infracción de deber". Es autor quién realiza la conducta prohibida infringiendo o lesionando un deber especial de carácter penal. En tanto que partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno (Salinas Siccha, 2019).

Ahora bien, dentro de los delitos de infracción de deber podemos encontrar aquellos tipos penales donde la propia norma, como se dijo, le impone a los autores deberes específicos más allá de un simple deber genérico de no dañar o de incumplir las normas. Entre ellos podemos citar como ejemplos, a los delitos de infanticidio, u parricidio de un padre contra su hijo, también los delitos contra la administración de justicia, como el prevaricato, y sobre todo, el caso, que hemos desarrollado, los delitos contra la administración pública. En los delitos contra la función pública, entonces, el particular no puede ser autor de uno de estos delitos, sino que este solo puede ser cometido, por quienes según la norma penal, sean considerados funcionarios o servidores públicos y tengan la respectiva relación funcional con los bienes objeto de protección, esto es, los particulares, esto tiene su fundamento, estos

(funcionarios o servidores públicos según la ley penal) posee este "deber especial de carácter penal", el mismo que no puede recaer en cualquier particular o, lo que es lo mismo, no recae en todas las personas, sino sólo en aquellos sujetos calificados por la propia fórmula legislativa: los funcionarios o servidores públicos.

Cabe mencionar que aquí no reviste la menor importancia el dominio del hecho, teoría que sirve para determinar la autoría y participación, pero en los delitos dominio y no en los delitos de infracción de deber, en estos últimos solo es necesario quebrantar un rol positivado especial para ser siempre autor de este delito, claro está, cumpliendo las exigencias típicas de cada delito.

En suma, en los delitos contra la administración pública, el funcionario Público es el que tiene un deber especial, el mismo que surge, siguiendo a Peña Cabrea, en el Derecho constitucional, más específicamente, de la teoría general del Estado. De ahí que, si no se protegen estos deberes y principios por medio del Derecho Penal, el Estado mismo es inviable (Peña Cabrera Freyre, 2017); estos deberes son, el de lealtad, honestidad, veracidad, de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública (Salinas Siccha, 2019). La razón de la sanción radica en que el agente público atenta contra las exigencias de rendimiento provenientes del rol social que él asumido al interior del Estado. Son ámbitos jurídicos de la vida ya plenamente formados cuya funcionalidad debería ser protegida por los tipos penales (Roxin, 2000). El funcionario y servidor público, posee ese rol espacial dado por el propio estado a través de la ley y la Constitución, por lo que está obligado, resguardar el correcto funcionamiento de la administración pública. Este deber especial, no puede recaer nunca en particular, quien, a lo sumo, responderá como

participe de este delito, empero jamás como autor (Véase artículo 25 tercer párrafo del Código Penal).

### **1. El test de convencionalidad desde el principio de igualdad: los alcances de este principio a nivel convencional y constitucional.**

Como es bien sabido, el test o control de convencionalidad se da por primera vez -conforme lo desarrolla la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en el conocido caso Almonacid versus Chile. A partir de este emblemático caso la Corte Interamericana establece que, los jueces o ,en general, los tribunales del fuero interno deben respetar el ordenamiento jurídico y las disposiciones que se encuentran vigentes; sin embargo, cuando aquellos Estados hayan celebrado y ratificado (se encuentre vigente) un tratado internacional sobre Derechos Humanos como lo es el pacto de San José de Costa Rica o la Convención Americana de Derechos Humanos, entonces todos los jueces deben estar sometidos a lo que prescribe, regula o contiene esta convención. Se señala entonces que, el Poder Judicial, debe realizar un control de convencionalidad para efectos de que las normas internas de su Estado no sean contrarias a los alcances de los derechos fundamentales protegidos por la Convención; de ahí que no solo se debe evitar a nivel judicial la aplicación de una norma o una disposición interna que sea contraria al texto de la Convención, sino también a la interpretación o criterios interpretativos que la Corte Interamericana haya realizado sobre el texto de la convención.

En esa línea, en el caso Boyce versus Barbados se ha establecido que los jueces nacionales no solo deben realizar un control o un examen de constitucionalidad al momento de emitir sus resoluciones, sino que deben procurar obligatoriamente la realización de un test o control de convencionalidad.

En ese contexto, se debe hacer referencia a que toda norma legal o, inclusive, Constitucional debe ser sometido a un control de convencionalidad. En relación al principio de igualdad, es importante señalar que toda disposición interna nacional no puede transgredir el artículo 24 de la Convención Americana que se refiere, justamente, al principio de igualdad. De ahí que, en el caso *Yatama versus Nicaragua* del 23 de junio del año 2005, se ha establecido que este principio es una norma de *ius cogens*, esto es, que pertenece al derecho internacional en general; es por ello que, sostiene la misma Corte Interamericana que sobre este principio se cimenta todo el orden jurídico ya sea en el ámbito del orden público nacional y también en el Internacional. A partir de este principio, dice la Corte, se desarrolla todo el ordenamiento jurídico (caso *comunidad indígena Xakmok Kásek vs Paraguay*).

