Delitos contra la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

COMETIDOS POR FUNCIONAROS PÚBLICOS Y PARTICULARES
EN EL MARCO DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Bases dogmáticas y jurisprudencia

PARTE GENERAL

Aldo Calcina Hancco
José Antonio Paredes Vera
Directores

Delitos contra la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

COMETIDOS POR FUNCIONAROS PÚBLICOS Y PARTICULARES EN EL MARCO DE LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Bases dogmáticas y jurisprudencia

PARTE GENERAL

Tomo 1

Coordinadores:
Jorge Abad Salazar Calla
Milthon Quispe Huanca

GRIJLEY

CALCINA CORPORATE COMPLIANCE
CONSULTORIA & DEFENSA PENAL

Primera edición: enero de 2021

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° 2020-04641
Registro del Proyecto Editorial: 31501012000315
ISBN Tomo 1: 978-9972-04-675-9

© 2021 Delitos contra la Administración Pública
Parte general

© 2021 Aldo Calcina Hancco
José Antonio Paredes Vera
Directores

Jorge Abad Salazar Calla
Milthon Quispe Huanca
Coordinadores

© 2021 Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Jr. Azángaro 868, Lima
Tlfs.: 346 9961 / 955 474 204
ventas@libreriasgrijley.com

© 2021 Calcina Corporate Compliance
Consultoria & Defensa Penal

Diseño y diagramación
Libia Huamalí Sánchez

Composición e impresión
Editora y Librería Jurídica Grijley E. I. R. L.
Jr. Azángaro 1075, Lima
Tlf.: 337-5252
ediciongrijley@gmail.com

Tiraje: 1000 ejemplares

DERECHOS RESERVADOS: Decreto Legislativo N.° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de la editorial.

ÍNDICE

Presentación 19

LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

JOSÉ ANTONIO CARO JOHN

I. Introducción 23

II. La intervención del particular a la luz de la categoría de los delitos de dominio 24

2.1. Teoría de la ruptura del título de imputación 26

2.2. Teoría de la unidad del título de imputación 28

III. La intervención del particular a la luz de la categoría de los delitos de infracción de deber 30

3.1. La competencia institucional 30

3.2. La lesión de una competencia institucional como realización típica ... 33

IV. Concreción: la participación del *extraneus* en los delitos funcionariales..... 38

V. Conclusión 42

FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA EN EL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL

(Un análisis crítico y comparado de la autoría y la participación en las legislaciones de Perú y Brasil)

NELSON SALAZAR SÁNCHEZ

I. Resumen 43

II. La participación de los *extraneus* en el delito de colusión ilegal en la perspectiva de la doctrina y jurisprudencia peruanas 44

2.1. La autoría y la participación en la perspectiva de la dogmática peruana ... 44

2.2. La autoría y la participación en el delito de colusión ilegal en la perspectiva de la jurisprudencia peruana ... 49

a. La autoría del *intraneus* en el delito de colusión ilegal en la jurisprudencia peruana ... 50

b. La participación del *extraneus* en el delito de colusión ilegal en la jurisprudencia peruana ... 56

III. Postura personal sobre el fundamento y la delimitación de la autoría y participación en el delito de colusión ilegal ... 58

3.1. La infracción de deber como fundamento de la autoría y la participación en los «delitos de infracción de deberes especiales positivos» ... 58

3.2. El principio de responsabilidad por el propio injusto penal como elemento fundamentador y limitador de la autoría y la participa ción en los delitos de infracción de deberes especiales positivos ... 61

3.3. Fundamento de la autoría y la participación en el delito colusión agravada ... 64

IV. Tratamiento de la autoría y la participación en el delito de colusión ilegal en la legislación penal brasileña ... 67

4.1. Perspectiva general sobre la regulación de la colusión ilegal ... 67

4.2. La problemática de la autoría y la participación en los casos de colusión ilegal ... 70

LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Fundamentos y consecuencias

RAÚL PARIONA ARANA

I. Preliminares ... 73

II. El problema ... 74

III. Surgimiento y desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber en la ciencia del derecho penal ... 77

IV. Los delitos de infracción de deber. Concepción personal ... 79

4.1. La infracción del deber especial como criterio de la *autoría* ... 79

4.2. El deber que fundamenta la autoría es un deber penal especial ... 81

V. La consolidación de un nuevo concepto de autor 86
5.1. La irrelevancia del dominio del hecho en los delitos de infracción de deber 87
5.2. La irrelevancia de la forma de comisión 88
5.3. Distinción entre delitos especiales y delitos de infracción de deber 89
5.4. Diferencia entre infracción de la norma (general) e infracción de deber (especial) 91
VI. Consideraciones finales 93

EL AYER Y EL HOY DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

Comentarios a la Cas. N.° 1131-2018/Puno

ALDO CALCINA HANCCO

I. Preliminar 96
1.1. Hechos que motivaron la Cas. N.° 1131-2018/Puno 97
II. El ayer de la obediencia debida 99
2.1. Preliminar 99
2.2. Fundamentos 99
2.3. Naturaleza jurídica 101
2.3.1. La obediencia decidida como supuesto de causas de justificación 102
2.3.2. La obediencia decidida como supuesto de causa de no exigibilidad (inculpabilidad) 105
2.4. Presupuestos de la obediencia debida 106
2.4.1. Relación de subordinación 107
2.4.2. Competencia del superior jerárquico 107
2.4.3. Obrar por obediencia 108
2.4.4. La orden debe estar revestida de formalidades legales 108
2.4.5. La orden debe ser antijurídica 108
III. El hoy de la obediencia debida (postura personal) 108
3.1. Preliminar 108

3.2. Evolución de la antijuricidad hasta la moderna teoría de la imputación objetiva 109
3.3. Nueva visión de las causas de justificación 111
3.3.1. ¿La obediencia debida es causa de justificación o exclusión de tipicidad? 112
3.4. Postura personal de la obediencia debida 113
3.5. Requisitos de la obediencia debida 114
3.5.1. Requisitos objetivos 114
3.6. Normativa que define la orden policial y jerarquías a efectos de ser acatadas por los subordinados 116
IV. Comentarios a la Cas. N.° 1131-2018/Puno 119
V. Conclusiones 121
VI. Bibliografía 122
VII. Jurisprudencia 124

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
La teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana
RAMIRO SALINAS SICCHA

I. Autores y partícipes en los delitos contra la Administración pública 125
II. La Teoría de los delitos de infracción de deber 128
2.1. Complicidad única 138
2.2. La dúplica de la prescripción 140
2.3. No es admisible la coautoría 142

