

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

“Extensión de la duplicidad de la prescripción de la acción penal a los particulares en casos de delitos contra la administración pública y la vulneración al principio de igualdad”

Área de Investigación:
Derecho Penal

Autor:
Br. Farceque Manchay Artemio

Jurado Evaluador:

Presidente: Castañeda Cubas, Carlos Miguel

Secretario: Mauricio Juárez, Francisco Javier

Vocal: Tapia Diaz, Jessie Catherine

Asesor:
Cruz Vegas, Guillermo Alexander
Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>

TRUJILLO – PERÚ

2022

Fecha de sustentación: 2022/06/15

DEDICATORIA

La presente tesis se la dedico a mi madre Sebastiana Manchay Santos, por haberme brindado su amor, ternura, cariño y comprensión en los momentos más difíciles de mi vida. Tu bendición a diario me protege y me lleva por el camino correcto.

Con gratitud, amor y admiración a mis hermanos y hermanas por su cariño y apoyo incondicional al haber sido mi apoyo a lo largo de toda mi carrera universitaria.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, Gracias a mi madre Sebastiana por ser la principal guía de mis sueños, por confiar en mis expectativas de vida, por los valores principios y consejos que me ha inculcado

Así mismo, quiero agradecer a mi asesor, quien con sus conocimientos y apoyo me guio a través de cada una de las etapas de esta tesis para alcanzar los resultados que esperaba.

Agradezco a mis docentes de la Escuela de Profesional de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego, por haber compartido sus conocimientos a lo largo de la preparación de nuestra profesión.

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

De conformidad con lo establecido en el Reglamento de Grados y Títulos; y a efecto de optar el título profesional de abogado, someto a vuestra la presente tesis titulada:

“Extensión de la duplicidad de la prescripción de la acción penal a los particulares en casos de delitos contra la administración pública y la vulneración al principio de igualdad”

Mediante el presente trabajo de investigación lo que se busca es poner en manifiesto un tema relevantemente discutido en doctrina y jurisprudencia nacional, asimismo ha sido objeto de debate por connotados doctrinarios en nuestro medio; el estudio se centra en determinar, si la extensión de la duplicidad de la prescripción de la acción penal a los particulares en casos de delitos contra la administración pública, vulnera el principio de igualdad.

Nuestra investigación está orientada a establecer los fundamentos que avalen nuestra postura, además de formular una propuesta de modificación de los dispositivos normativos que regulan el tema antes mencionado.

Así mismo, apelo a su comprensión por los errores que pueda contener el presente trabajo; sin embargo, con gran espíritu crítico e investigador proponemos nuestro punto de vista, con lo que espero aportar de alguna forma sobre esta discutida materia.

Espero que el presente trabajo de investigación satisfaga vuestras expectativas.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación fue estructurado bajo la cuestión referida la extensión de la duplicidad de la prescripción de la acción penal a los particulares en casos de delitos contra la administración pública y la vulneración al principio de igualdad, esta temática fue abordada a partir de la reforma del artículo 41 de la Constitución mediante ley N° 30650 de agosto de 2017, que establece que la duplica de los plazos de prescripción de la acción penal no es solo para los funcionarios o servidores públicos que comentan delitos contra la administración pública o patrimonio del Estado, sino que este también se extiende a los particulares.

Se hace el cuestionamiento de esta disposición, que a pesar de estar descrita en el texto constitucional, se encuentran, a criterio del investigador, en flagrante vulneración del principio de igualdad, pues, al tratarse de delitos de infracción de deber, y poseyendo este deber de protección de la administración pública solo los funcionarios o servidores mas no así los particulares, y siendo este el fundamento de la duplica de la prescripción a quienes ostenta esta especial cualidad, no es correcto a juicio de la doctrina, los acuerdos plenarios citados a lo largo de la investigación, y la protección constitucional del derecho a la igualdad, en su vertiente de prohibición de discriminación por indiferenciación señalado por el Tribunal en varias de sus sentencias, que la ley de reforma constitucional haya contemplado la imposición de duplicar la prescripción de la acción penal también a los particulares.

Luego del análisis a partir de la doctrina, los acuerdos plenarios y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se llegó a establecer que la duplicidad de la prescripción de los plazos de prescripción de la acción penal vulnera el principio de igualdad, pues trata de forma similar a quienes no se encuentran en la misma situación o condición: funcionario o servidor público y particular, debido a ello se propusieron dos alternativas de solución en referida a la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley de reforma constitucional o la interpretación de esta disposición mediante los métodos de interpretación constitucional.

ABSTRACT

This research work was structured under the issue referred to the extension of the duplication of the prescription of criminal action to individuals in cases of crimes against the public administration and the violation of the principle of equality, this issue was addressed from the reform of article 41 of the Constitution by law N ° 30650 of August 2017, which establishes that the doubling of the statute of limitations of criminal action is not only for public officials or servants who comment on crimes against the public administration or property of the State, but this also extends to individuals.

This provision is questioned, which despite being described in the constitutional text, are, in the investigator's discretion, in flagrant violation of the principle of equality, therefore, as they are crimes of violation of duty, and possessing this duty of protection of the public administration only the officials or servants but not the individuals, and this being the basis of the duplication of the prescription for those who show this special quality, it is not correct in the opinion of the doctrine, the plenary agreements cited above throughout the investigation, and the constitutional protection of the right to equality, in its aspect of prohibition of discrimination due to undifferentiation indicated by the Court in several of its judgments, that the constitutional reform law has contemplated the imposition of duplicating the prescription of the criminal action also to individuals.

After the analysis based on the doctrine, the plenary agreements and the jurisprudence of the Constitutional Court, it was established that the duplication of the prescription of the statute of limitations of the criminal action violates the principle of equality, since it treats in a similar way to who are not in the same situation or condition: civil servant or public servant and private individual, due to this, two alternative solutions were proposed in reference to the declaration of unconstitutionality of the constitutional reform law or the interpretation of this provision through the methods of constitutional interpretation.

INDICE

DEDICATORIA	¡Error! Marcador no definido.
AGRADECIMIENTO	¡Error! Marcador no definido.
PRESENTACIÓN.....	¡Error! Marcador no definido.
RESUMEN	¡Error! Marcador no definido.
ABSTRACT.....	¡Error! Marcador no definido.
CAPÍTULO I.....	9
EL PROBLEMA	9
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:	9
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:	¡Error! Marcador no definido.
1.3 HIPÓTESIS:.....	¡Error! Marcador no definido.
1.4. OBJETIVOS:.....	¡Error! Marcador no definido.
1.4.1 OBJETIVO GENERAL:.....	¡Error! Marcador no definido.
1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:.....	¡Error! Marcador no definido.
1.5 VARIABLES:.....	¡Error! Marcador no definido.
1.5.1 Variable independiente:	¡Error! Marcador no definido.
1.5.2 Variable dependiente:.....	¡Error! Marcador no definido.
CAPÍTULO II.....	¡Error! Marcador no definido.
MARCO TEÓRICO	¡Error! Marcador no definido.
Sub capítulo I.....	¡Error! Marcador no definido.
Sobre la Prescripción	¡Error! Marcador no definido.
1. Fundamento y naturaleza de la prescripción	¡Error! Marcador no definido.
2.El plazo de prescripción:.....	¡Error! Marcador no definido.
3.La prescripción de la acción penal:	¡Error! Marcador no definido.
4. Suspensión en interrupción de la prescripción de la acción penal: la problemática del artículo 339, Inciso 1 del Código Procesal Penal.....	20

5.Prescripción ordinaria y extraordinaria:.....	23
6.Los supuestos de reducción de los plazos de prescripción de la acción penal:	¡Error! Marcador no definido.5
7. Computo de los plazos de prescripción de la acción penal según el tipo de delito.....	26
Sub capítulo II.....	¡Error! Marcador no definido.9
La duplicidad de la prescripción.....	¡Error! Marcador no definido.9
1.La duplicidad de la prescripción de la acción penal en la constitución y el código penal:.....	¡Error! Marcador no definido.9
2.El fundamento de la duplicidad de la prescripción de la acción penal:	31
3.Fundamento de duplicidad en caso de pertenencia a una organización criminal:.....	32
Subcapítulo III.....	¡Error! Marcador no definido.4
La función pública y los delitos contra la administración pública	¡Error! Marcador no definido.4
1.La función pública:	¡Error! Marcador no definido.4
2.Delitos contra la admiración Pública:.....	¡Error! Marcador no definido.6
2.1 El concepto administración pública:	¡Error! Marcador no definido.6
2.2.El Bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública:	¡Error! Marcador no definido.9
Sub Capítulo IV.....	42
El principio de igualdad.....	42
1.Alcances y contenido del principio de igualdad:	42
2.La igualdad y los tratos diferenciados injustificados:	43
Sub Capítulo V.....	¡Error! Marcador no definido.
Extensión de la duplicidad de los plazos de prescripción de la acción penal a los particulares: vulneración del principio de igualdad y alternativas de solución.....	¡Error! Marcador no definido.8
1.El funcionario o servidor y el particular en los delitos contra la administración: títulos de imputación distintos en los delitos de infracción de deber.....	¡Error! Marcador no definido.8

2.La igualdad: No se puede hacer un trato igual entre desiguales:.....	50
3.No le debe alcanzar al particular (extraneus) la dúplica de la prescripción:	52
3.1 El escenario antes de la reforma constitucional del articulo 41 último párrafo:	52
3.2 El escenario actual:.....	53
3.3 Alternativas de solución:.....	61
CAPÍTULO III	63
MARCO METODOLÓGICO	63
1.Materiales:	63
1.1 Legislación:.....	63
1.2 Doctrina:	63
2.Métodos de investigación:	63
2.1 Métodos Lógicos: ¡Error! Marcador no definido.3	
2.2. Métodos Jurídicos:	64
3.Técnicas e Instrumentos:.....	65
CAPÍTULO IV	66
CONCLUSIONES	66
Capítulo V	68
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Uno de los grandes problemas dentro de la dogmática penal está constituida por la participación de los particulares en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, así siempre ha existido la discusión de si el particular debe responder a título de cómplice o partícipe o instigador (teoría de la unidad del título de la imputación (como lo sostuvo el acuerdo plenario 02-2011 CJ/116), o si por el contrario, el particular no puede responder por el mismo delito que cometa el autor, sino por un delito distintivo, al no tener el particular el deber especial que el Estado le confiere al funcionario y servidor de proteger y velar por el correcto funcionamiento de la administración pública, ello lo sostuvo la Corte Suprema, en la casación N° 782-2015 Santa, donde se decanta por la teoría de la ruptura del título de la imputación.