Cabe señalar que, a nivel Convencional, se ha desarrollado este principio no en relación de un trato igualitario siempre, sino que este trato puede ser diferenciado siempre y cuando exista una justificación objetiva y razonable; así lo ha expresado la misma Corte Interamericana en el caso *Norin Catrimán vs Chile*.

De lo dicho, entonces, se debe desprender que cuando se realiza un trato igualitario a quienes no se encuentran en una misma situación o condición también se estaría afectando al principio de igualdad, ello lo ha dejado claro la Corte Interamericana, al señalar que, una diferencia de trato es discriminatorio únicamente cuando aquella carece de una justificación objetiva razonable, esto es, cuando no persigue un fin Legítimo, además de no existir aquella relación de razonabilidad y de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguidos (caso *Velázquez Paiz vs Guatemala*).

Por último, se debe hacer mención que, en la opinión consultiva 17/02 de agosto del año 2022 la Corte Interamericana establece que los Estados en su derecho interno no pueden establecer disposiciones legales que vulneren el derecho a la igualdad o que impliquen discriminación o trato desigualitario entre quienes se encuentran en la misma situación o trato igualitario a quienes se encuentren en situaciones distintas, ya sea nivel legal o suprallegal.

A nivel interno, la igualdad -como derecho fundamental- se encuentra prevista en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución de 1993, donde se señala que “(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley, este derecho fundamental y constitucional (Véase STC Exp. Nº 1417-2005 AA/TC), Este ha sido concebido a través de una doble dimensión: como principio y derecho fundamental. Así, como principio constituye el enunciado de un contenido materialmente objetivo que, como fundamento valorativo del ordenamiento constitucional peruano, resulta vinculante de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como Derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, es decir, la titularidad de la persona sobre un derecho constitucional. Este derecho exige, el no ser discriminado por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, entre otras; o por otros motivos jurídicamente relevantes. Este derecho a la igualdad, se vincula a otros derechos fundamentales, atribuciones y facultades legales y constitucionales; el principio-derecho de igualdad constituye un presupuesto esencial para su ejercicio. Dicho nexo resulta vinculante para garantizar el goce, real, efectivo y pleno de los derechos fundamentales que la constitución y las leyes reconocen.

Es necesario indicar que el principio de igualdad contiene una doble dimensión: formal y material. A través de su dimensión formal se impone una exigencia al legislador, los órganos de la administración

pública y demás órganos jurisdiccionales para que no realicen diferencias injustificadas en el sentido respectivo a la igualdad ante la ley. En su dimensión material no solo implica la abstención de tratos discriminatorios, sino equiparar situaciones de por sí desiguales; así mismo, cabe mencionar que se han establecido dos manifestaciones del principio de igualdad: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La primera manifestación implica un límite al legislador, donde debe entenderse que la actividad de legislar deberá de respetar la igualdad, evitando así establecer diferenciaciones irrazonables y desproporcionales. En cuanto a la segunda manifestación, se configura como un límite del accionar de los órganos públicos, siendo estos los jurisdiccionales y administrativos.

Sobre lo anotado, es importante señalar que no solo se rompe el principio de igualdad, cuando el legislador o, el operador judicial, hacen tratamientos diferenciados a quienes se encuentran en la misma situación jurídica, sino que como el propio Tribunal Constitucional lo ha establecido, en la Sentencias Jane Cosar (STC Exp. N° 2437-2013-PA/TC. F. J 6) y otras más, sino cuando, tanto el legislador como los jueces o tribunales judiciales o administrativos hacen un tratamiento igual a quienes se encuentran en situaciones disimiles o no tienen las mismas características; esto es, la igualdad, implica no la facultad de las personas a exigir el mismo trato a los demás, sino el exigir igual trato a quienes se encuentran en una situación análoga, esto quiere decir, que quienes no se encuentran en situaciones semejantes, no ostentan las mismos deberes, obligaciones o roles, no pueden recibir un trato semejante, de hacerlo se estaría vulnerando el principio de igualdad. En suma, no puede el legislador hace un trato igual a quienes se encuentran en situaciones disimiles.

## **2. Duplicar los plazos de prescripción no debe abarcar la conducta delictiva del particular en los delitos contra la administración pública:**

### **2.1 Situación previa a la reforma:**

Conviene para explicar este acápite, además de lo señalado en los puntos precedentes, que en línea histórica, y antes de la reforma del artículo 41 de la Constitución mediante ley N° 30650 de agosto de 2017, la prescripción de la acción penal, a tenor de lo dicho en el último párrafo de la norma Constitucional (anterior a la reforma) que servía de marco jurídico a la regulación legal del artículo 80 del Código Penal señala que “en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica”, esta regulación se amplió con la ley 30077 del año 2013 que señala que Igual se aplica la dúplica cuando un delito es cometido por un funcionario o servidor público en su calidad de integrante de una organización criminal del tipo que prevé la Ley N°30077.