LA ACCESORIEDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DEL PARTÍCIPE EN LOS DELITOS CONVENCIONALES Y SU TAN SOLO FENOMENOLÓGICA TRASCENDENCIA
Un análisis a partir de la modificadoria efectuada al artículo 25 del cp mediante el DL N.° 1351
JHÓNATAN JHON CALDERÓN SOTO

I. Introducción 145

II. El texto original 147
III. Evolución histórica 151
3.1. El sistema unitario 152
3.2. Sistema diferenciador 152
3.3. El concepto extensivo de autor 152
3.4. El concepto restrictivo de autor 153
3.5. Las teorías objetivas 153
3.5.1. Teoría formal-objetiva 153
3.5.2. Teoría material-objetiva 154
3.6. La teoría del dominio del hecho 154
IV. El dominio del hecho como dogmática penal naturalista por antonomasia 155
V. El sistema del injusto colectivo típico de intervinientes 158
VI. Bibliografía 163

LA PUNIBILIDAD DE LA PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS* EN EL DELITO ESPECIAL PROPIO, UNIDAD EN EL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN

Entre la teoría y la jurisprudencia

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE

I. Conceptos preliminares 167
II. Reforma normativa del artículo 25 del CP 173
III. Refutación a la tesis de la ruptura del título de la imputación. Referencia a la doctrina de la infracción del deber 174
IV. Fundamento material del dominio funcional en los delitos especiales propios 178
V. La complicidad en el delito de enriquecimiento ilícito, Casación N.° 782-2015-Del Santa 181
VI. Ideas conclusivas 190

LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

A propósito de la Casación N.° 782-2015

PAÚL MENDOZA VÁEZ

I. Preliminares 193
II. El delito de enriquecimiento ilícito 195
2.1. Objeto de protección 195
2.2. Tipo objetivo 198
2.3. Tipo subjetivo 201
2.4. Tentativa y consumación 202
III. La actividad probatoria en el delito de enriquecimiento ilícito 204
IV. La intervención delictiva en el delito de enriquecimiento ilícito 209
4.1. La unidad del título de imputación 212
4.2. La ruptura del título de imputación 214
V. Balance 217
VI. Bibliografía 217

FORMALISMO Y «LOS DIARIOS CHICHA»

Los límites de la teoría de la infracción del deber extrapenal y el fundamento material de la autoría

FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA / DANIEL MENDOZA YANA

I. Preliminares 221
II. El origen de los delitos de infracción de deber *(die Pflichtdelikten)* 222
III. La teoría de los delitos de infracción de deber 224
3.1. Teoría de los delitos de infracción de un deber extrapenal (Roxin) .. 224
3.2. Teoría de los delitos de infracción de un deber institucional (Jakobs y Sánchez-Vera Gómez-Trelles) 226
IV. La infracción del deber y los «diarios chicha» 228
V. Críticas a la teoría de los delitos de infracción de deber a la luz del caso «diarios chicha» 229

VI. Propuesta: El dominio sobre la situación de vulnerabilidad del bien jurídico 233

LA IMPUNIDAD DEL COMPRADOR DE HUMOS (EL TERCERO INTERESADO)

A la luz del Acuerdo Plenario 3-2015/CJ-116

ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE

I. Conceptos preliminares 241
II. La penalización del tipo penal de tráfico de influencias. Fundamentos de política criminal 243
III. La participación delictiva en el tráfico de influencias: cómplice primario 247
3.1. La participación punible en los delitos de participación necesaria (de encuentro o convergencia) 249
IV. La instigación punible en el tráfico de influencias 257

EL TIPO PENAL DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Breves comentarios a partir del Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116

PAUL MENDOZA VAEZ

I. Bien jurídico 262
II. Elementos objetivos y consumación del tipo penal 267
III. La intervención delictiva en el tráfico de influencias 272
IV. A manera de conclusión 277
V. Bibliografía 278

EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO A EFECTOS PENALES

JOSÉ LUIS RÍMAC

I. Introducción 281
II. Sobre el funcionario público 283
III. El concepto de funcionario a efectos penales 284

IV. Concepto de funcionario público en el Código Penal peruano 285
V. El concepto de funcionario público en las convenciones internacionales contra la corrupción 286
VI. Reflexión final 289

LA MALVERSACIÓN (EL PECULADO) Y EL NUEVO DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN LA REFORMA DE 2015 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

CARLOS MIR PUIG

I. Consideraciones generales 292
II. El nuevo artículo 432 en la reforma de 2015 304
III. El artículo 433 334
IV. El artículo 433 bis 334
V. El artículo 434 335
VI. Artículo 435 338
VII. La nueva redacción del artículo 438 342
VIII. El nuevo artículo 445 343
IX. Bibliografía 344

LA CONDENA NO PRONUNCIADA

¿No pagar reparación civil dentro del plazo genera revocatoria de la pena suspendida?

ALDO CALCINA HANCCO

I. Generalidades 348
II. Requisitos para considerar a la sentencia como no pronunciada 349
2.1. Periodo (plazo) de prueba 349
2.2. No volver a cometer un nuevo delito doloso ni infringir de manera persistente y obstinada las reglas de conducta 349
III. La autonomía de la condena no pronunciada 350
IV. Condena no pronunciada 351
V. Reparación civil como regla de conducta 352

VI. Integración de ideas finales 354
VII. Conclusión 354
VIII. Bibliografía 355

LA IMPUTACIÓN POR COLUSIÓN A LUIS NAVA, ALAN GARCÍA Y OTROS EN EL CASO METRO LIMA-ODEBRECHT

GODOFREDO ANDRÉ GARCÍA LEÓN

I. Introducción: el Caso Metro de Lima-Odebrecht 357
II. Aspectos esenciales del delito de colusión 359
2.1. Bien jurídico 360
2.2. Sujeto pasivo-sujeto activo (razón de su cargo, intervención directa e indirecta) 364
2.2.1. Interviene por razón de su cargo 364
2.2.2. Intervención directa o indirecta. Cualquier etapa de la contratación 365
2.3. Verbos típicos: concertación y defraudación 366
2.3.1. Concertación 366
2.3.2. Defraudación 367
2.4. Modalidades: colusión simple y colusión agravada 368
2.4.1. Colusión simple 368
2.4.2. Colusión agravada 369
2.5. La complicidad en el delito de colusión y la llamada co-complicidad 370
2.6. La complicidad por omisión en el delito de colusión 372
III. La imputación por colusión en el Caso Metro de Lima-Odebrecht 378
3.1. La imputación por colusión a Alan García Pérez 378
3.2. La imputación por colusión a Luis Nava Guibert 380
3.3. La imputación por colusión a Oswaldo Plasencia Contreras 381
3.4. La imputación por colusión a Jorge Luis Menacho Pérez 382
3.5. La imputación por colusión a Raúl Antonio Torres Trujillo 382