Esta discusión que puso sobre el tapete, cuál de estas dos teorías debe primar al momento de resolver los caso, termino, por lo menos legislativamente, con la incorporación del artículo 25 del código penal, que establece que el cómplice siempre responderá por el mismo delito cometido por el autor, quedando claro, que la teoría que prima debe ser la de la unidad del título de imputación. Sin embargo, el problema se suscitó con respecto al

plazo de la prescripción y si estos se duplicaban también a los particulares, o solamente debía ser aplicado para los funcionarios y servidores públicos.

El acuerdo plenario mencionado líneas arriba, así como un sector de la doctrina, como el profesor Fidel Rojas Vargas, y el profesor abanto Vásquez, sostuvieron que la duplicidad no podría aplicársele a los particulares, porque quienes infraccionan un deber especial que no poseen los particulares, hacer una equiparación sería desconocer que solo el funcionario y servidor pueden ser autores e infraccionar el deber especial que la constitución les ha conferido para proteger los bienes jurídicos que rodea el correcto funcionamiento de la administración pública, parecía entonces que el problema estaba ya superado, sin embargo, una reforma constitucional planteó la postura contraria.

Así pues, actualmente el artículo 41 de la Constitución ha establecido que la prescripción de la acción penal se duplica para los delitos contra la administración pública o contra el patrimonio del Estado y no solo cuando lo que lo cometan sean servidores o funcionarios públicos, **sino que también se aplica para los particulares** (antes de la reforma establecía que se duplicaba para los delitos cometidos **por funcionarios o servidores** que cometan delitos contra la administración pública pero siempre y cuando se lesionen el Patrimonio del Estado).

Sostenemos nosotros que so pretexto de una política criminal que busque represión mayor, no se pueden olvidar los principios básicos de un Estado democrático y el fundamento jurídico de las instituciones.

De ahí que decimos que el particular (extraneus) que participa en el delito contra la administración pública, puede ser partícipe pero no puede ser nunca autor, porque no tiene ese deber especial para con el funcionamiento correcto de la administración pública, en ese sentido, la duplicidad no se puede

extender al particular, pues este carece de ese especial deber de protección de la administración pública que si tiene el funcionario y servidor, por lo que extender la duplicidad de la prescripción al particular (extraneus) no tiene justificación, más que una simbólica de una política criminal cada vez más severa y de espaldas a los principios fundamentales orientadores del derecho en general con base constitucional como el principio de igualdad, pues se está haciendo un trato igual entre quienes son desiguales, esto es, lo que el Tribunal Constitucional denomina igualdad por indiferenciación. No olvidemos que “la igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es” (STC Exp. N° 2437-2013- PA/TC. F. J 6).

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA:

¿De qué manera, la extensión de la duplicidad de la prescripción para los particulares en el caso de delitos contra la administración pública, vulnera el principio de igualdad?

1.3 HIPÓTESIS:

La extensión de la duplicidad de la prescripción para los particulares en el caso de delitos contra la administración pública, vulnera el principio de igualdad, puesto que, los particulares carecen de un deber jurídico especial de protección de la administración pública a diferencia de los funcionarios y servidores públicos.

1.4. OBJETIVOS:

1.4.1 OBJETIVO GENERAL:

- Determinar de qué manera, la extensión de la duplicidad de la prescripción para los particulares en el caso de delitos contra la administración pública, vulnera el principio de igualdad.

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Determina cuales son los alcances de la reforma del artículo 41 de la constitución en su último párrafo, con respecto a los plazos de prescripción de la acción penal.
- Analizar el fundamento de la duplicidad de la prescripción para funcionarios y servidores públicos.
- Determinar los alcances del principio de igualdad.
- Establecer por qué se vulnera el principio de igualdad con la duplicidad de la prescripción para el particular en los delitos contra la administración pública.

1.5 VARIABLES:

1.5.1 Variable independiente:

- Duplicidad de prescripción para particulares en delitos contra la administración pública.

1.5.2 Variable dependiente:

- Principio de igualdad.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Sub capítulo I

Sobre la Prescripción

1. Fundamento y naturaleza de la prescripción

Como afirma García Caveró, “la prescripción de la acción penal es una causa de extinción que se fundamenta en la falta de necesidad de pena por la antigüedad del delito (criterio material) y que en el transcurso del tiempo ofrece dificultades probatorias que aumenta el riesgo de un error judicial (criterio procesal). Esta combinación de fundamentos por su naturaleza no se descarta exclusivamente por un carácter sustantivo o procesal” (García, 2014).

En esa línea es importante destacar lo dicho por Peña Cabrera Freyre, quien sostiene que “si fuese sólo de naturaleza material, la prescripción se presentaría como una causa de exclusión de la punibilidad cuya incidencia en el proceso penal debería poder hacerse valer con una excepción de improcedencia de acción (por no ser penalmente justificable), mientras que su naturaleza fuese puramente procesal, la prescripción de la acción penal afectaría una condición de procedibilidad que debería poder dar pie a una cuestión previa”. (Peña Cabrera, 2017); sin embargo, dice, Villa Stein, “la alegación de la prescripción en el proceso penal no admite la posibilidad de seguir estos caminos procesales, sino más bien, el de una excepción propia en el que se conjugan aspectos tanto materiales como procesales. La

institución de la prescripción se muestra como un claro ejemplo para cuestionar la pretensión de separar conceptualmente el Derecho Penal del Derecho Procesal Penal y pone en evidencia la necesidad científica de asumir una visión integral del sistema penal. Es cierto que cada tema pueda tener una mayor incidencia penal o procesal, pero eso, en nada, autoriza a escindir aspectos que en la realidad están mutuamente condicionados” (Villa, 1998).

2. El plazo de prescripción:

Conforme al artículo 80 del CP, “la prescripción de la acción penal se produce en un tiempo igual al máximo de la pena fijado por ley para el delito, si se trata de una pena privativa de libertad temporal. Este plazo tiene, sin embargo, un límite de veinte años, por lo que los delitos que contemplan una pena privativa de libertad máxima superior a los veinte años, mantendrán como plazo de prescripción los veinte años. Si la pena privativa de libertad es de cadena perpetua, la acción penal prescribirá a los treinta años. En el caso de delitos que contemplen una clase de pena distinta a la privativa de libertad, el plazo de prescripción de la acción penal será de dos años. Si se presenta un concurso real de delitos, cada delito seguirá separadamente su propio plazo de prescripción, mientras que si se trata de un concurso ideal de delitos la prescripción de todos los delitos se producirá con el plazo de prescripción del delito previsto con la pena mayor”. (Villavicencio, 2014).

Como el propio código lo señala, nos dice el mismo autor, “la regla general que establece que el plazo de prescripción de la acción penal es igual al marco penal máximo de la pena abstracta prevista en el tipo penal correspondiente” (Ibidem).

Sin embargo, coincide Peña Cabrera, cuando señala que “ciertas excepciones, como es el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado, en los que se duplica el plazo de prescripción (artículo 80 último párrafo del CP), o los delitos cometidos por

imputables restringidos, en los que el plazo se reduce a la mitad (artículo 81 del CP), A estas excepciones legalmente establecidas hay que agregar aquellas que ha incorporado jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional, al establecer que, conforme a los tratados internacionales a los que el Perú se ha adherido, los llamados delitos de lesa humanidad son imprescriptibles” (Peña Cabrera, 2017).

Para fijar el plazo de prescripción, señala García Caveró, “debe establecerse claramente si se debe tener en cuenta el marco penal abstracto previsto en el tipo penal correspondiente o el marco penal abstracto modificado por circunstancias modificativas de la responsabilidad (marco abstracto-concreto). De seguirse el primer referente, no se considerarán las modificaciones al marco penal abstracto que tengan lugar en virtud de circunstancias genéricas cualificadas, pero, con la misma lógica, tampoco deberían considerarse las circunstancias específicas modificativas de la responsabilidad penal que dan lugar a un marco penal distinto, como lo serían, por ejemplo, las distintas agravantes previstas en el hurto agravado. Las modificaciones genéricas o específicas al marco penal abstracto mantendrían inalterable el plazo de prescripción establecido en el tipo penal correspondiente” (García, 2014).

Si, por el contrario, insiste el mismo autor, “se tuviera por correcto que las alteraciones del marco penal abstracto influyan también en el plazo de prescripción, entonces habría que admitirlo en todos los casos en los que dichas alteraciones se produzcan. Como correlato lógico, tendría que admitirse también una alteración del plazo de prescripción en el caso de atenuantes que permiten reducir la pena por debajo del mínimo legal, es decir, que también el plazo de prescripción tendría que reducirse en caso de atenuantes cualificadas, lo que no parece muy operativo dado su carácter discrecional en nuestra legislación penal” (García, 2014).

La Corte Suprema de la República ha tomado cierta posición al respecto en el Acuerdo Plenario N° 8-2009, al señalar que “la agravante del prevalimiento

del cargo del artículo 46A del CP no afecta el plazo de prescripción. En consecuencia, ha optado por asumir la posición que niega que las modificaciones al marco penal abstracto en virtud de circunstancias cualificadas afecten el plazo de prescripción. Sin embargo, el mismo Acuerdo Plenario sostiene que respecto del delito masa, previsto en 49 in fine del CP, la situación es distinta, pues no se trata de una circunstancia modificativa de la responsabilidad, sino de un delito en sí”.

La posición asumida por la Corte Suprema de la República, nos dice Peña Cabrera, “en relación con la agravante genérica de prevalimiento del cargo no es rechazable en sí misma. El único inconveniente es que su aplicación coherente debería llevar a que tampoco se tengan en cuenta en la determinación del plazo de prescripción las agravantes o atenuantes específicas, en la medida que responderían a la misma lógica que las circunstancias genéricas que modifican el marco penal abstracto” (Peña Cabrera, 2017).