Hasta ahí las cosas surgió una cuestión interesante y muy controversial en la doctrina, referido a la cuestión de que si esa duplica de la prescripción alcanzaba o no a los particulares; pues lo que estaba clara es que el particular no puede ser autor de un delito contra la administración pública, por ser un delito de infracción de deber, pero no se había dicho nada sobre la posibilidad de los plazos prescriptorios referidos a la acción penal se podían extender también a quienes no son funcionarios ni servidores públicos, esto es, a los particulares, los que como ya se ha mencionado anteriormente, si pueden ser procesados en el ámbito de delitos cometidos contra la administración pública, pero en calidad de partícipes, conforme a la teoría de la unidad del título de la imputación. En relación a este punto la dogmática que se encarga

especializadamente de este tema, como por ejemplo profesor Fidel Rojas o Abanto Vázquez, por señalar algunos indican que: “resulta claro que el *extraneus*, al participar en la comisión de un delito contra la administración pública, sin lesionar o infringir un deber especial de carácter penal, como sí lo hace el autor, no le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código Penal que desarrolla el contenido del último párrafo del artículo 41 de la Constitución” (Salinas, 2019). Considero que hasta ese momento era adecuada y además sumamente correcto el sentido interpretativo que efectuaba la doctrina, ello debido a que, al no poseer el funcionario público ni tampoco el servidor público una semejante condición a la que posee el particular, habida cuenta que, este último no tiene la obligación o el deber de velar por el adecuado funcionamiento de la cosa pública - obligación que sí posee el funcionario y el servidor - no puede adscribirse al *extraneus* un similar o igual trato: extendiéndole los alcances de la dúplica de los plazos prescriptorios que únicamente le deben corresponder al funcionario y servidor del Estado, por el estatus del que gozan y el deber específico que les ha sido conferido.

## **1.2. Situación a partir de la reforma constitucional:**

### **1.2.1. Ausencia de motivación de la exposición de motivos de la ley de reforma constitucional:**

Como se sabe el fundamento de una ley, así como los motivos de una reforma legal o una reforma constitucional se expresan en su “exposición de motivos”; la ley que reformó el artículo 41 de la Constitución en su tercer párrafo, es la ley N° 30650, esta norma modificatoria del texto constitucional, hace referencia a la imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública, sin

expresar, fundados argumentos en relación a la extensión de la dúplica de los plazos prescriptorios para los particulares cuando estos intervengan en la comisión de delitos contra la administración pública (esto es específicamente el punto investigado); no obstante ello, si tomamos en consideración que (queriendo salvar la deficiencia de motivación del legislador) que el mismo fundamento de la imprescriptibilidad se ha querido utilizar para efectos de la extensión de la dúplica de los brazos prescriptorios en caso de particulares, se tiene que apuntar definitivamente que, la exposición de motivos es absolutamente frágil de argumentos, en el sentido que, este texto únicamente hace mención -utilizando una falacia al populum- de la frontal lucha que se tiene que hacer por parte del Estado contra la corrupción, desarrolla de forma innecesaria el perjuicio que ocasionaron quienes en épocas anteriores realizaron actos de corrupción, además también, se encarga la exposición de motivos- de forma brevísima -del concepto de prescripción y de los artículos 83 y 84 del Código Penal, al mismo tiempo, en este texto sustentatorio de la reforma se dice que, la misma servirá para poder proteger los derechos fundamentales que puedan ser lesionados en toda la sociedad producto de la corrupción, señalando la necesidad de proteger los intereses del Estado y la lucha contra la corrupción. Al respecto sostengo, firmemente, que la reforma del texto constitucional carece de una motivación adecuada, coherente y fuerte, ello porque si bien es cierto los delitos de corrupción afectan a la sociedad, la exposición de motivos hace referencia al grave peligro a los derechos fundamentales de la persona que se afectan con estos delitos, los cuales básicamente se dan cuando se trata de delitos de lesa humanidad y no otro tipo de delitos como los que tienen como bien jurídico la administración pública.

Pues bien, como se señaló anteriormente, la imprescriptibilidad- que es el único punto que la exposición de motivos desarrolla, pues no se refiere o no tiene ningún fundamento por lo menos mínimo sobre la

extensión de la dúplica de los plazos de prescripción a los particulares- Tampoco tiene un buen sustento de argumentos, esto debió a que, para los delitos de en esa humanidad sí existe una legitimidad para que exista un imprescriptibilidad porque se te afecta de forma grave a la humanidad y la dignidad de la persona; sin embargo, en los casos de los delitos contra la administración pública o delitos de corrupción, en general, la imprescriptibilidad no está legitimada plenamente en instrumentos internacionales como la Convención Interamericana Contra la Corrupción o la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, ni en algún otro instrumento internacional; y, si no se legitima la imprescriptibilidad para la corrupción, muchísimo menos se va a legitimar para el caso de la dúplica en los plazos de prescripción de la acción penal para los particulares en caso de delitos contra la administración pública, aunque -como mencioné- la exposición de motivos no ocupa argumentos con respecto a este extremo de la reforma.