IV. Conclusiones 383
V. Bibliografía 384

EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Análisis de la Casación N.° 23-2016-Ica

JORGE LUIS MAYOR SÁNCHEZ

I. Introducción 389
1.1. La indebida declaración del proceso de exoneración por situación de emergencia y la cancelación de la Licitación Pública N.° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL 389
1.2. El Proceso de Exoneración N.° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL 389
1.3. Nulidad del Proceso de Exoneración N.° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL 390
II. Análisis de la Casación Exp. N.° 023-2016-ICA 391
2.1. De la admisión de prueba nueva en apelación-criterios 391
2.2. Criterios de admisión de prueba producida en juicio en el procedimiento de apelación de sentencia 396
2.3. El método necesario de valoración de la prueba para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia 397
2.4. El rol del particular en el delito de negociación incompatible para la verificación del interés particular indebido de tercero 401
2.5. La finalidad indebida como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo 403
2.6. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública 405
2.7. El significado del procedimiento de regularización de los defectos administrativos realizados en una contratación de emergencia 412
2.8. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal 414
III. Conclusiones 416
IV. Bibliografía 41

EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Un análisis crítico a través del delito de colusión en su modalidad simple

DANIEL SIMÓN QUISPE MEZA

I. Cuestiones generales 419

II. El delito de negociación incompatible: análisis del tipo objetivo 420

2.1. Conducta típica: el interés indebido 420

2.1.1. El interesarse indebidamente: ¿Se requiere de la afectación patrimonial a la administración pública? 423

2.2. El funcionario público que actúa por razón del cargo: ¿vinculación material y genérica o vinculación formal y específica? 424

2.3. Las modalidades específicas de la negociación incompatible 425

2.3.1. El interés indebido del funcionario de manera directa 425

2.3.2. El interés indebido del funcionario de manera indirecta 426

2.3.3. El interés del funcionario a través de acto simulado 427

III. El delito de colusión simple: análisis del tipo objetivo 427

3.1. La conducta típica: concertarse con el interesado, ¿acuerdo subrepticio? 428

3.1.1. Concertar para defraudar al Estado: ¿se requiere de afectación patrimonial? 429

3.2. El funcionario público que actúa por razón del cargo 431

IV. Similitudes y diferencias entre el delito de colusión simple y negociación incompatible 431

V. ¿Es necesario un tipo penal de negociación incompatible? El interés indebido como acto tentado del delito de colusión simple 434

VI. Conclusiones 436

VII. Bibliografía 438

EL PECULADO SOBRE VIÁTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Un breve análisis dogmático-penal de los viáticos como objeto material de la acción en el delito de peculado

RAFAEL H. CHANJAN DOCUMET

I. Introducción 441

II. Concepto y naturaleza de los viáticos 442
III. La conducta típica del peculado sobre viáticos 444
IV. Consideraciones sobre la rendición de cuentas 448
V. La relevancia administrativa de la no rendición adecuada de cuentas 451
VI. Conclusiones 454

UNA APROXIMACIÓN A LA INTERPRETACIÓN DE LA IMPUTACIÓN PENAL OBJETIVA

Luis Lamas Puccio

I. Introducción 455
II. Precedentes en materia de imputación 458
III. Una visión filosófica 458
IV. Los principios de la imputación de Pufendorf. El derecho naturalista y racionalista 464
V. El concepto analítico del delito de George Hegel y los hegelianos 471
VI. El dogma de la causalidad de Karl Larenz 477
VII. El juicio de imputación autónomo de Richard Honing 481
VIII. El concepto de imputación de Welzel 484
IX. Marco conceptual 485
X. Estado actual de la teoría de la imputación objetiva 491
XI. Diferentes criterios en materia de imputación objetiva 494
11.1. La causalidad en los delitos de resultado 494
11.2. Teoría del incremento del riesgo 495
11.3. Principio de confianza 500
11.4. Prohibición de regreso 502
11.5. Coautoría e imputación objetiva 504
11.6. Imputación a la víctima 505
XII. Conclusiones 506

PRESENTACIÓN

Ubi societas, ibi ius 'donde hay sociedad hay derecho' significa mejor, y muy especialmente, «así como sea la sociedad, así será el derecho». Cada época está impregnada de un determinado espíritu *Zeitgeist*. La etapa que nos toca afrontar se enmarca en un contexto político-social de lucha contra la corrupción —contexto dominado por las circunstancias dramáticas de corrupción de los últimos tres gobiernos—, vinculado con la corrupción; habiéndose convertido los pagos a funcionarios públicos, servidores públicos o políticos «por servicios prestados» en una situación común o aceptada. Es así que en las últimas décadas se ha visto involucrados a altos funcionarios como los expresidentes de la República del Perú y sus ministros por la licitación de las obras publicas para la construcción de la carretera interoceánica, entre otras obras de alta envergadura relacionadas con las empresas Odebretch y sus consorciados. A ello se suman los recientes casos como el «club de la construcción», integrado por más de treinta empresas como Iccgsa, Upaca, Camargo Correa, etc. Es decir, la corrupción está pasando a ser de un asunto de funcionarios públicos o políticos ímprobos a un asunto que incumbe, sobre todo, a los privados[1].

En ese entendido, entregamos a la comunidad jurídica y a la ciudadanía en general esta obra colectiva de primer nivel que consta de dos tomos; en el primer tomo que entregamos, esto es, *Delitos de corrupción funcionarial en el marco de las contrataciones con el Estado, bases dogmáticas y comentarios a las sentencias de la Corte Suprema*, los artículos están sistematizados con la parte general de los delitos cometidos por funcionarios públicos (*intraneus*) —delitos de infracción de deber— y los particulares —empresarios, proveedores, contratistas y consultores— (*extraneus*). Se dice que el *derecho* no es un fin en sí mismo, sino un instrumento, un medio para alcanzar soluciones de justicia, y de no ser posible ello, por lo menos, paz social. De ahí que los temas desa-

(1) NIETO MARTIN, Adán. La privatización de la lucha anticorrupción. En *El derecho penal económico en la era del compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 191-192.

rrollados sirvan para aclarar algunas zonas oscuras al momento de interpretar y aplicar los temas vinculados con la Administración pública, como «la intervención del particular en los delitos cometidos por funcionarios públicos», «fundamento de la participación delictiva en el delito de colusión ilegal (un análisis crítico y comparado de la autoría y la participación en las legislaciones de Perú y Brasil)», «la teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias», «delitos contra la Administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana», «el concepto de funcionario público a efectos penales», «el ayer y el hoy de la obediencia debida», entre otros temas de especialidad aplicados a la parte general.