Así mismo el artículo 82 del CP establece que “el cómputo del plazo de prescripción se inicia luego de la consumación, en el caso de los delitos instantáneos. Si el delito ha quedado en grado de tentativa, el cómputo del plazo de prescripción comienza desde el día en que cesó la actividad delictuosa. Si se trata de un delito permanente, el cómputo del plazo de prescripción se inicia a partir del día que cesó la permanencia. En caso de delito continuado, El plazo de prescripción comenzará a correr desde el día en que termino la actividad delictuosa. En este punto, debe indicarse que, en el Pleno Jurisdiccional Penal Nacional de 1998, se precisó que el delito que se consuma con un solo acto se reputa instantáneo con independencia de la pertinencia en el tiempo de sus efectos (delitos instantáneos de resultado permanente), por lo que el plazo de prescripción debe comenzar a computarse desde su consumación y no desde la cesación de la permanencia de sus efectos. En esta línea argumentativa, el Pleno Jurisdiccional de 1998 estableció, en concreto, que los delitos de lavado de

dinero, resistencia a la autoridad, omisión de la asistencia familiar y ciertas figuras del delito contra la libertad laboral eran delitos instantáneos con efectos permanentes”.(Peña Cabrera, 2017).

En cuanto a la determinación y cómputo del plazo de prescripción, nos enseña Percy García, “hay que tener presente que no es común a todos los intervinientes. Si bien se desprende del artículo 82 del CP que el inicio de la prescripción es común a todos los intervinientes en el delito, el artículo 88 del CP dispone que el plazo de prescripción corre, se suspende o se interrumpe de manera separada para cada uno de los partícipes en el delito, hay que entender al término partícipes en sentido amplio lo que incluye a los autores en su ámbito de aplicación de esta disposición legal. En este sentido; el efecto individualizado de la prescripción está referido a todos los intervinientes en el delito. De este carácter personal del cómputo del plazo de prescripción se puede deducir igualmente que el plazo de prescripción de diversos intervinientes en el delito no debe ser necesariamente el mismo. En este sentido, por ejemplo, la duplicación del plazo de prescripción en los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado u organismos sostenidos por éste, sólo deberá alcanzar a los funcionarios públicos con el deber funcional específico, mas no a los otros intervinientes que no tienen esa posición especial” (García, 2014).

3. La prescripción de la acción penal:

Como lo sostiene San Martín Castro, “la prescripción se trata de una institución que constituye una forma de extinción de la acción penal, en clara observancia del artículo 78, inciso 1, del actual Código Penal” (San Martín, 1999).

El mismo profesor y juez supremo, San Martín Castro, quien define a la prescripción como: “Un medio de liberarse de las consecuencias penales y

civiles de una infracción penal o condena penal por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la ley” (San Martín, 1999).

Asimismo, como bien lo resalta Cubas Villanueva, “la base de esta institución radica en la seguridad jurídica, pues el transcurso del tiempo provoca inexorablemente, cambios en las relaciones o situaciones jurídicas, las que pueden permanecer así indefinidamente” (Cubas, 2015).

En tal sentido, la prescripción, como dice Peña Cabrera, “opera sobre la base del transcurso del tiempo, en el sentido que la verificación del plazo correspondiente trae como consecuencia que el Estado pierda su derecho a la persecución del delito y evidentemente, a la imposición de la correspondiente consecuencia jurídica. Contrario sensu, el procesado es liberado de la prosecución de un proceso penal y el sometimiento ante un órgano jurisdiccional” (Peña Cabrera, 2017). Por lo tanto, dice el mismo autor, “se debe tener presente que, transcurridos los plazos, la prescripción produce ipso iure su efecto liberatorio, opera de pleno derecho y obliga a ser declarado aun de oficio (Ejecutoria Suprema de 31 de mayo de 1994, Exp. N° 903-93, Lima, Normas Legales, T. 233, octubre, 1995, p. J49-J51). Cuando la prescripción se refiere en particular al delito o pena, el fundamento está en la realización de los fines de la pena, pues con el transcurso del tiempo, éstos devienen en imposibles e innecesarios” (Peña Cabrera, 2017).

El Tribunal Constitucional ha fijado en algunas ocasiones el fundamento de la prescripción con base en la seguridad jurídica, manifestando que: “la prescripción penal está inspirada en el principio pro domine, esto es, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora en la cual el Estado auto-limita su potestad punitiva contemplando la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y la dificultad de castigar a quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica” (Peña Cabrera, 2017).

Debemos señalar que, como dice García Cavero, citando a Hurtado Pozo, “la Corte Suprema de Justicia de la República se ha decantado también por un fundamento múltiple de la prescripción, cuando ha considerado que”:

“(…) no hay un derecho a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela jurisdiccional y a la igualdad como consecuencia de la regulación de la prescripción-, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y están definidos y limitados por la ley” (García, 2014).

Desde el punto de vista material, nos dice el mismo Hurtado Pozo, “la prescripción importa la derogación del poder penal del Estado por el transcurso del tiempo, en consecuencia, dicho instrumento jurídico es el realizador del derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable, confirmando el vínculo que tiene este instituto con el Estado de Derecho. Por tanto, la interpretación de la prescripción siempre partirá de criterios de favorabilidad” (Hurtado, 2005).

La judicatura nacional, señalada por Peña Cabrera, “ha reconocido la naturaleza mixta de la prescripción, así la Sala de Apelaciones de Huaura en la expone que”:

“(…) en la actualidad la doctrina mayoritariamente defiende la vigencia de la prescripción, sí se discute si su naturaleza es penal o procesal, quienes afirman que es penal precisan que la prescripción se desarrolla sobre las finalidades de la pena, los que señalan que es procesal señalan que la prescripción va dirigida a suspender o impedir el proceso judicial por el transcurso del tiempo: sobre estas posiciones surge la mixta que concluye que la prescripción es en esencia sustantiva y procesal y es la que acoge nuestra legislación: por tanto la prescripción tiene naturaleza procesal y sustantiva” (Peña Cabrera, 2017).

4. Suspensión en interrupción de la prescripción de la acción penal: la problemática del artículo 339, Inciso 1 del Código Procesal Penal:

En este acápite es necesario resolver la cuestión siguiente: ¿Cuándo se formaliza la investigación preparatoria, los plazos de prescripción de la acción penal se suspenden o se interrumpen? Para responder esa interrogante debemos iniciar desde el análisis de nuestro Código Penal, empezando por el artículo 83 que regula la interrupción de la prescripción penal y el artículo 84 del mismo cuerpo legal que señala los supuestos en los que se da la suspensión de la prescripción de la acción penal, cómo podemos observar en este código encontramos dos instituciones, pero al analizar el código procesal penal ubicamos también el artículo 339 quien en su inciso 1 señala que la formalización de la investigación suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal.

Al leer el Código Penal se puede percibir la gran diferencia que existe entre interrupción y suspensión, “ya que en la interrupción se pierde el plazo transcurrido antes de producirse el acto interruptorio, esto es, el tiempo previo a las actuaciones del Ministerio público o el Poder Judicial, para que se establezca un nuevo plazo; en la suspensión, en cambio, se señala que el comienzo o la continuación va a depender de una cuestión a resolverse en otro proceso, acá no indica que el plazo se pierde, lo que quiere decir, que cuando suceda esto, el plazo de la prescripción va a congelarse hasta que la cuestión extra penal sea resuelta, conservándose el plazo transcurrido hasta antes de que se produzca la causal de suspensión, tiempo que se adicionará al plazo que empiece a transcurrir desde que la suspensión expira” (Peña Cabrera, 2017).

Al recurrir al código procesal penal vamos a encontrarnos con el artículo 339 para precisar en su inciso 1 señala que la formalización de la investigación

suspende el curso de la prescripción, con lo señalado podemos darnos cuenta de la gran confusión que ha generado tanto el código penal como el código procesal. Ante esta problemática la Corte Suprema se ha pronunciado, diciendo que el legislador no se ha equivocado al establecer el artículo 339 inciso 1, y lo que sucede es que el código procesal penal regula una suspensión, distinta a la regulada en el artículo 84 del Código Penal, a esta suspensión se le denominó suspensión “sui generis”; esto es, en el derecho peruano se han regulado tres formas de romper el plazo de la prescripción, tanto la de los artículos 83 y 84 del código penal y el artículo 339. 1 del Código Procesal Penal. Lo que la Corte Suprema señaló con esta suspensión “sui generis” en el mencionado acuerdo plenario N° 01-2010, es que la formalización de la investigación suspende el curso de la prescripción hasta que haya decisión final en el proceso penal, descartando la tesis de la interrupción defendida por Cortes como la de Huara o Trujillo, en las que se señalaba que había una antinomia normativa entre el artículo 84 del Código Penal y el 339. 1, del cuerpo adjetivo penal, resolviendo el asunto aplicando el artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política del Perú y el artículo VII inciso 4 del título preliminar del código procesal Penal, los cuales indican expresamente que si existe duda insalvable sobre la ley que se ha aplicado en el proceso de un imputado debe aplicarse la norma más favorable al reo, es decir el principio de “indubio pro reo”.

Con el transcurrir del tiempo dicha posición “sui Generis” que estableció el acuerdo plenario 1-2010 se consolidó con el acuerdo plenario 3-2012. Este acuerdo dejó claro un plazo de duración de la suspensión de la prescripción generada por la formalización de la investigación preparatoria, señalando que el plazo de suspensión de la prescripción no podrá superar un tiempo igual al plazo ordinario de prescripción más su mitad. El acuerdo plenario número 3-2012 consolida aquella doctrina que sustenta la suspensión en el art 339 inc. 1 de nuestro código procesal penal y también ha introducido y ha establecido un límite temporal a la duración de esta suspensión sui generis

formalización preparatoria. Así que la Corte Suprema estableció un plazo y señaló que esa realidad justificada es la razón por la cual se está guardando una estricta coherencia con todas aquellas exigencias presentadas y sus efectos se derivan del principio del plazo razonable para la realización de la justicia procesal. Esto debe entenderse que la suspensión de la prescripción en el caso del artículo 339^o inciso 1, no podrá prolongarse más allá de un tiempo acumulado equivalente al plazo ordinario de prescripción más una mitad de dicho plazo. En pocas palabras, una vez que se dispone la formalización de la investigación preparatoria, el plazo de prescripción que venía corriendo con el pasar del tiempo se va a suspender por un tiempo igual al máximo de la pena más la mitad, una vez que se haya terminado el plazo, la prescripción suspendida continuará con su curso hasta que se pueda cumplir el plazo extraordinario de la prescripción penal.