No ha dicho nada la exposición de motivos para rebatir argumentos como la afectación principios procesales o derechos fundamentales que trae como consecuencia esta reforma de la Constitución, tampoco se ha expresado justificación alguna en la exposición de motivos, para hacer frente la fuerte crítica que recae a la implementación de medidas como la extensión a particulares de plazos de prescripción de la acción penal o la imprescriptibilidad (ya que solo se refirió a ello) consistente en el fundado argumento que el Estado, recurre a ello, pues no puede resolver los procesos con celeridad; en suma, no se ha encargado la exposición de motivos de esclarecer con una mínima solvencia, la idea que la reforma del artículo 41 de nuestra Carta Magna carece absolutamente de justificación razonable y que más bien, por el contrario, conlleva a un proceso penal ausente del respeto de las garantías básicas.

De igual forma, no ha logrado con suficiente solidez de argumentos alejar la objeción de que aumentar la prescripción en su extensión temporal o a particulares o fijar plazos sin límites en la prescripción, da lugar a que el riesgo de errores judiciales aumente, porque el transcurso excesivo del tiempo afecta la calidad de las pruebas sobre los hechos.

### **1.2.2. La legislación de otros países:**

Los países analizados, han optado por la prescripción de la acción penal en el caso de algunos o todos los delitos contra la administración pública, más no así por extender la duplicidad de la prescripción de la acción penal que en un inicio solo se regulaba para funcionarios o servidores públicos, también a los particulares, dentro de estos cabe mencionar al Constitución de **Ecuador**, que es el único caso donde ha decidido extender la imprescriptibilidad (no habla de duplicidad de la prescripción) a quienes no tenga la especial calidad de funcionario o servidor; así pues, se señala en su Carta fundamental específicamente en su artículo N° 233º: *“... Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”* (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

**Venezuela** El caso de Venezuela es interesante porque también regula expresamente la imprescriptibilidad, pero no hace alusión de forma expresa a extender esta imprescriptibilidad o alguna duplica de los plazos de prescripción de la acción penal a los particulares que

intervengan dentro de una acción delictiva que afecte el correcto funcionamiento de la Administración pública, así la Constitución del mencionado país expresa en su norma 271 lo siguiente “... *No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o **contra el patrimonio público** o el tráfico de estupefacientes*”.

El país vecino de **Bolivia** el artículo 112º su norma fundamental indica de forma gramatical que: “*Los delitos cometidos por servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado y causen grave daño económico, son imprescriptibles y no admiten régimen de inmunidad*”; Nótese aquí, que tal igual como pasa en el Perú se ha regulado la imprescriptibilidad, sin embargo, en nuestro país no se ha señalado qué delitos son imprescriptibles, solamente se ha indicado que tienen esta calidad aquellos que poseen la característica de ser “los más graves”.

Ahora bien, en el caso de Bolivia se ha señalado que son imprescriptibles los delitos que afecten el patrimonio del Estado; en la constitución de nuestro país se indica que se duplican los plazos de prescripción cuando se afecta el patrimonio del Estado o el correcto funcionamiento de la administración pública por parte de los particulares, situación que tampoco está prevista en el texto constitucional boliviano.

Un caso particular sucede en **Argentina**, que en su artículo 36º penúltimo párrafo, lo siguiente: “... *Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles*”. Habla de imprescriptibilidad, pero señala que esta se puede extender también a los particulares que usurpen funciones públicas, más no a quienes

intervengan como partícipes en los delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio Estatal.

Cabe aclarar en este punto que, aunque el objeto de la investigación versa sobre la extensión de la duplicidad de los plazos de prescripción a los particulares (antes solo para funcionarios y servidores públicos), debido a que no existe dicha regulación en esas constituciones, se ha trabajado con la imprescriptibilidad, con la única finalidad de poder, a partir de esta institución jurídica, saber si ella se ha extendido también a los particulares, encontrando que el Estado Ecuatoriano, es el único país que de forma expresa se ha decantado por la posibilidad de que la imprescriptibilidad se aplique también al particular (el que no tiene especial calidad de funcionario o servidor público).