Los autores han desarrollado temas novedosos que van acorde a las transformaciones constantes del derecho. Como diría COUTURE, E. J.: «Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado». Por esta razón, la comunidad jurídica y sociedad en general debe nutrirse de estos artículos esgrimidos del más puro saber jurídico de los autores que han cooperado en esta obra —reconocidos profesores especialistas en derecho penal—, como el Prof. Dr. JOSÉ ANTONIO CARO JOHN, NELSON SALAZAR SÁNCHEZ, RAÚL PARIONA ARANA, RAMIRO SALINAS SICCHA, ALONSO R. PEÑA CABRERA FREYRE, FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA, ALDO CALCINA HANCCO, LUIS LAMAS PUCCIO, JHÓNATAN JHON CALDERÓN SOTO, PAÚL MENDOZA VÁEZ, DANIEL MENDOZA YANA y JOSÉ LUIS RÍMAC.

Esta obra se caracteriza por la importancia de ayudar a entender de mejor manera las instituciones mencionadas líneas más arriba *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens.* El derecho se practica en el día a día. Por tal razón, es «diligencia» que no solo los abogados, sino toda la sociedad en general tenga el deber de informase y nutrirse de esta obra puesta al servicio de la sociedad. El fin de este material es aportar a la administración de justicia —como ya se adelantó— con la única herramienta de la legalidad practicada dentro de las reglas de la deontología forense y la ética profesional, que se han enseñado en las aulas universitarias. Es difícil, en este contexto, la construcción del concepto de justicia; se ha pretendido hacerlo en América latina, en diferentes ensayos filosófico-literarios; desde NERUDA, CARPENTIER, CORTÁZAR, GARCÍA MÁRQUEZ, VARGAS LLOSA, y culmina en el pensamiento de RAWLS, según el cual «sin igualdad no hay libertad». El rol de los operadores jurídicos es, entonces, abogar por la justicia como equidad.

A la prestigiosa Editorial y Librería Jurídica Grijley y al Sr. ESTEBAN ALVARADO YANAC debemos agradecer por apoyar en todo momento la publicación de este modesto aporte monográfico, trabajado por diferentes autores especialistas.

En la perla del altiplano, ciudad de los vientos, a un día del mes de marzo de 2020.

Aldo Calcina Hancco
José Antonio Paredes Vera
Jorge Abad Salazar Calla
Milthon Quispe Huanca.
Directores de la obra
Coordinador de la obra.

LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR EN LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

José Antonio Caro John(*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** La intervención del particular a la luz de la categoría de los delitos de dominio. 2.1. Teoría de la ruptura del título de imputación. 2.2. Teoría de la unidad del título de imputación. **III.** La intervención del particular a la luz de la categoría de los delitos de infracción de deber. 3.1. La competencia institucional. 3.2. La lesión de una competencia institucional como realización típica. **IV.** Concreción: la participación del *extraneus* en los delitos funcionariales. **V.** Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La dogmática jurídico-penal, llamada también ciencia del Derecho Penal, acomete el estudio de la autoría y participación en el Derecho Penal de acuerdo con los modelos de los *delitos de dominio* y de los *delitos de infracción de deber*(1). La referencia a estos dos modelos es imprescindible porque únicamente de esta manera el sistema de intervención delictiva del Código Penal, que destaca sobre todo por su fenomenología en los artículos 23, 24 y 25 del CP, con variadas formas de realización del hecho punible permitirá una diferenciación e individualización de los grados de intervención delictiva. Las distintas formas de autoría y participación alcanzan así una más nítida distinción metodológica para poder entender también de una forma sencilla el papel de los particulares que intervienen en hechos delictivos cometidos por funcionarios públicos.

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn. Profesor de Derecho Penal en la Universidad del Pacífico y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Así JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre.* 2.ª ed. Berlin/New York 1991, 21/1.

Ubiquemos en dos casos la problemática de la intervención del particular en los delitos funcionariales a desarrollar en la presente contribución:

Un policía le pide a su vecino —ajeno a la función pública— que durante una mañana lo traslade en su movilidad particular a una carretera, donde en diferentes puntos impone arbitrariamente papeletas por infracciones de tránsito inventadas. El policía quiere, de este modo, hacer méritos ante su institución a fin de lograr ascender en el grado con prontitud. El delito cometido por el funcionario público es el de abuso de autoridad (art. 376 del CP) ¿Y el vecino también responde penalmente por este delito?

La novia de un alcalde —ajena también a la función pública— recibe en nombre de este el *diezmo* de un empresario para entregárselo luego al funcionario en gesto de gratitud por haberle hecho ganador de la buena pro indebidamente para la construcción de unas carreteras. El delito imputable al alcalde como funcionario público es el de cohecho pasivo propio (art. 393 del CP) ¿Y la novia tiene también responsabilidad penal por este delito?

II. LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR A LA LUZ DE LA CATEGORÍA DE LOS DELITOS DE DOMINIO

Bajo el esquema de los delitos de dominio, los tipos penales de la Parte Especial de los Códigos Penales describen por lo general a un sujeto infractor. A quien se le imputa la conducta típica y la doctrina tradicional suele entender comúnmente que la conducta descrita en el tipo penal está referida al comportamiento de un sujeto al que se le conoce como *autor*, mientras que el *partícipe* viene a ser todo aquel que, sin estar comprendido por el verbo típico, ingresa en el campo de la tipicidad gracias a una extensión del tipo penal en virtud de las reglas de la Parte General. Estamos ante el denominado *concepto restrictivo de autor*, según el cual *autor* es el «personaje central» del suceso típico, mientras que *partícipe* es el «personaje secundario» o, quien en referencia al autor, se encuentra en una relación accesoria[2]. Esta formulación responde a un modelo de intervención delictiva comúnmente conocido como «accesoriedad de la participación», al que incluso una voz

(2) ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Tomo II. München: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, 2003, 26/10.

representativa de este pensamiento le atribuye un nivel de principio de garantía del Estado de derecho[3].

En el campo de la intervención delictiva del particular —llamado también *extraneus*— en los delitos cometidos por sujetos especiales, la concepción de los delitos de dominio ha dado lugar al surgimiento de dos teorías: *a)* la teoría la ruptura del título de imputación y *b)* la teoría de la unidad del título de imputación. Y para entender de una mejor manera las propuestas de las soluciones esbozadas en el ámbito de las teorías del dominio es fundamental despejar —ante todo— la diferenciación conceptual de los llamados «delitos especiales propios» y «delitos especiales impropios».