La doctrina que estableció la Corte Suprema buscaba satisfacer una expectativa social aplicando el principio del plazo razonable de suspensión de la prescripción establecida en el artículo 339 inciso 1 NCPP, y de ella se desprende la gran necesidad de delimitar este plazo. Si bien es cierto la ley procesal contiene mecanismos que están orientados con un objetivo de evitar que se atenten contra el plazo razonable en los procesos penales, esto quiere decir que va a permitir que se tutelen o protejan el control de los plazos, el hecho de establecer un límite temporal para la suspensión supone representar una suspensión garantista en la cuestión de que se va a tomar como un mecanismo adicional para evitar suspensiones infinitas.

Para finalizar, este punto del trabajo de investigación, queda claro con el acuerdo plenario antes mencionado que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la suspensión que se encuentra regulada en el artículo 339 inciso 1 NCPP, es un supuesto de suspensión más no de interrupción; asimismo, ha creído conveniente establecer un límite temporal para el plazo de la suspensión. Este límite se refiere que la suspensión no podrá

sobrepasar un tiempo igual al máximo de la pena prevista por el ordenamiento jurídico más su mitad, dejando claro que, una vez que fenezca la suspensión se continuará con el curso de la prescripción que inicialmente se había suspendido.

5. Prescripción ordinaria y extraordinaria:

Tal y como lo señala García Cavero, “de acuerdo a las reglas generales de la prescripción de la acción penal del artículo 8 del Código Penal, existen dos clases de prescripción” (García, 2014):

- **Prescripción ordinaria:** “Los delitos de corrupción prescribirían en un tiempo igual al máximo de la pena prevista para el delito (pena abstracta). En este punto, es importante recordar el artículo 46.A” del Código Penal (que extiende el marco de la pena abstracta hasta por un tercio por encima del máximo legal siempre que no supere los 35 años, no es aplicable a los delitos de corrupción, en tanto que en estos el desvalor de la acción (el abuso de la función pública) ha sido incorporado ya en la Parte Especial. En esta medida, la prescripción ordinaria emplearía sólo la pena abstracta contenida en el artículo concreto de la parte especial” (García, 2014).
- **Prescripción extraordinaria:** “Si existe ya proceso penal (interrupción de Ministerio Público o Autoridades Judiciales), la prescripción de la acción penal se produciría cuando el tiempo transcurrido supere en un 50% el plazo ordinario de prescripción. Esta medida busca evitar que de manera reiterada se tenga que volver a contar el plazo de prescripción” (García, 2014).

Sobre los plazos de prescripción como señala Peña Cabrera (Peña Cabrera, 2017), “de la acción penal para delitos sancionados con pena privativa de libertad según los artículos 80 y 83 del Código Penal”:

“El Código Penal distingue de manera sistemática y funcional dos clases de plazos para la prescripción de la acción penal. Es así que en el artículo 80 regula lo concerniente al plazo ordinario y en el artículo 83 in fine hace referencia al plazo extraordinario”. (texto de la norma)

“Con relación al plazo extraordinario, la norma antes mencionada precisa que éste se vence cuando 'el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad el plazo ordinario de prescripción'. Cabe señalar que para ambos tipos de plazos de prescripción el cómputo se inicia observando las reglas que se definen en el artículo 82 del Código Penal”. (texto de la norma)

“Ahora bien, tratándose de delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal, el plazo ordinario de prescripción corresponde al máximo de la pena conminada en la ley para el delito cometido. Sin embargo, existiendo en el artículo 29 o en diferentes delitos tipificados en la Parte Especial del Código Penal y en leyes penales complementarias la posibilidad legal de que la pena privativa, de libertad temporal conminada pueda alcanzar un máximo de 35 años, el artículo 80 del referido Código incluye en su párrafo cuarto un límite cuantitativo excepcional para la prescripción ordinaria, en tales casos. Lo mismo ocurre cuando la pena conminada privativa de libertad es la de cadena perpetua” (texto de la norma).

“Al respecto, el legislador ha precisado en dicho párrafo que el plazo ordinario de prescripción para delitos sancionados con pena privativa de libertad temporal siempre será de veinte años y en hechos punibles reprimidos con pena de cadena perpetua de treinta años. No obstante, es de destacar que tales límites excepcionales sólo operan en relación al plazo ordinario de prescripción de la acción penal; no afectan en nada, ni menos

excluyen la operatividad de las reglas que regulan el cómputo del plazo extraordinario de prescripción de la acción penal, y que se precisan en el párrafo final del artículo 83 del Código Penal” (Peña Cabrera, 2017)

“En consecuencia, cuando se trate de delitos cuya pena conminada privativa de libertad tiene un máximo legal superior a veinte años, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de veinte años. En tales supuestos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Cuando la pena que reprime el delito sea la de cadena perpetua, el plazo ordinario de prescripción de la acción penal será de treinta años. Para estos delitos el plazo extraordinario de prescripción de la acción penal será de cuarenta y cinco años” (Peña Cabrera, 2017).

Es importante destacar lo dicho por Villa Stein, cuando afirma que “las reglas sobre la prescripción no pueden aplicarse retroactivamente, aun cuando pareciera que benefician al reo. Su aplicación es siempre inmediata, ya que su objeto de regulación sigue vigente. Además, si bien el sujeto tiene derecho a que la acción penal prescriba, no lo tiene a que el plazo de prescripción vigente al momento de su comportamiento sea el que se aplique, pues ésta no es una expectativa jurídicamente garantizada” (Villa, 1998).

6. Los supuestos de reducción de los plazos de prescripción de la acción penal:

Como se sabe a tenor de lo que el propio texto penal señala, la reducción de los plazos de prescripción en función de la edad del autor está regulada en el artículo 81 del Código Penal, que señala lo siguiente: “Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de veintiún o más de sesenta y cinco años al tiempo de la comisión del hecho punible” (texto de la ley).

Al respecto, Bramont Arias, citado por Peña Cabrera, afirma: “Con relación a la prueba de minoridad para los efectos de reducción del plazo de prescripción, es predominante el parecer que debe acreditarse con los documentos pertinentes: partida de nacimiento, libreta militar, libreta electoral, documento nacional de identidad. Parte de la doctrina opina que es suficiente cualquier prueba y que la: prueba documental es dispensable, cuando la edad declarada por el reo fue aceptada, sin observación, en el curso del proceso” (Peña Cabrera, 2017).

Por su parte, Salazar Sánchez, citado por Villa Stein, señala: “De la lectura literal de la ley no queda claro por qué cuando el sujeto, al momento de cometer el delito, tenía menos de 21 o más de 65 años de edad el plazo de prescripción se reduce a la mitad. Por ello, se debe realizar interpretación ideológica y sistemática del artículo 81 CP. De este tipo de interpretación se infiere que el fundamento de la reducción del plazo de prescripción es de naturaleza material y axiológica. Desde el punto de vista material se presume que los ciudadanos menores de 21 y mayores de 65 años de edad no poseen plena capacidad de imputabilidad, sea porque aún no han alcanzado un desarrollo psíquico cabal (menores de 21 años), o porque la capacidad psíquica está en pleno proceso de deterioro producto de la vejez (mayores de 65 años)” (Villa, 1998).

7. Computo de los plazos de prescripción de la acción penal según el tipo de delito:

Como el propio código ha señala, se ha ce una diferenciación de los inicios del cómputo del plazo de prescripción, en función a la clase de tipo penal en que nos encontremos, así pues, afirma García Caverro que, “en los casos de delitos instantáneos, la norma penal señala que el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal comienza a partir del día en que se consumó materialmente el delito; normalmente los delitos instantáneos están

ligados a los delitos de resultado lesivo y a los delitos de mera actividad; es decir, por ejemplo, en el primer supuesto, en el caso de un delito de homicidio doloso (artículo 106 del Código Penal), comienza el día en que el sujeto activo apuñaló a su víctima lo mató, claro esta muerte debe estar corroborada con los antecedentes y certificados médicos. Con relación al segundo supuesto -delito de mera actividad- por ejemplo, en el caso de delito de injuria dolosa (artículo 130 del Código Penal), este comienza a computarse, para efectos de la prescripción de la acción, cuando el sujeto activo prolifera palabras soeces que dañan la honra y la dignidad de otra persona” (García, 2014).

En esta misma línea, en el caso de los delitos continuados, señala el mismo autor precitado (artículo 49 del Código Penal), “la norma penal señala que el inicio del cómputo de la prescripción de la pena, comienza desde el día en que terminó la actividad delictuosa; por ejemplo, en el caso de un delito de violación sexual de menor de edad, el sujeto que accede carnalmente con la víctima por varios meses del año, y precisamente el último día que ha tenido relaciones sexuales (consumada) con la víctima, al día siguiente lo detiene la Policía Nacional por la denuncia que realiza la madre de la menor agraviada; entonces, según la norma penal, la prescripción comienza a correr, en el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa” (García, 2014).

Por último, con Peña Cabrera, explicamos que “en los delitos permanentes (tenemos que precisar que el Código Penal Peruano -en su Parte General- no define el concepto de delito permanente, de manera que hay que hacerlo desde la jurisprudencia y la doctrina especializada) el inicio del cómputo de la prescripción de la acción penal se cuenta a partir del día en que cesó la permanencia; por ejemplo, en el caso de la víctima que es secuestrada ilegítimamente y de manera dolosa por el sujeto activo (artículo 152 del Código Penal), y luego de unos días, la víctima, en un descuido del autor,

logra huir de su encierro, y da cuenta a la Policía Nacional; según el Código Penal, la prescripción hay que contabilizarla desde que la víctima huyó de su ilegal encierro, pues ahí cesó la permanencia delictiva” (Peña Cabrera, 2017).