### **1.2.3. Base sustentaría fuerte: lesión a la igualdad**

Con la reforma en el texto constitucional, operada el diecisiete de agosto de dos mil diecisiete, a través de la “ley N° 30650”, el tercer párrafo del artículo cuarenta y uno ha quedado de la siguiente forma: “...El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, **tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares**...”. Si bien es cierto, una inferencia lógica demasiado apresurada nos conllevaría a un entendimiento equívoco como de forma errada indica (Salinas Siccha, 2019) que “esta norma constitucional necesariamente debe originar un cambio del contenido del artículo 80 del CP, cambio que ha sido obviado por el actual Congreso de la República. Una vez que se produzca el cambio, los plazos de prescripción de dúplica alcanzará también a los particulares (*extraneus*)”; la realidad en la que nos ha colocado la reforma del artículo 41 de la Constitución es muchísimo más complicada que una simple

omisión por parte del legislador penal, pues no basta con hacer una ligera modificación del Código Penal para que opere la duplica de los plazos de prescripción en el caso de los particulares, sino que lo que se debe realizar es una exhaustiva revisión en relación a la validez material y sustancial de esa reforma del texto constitucional; ello debido a que, aunque pareciera ser absolutamente contradictorio, estamos en un escenario- actualmente- en el mediante una reforma constitucional se ha ingresado en la Carta Magna un dispositivo inconstitucional e inconveniente, esto habida cuenta que, cómo se ha venido señalando, se está realizando un tratamiento igualitario a quienes están en situación distinta, es decir, siendo más explícitos, se está vulnerando la igualdad ya que está no implica que se realice un trato igualitario para todos -ya sea por parte del legislador o por parte del operador de la ley- sino más bien, que se otorgue un tratamiento diferenciado a quienes ostentan posiciones, situaciones o cualidades distintas, como lo es el caso del funcionario y del servidor con respecto al particular.

Aquí la reforma enuncia un trato igualitario (se duplican los plazos de prescripción de la acción penal) para quienes, en la esfera de los delitos de infracción de deber, no poseen iguales obligaciones que el funcionario y servidor. Estos últimos, posee un deber específico institucionalizado de velar por el adecuado funcionamiento de la administración pública, el particular, únicamente posee un deber genérico "de no dañar", más no así deberes específicos institucionalizados.

Para ahondar más respecto a lo señalados en el párrafo anterior, es preciso hacer una revisión de los pronunciamientos que en este tema realizó la Corte Suprema, cuando recién surgió el cuestionamiento de sí duplicar los plazos prescriptivos debía también extenderse a los particulares. El Poder Judicial en el acuerdo plenario N° 01- 2010 CJ/116 indicó de forma taxativa que: "el ataque contra el patrimonio público es

ejecutado por un sujeto público al que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquel. Esto implica un mayor desvalor de la acción, complementado con el desvalor del resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas”.

En este pronunciamiento la Corte Suprema deja sentada su postura en cuanto a la distinción que existe entre quienes ostentan un título de funcionario o servidor público en relación con su papel frente a la administración pública, con la posición que tienen los particulares, a los que no se les puede someter a los deberes y obligaciones que son propias del funcionario y servidor público. (deber específico)

Mayor Claridad nos ofrece- respecto a la temática que estamos abordando- el pronunciamiento contenido en el plenario N° 02- 2011 CJ/116. En este pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia Indicó que “el Código Penal, al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80 CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. De modo que es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración pública. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Desde esta perspectiva y al

amparo de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intraneus* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los *extranei* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores”.

### **1.3. El control de convencionalidad y otras propuestas de solución:**

Ahora bien, habiendo explicado en el punto anterior la problemática consistente en la vulneración del principio de igualdad en que incurre la reforma del artículo 41 de la Constitución Política (mediante ley 30650) en el extremo de establecer la duplicidad de la prescripción de la acción penal no solo para los funcionarios por la comisión de delitos contra la administración pública, sino también para los particulares.

No es mi objetivo mostrar únicamente la problemática, sino que además se busca postular soluciones para poder resolver la mencionada problemática enunciada en relación a la prescripción contenida en el último párrafo del artículo 41 del texto constitucional nacional; prescripción normativa que, como ya se dijo, contiene una vulneración del principio de igualdad, dado que se duplican los plazos de prescripción ya no únicamente a los funcionarios y servidores públicos sino también a los particulares, sin que estos últimos tengan un deber específico igual al de los funcionarios y servidores. Estas alternativas de solución irán en función al ámbito constitucional y sobre todo convencional por vulneración al derecho a la igualdad; sin embargo, no quiero ofrecer solamente una perspectiva de solución en función a un control de

convencionalidad, sino también otras alternativas que podrían solucionar el gran inconveniente que se presenta en nuestro texto constitucional.