En el caso de los delitos especiales *propios*, la cualidad del autor fundamenta directamente el injusto penal. Por ejemplo, la condición de «juez» o «fiscal» fundamentan el delito de prevaricato (art. 418 del CP) [dictar resolución manifiestamente contrario al texto expreso de la ley]; lo mismo ocurre con el delito de «abuso de autoridad» (art. 376 del CP) [abusando de las atribuciones se ordena un acto arbitrario perjudicial]; con la «malversación de fondos» (art. 389) [dar una aplicación definitiva diferente a los bienes]; o con el «cohecho pasivo propio» (art. 393 del CP) [recibir donativo para faltar a las obligaciones], donde basta la mera condición de funcionario público para fundamentar la autoría en dichos los tipos penales. Estos delitos no cuentan con un tipo penal subyacente o residual en el campo de los delitos comunes.

En los delitos especiales *impropios*, la cualidad especial del autor solo agrava el injusto de un delito común existente de manera subyacente o residual. Por ejemplo, el «peculado» (art. 387 del CP) [apropiar para sí caudales confiados a su custodia en razón de su cargo] vendría a agravar el delito común de la «apropiación ilícita» (art. 190 del CP) o del «hurto» (art. 186 del CP). También, tenemos al delito de «concusión» (art. 382) [abusando del cargo se obliga a dar un beneficio patrimonial] en relación con la «coacción» (art. 151 del CP), cuya existencia en relación con el delito de concusión se entiende es de manera subyacente o residual.

---

(3) *Cfr.* ROXIN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Tomo II, 26/34.

2.1. Teoría de la ruptura del título de imputación

Punto de partida de esta teoría es que el *extraneus* nunca responde por el mismo delito cometido por el funcionario público. ¿Para qué el tipo penal aludiría a un «funcionario público» como interviniente delictivo si finalmente un particular va a responder también por el mismo delito?

De acuerdo con qué delito especial se trate, la solución es presentada en la forma que a continuación se describe:

a) En la pureza conceptual, en los delitos *especiales propios* el *extraneus* que interviene junto al funcionario público goza siempre del privilegio de la impunidad por no existir un delito común subyacente dónde reconducir su responsabilidad. Por ejemplo, la novia de un alcalde que recibe en nombre de este el «aceite» o «diezmo» de un empresario para entregárselo luego al funcionario en gesto de gratitud por haberle hecho ganador de la buena pro indebidamente para la construcción de unas carreteras quedaría impune porque el tipo penal de cohecho pasivo propio (art. 393 del CP) solo alcanza al funcionario sin que exista un tipo penal subyacente donde reconducir la intervención de la mujer.

   Es más, el empresario tampoco respondería, pues el cohecho pasivo impropio tampoco es un delito agravado de otro común. Claro que en este último caso, la incorrección de la teoría se ve salvada porque el legislador, al advertir este vacío legal, introdujo en el Código Penal el delito de «cohecho activo genérico» (art. 397)[4], acontecido en el 2004. Pero nada niega que, de seguirse esta teoría al pie de la letra, los actos de cohecho perpetrados por —o donde interviene— todo particular son impunes hasta 2004.

b) La solución basada en una perspectiva de los delitos *especiales impropios* precisa que la intervención del *extraneus* en el delito cometido por un funcionario público no queda impune, pues si en el *extraneus* no concurre el elemento especial cualificador, podrá siempre imputársele el delito común básico subyacente.

---

[4] El delito de cohecho activo genérico fue introducido en el CP por la Ley N.° 28355, de 06-10-04, viniendo a reemplazar al art. 397 (que desde 1991 correspondía al delito de «aprovechamiento indebido de cargo»).

Esta solución genera el problema de no encontrar una respuesta satisfactoria a la siguiente pregunta: ¿Por qué tendría que responder el *extraneus* por un delito diferente del que cometió? Si, por ejemplo, un sujeto cualquiera es contratado por el tesorero de una municipalidad para fungir de campana en una noche cuando dicho tesorero saque de la municipalidad el dinero existente en la caja fuerte que iba a ser destinado al pago de un centenar de equipos de cómputo, los partidarios de esta teoría sostendrían que el alcalde debería responder como autor del delito de peculado (art. 387 del CP), mientras que el particular *extraneus* como autor del delito de hurto (art. 186 del CP). Esto es así porque, en este caso, el peculado solo agrava el delito de hurto transformando el título del sujeto común en una cualificación especial de funcionario. Pero si la aportación del *extraneus* solo fue secundaria, y no principal, como en el caso planteado, p. ej., limitándose tan solo a vigilar, siendo conocido que a esa hora ningún alma suele pasar por dicho lugar, entonces, el peso de su intervención solo alcanzaría el nivel de la complicidad secundaria de hurto.

Así las cosas, no convence por qué el *extraneus* tendría que responder como cómplice de hurto, sin existir un autor de ese delito si lo que se comete claramente es el delito de peculado.

Si en cambio la intervención del *extraneus* tuviese un peso tan intenso como el del funcionario, por ejemplo, todas las cosas hurtadas son transportadas en el camión del *extraneus*, manejado por él mismo. Entonces, en vista de que no es posible una autoría suya por el delito de peculado, se convierte ahora en autor de hurto. Abanto Vásquez acierta con razón al identificar como absurda esta solución, en la medida en que «en los casos en que quien tuvo el dominio del hecho haya sido el *intraneus*, la punibilidad del partícipe *extraneus* no va a depender del "hecho principal" punible (el delito especial), sino de otro que en realidad no se ha cometido (el delito común). Y también al revés, cuando el dominio del hecho lo tiene el *extraneus*, el *intraneus* resultaría punible como partícipe de un "delito especial" que no se ha cometido en realidad, pues al *extraneus* se le imputa el delito común»[5].

---

[5] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Autoría y participación y la teoría de los delitos de «infracción de deber». En IDEM, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2014, p. 381.

2.2. Teoría de la unidad del título de imputación

Esta teoría parte del reconocimiento de que el sentido de protección de los tipos penales que contienen a un obligado especial está dirigido no solamente a él, sino también a la generalidad, puesto que el deber de «no lesionar» la administración pública interesa a todos. Sobre esta base, se construye una participación de un *extraneus* en un delito especial.

a) En el caso del *delito especial propio* el funcionario público responderá como autor y el *extraneus* lo hará como partícipe. En el ejemplo antes mencionado, el policía *intraneus* que tiene bajo su cargo el deber de administrar correctamente su rol de protección de las personas no puede imponer arbitrariamente papeletas por infracciones inexistentes. Y si solo es posible ese hecho porque su vecino lo moviliza durante toda una mañana, colaborando con el policía para que este sume más infracciones, el delito perpetrado es de abuso de autoridad (art. 376 del CP), por el cual responderá como autor el funcionario público y como partícipe el particular. Con las variaciones que puedan darse según la fenomenología del caso concreto, la participación podría darse en la modalidad de instigación o de complicidad. El particular nunca podrá ser autor, pues no es portador de los deberes propios de la función pública, pero sí incurre en el delito a través de la complicidad que aporta al *intraneus*.

b) La solución en el campo del *delito especial impropio* es peculiar. Como esta clase de delito se origina por una suerte de agravación de un delito común, se presentan dos situaciones a considerar:

   — Si el funcionario obra con el dominio del hecho, entonces, él será autor del delito especial y el *extraneus* responderá como partícipe del mismo delito. Indiscutiblemente, el funcionario es autor por doble razón: es titular del deber especial y tiene el dominio del hecho. En el caso de peculado antes expuesto, si el funcionario obró con el dominio del hecho, será autor de este delito, mientras que el *extraneus*, partícipe del mismo.