Sub capítulo II

La duplicidad de la prescripción

1. La duplicidad de la prescripción de la acción penal en la constitución y el código penal:

Aunque aún sin tener en cuenta la ley de reforma Constitucional que modifica el artículo 41 de la Constitución, Salinas Siccha, expresa que existe una regla especial sobre la prescripción de la acción penal, de acuerdo al artículo 41 de la Constitución Política, en la cual señala que “el plazo de prescripción se duplica en casos de delitos cometidos contra el Patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos” (Salinas, 2019). Esta regla especial también existe en el Código Penal Peruano, en el artículo 80, el mismo que ha sido modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30077, publicada el 20 de agosto de 2013, la misma que entró en vigencia el 1 de julio de 2014, cuyo texto es el siguiente: “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” (Salinas, 2019).

Rojas Vargas, en un comentario anterior a la reforma de la Constitución en su artículo 41, señala que “esta duplicidad sólo opera cuando se trata de delitos cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio estatal (colusión, peculado, malversación, etc.), y no en la negociación incompatible cuyo bien jurídico protegido es el correcto ejercicio de las funciones por parte del funcionario público: “Tal duplicación se entiende que opera en los delitos que lesionan el Patrimonio del Estado (peculado, malversación de fondos, colusión defraudatoria y otros) e imputables a los funcionarios o servidores públicos; es decir, delitos que protegen en tanto bien jurídico específico los intereses patrimoniales de la Administración Pública, y en cuya comisión u

omisión han intervenido dichos sujetos públicos (...) la norma de agravación no alcanza a los restantes delitos de infracción de deber que lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico Administración Pública no comprometen intereses patrimoniales en tanto objetos jurídicos específicos de tutela” (Rojas, 2007).

Asimismo, insiste Salinas Siccha, comentando el Acuerdo plenario 1-2010 CJ/116, nos dice que existe un Acuerdo Plenario que trata el tema de la problemática de la prescripción de la acción penal. En efecto, dicho Acuerdo Plenario sostiene lo siguiente: “la ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de la fidelidad del funcionario o servidor público hacia el patrimonio público desde la perspectiva de la obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa” (Salinas, 2019).

Continúa comentando el Plenario el Profesor Salinas Siccha, y citándolo expresamente indica que este es enfático en señalar: “En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se le colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquéllas. Esto implica un mayor desvalor de la acción -como conducta peligrosa para los bienes jurídicos- completada con el desvalor de resultado derivado de la específica función del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas. Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo 41 de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos” (Salinas, 2019)

Finalmente, dicho Acuerdo Plenario preceptúa lo siguiente: “Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o sólo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisonal, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos” (Salinas, 2019).

2. El fundamento de la duplicidad de la prescripción de la acción penal:

Fidel Rojas señala que, “si el fundamento esencial de la duplicidad, de la prescripción es la lesión efectiva del Patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de algunos presupuestos concretos” (Rojas, 2007):

- “Que exista relación funcional entre el agente infractor especial del delito -funcionario o servidor público- y el Patrimonio del Estado” (Rojas, 2007).
- “El vínculo del funcionario o servidor público con el Patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos” (Rojas, 2007).
- “Puede servir como fuentes de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se puede también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia ' - sobre bienes públicos al funcionario o servidor

que originalmente por su nivel o facultades específicas no poseía” (Rojas, 2007).

- “Por otro lado, habíamos señalado que al amparo de consideraciones político-criminales más que a razones de índole técnico-dogmático, el artículo 8 del Código Penal Peruano, en la última parte describe un segundo supuesto de duplicidad de la acción penal, bajo los siguientes términos: "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". En ese sentido, entendemos por criminalidad organizada a una organización de personas para cometer hechos delictivos graves de forma permanente y conseguir así sendos beneficios económicos. Dos son pues, los aspectos esenciales de la criminalidad organizada que deben ser tenidos en cuenta en la reacción penal” (Rojas, 2007)

3. Fundamento de duplicidad en caso de pertenencia a una organización criminal:

Como dice Salinas Siccha “la criminalidad organizada se caracteriza por la configuración de una organización delictiva que expresa una mayor gravedad que un delito mono- subjetivo e incluso que una sumatoria eventual de sujetos que realizan un delito mediante un acuerdo circunstancial o momentáneo” (Salinas, 2019).

En efecto, nos dice el magistrado nacional “la existencia de una organización ilícita conlleva una situación especial que incrementa por diversas razones, el desvalor social de la entidad subjetiva de los delitos cometidos: En primer lugar, con la constitución de una agrupación delictiva tiene lugar una especialidad en el desarrollo de la actividad delictiva, lo que significa una distribución de funciones para la optimización de los objetivos criminales del grupo. Esta mayor eficiencia no sólo repercute en la realización de los delitos

- fines, sino también en la inmunidad frente a la acción de la justicia (equipos de defensa, corrupción, amenaza, etc.). En segundo lugar, se produce una permanencia del grupo, de manera tal que la actividad criminal agrupada no termina en la comisión de un delito, sino que se prolonga a lo largo del tiempo. Esta permanencia hay que entenderla en cuanto a la agrupación, puesto que puede ser que al interior de esta cambien las personas individuales, pero el grupo se mantenga operativo” (Salinas, 2019).

Subcapítulo III

La función pública y los delitos contra la administración pública

1. La función pública:

El sistema de administración pública se encuentra ligado al concepto de función pública, por lo tanto, conforme indica Castillo Alva, citado por el Profesor Jorge Hugo Alvarado, señala que: “La función pública representativa y la función pública no representativa. La función pública representativa está formada por funciones de representación y la no representativa alude a la función pública profesionalizada. La función pública representativa—a la que se designa específicamente como “cargo”— ya se encuentra comprendida en nuestro ordenamiento de alguna forma en el derecho a ser elegido (art. 31, Const.), es decir, en el denominado derecho de sufragio pasivo. No obstante, ello no es óbice para que el derecho de acceso a la función pública comprenda también este tipo de función pública. Como ejemplos típicos de él se encuentran los cargos políticos desde las más altas magistraturas, como las de congresistas o la de Presidente de la República hasta las de alcalde o regidor de las municipalidades” (Hugo, 2002).

De ahí que, como señala el profesor Fidel Rojas, “en el caso de la función pública no representativa, son ejemplos típicos los servidores públicos de la administración, estatal, regional, o municipal, y desde luego, los de los Poderes del Estado y, en general, de toda entidad pública. Tanto la función pública representativa como la no representativa deben ser interpretadas de la manera más amplia posible. La condición de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado” (Rojas, 2007).

Consideramos, dice Castillo Alva en una cita de Hugo Alvarado, que “los conceptos de: Administración Pública y Función Pública, se encuentran ligados bajo una relación de causa y efecto, por cuanto, el primero de los mencionados, conforme se indicó líneas arriba, resultaría ser una estructura de un sistema social políticamente organizado, la misma que aparece determinada en criterios de “competencia” y “organización” vinculados a patrones sociales estandarizados en “roles”, los cuales pueden ser “especiales” y “generales”, siendo estos comunicados a determinadas personas a efecto organicen su capacidad de determinación” (Hugo, 2002).

En el caso de la Administración Pública, señala Salinas, “dichos roles son especiales, dirigidos a personas cualificadas que ostentan el estatus de funcionarios y servidores públicos; en ese sentido, la función pública aparecería como el desarrollo u operatividad de las diversas funciones de las entidades públicas avocadas a prestar un servicio a la sociedad. Por lo expuesto, Función Pública, resultaría ser el conjunto de actividades desplegadas por los funcionarios y servidores públicos designados en diversas entidades estatales, cuyo accionar se encuentra determinado por herramientas de gestión de trabajo, las cuales tienen un carácter normativo, impartiendo en los agentes públicos (funcionario y servidor público) una posición de “servicio” a los intereses general de una nación” (Salinas, 2010).

Por otro lado, afirma Rojas Vargas, que “las herramientas de gestión de trabajo citadas, contienen los deberes instituciones que permiten la funcionalidad de la administración pública y subsecuente parte de la operatividad del sistema social, estas herramientas normativas en ser internas y externas. Las herramientas de gestión de trabajo internas, son aquellas definen la funcionalidad del plan de trabajo de cada entidad pública, estas herramientas son aprobadas internamente por cada entidad, conteniendo esquemas propios del servicio público brindado, por lo tanto, delimitan el accionar de los funcionarios y servidores públicos vinculados a la

misma, entre ellas, tenemos el Manual de Organización de Funciones (MOF), Reglamento de Organización de Funciones (ROF), directivas internas, manuales, instructivos, acuerdos, adendas, etc. (Rojas, 2007). Respecto a las herramientas de gestión externas, remarca el mismo autor, se tratarían, también de dispositivos normativos responsables de definir el accionar de los funcionarios y servidores públicos, sin embargo, su aprobación proviene de agentes externos a cada entidad, empero, su cumplimiento es de aplicación obligatoria para todo el sector público, así tenemos la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley de Contratación Pública y su Reglamento, normas de control, etc.” (Rojas, 2007).

2. Delitos contra la admiración Pública:

2.1. El concepto administración pública:

Como señala el profesor Abanto Vásquez, etimológicamente “administración implica la gestión que ha de efectuar la autoridad sobre la cosa pública, el mando u gobierno que los gobernantes ejercen sobre los súbditos que se localizan en el territorio de su jurisdicción, amparado en el poder que emana de la Ley; toma lugar a través de las actuaciones que se ejecutan y desarrollan aquellos ciudadanos que la misma ley les enviste de dicho poder funcional, en mérito a los recursos que deben destinar a los comunitarios, como legítimos y naturales accesorios de los servicios públicos que los primeros tienden a regentar” (Abanto, 2001).

Completa la idea el profesor Rojas Vargas, cuando expresa que “si hablamos ya de Administración Pública, hemos de ceñirnos a las prestaciones de los servicios públicos por aquellas personas denominados funcionarios y/o servidores públicos, a quienes la Ley y la Constitución se les encomiendan dichas tareas; que pueden ser entendidas desde un doble plano a saber: primero, desde una dimensión

externa, esto es las prestaciones que deben brindar a la población, en cuanto a los servidores públicos elementales (construcción de hospitales, plazas, parques, carreteras, pistas) así como el acceso directo a servicios de salud, educación, empleo, deporte, cultura, etc.; y, segundo, desde una dimensión interna, refiere a todas las gestiones que han de plasmarse en el ámbito interno de la administración en cuanto a los objetivos de rendimiento, eficacia, optimización de sus labores, en el desarrollo socio-económico de la nación” (Rojas, 2007).