A. Que se interponga una **demanda de inconstitucionalidad** de forma parcial del tercer párrafo del texto contenido en el artículo cuarenta y uno de la norma fundamental nacional; pues si bien es cierto, la norma ya está regulada de forma expresa en el texto de la norma fundamental, nuestro máximo órgano de aplicación de la Constitución en el país ha indicado que (“véase Sentencia el Tribunal Constitucional: 0014-2002 AI/TC, FJ 35; 50-2004 AI/TC FJ 18; entre otras”) que “las leyes de reforma constitucional no están exentas de un posterior control de Constitucionalidad mediante la demanda de inconstitucionalidad, basándose en que para la reforma de la Constitución, el parlamento debe cuidar siempre de respetar los límites a los que este (el Tribunal Constitucional) ha hecho alusión, los cuales se pueden resumir en el escrupuloso y absoluto respeto de los derechos fundamentales”. Lamentablemente esta alternativa de solución pareciera extinguirse o estar distinguida ya en el tiempo, debido a que el plazo de prescripción con el que se cuenta para poder iniciar el proceso de inconstitucionalidad mediante la presentación de la demanda correspondiente es de seis años.

B. Otra alternativa puede ser la **aplicación de los criterios de interpretación de la Constitución** y sobre todo el principio de unidad de la constitución desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 5458-2005 AA/TC, Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto y además teniendo en cuenta el principio de concordancia práctica por el cual “...todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como

manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución)”; bajo esos dos criterios de interpretación constitucional, puede cada juzgador, ya que no existen zonas exentas de control constitucional, poder llegar a concluir que la duplica de la prescripción para funcionarios o servidores no se extienda los particulares.

C.Una última solución que se propone es el **control de convencionalidad recaído sobre disposiciones constitucionales**, solución que tiene asidero en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacando por ejemplo aquel caso en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció sobre la convencionalidad de la disposición constitucional contenida en el artículo 173 de la Constitución Política del Estado peruano, que señala que, en caso de traición a la patria cometido por personas civiles (no militares) se deben someter a los tribunales militares, estableciendo que este enunciado normativo lesiona el derecho al ser sometido al proceso ante un juez natural o predeterminado por la ley, dicha decisión es recogida por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia del caso Marcelino Tineo Silva, en ese sentido, podemos darnos cuenta como si es posible que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pueda realizar un análisis de las disposiciones constitucionales y decidir su in-convencionalidad por vulneración de los derechos fundamentales sustantivos o procesales recogidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Lo mismo sucedió en el caso, Olmedo Bustos y otros contra Chile, conocido como el caso “la última tentación de Cristo” del año 2001, debido que se censuró la emisión cinematográfica y similares en ese país de esa película, basándose en el la censura cinematográfica del artículo 19 número 12 de la Constitución Política de Chile. La CIDH, hizo

un control convencional de esa disposición de la Constitución chilena, estableciendo que había vulneración al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, ordenando al referido país que adecue su normatividad interna legal y Constitucional, lo cual fue realizado por el Estado Chileno.

Estos casos y lo señalado por la Opinión Consultiva N° 04-/84 del 11 de enero de 1984 que señalan que los jueces y el órgano máximo de justicia constitucional podrían inaplicar una disposición constitucional si esta resulta anticonvencional (tomado de las diapositivas del Dr. Pedro Grandes del Curso de Interpretación Constitucional –Maestría de derecho constitucional UPAO), ello se puede hacer, pues no hay que perder de vista que el sustento para que prime las normas convencionales a las constitucionales son los principios de dignidad humana y Pro- Hombre (Pro Homine).

Esta solución de someter estas disposiciones constitucionales a un test de convencionalidad y poder implicarlos, pues llegaremos a determinar que son anticonvencionales, pues vulneran los derechos fundamentales contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos específicamente el artículo 24 referido al derecho a la igualdad.

## **CAPÍTULO VI**

### **CONCLUSIONES**

1. Los delitos de dominio son aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona sin necesidad de que exista sobre ellos una especial cualidad o exigencia del tipo penal, en este tipo de delitos lo que se lesiona es como, señala la doctrina y la propia jurisprudencia, el deber genérico de no dañar, vale decir, no pesan sobre las personas que los cometen, deberes específicos sino más bien únicamente el mencionado “deber de no dañar”, que es una obligación que atañe a la generalidad de personas. Cabe señalar también que, en los delitos de infracción de deber, los casos de intervención delictiva se resuelven utilizando la teoría del “dominio del hecho”; por otro lado, los delitos de infracción de deber no pueden ser cometidos por cualquier persona sino por aquellos a los que el tipo penal les exige una especial cualidad, aquí no solamente se vulnera o quebranta un deber genérico “de no dañar”, sino que se vulneran deberes específicos institucionalizados que surgen de la Constitución y de la ley y que tienen como fuente: tanto la familia como las instituciones, de ahí, por ejemplo, se puede destacar que es un delito de infracción de deber el parricidio, a nivel del deber que surge de la familia, o un delito de peculado - por citar alguno contra la administración pública- donde se lesiona el deber específico de velar por el correcto funcionamiento de la Administración pública.
  