   — Si el *extraneus* (el particular) tiene en sus manos el dominio del hecho, será autor, pero del delito común subyacente (hurto) respecto del cual el funcionario responderá solo como partícipe (instigador o cómplice). Mejor dicho, si el particular fue quien vació la caja fuerte de la municipalidad, llevándose, además, el equi-

po de cómputo de la tesorería, él será autor del delito de hurto; mientras que el tesorero, que solo se limitó a abrir la caja fuerte, respondería como cómplice de hurto.

La peculiar solución, sobre todo, del segundo grupo habilita la oportunidad para plantear la siguiente interrogante: ¿Aun cuando el funcionario público lesiona su deber funcionarial por qué tendría que responder por un delito que nunca cometió? ¿Por qué tendría que responder por el delito de hurto si lo que realmente llevó a cabo fue un peculado? Dicha concepción descuida que el funcionario siempre deberá responder por un delito funcionarial a causa de su condición especial que él no tenga el poder fáctico o el dominio fenomenológico del hecho en la situación concreta no dice nada, lo fáctico no reúne fuerza alguna para sustituir una realización típica de un autor provisto de una cualificación especial. En realidad, se crea un extraño híbrido del que no se sabe a ciencia cierta donde se ubican los límites que demarcan la extensión del naturalismo y del normativismo en la estructura del concepto.

Si el funcionario competente pide al *extraneus* ejecutar la apropiación, este último no podrá ser autor de ese delito por faltarle el deber especial, pero el funcionario tampoco podrá ser autor del hurto por no tener el dominio del hecho. Hay que darle razón a Roxin cuando sostiene que soluciones como estas no pueden ser de ningún modo la voluntad del legislador, ya que el mero dominio en este caso no comunica sentido jurídico alguno: el funcionario no deja de ser autor del quebrantamiento de su deber especial, que es lo único que cuenta. Es realmente disparatado hacer responder a un funcionario público como cómplice de un delito común, esto es, quebrantar su competencia funcionarial. La propia esencia de los delitos especiales impropios se anida precisamente en la especial cualificación de la condición del funcionario dando un sentido de agravación al tipo básico común; es decir, el peso del injusto del funcionario se considera grave frente al del particular, de ahí que es de mayor gravedad frente al del *extraneus* que habita en el tipo básico. ¿A pesar de tener un injusto mayor, ergo, de una autoría, cómo es posible que el funcionario público tenga que responder como cómplice solo porque en la situación concreta obró con una menor cantidad de dominio?

En el fondo, la propuesta de la teoría de la unidad del título de la imputación se empalma con los planteamientos del concepto extensivo de autor que en los años treinta del Siglo XX dominó la discusión en torno a la autoría

y participación. Esta teoría ignoraba los elementos de la cualificación personal —p. ej., funcionario público— para fundamentar que todo aquel que causa el resultado del tipo penal es autor por igual(6). Daba lo mismo que el legislador diferenciara entre sujetos comunes y sujetos con especial cualificación, puesto que al fin de cuentas todos iban a responder por igual en virtud de lo causado. Nada impedía considerar autor al *extraneus* que determinaba con engaño a un funcionario público a cometer sin dolo un delito especial a castigarlo como autor del delito funcionarial precisamente a merced de la causación de su intervención decisiva para la realización del delito(7).

Los problemas sin resolver que dejan las teorías de la ruptura y unidad de la imputación pueden ser superados por la teoría de los delitos de infracción de deber que a continuación se expone.

III. LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR A LA LUZ DE LA CATEGORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

3.1. La competencia institucional

El tratamiento dogmático de la categoría del delito de infracción de deber con una potencia argumentativa sin precedentes ha sido emprendida por Jakobs(8), cuya aportación ha «significado un refinamiento y, en algunos

(6) Así, por ejemplo, el BGHSt. 3, pp. 4 y ss.

(7) Véanse las críticas acertadas de ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8.ª ed. Berlín: De Gruyter, 2006, § 6, nota 17 contra el concepto extensivo de autor en el caso de intervención de un *extraneus* en un delito funcionarial.

(8) *Cfr.* solo lo más representativo de su concepción, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7/70, 21/115, 28/15; IDEM, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 19 y ss.; IDEM, *La imputación objetiva* en *Derecho penal*, trad. CANCIO MELIÁ, 1998, pp. 55 y ss.; pp. 67 y ss.; IDEM, *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelikten*, 1993 (manuscrito), pp. 4 y ss.; IDEM, La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre acción y omisión», trad. PEÑARANDA RAMOS. En *Estudios de Derecho penal*. Madrid 1997, pp. 347-363, 362 y ss.; IDEM, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung» En NEUMANN/SCHULZ (Eds.), *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000, pp. 57-72, 63 y ss.; IDEM, Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation. En GA, 1996, pp. 253-268, 257 y ss.; IDEM, ¿Qué protege el Derecho penal: Bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, trad. CANCIO MELIÁ. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N.° 1, 2000, pp. 151-170, 154 y ss.; IDEM, Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten. En FS-Roxin, 2001, pp. 793-810, 798; IDEM,

aspectos, un indudable progreso para esta construcción»[9]. Él no solo ha desarrollado la categoría[10], sino la ha reformulado de tal manera que su enfoque institucional ha logrado imponerse en la doctrina y la jurisprudencia penal, especialmente, en los delitos funcionariales. A diferencia de lo que un sector de la doctrina ve en Jakobs, una ampliación de los fundamentos; en mi opinión, estamos —más bien— ante una completa reformulación de la teoría de los delitos de infracción de deber con una fundamentación basada en las instituciones positivas.

En Jakobs, la distinción entre los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor[11]. La persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe cumplir una diversidad de deberes que delimitan los contornos de una competencia personal. La infracción de aquellos deberes por una incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta la responsabilidad jurídico-penal.