Por nuestra cuenta, dice Salinas Siccha, consideramos que “el concepto de administración pública, demanda ciertos factores, es decir, en primer lugar, conforme se indicó en el capítulo anterior, partiendo de la idea de una sociedad debidamente organizada en expectativas sociales, las cuales surgen producto del accionar gregario del ser humano, sin embargo, dichas expectativas no pueden subsistir de manera anárquica, por lo tanto, se tiene que considerar el factor político, esto es, el escenario de gobierno que necesita toda sociedad, conforme fue advertido de manera clara y contundente por HOBBS y ROUSSEAU, en sus obras El Leviatan y Contrato Social, respectivamente” (Salinas, 2019)

En ese sentido, dice Salinas, “actualmente las sociedades resultan ser sistemas políticamente organizados, en nuestro caso, bajo el criterio de división de poderes, esto es: Legislativo, Judicial y Ejecutivo, estos poderes se encuentran acompañados de diversos organismos autónomos, los cuales coadyuvan a la administración estatal, estos organismos, en nuestro país se encuentran organizados en entidades, siendo, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Contraloría General de la Republica, Banco Central de Reserva, Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, etc.” (Salinas, 2019).

Importante apunte hace el joven penalista Reaño Peschiera, para quien “la funcionalidad u operatividad de una sociedad se manifiesta bajo las reglas de un constante proceso de comunicación, es decir, el desarrollo y éxito de un sistema social dependerá en gran manera de la claridad de cómo se trasmite los componentes encargados de operatividad, siendo así, a nuestro modo de ver las cosas, existen dos componentes responsables de concretizar la funcionalidad u operatividad de una sociedad, el primero, denominado: *estructura* y el segundo *agentes operativos*” (Reaño, 2001).

Respecto a la “estructura”, conforme mencionamos líneas arriba, “se trata de toda institución debidamente diseñada por criterios de “competencia” y “organización” los cuales son entendidos como reglas o patrones estandarizados, es decir “roles” (específicos y generales) los mismos que son comunicados a sus emisores, en este caso, “personas” (entendidas normativamente)” (Reaño, 2001).

Respecto a los “agentes operativos”, si bien resultan ser “personas” portadores de deberes y derechos, empero en los Delitos contra la Administración Pública, resultarían ser personas que asumen un “status cualificado en el proceso de comunicación, estos son portadores de “normas de resguardo, por lo tanto, sus hechos no son ordinarios sino competenciales o funcionariales, esto es. según John SEARLE, citado por Abanto “hechos institucionales”, los cuales están determinados por la función y no por el derecho, en palabras del mencionado autor se tiene que: Siendo así, los “agentes operativos”, en el caso de la administración pública resultarían ser los “funcionarios” y “servidores públicos”, quienes asumen un “status” especial impuesto por el sistema social, por lo tanto, en sentido positivo, coadyuvan a la funcionalidad de una sociedad políticamente organizada y en su defecto, en sentido negativo, defraudan

expectativas sociales desde su condición de ciudadanos cualificados (Abanto, 2001).

La administración pública deberá ser entendida, para fines del derecho penal, bajo un concepto amplio, por lo tanto, administración pública resulta ser una estructura creada por un sistema social, políticamente organizado, la misma que se encuentra diseñada por criterios de “competencia” y “organización”, esto es, reglas o patrones estandarizados, denominados “roles”, los cuales son “especiales” y “generales”.

En ese sentido, siguiendo a Jakobs “los *roles especiales*, están destinados a personas de *status*, ciudadanos cualificados, conocidos como funcionarios y servidores públicos, los cuales tienen una postura bidimensional en el sistema social, es decir, por un lado están imbuidos de *poder* y *autoridad* para lograr la operatividad y funcionalidad del servicio público y por otro lado están marcados por *deberes institucionalizados* o *normas de resguardo* las mismas que contienen las *expectativas sociales* prefijadas por la sociedad. Por otro lado, se encuentran los *roles generales*, destinados a *personas sin status*, es decir ciudadanos no cualificados, quienes también tienen una postura bidimensional, por un lado, son portadores de derechos respecto a recibir servicios públicos óptimos y oportunos, por otro lado, están conminados a *deberes genéricos*, esto es, respetar, también, las *expectativas sociales* desde su condición de ciudadano no cualificado” (Jakobs, 1998).

2.2. El Bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública:

Este tema ha sido debatido desde hace mucho tiempo en la doctrina, así pues, nos brinda una buena opinión el profesor Reaño, quien señala que “el derecho penal es un instrumento de control social al servicio del Estado, con la finalidad de proteger *expectativas normativas*, las mismas

que contienen los derechos fundamentales de los ciudadanos, los cuales pueden ser individuales (vida, integridad, libertad, propiedad, etc.) y colectivos (tranquilidad pública, medio ambiente, sistema económico, tráfico documental, administración de justicia y pública, etc.) todo ello, a efecto de garantizar la convivencia social y el bien común. (Reaño, 2001)

En ese orden, nos dice Reaño “podemos advertir con facilidad, un alejamiento a la teoría monista del bien jurídico, la cual sustenta su argumentación en el individuo y no así en la funcionalidad del sistema social, dicha postura no significa desconocer los derechos fundamentales o intereses del ser humano, empero, estos deberán ser asumidos como parte del entorno social para fines del derecho penal” (Reaño, 2001).

En ese mismo sentido, Jakobs indica lo siguiente: “La teoría de la protección de la sociedad nunca ha considerado legítimo per se la protección de normas, que yo denomino aquí protección de instituciones sobre la base de los deberes positivos [...], es decir, [...] Una persona únicamente puede actuar a largo plazo de tal modo que también los individuos encuentren por lo general en sus intereses su propio sustento, porque si no, se rebelaría éste y el orden normativo perdería ‘no necesariamente su corrección, su obligatoriedad, pero sí’ su realidad, esto es: su poder de dirigir la orientación jurídica: de ese modo, no representarían ya más la estructura de la Sociedad realmente existente. Por ello, la persona requiere para su hacer y su dejar hacer no sólo la seguridad de que dispone de derechos sino también la seguridad de que no podrá resultar lesionado o, incluso, matado ilegítimamente, sino que podrá disfrutar de la libertad garantizada por el Derecho, esto es, que con alta probabilidad no resultará lesionado ni asesinado” (Jakobs, 1998).

Siendo así, nos dice Salinas, “compartimos el criterio jurisprudencial asumido por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, al indicar que: “En los delitos contra la administración pública, ésta se tutela como un

interés al servicio de la comunidad y los gobernados, de tal manera que aparezca protegido algo funcional y dinámico, pues de lo contrario se sancionaría como delito la mera desobediencia a la ley (violación de prohibiciones o mandatos) y no la real transgresión de bienes jurídicos. El *luis puniendi*, por su naturaleza extrema, no puede disponerse para aislados quebrantamientos de deberes profesionales o para la protección de una vaga pureza de la Administración Pública, pues ello se traduciría en una visión totalitaria de la actividad administrativa, sino que es preciso establecer que la conducta juzgada pone en riesgo concreto los procedimientos que los miembros de la colectividad tienen para resolver sus conflictos” (Salinas, 2019).

Por lo tanto, en los delitos contra la Administración Pública, consideramos, conforme lo apunta, el profesor Abanto Vásquez, “la existencia de dos dimensiones vinculadas al objeto de protección penal. La primera dimensión, respecto a un escenario genérico, esto es, la presencia de una expectativa social vinculada a una sociedad políticamente organizada, a través de sus órganos de gobierno, comprometidos a garantizar el normal funcionamiento de las diversas instituciones estatales avocadas a brindar un servicio público para con las personas registradas en sociedad, por lo tanto, la defraudación a dicha expectativa social, en la medida que trascienda el escenario administrativo, evidenciaría un hecho social con contenido penal” (Abanto, 2001).

La segunda dimensión, dice el mismo autor, “respecto al criterio singular o específico, implicaría la existencia de una “expectativa social” vinculada a los *deberes especiales* atribuidos a *sujetos cualificados* cuyo accionar estará determinador por *instituciones positivas*, por lo tanto, la defraudación de dichas expectativas sociales, manifiestas en la infracción de un *rol especial*, evidenciaría un hecho social con contenido penal” (Abanto, 2001).

Sub Capitulo IV

El principio de igualdad

1. Alcances y contenido del principio de igualdad:

Como señala el profesor Bernalles Ballesteros, “la igualdad ante la ley fue un concepto subversivo hasta fines del siglo XVIII. Es la revolución liberal iniciada en Francia la que modifica radicalmente una serie de concepciones, consagrando a la igualdad como uno de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano. Hoy es considerada uno de los derechos fundamentales que toda Constitución Democrática reconoce. En sentido estricto, la igualdad es uno de los derechos sociales la persona. Pero su ubicación tradicional es ésta, la que la sitúa dentro del conjunto de los derechos individuales” (Bernalles, 1996).

La igualdad ante la ley, conforme lo afirmado por Borea, “no supone que todos los seres humanos sean iguales unos a otros, en sentido material; ello sería simplemente negar la realidad. Al contrario, es correcto decir que una de las grandes riquezas del ser humano es que cada uno nosotros es diferentes en muchos elementos. Sin embargo, al propio tiempo, la humanidad considera actualmente que la unidad básica está en la pertenencia a la misma especie, participando todos de las mismas condiciones y calidades que configuran al ser humano. Este es el núcleo central determinante de derechos. Entonces, la igualdad ante la ley no borra las diferencias naturales, sino que establece una igualdad básica de derechos, a partir de la cual podemos realizamos mejor en medio de nuestras diferencias” (Borea, 1996).