2. La prescripción implica el tiempo que tiene el Estado a través de sus órganos persecutores y sancionadores para poder ejercitar y hacer efectivo el “ius puniendi”; esto es, el poder punitivo del Estado no es ilimitado en el tiempo, sino que se sujeta a los plazos establecidos por la propia ley; sin embargo, hay casos en los que el plazo de prescripción se puede reducir, como en los casos de los individuos que tiene

responsabilidad penal restringida; los plazos se pueden duplicar, como en los casos de los funcionarios servidores públicos y en los casos de criminalidad organizada ;y, también suceden casos donde no existe límite para poder imponer una sanción penal, esos son los casos de imprescriptibilidad. La prescripción puede ser ordinaria o extraordinaria y siempre se guía por el principio de legalidad, es decir, es el Código Penal o la ley especial quienes regulan los plazos de prescripción de la acción penal.

3. El principio de igualdad es entendido como un derecho fundamental que no solamente tiene alcance constitucional, sino que está desarrollado a partir del principio de dignidad de la persona y también del artículo veinticuatro de la Convención Americana de Derechos Humanos, este derecho fundamental permite que las personas sean tratadas sin distinción injustificada en aplicación a la ley, sin embargo, el alcance y contenido esencial de este derecho no debe ser entendido como un trato igual a todas las personas, sino como aquel que se configura cuando existe una distinción justificada; esto es, cualquier forma de distinción que no sea justificada vulnera este derecho a la igualdad, además también debe tenerse en cuenta que hacer un tratamiento igualitario a quienes se encuentran en situaciones o en condiciones distintas vulnera también el contenido esencial del derecho a la igualdad.
4. El artículo 41 de la Constitución sufrió una reforma a partir de la ley N° 30650, mediante esta reforma constitucional se estableció que se duplicaban también los plazos de prescripción a los particulares, esto es, se otorgó un tratamiento igualitario tanto a los funcionarios y servidores públicos como al particular. Vemos por tanto, que en el propio texto constitucional se hizo una vulneración flagrante al derecho convencional de igualdad, aun cuando ya la propia Corte Suprema había señalado antes- Por el Acuerdo Plenario 02- 2011 CJ/116-que no se puede duplicar la prescripción de la acción penal a los particulares, por cuanto, ellos se

encuentran en situación distinta los funcionarios y servidores públicos; entonces, habida cuenta que, el fundamento para duplicar los plazos de prescripción al funcionario y servidor público, es que estos poseen un deber específico institucionalizado que es: velar por el correcto funcionamiento de la Administración pública, deber, que no pesa sobre el particular, no debió extenderse los plazos de prescripción a estos particulares. Se dio un trato igual a quienes se encuentran en distinta situación: poseen deberes distintos.

5. Es necesario hacer una reforma al artículo 41 de la Constitución en el sentido de señalar expresamente que la duplica de los plazos de prescripción únicamente tiene comprender a los funcionarios y servidores públicos en relación al deber específico que tienen esos funcionarios, y no a los particulares.

## **CAPITULO VII**

### **RECOMENDACIONES**

1. Se recomienda a los jueces aplicar un control de Convencionalidad sobre los alcances del artículo 41 del propio texto constitucional que establece la extensión de duplicar los plazos de prescriptivos a los particulares, al igual que sucede con los funcionarios y servidores públicos.
  
2. A nivel legislativo se recomienda una nueva reforma de la Constitución donde se señale de forma expresa que los plazos de prescripción no se pueden duplicar para los particulares que intervengan como participes en los delitos contra la administración pública. El texto debe ser el siguiente:

#### **Artículo 41:**

“El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, para los funcionarios o servidores públicos mas no para los particulares...”

## BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, M. (2001). *Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra.
- Almanza, F. y. (2014). *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Lima: APECC.
- Altamirano, O. P. (2010). *Teoría del delito: Manual Practico para su aplicacion en la teoria del caso*. Lima: APECC.
- Arana, R. P. (2011). *La teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias*. Lima: Gaceta penal.
- Carrera., J. B. (21 de 12 de 2022). *Pasion por el derecho*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/que-es-la-funcion-publica/>
- Chang, R. (2018 de junio de 25). *Pasion por el Derecho* . Obtenido de <https://lpderecho.pe/video-pucp-como-determinar-autoria-delito-romy-chang/#:~:text=Nuestro%20ordenamiento%20penal%20se%C3%B1ala%20que,mismo%2C%20directamente%2C%20un%20delito.>
- Código Penal del Perú . (03 de 04 de 1991). *Pasion por el Derecho* . Obtenido de <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>
- Constitución Política del Perú . (30 de Diciembre de 1993). *Pasion Por el derecho* . Obtenido de <https://lpderecho.pe/constitucion-politica-peru-actualizada/>
- LEY DEL CODIGO DE ETICA DE LA FUNCION PÚBLICA. (12 de 08 de 2002). *LEY DEL CODIGO DE ETICA DE LA FUNCION PÚBLICA*. Obtenido de <http://www.minedu.gob.pe/normatividad/leyes/Ley27815.php>
- MEINI, I. (2008). *Delitos contra la administración pública. En: Delitos contra la administración pública*. Guatemala: USAID.
- NACIONES, C. D. (31 de 10 de 2003). *Naciones Unidas*. Obtenido de [https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf)
- RAE. (13 de 02 de 2010). *RAE*. Obtenido de Real Academia Española : <https://dle.rae.es/>
- SICCHA, R. S. (20 de julio de 2023). Obtenido de [https://www.facebook.com/catedrapariona.pe?\\_\\_cft\\_\\_\[0\]=AZW0luKha1JptKEdJFDocfYwfU3Wu56eDVkrkP21f8RIJQuIGsD1LfIHznbe55zCwSog-aaKtELT-](https://www.facebook.com/catedrapariona.pe?__cft__[0]=AZW0luKha1JptKEdJFDocfYwfU3Wu56eDVkrkP21f8RIJQuIGsD1LfIHznbe55zCwSog-aaKtELT-)