El primer fundamento de la responsabilidad penal se da con la lesión de los *deberes en virtud de competencia de organización* —cuyo equivalente en el lenguaje de Roxin lo constituyen los delitos de dominio—. Cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con los deberes generales de actuación, se refiere al hecho de que toda persona que

---

Imputación jurídico penal. Desarrollo del sistema a partir de las condiciones de vigencia de la norma, trad. SÁNCHEZ-VERA. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N.° 1, 2000, pp. 127-149.

(9) PEÑARANDA RAMOS. Sobre el alcance del art. 65.3. Al mismo tiempo: Una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber. En ROBLES PLANAS, Ricardo (Director), *La responsabilidad en los «delitos especiales». El debate doctrinal en la actualidad*. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de F, p. 13.

(10) En esto tenemos que contradecir a ROXIN, para quien JAKOBS solo ha desarrollado su teoría. Sin duda, hay desarrollo, pero lo más apropiado es hablar de una transformación. Baste leer a JAKOBS para darse cuenta que su concepción de los delitos de infracción de deber tiene en común con la de ROXIN prácticamente solo la terminología.

(11) Elemental en este punto: JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1/7, 7/56 y ss., 7/70 y ss., 21/115 y ss., 28/13 y ss., 29/29 y ss., 29/57; IDEM, *Die Strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 19 y ss. *Cfr.* además los aportes de: DERKSEN, «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft», en GA 1993, pp. 163-176, 170 y ss.; LESCH, Heiko. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 1992, pp. 263 y ss.

interactúa en la sociedad está obligada a cumplir un deber general que antecede a todos los deberes, consistente en el deber de no lesionar a los demás en sus derechos, acuñado en latín como *neminem laedere*. Este deber fija en la persona un espacio de *libertad general de configuración* que, a su vez, demarca el ejercicio de su libertad. Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en la sociedad, es decir, de un haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su conducta en un mundo socialmente configurado, porque nadie que desee vivir en sociedad —no, al menos, en una sociedad de libertades— se comporta como un ermitaño o como alguien perteneciente a una casta incomunicada del entorno que la rodea. La lesión de este deber general reúne el sentido de un uso arbitrario de la libertad general de configuración o configuración de un estado de cosas que el Derecho desaprueba. La consecuencia del uso arbitrario de la libertad genera naturalmente la imputación de una responsabilidad jurídico-penal. En esto radica el —por Jakobs así bautizado— sinalagma de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias de la administración de esa libertad.

El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de *deberes en virtud de una competencia institucional*, cuya lesión da lugar a los delitos de infracción de deber. Estos deberes, a diferencia del grupo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un *estatus especial*. Un estatus especial como el de padre, policía, fiscal, juez establece un especial deber comportarse en la administración del estatus, convirtiendo a su portador en un obligado especial. El policía tiene el deber de vigilar al detenido y no de torturarlo; el padre debe cuidar que su hijo menor no quede abandonado a su suerte cuando lo saque a jugar en un parque. Tanto el policía como el padre son portadores de deberes institucionales, estatales de la función pública y de la relación paterno-filial como expresión de instituciones positivas para garantizar el adecuado funcionamiento de ambos sectores parciales de la sociedad (la función pública y la paternidad).

La cualificación especial personal del tipo penal en sí misma no fundamenta el deber jurídico —aquí empieza la diferencia de Jakobs con el punto de vista de Roxin—. Si bien en la mayoría de los casos puede coincidir como en los delitos contra la administración pública, el fundamento proviene, más bien, del campo extrapenal, de las instituciones como formas de relaciones duraderas que ha ido consolidándose en el proceso de institucionalización

de los contactos sociales. El funcionario público es portador de un deber institucional antes de que el Código Penal lo incluya entre sus tipos penales con el estatus especial de funcionario. Incluso, estando recogido en los capítulos contra la administración pública, nada impide que el funcionario público responda como autor de un delito de infracción de deber por un delito común, p. ej., cuando el policía permite que los familiares lesionen a un detenido en lugar de vigilarlo y protegerlo, quebranta su deber institucional. El policía responde como autor del delito de lesiones en infracción de deber, muy al margen de que el tipo penal concreto (art. 121 del CP) pertenezca a la clasificación de un delito común. Puede verse que, para Jakobs, lo determinante es el deber institucional que el funcionario porta o ejercita como deber inherente a una competencia institucional. Mientras el funcionario delinque quebrantando dicho deber, él cometerá un delito de infracción de deber.

Tal como se puede apreciar, la fundamentación de Jakobs de los delitos de infracción de deber es completamente distinta a la de Roxin. La lesión del deber positivo de corte institucional fundamenta para Jakobs la imputación jurídico-penal, mientras que para Roxin el delito de infracción de deber solo es posible en los tipos penales que contengan el elemento de cualificación personal de la autoría; por ello, el único papel que desempeña dicha categoría para él es de determinar la autoría del hecho delictivo, que no es posible de lograr con la teoría del dominio del hecho[12].

De este modo, surgen los delitos de infracción de deber. Su aparición viene a quebrar la hegemonía del dominio del hecho como único criterio determinador de la autoría.

3.2. La lesión de una competencia institucional como realización típica

El pensamiento institucional no es ajeno a nuestra jurisprudencia. Existen muchos pronunciamientos de la Corte Suprema en los cuales se afirma que, específicamente, los funcionarios públicos quebrantan expectativas normativas institucionales y no generales. Así, por ejemplo, está la sentencia donde se establece que «este tipo penal [colusión] no es un delito de dominio o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laede* o de no lesionar a

(12) Un estudio detallado con balances de ambas aportaciones puede verse en SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, pp. 22 y ss., 29 y ss.

los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional»(13). También, hay otra que pone énfasis en «precisar que los delitos cometidos por funcionarios públicos son configurados como de «infracción de deber», lo que supone que el sujeto especial calificado adquiere deberes de aseguramiento y fomento del bien jurídico por su vinculación con el bien jurídico especifico, esencialmente, por deberes institucionales o relaciones penales extrapenales que definen el marco de deberes a los que se encuentra vinculado y obligado el sujeto especial y cuyo quebrantamiento —con la concurrencia de los demás componentes del tipo especial— explica la existencia del delito de infracción del deber»(14). No menos expresivo es el pronunciamiento que precisa «antes de pasar a resolver la controversia; es necesario delimitar la estructura-normativa de este delito [colusión] que este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminen laede* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente. De esta manera, cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional [...]; asimismo, esta exigencia formal —de "funcionario o servidor público"— debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de comisión especial [...], toda vez que su sustento está en el deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado, por lo que para el presente caso habrá que determinarse si estos funcionarios tuvieron en su ámbito institucional "fun-

(13) R. N. N.° 4564-2007-Piura, fundamento jurídico N.° 3, en *Gaceta penal y procesal penal*, N.° 17. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 216.