En esa línea y siempre comentando el derecho a la igualdad, el profesor Rubio Correa, apunta que “la Constitución se inspira en esta concepción de la igualdad básica, que contiene al mismo tiempo el rechazo a posiciones que conceden derechos en función de la diferencia de las personas. Nuestra

Carta establece en concreto la no discriminación por el origen, la raza, el sexo, idioma, religión, opinión y condición económica. Necesariamente este inc. 2 del art. 2 debe concordarse con el art. 103 de la propia Constitución, que dice en su primera parte: *Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas*". Por su parte, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en adición a estos elementos, que no son enumerados con detalle pero que se hallan comprendidos en el enunciado general, añade el complemento indispensable del "derecho a igual protección de la ley" (Rubio, 1993).

2. La igualdad y los tratos diferenciados injustificados:

Bernales explica que "la discriminación de origen hace diferencias según la persona pertenezca a un Estado o a otro. Hasta hace poco, se distinguía a las personas por aplicación personal de la ley, esto es, que a cada cual se le aplicaba su ley de origen de tal manera que quienes vivían en el extranjero eran necesariamente discriminados por no aplicárseles la ley de dicho lugar, siendo en tal sentido marginados del acceso a algunos derechos políticos y económicos principalmente" (Bernales, 1996).

Nos dice que "el concepto de raza implica aquellas características físicas diferenciales del cuerpo humano. La discriminación por raza consiste en tratar diferenciadamente a las personas, considerando a los miembros de una raza superiores a los de otra. Tal fue, por ejemplo, el caso de las teorías que exaltaban la superioridad de la raza aria. Este tipo de discriminación no es desgraciadamente ajeno al Perú. Criterios discriminatorios han sido aplicados para perjudicar -fundamentalmente- a connacionales de raza negra e india, así como a quienes tienen componentes de dichas razas en mestizaje con otras. También existen posiciones discriminatorias al interior de estas razas. El problema es complejo y debe admitirse que es un asunto no resuelto" (Bernales, 1996).

Además, precisa que “la referencia al sexo tiene relación con las características diferenciales de varón mujer. En nuestras sociedades la discriminación por sexo ha perjudicado a la mujer que, en general, fue puesta en condiciones de sometimiento al varón. La discriminación social de la mujer fue y es aún hoy día muy extensa. La discriminación jurídica también lo fue, particularmente en la situación sometida de la mujer al marido hasta el advenimiento del Código Civil de 1984, y en la negación de derechos políticos a la mujer, quien teóricamente pudo participar en elecciones municipales desde 1933 (teóricamente porque no las hubo hasta 1963), aunque recién participó efectivamente con voto universal en las elecciones generales nacionales desde 1956. Es, en rigor, a partir de las Constituciones de 1979 y 1993, que las normas internas del Perú garantizan la igualdad formal rigurosa entre varón y mujer” (Bernales, 1996).

García señala que “recientemente se han dado medidas importantes sobre esta materia. Una de ellas es la promulgación de la Ley N° 26628, que incorpora a las mujeres a las escuelas de oficiales y sub oficiales de las Fuerzas Armadas. Otra, igualmente importante, es la creación del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano, y, finalmente, se puede citar una norma más bien protectora, que es la Resolución Legislativa N° 26583, del 25 de marzo de 1996, que aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belem do Pará, adoptada el 9 de julio de 1994” (García, 2015).

El mismo profesor, García Toma, señala que “al tratar de la no discriminación por sexo, debemos necesariamente referimos a la situación de los homosexuales y lesbianas, cuya opción de hacer explícita su preferencia sexual y su elección libre y mutuamente consentida entre personas del mismo sexo, tiene aspectos de no discriminación y otros que, significando aislamiento social y prohibiciones explícitas, tienen un carácter discriminatorio desde un punto de vista jurídico. La no discriminación se

puede entender como el derecho de los homosexuales y lesbianas a tener acceso a los derechos humanos propios del individuo en tanto tal y de la persona en sociedad. Los límites son la excepción de su acceso a los derechos que suponen una relación típicamente heterosexual. En concreto, en el Perú no se reconocen ni el matrimonio civil, ni la formación de una familia de hecho entre homosexuales” (García, 2015).

Explica también, el García Toma, que “la no discriminación por idioma consiste en que la persona no sufra trato diferencial frente a la ley por razón de utilizar un idioma distinto. Este elemento es muy importante en el Perú, habida cuenta de su realidad plurilingüista” (García, 2015).

Bernales apunta que “la discriminación por religión consiste en dar un trato desigual a aquellas personas que practican diferentes religiones. En el mundo abundan ejemplos sobre el particular Así, por ejemplo, el caso de Serbia y Bosnia en la desaparecida Yugoslavia es patético. Allí se produjo una violenta segregación entre cristianos y musulmanes. También se ha reconocido la existencia de discriminación por religión en Irlanda del Norte en perjuicio de los católicos, aunque la gran violencia que existió en este territorio del Reino Unido parece haber empezado a ceder en los últimos tiempos” (Bernales, 1996).

La discriminación por religión, refiere Bernales “puede adquirir formas sutiles como, por ejemplo, el obligar a alguien a estudiar cursos de una religión que no es la suya. En este caso, estará atentando contra la Constitución, por ejemplo, el director o el profesor de un centro educativo que exigen compulsivamente a los alumnos que profesan otros credos, a llevar determinado curso que responda exclusivamente a una religión a la que no pertenecen. Por ello, la Constitución peruana otorga la libertad de religión en consonancia con este principio de no discriminación. Así lo establece el inc. 3 del art. 2, que luego comentaremos. Otra forma de discriminación por religión es aquella de persecución del ejercicio de la religión misma. Ha

habido muchos casos en la historia. Tal vez el más reciente haya sido el de los países comunistas liderados por la hoy desaparecida Unión Soviética. Otra forma de discriminación por religión es aquella de persecución del ejercicio de la religión misma. Ha habido muchos casos en la historia. Tal vez el más reciente haya sido el de los países comunistas liderados por la hoy desaparecida Unión Soviética. Las personas, como dice la Constitución Peruana, tienen derecho al ejercicio público de todas las confesiones, mientras no vayan contra la moral o el orden público” (Bernaes, 1996)

García Toma sobre la discriminación por opinión indica que “esta se produce cuando las personas se ven privadas de sus derechos por las opiniones que pudieran expresar en los más diversos campos de la vida. Casos de discriminación por opinión ocurren, por ejemplo, cuando un empleado es obligado a profesar determinadas ideas para aceptar un trabajo, o cuando se le despide por las opiniones que tiene. Uno de los extremos de esta discriminación es la existencia del delito de opinión. Nuestra Constitución prohíbe tanto limitar los derechos humanos de los trabajadores en la relación laboral, como la existencia del delito de opinión” (García, 2015).

Por último, comentando la discriminación por condición económica, Víctor García, señala que “esta consiste en dar trato diferenciado a las personas por su capacidad económica. En el pasado fue tradicional recortar por estas consideraciones los derechos ciudadanos. Así, por ejemplo, durante la época en que existió el voto censitario, los ciudadanos con menores recursos estaban materialmente privados del derecho al voto. Otras formas sutiles de discriminación por este motivo son la imposibilidad de acceso a determinados servicios esenciales, particularmente al educativo. En este sentido, nuestra Constitución establece la gratuidad de enseñanza pública, lo que siempre se ha entendido como una forma de no discriminar en sus posibilidades a las personas por su condición económica” (García, 2015).

Conviene apuntar con Bernales que la “Constitución añade una disposición adicional prohibiendo la discriminación por cualquier otra razón. Es una cláusula general que pretende descartar cualquier atentado contra la igualdad formal establecida” (Bernales, 1996).

Sub Capítulo V

Extensión de la duplicidad de los plazos de prescripción de la acción penal a los particulares: vulneración del principio de igualdad y alternativas de solución

1. El funcionario o servidor y el particular en los delitos contra la administración: títulos de imputación distintos en los delitos de 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, 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, 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 de pública. En los delitos contra la administración 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) poseen 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, 2017); estos deberes son, “el de lealtad, honestidad, veracidad, de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública” (Salinas, 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 partícipe de este delito, empero jamás como autor” (Véase artículo 25 tercer párrafo del Código Penal).

2. La igualdad: No se puede hacer un trato igual entre desiguales:

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. N° 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.

3. No le debe alcanzar al particular (extraneus) la dúplica de la prescripción:

3.1. El escenario antes de la reforma constitucional del artículo 41 último párrafo:

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 regula 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 un 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 de prescripción de la acción penal alcanzaba a los particulares, que, como se ha dicho, pueden ser partícipes de estos delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el Estado. En ese contexto es que la doctrina más especializada como Rojas Vargas, Abanto Vásquez entre otros, señalan 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). Creemos que hasta ahí las cosas, era correcta la interpretación que hacia la doctrina, pues al no tener el funcionario igual condición que el particular, pues este último carece del deber de velar por el correcto funcionamiento de la administración pública que posee el funcionario, no pueden recibir un trato semejante extendiendo los alcances la duplicidad de la prescripción de este a aquel.

3.2. El escenario actual:

3.2.1. Una insuficiente exposición de motivos:

La exposición de motivos de la ley de reforma constitucional (ley 30650), hace referencia a la imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública, no señalando mayores argumentos respecto a la extensión de la duplicidad de la prescripción para particulares (lo que es objeto de la investigación); sin embargo, si tenemos en cuenta, que quizá los mismos fundamentos de la imprescriptibilidad se han querido extender también a la duplicidad de la prescripción para los particulares diremos que el desarrollo de la exposición de motivos es muy débil; así pues, menciona temas de la lucha contra la corrupción, del perjuicio que causaron otras personas en épocas anteriores producto de la corrupción y de manera breve del concepto de prescripción y de los art 83 y 84, también señalan que con la aprobación de la reforma del art 41 se van a proteger derechos fundamentales que son afectados a toda la sociedad y luego sustentan que la lucha contra la corrupción es necesaria en defensa de los intereses del Estado, sobre ello, sostengo que la reforma está muy mal motivada porque los delitos que realmente significarían una exposición grave al peligro de los derechos fundamentales de la persona humana de manera directa pueden ser los de tortura, o delitos de lesa humanidad, así mismo, como bien lo ha dicho el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 06079-2008 que resulta irrazonable que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial, pues ello lesionaría su derecho al plazo razonable.