eZgqXiu8pohC1remGwVsvw3N2uiNrIPviNQ0qGBH8Q5R6TeZH\_R3NFc  
fYxiBvGBqQdIXlfpbyx0duFp7CSjP4u3p3RbEiiS0dq3nmoDIHZ7Gal7iivxg  
Qs7wcXqH

- Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán. Parte general, 3ª ed.* Santiago: Editorial Jurídica.
- Cruz, R. &. (Junio de 2023). *Santivanez*. Obtenido de <https://www.santivanez.com.pe/2023/06/06/mediante-ley-31751-se-modifica-el-articulo-84-del-codigo-penal-y-el-articulo-339-inciso-1-del-codigo-procesal-penal/>
- LEGIS.PE. (2023). *LEGIS.PE*. Obtenido de [www.lpderecho.com.pe](http://www.lpderecho.com.pe)
- Lopez, E. &. (2022). *CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 2016-2022*. Lima: Repositorio UPSJB.
- Missiego, J. (2023). La prescripción en el proceso penal peruano. 48.
- Peña, A. (2018). *DUPLICIDAD DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN Y EL PARTICULAR O EXTRANEUS EN EL ARTÍCULO 41° DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ*. Piura: Repositorio UNP.
- Santivanez. (2023). *Santivanez*. Obtenido de <https://www.santivanez.com.pe/2023/06/06/mediante-ley-31751-se-modifica-el-articulo-84-del-codigo-penal-y-el-articulo-339-inciso-1-del-codigo-procesal-penal/>
- REAÑO PESCHIERA, José Leandro (2001). Los delitos de corrupción de funcionarios: una visión crítica a partir del «caso Montesinos». Especial referencia a la calidad del interesado en el tráfico de influencias: ¿comprador de humo, víctima o partícipe? En: *Revista Ius et Veritas* N° 23. Lima.
- ROJAS VARGAS, Fidel y otros (2007). *Código Penal. 16 años de jurisprudencia sistematizada, Tomo II, Parte Especial*, Idemsa, Lima.
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2019). *Delitos contra la Administración Pública*, Iustitia, Lima.
- ROXIN, Claus. (2000). *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona.
- VILLA STEIN, Javier (1998) *Derecho Penal Parte General*, Editorial San Marcos, Lima-Perú.

- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2014), Derecho Penal Parte General, Grijley, Lima- Perú.

**ANEXOS**

PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS	VARIABLES
<p>¿De qué manera la duplica de plazos prescriptorios para los particulares en los delitos contra la administración pública es inconvencional?</p>	<p>La duplica de plazos prescriptorios para los particulares en los delitos contra la administración pública es inconvencional, dado que a pesar de estar regulado en el texto constitucional vulnera el principio de igualdad.</p>	<p><b>General:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Determinar de qué manera la duplica de plazos prescriptorios para los particulares en los delitos contra la administración pública es inconvencional.</li> </ul> <p><b>Específicos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Identificar y diferenciar los alcances de los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio, y la participación de los particulares en los delitos contra la administración pública.</li> <li>• Establecer los alcances de la institución jurídica de la prescripción de la acción penal.</li> <li>• Analizar el contenido esencial del derecho- principio de igualdad confirme la jurisprudencia convencional.</li> </ul>	<p><b>Variable Independiente:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Duplica de los plazos prescriptorios para particulares.</li> </ul> <p><b>Variable dependiente:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Inconvencionalidad por vulneración del principio de igualdad.</li> </ul>

		<ul style="list-style-type: none"><li>• Explicar la lesión al principio de igualdad con la prescripción contenida en el artículo 41 del propio texto constitucional</li><li>• Proponer la reforma parcial del texto constitucional en el artículo 41.</li></ul>	
--	--	---	--