Ahora bien, como mencionaba anteriormente la imprescriptibilidad (que es de lo que únicamente se manifiesta la exposición de motivos) de los delitos de lesa humanidad si está legitimada, por el hecho de atentar de forma grave contra el ser humano, por otro lado, la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción no está plenamente legitimada ni en la Convención Interamericana Contra la Corrupción ni en la convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, ni en otro instrumento internacional como una medida legítima de la lucha contra la corrupción. Si ello no está legitimado, tampoco lo estaría la duplica de la prescripción para los particulares en caso de delitos contra la administración pública, aunque como menciono, 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.

3.2.2. La legislación comparada:

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 a la 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.º 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 también ha optado por la imprescriptibilidad, pero sin extenderla – al menos expresamente- a los particulares que intervengan en delitos contra la administración pública; así la norma fundamental de Venezuela señala en su artículo 271º: “... *No prescribirán las acciones judiciales dirigidas a sancionar los delitos contra los derechos humanos, o **contra el patrimonio público** o el tráfico de estupefacientes*”.

En el caso de **Bolivia** el artículo 112º de su Constitución Política del Estado señala: “*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*”; se ha consagrado la imprescriptibilidad cuando se lesione el patrimonio del Estado, pero tampoco hay una extensión a los particulares.

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).

3.2.3. Razón fundamental: Vulneración del principio de igualdad:

Mediante ley 30650 del 17 de agosto de 2017 reformó el artículo 41 de la Carta Magna, señalando que: “...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, un razonamiento muy apresurado nos conduciría a entender como erradamente sostiene (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 situación es más grave que una mera omisión legal, pues lo que se debe hacer es una revisión referida a la validez sustancial de la reforma Constitucional, pues, y aunque suene como si se enunciara un absoluto contrasentido, tenemos actualmente, a partir de la reforma de Constitución, una norma inconstitucional, pues conforme se ha venido exponiendo se está haciendo una

trato igual a quienes se encuentran en situaciones o condiciones distintas, esto es, como ya lo advertido el Tribunal Constitucional en la sentencia citada *ut supra*, la igualdad no implica que se haga un tratamiento igual para todos, por parte del legislador o del aplicador de la ley; sino que se trate de forma diferenciada a quienes ostentan cualidades distintas, como lo que sucede en el caso materia de análisis, donde la reforma enuncia un tratamiento igual (duplicar los plazos de prescripción de la acción penal) a quienes en el ámbito de los delitos de infracción de deber no tienen iguales deberes: funcionario público, que posee un deber especial de velar por el correcto funcionamiento de la administración pública, frente al particular que carece de este deber y solo tiene un deber genérico de no dañar.

Para más abundamiento de lo expresado líneas arriba, es necesario revisar los pronunciamientos que al respecto hizo la Corte Suprema cuando nació la cuestión de si la duplicidad de los plazos de prescripción debía o no extenderse a los particulares; así pues, el Acuerdo Plenario N° 01- 2010 CJ/116 señala de forma expresa 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”, hasta aquí lo que deja en claro la diferencia que existe entre el deber que tiene el funcionario o servidor para con la administración pública, y la posición que tiene el particular al que no se le puede someter a las exigencias

propias del funcionario público, pues el particular carece de ese deber.

Es más claro sobre el tema el acuerdo plenario N° 02-2011 CJ/116, aquí el máximo órgano de administración de justicia ordinaria del país señaló 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” (texto del Acuerdo Plenario).

3.3. Alternativas de solución:

Ahora bien, no es suficiente quedarnos en mostrar el problema sino en poder buscar algunas soluciones al mismo, así pues brevemente enunciamos que, con la finalidad de que el artículo 41 último párrafo de la Constitución del Estado peruano que contiene la cuestionada duplica de la prescripción de los plazos de prescripción de la acción penal tanto para los funcionarios o servidores como para los particulares, no pueda ser de aplicación, tendríamos como soluciones las siguientes:

- A. Que se declare la inconstitucionalidad parcial del artículo 41 de la Constitución, pero para lograr tal objetivo lo que se debe es la demanda de inconstitucionalidad sobre la ley de reforma constitucional (ley N° 30650 de agosto de 2017), pues si bien es cierto, la disposición se goza de ubicación en la misma Constitución, el propio Tribunal Constitucional ha señalado (véase Sentencia del 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. Así las cosas esta sería una primera solución, aunque claro, está esta, debe hacerse dentro del plazo que la ley señala para poder hacerlo, el plazo de prescripción: seis años desde la publicación de la ley de reforma (véase Código Procesal Constitucional).

B. Otra solución a partir, de lo que nos habilita la interpretación constitucional y sobretudo 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.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

1. Materiales:

1.1. Legislación:

- Constitución Política del Perú de 1993
- Código Penal Peruano.
- Sentencias del Tribunal Constitucional
- Acuerdos plenarios.

1.2. Doctrina:

- Autores nacionales.
- Autores extranjeros.

2. Métodos de investigación:

2.1 Métodos Lógicos:

▪ Método Deductivo

Mediante este método, pudimos inferir los fundamentos jurídicos, respecto de la duplicidad de prescripción para particulares en caso de delitos contra la administración pública, no obstante, los mismos argumentos también puede utilizarse para determinar los fundamentos de la vulneración del principio de igualdad, sobre todo partiendo del análisis de la finalidad de dichos conceptos jurídicos.

- **Método Analítico- sintético:**

Luego de hacer un minucioso análisis de la norma citada (Artículo 41 de la constitución política del Perú) y del artículo 25 del código penal peruano se realizó una síntesis de los fundamentos que permitan poder entender la posibilidad el espíritu de las normas antes mencionadas.

- **Método Comparativo:**

Dicho método permitió comparar el texto legal anterior a la emisión de la modificatoria del artículo 41 de la constitución política, respecto de la disposición actual que establece la extensión de la duplicidad de la prescripción para los particulares en el caso de delitos contra la administración pública.

2.2. Métodos Jurídicos:

- **Método Hermenéutico:**

El mismo que nos permitió poder hacer una interpretación de los alcances que la teoría nos proporciona, para que de este modo, podamos llegar a la conclusión que la duplicidad, en casos de delitos contra la administración pública, no debe alcanzar a los particulares, pues ello, carece de fundamento.

- **Método Doctrinario:**

Este método permitió básicamente el análisis de la dogmática, en las ciencias jurídicas específicamente las ideas de los juristas, fue de utilidad, para seleccionar información de autores, como el profesor Salinas Sichha,

Peña Cabrera, Fidel Rojas Vargas, entre otros; extrayendo las distintas posiciones referidos a la duplicidad de la prescripción para los particulares en el caso de delitos contra la administración pública.

- **Método Analítico- sintético:**

Fue utilizado para acopiar, leer, y reflexionar a partir del material de investigación sobre los delitos contra la administración pública, los fundamentos de la duplicidad de la extensión, la modificación del artículo 41 de la constitución, poder hacer una síntesis que nos permita comprobar la hipótesis propuesta como respuesta tentativa.

3. Técnicas e Instrumentos:

- **Fichaje:**

Con la finalidad de registrar los datos e información relevante sobre el tema en el instrumento ficha, organizando la información que sobre los materiales se obtenga. **El instrumento es la ficha.**

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

1. Mediante ley 30650 de fecha 17 de agosto de 2017 se reformó el artículo 41 de la Constitución y entre otras modificatorias, como la incorporación de la imprescriptibilidad para los delitos más graves contra la administración pública o (antes prescribía “y”) el patrimonio del Estado; estableció la obligación de duplicar los plazos de prescripción de la acción penal ya no solo a los funcionarios y servidores públicos, sino también a los particulares que intervengan en este tipo de delitos.
2. El fundamento de la duplica de los plazos de prescripción de la acción penal para los funcionarios y servidores públicos regulado en el artículo 80 del código penal y en el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Estado peruano, estiba en que estos tiene un deber especial impuesto por el Estado a través de la Constitución y la ley de protección del intereses del Estado y de velar con correcto funcionamiento de la administración pública.
3. El principio- derecho de igualdad implica que tanto el legislador, como los órganos aplicadores de la ley, ya sean tribunales judiciales o administrativos, deben su actuación y a su vez los ciudadanos deben exigir de estos órganos, un trato sin distinciones injustificadas que limite o perjudique el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La igualdad, se quebranta también cuando se da un trato semejante a quienes no se encuentran en igual situación o condición (discriminación por indiferenciación).
4. Se vulnera el principio de igualdad con la extensión de la duplicidad de la prescripción para el particular en los delitos contra la administración pública, porque se hace un tratamiento igual (duplicar los plazos de prescripción de

la acción penal) a quienes en el ámbito de los delitos de infracción de deber no tienen iguales deberes: funcionario público, que posee un deber especial de velar por el correcto funcionamiento de la administración pública, frente al particular que carece de este deber y solo tiene un deber genérico de no dañar.

CAPÍTULO V

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (2001). Delitos Contra la Administración Pública, Palestra Editor, Lima.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1996). La Constitución de 1993 Análisis comparado, Rao Editora, Lima.
- CARO JOHN, José Antonio (2012) “Manual teórico práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de los delitos cometidos en ejercicio de la función pública”, MINJUS, Lima.
- CUBAS VILLANUEVA, Víctor (2015). El nuevo Proceso Penal. Teoría y Práctica de su implementación, Palestra, Lima.
- GARCÍA CAVERO, Percy, (2014). “Derecho Penal parte general”, Grijley, Lima.
- GARCÍA TOMA, Víctor (2015). Constitución, Justicia y Derechos Humanos, Lex & Iuris, Lima.
- HUGO ALVARADO, Jorge (2002). Delitos Contra la Administración Pública Gaceta Jurídica, Lima.
- HURTADO POZO, José (2005). Manual de derecho penal parte general, Grijley, Lima.
- JAKOBS, Günther (1998). La imputación objetiva en el derecho penal, Grijley, Lima.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2017). “Derecho Penal. Parte General”, 2da Edición, Editorial Rhodas, Lima.
- PEREZ LUÑO, Antonio (1984). Los derechos fundamentales, Editorial Tecnos, Madrid.
- 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.