(14) Ejecutoria Suprema recaía en el R. N. N.° 5434-2008-Junín, considerando cuarto, en *Gaceta penal y procesal penal*, N.° 15. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 112.

cional" la decisión sobre la suscripción o la determinación de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros»[15].

En armonía con el desarrollo jurisprudencial reseñado, para hablar de un delito de infracción de deber es necesario que la institución positiva que se ve lesionada alcance en su lesión objetivización acorde a la semántica del tipo penal. Y el estadio mínimo de dicha semántica se da con la tentativa. En el lado de los deberes negativos, es mucho más perceptible la tentativa —incluso, por los sentidos— cuando el filo del cuchillo hace brotar una gota de sangre; pero la administración pública no tiene sangre piel músculos ni sangre que permitan identificar rápidamente si el cuchillo pone en peligro su integridad. No obstante, sí tiene un contenido material, logrado en el proceso de institucionalización. Y ese contenido se plasma en los elementos de un tipo penal, por ejemplo, «caudales», «efectos», «bienes públicos». Es imposible, entonces, que pueda ya hablarse de una realización típica del peculado en el momento en que el tesorero dejó abierta la caja municipal para que unos ladrones —con quienes está de acuerdo— se apropien de los caudales públicos a pesar de que estos todavía no han dado inicio a la tentativa, bien porque la guardia de seguridad no les permitió el ingreso al recinto municipal por no portar sus documentos de identificación personal, bien porque en el trayecto sufrieron un accidente que los mandó de inmediato al hospital, o porque simplemente renunciaron a seguir adelante con el plan delictivo prefiriendo quedarse en casa expectando un partido de fútbol acompañado de dos refrescantes cervezas.

Los *extranei* solo adhieren su conducta a la del funcionario, a pesar de ser ellos quienes dan comienzo a la ejecución material de la acción típica. Precisamente, como forman un «todo» con el funcionario, la parte que ejecutan los *extranei* es la que activa el todo delictivo. La planificación del delito por el *intraneus* y el *extraneus* se contempla como una unidad normativa (en ese

---

(15) Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. N.° 636-2008 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), de 1 de julio de 2008, considerando tercero. Existe otra ejecutoria suprema, R. N. N.° 1335-2009 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), donde también se considera al peculado como un delito de infracción de deber «integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defrauden las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en una responsabilidad penal de corte institucional», considerando tercero.

nivel todavía no punible); pero el punto de inicio de la tentativa se activa en lo que cualquiera de ellos objetiviza primero en el tiempo la unidad de lesión plasmada en una semántica jurídico-penal como realización típica[16]. Mejor dicho, el funcionario público lesiona su deber institucional en un sentido penalmente relevante en el momento en el que la semántica del tipo se activa con el comienzo de realización típica por parte del *extraneus*, p. ej., con el sentido de «apropiación» de los bienes públicos.

Para ser más claros, el sentido jurídico-penal de la lesión del deber institucional no se inicia cuando el funcionario agota todo lo que esté a su alcance con miras a la realización del delito —p. ej., cuando entrega al *extraneus* la clave de la caja fuerte de la tesorería pública—. Puede darse el caso en que el funcionario agotó todo lo que le tocaba hacer dentro del plan conjunto de hurtar la caja municipal. Sin embargo, mientras no se dé un comienzo de realización típica —contrariamente a la tesis de Jakobs y Sánchez-Vera— la lesión «no» se ha producido en toda su plenitud penal. Lo realizado por el funcionario implica solo una lesión de la institución positiva en sentido administrativo, disciplinario, un delito de función dependiendo del sector público que se trate, pero no una lesión de la institución positiva en sentido jurídico-penal.

Lo mismo rige si el caso es formulado en la fenomenología de una omisión. Si el funcionario competente ve cómo un tercero cualquiera da indicaciones a unos ladrones para que burlen los sistemas de seguridad a fin de poder ingresar a robar la caja municipal, y, no obstante, estar el funcionario en la posición de dar aviso a la policía o a los guardianes, en lugar de impedir el delito opta por hacerse de la vista gorda, él solo responderá si el hecho de la sustracción de los caudales públicos alcanza el nivel de una tentativa. Ergo, él ya quebrantó la institución positiva, puesto que no es de esperar semejante comportamiento de un funcionario público. Pero mientras los ejecutantes no pisen el terreno cuanto menos de la tentativa, la lesión ya existente del deber institucional todavía no alcanza un sentido jurídico-penal. Él será autor del delito de infracción de deber de peculado en

(16) En sentido similar, KINDHÄUSER, AT § 39/48 al referirse a la «solución total» como correcta para establecer el inicio de la tentativa en los casos de autoría mediata donde el hombre de atrás (*intraneus*) se vale de un hombre de delante (*extraneus*) para la realización del delito especial. La tentativa se inicia, así, en la inmediatez de realización del tipo llevado a cabo por el hombre de delante.

grado de tentativa (si se quiere en comisión por omisión al uso del lenguaje convencional) solo cuando la semántica de los elementos normativos del tipo penal del peculado alcance el grado de la tentativa. Pero mientras ello no ocurra, la responsabilidad del funcionario solo acontecerá en el campo extrapenal, en estricto, de acuerdo con el sistema de responsabilidad del derecho administrativo sancionador y disciplinario.

Entonces, el quebrantamiento del deber solo tiene *sentido* jurídico-penal cuando se traduce en una realización típica, como mínimo en una tentativa. Si el funcionario planifica con un tercero el peculado, al entregar la clave de acceso a la caja fuerte ya incurre en una lesión de su deber positivo funcionarial. Pero en esta fase todavía la institución positiva no ha sido lesionada por completo en un sentido penal; esa lesión *carece* de relevancia penal.

El sentido penalmente relevante se desprende de la semántica del tipo penal, y solo de él. En el tipo penal se objetiviza o materializa el sentido pleno de la lesión de un deber. La acción del obligado especial debe alcanzar el sentido de la «sustracción», o de la «apropiación» de un bien estatal para poder hablar de peculado. La planificación en sí misma acontece en un estadio previo al inicio de una tentativa; pero, si la mera planificación en sí misma generara el sentido de relevancia penal, de una conducta *típica* en buena cuenta, entonces, el injusto penal del peculado se acreditaría en el estadio previo a la línea demarcadora de inicio de las barreras de protección del Derecho Penal. No es susceptible de discusión que el funcionario ya ha quebrantado su deber funcionarial, aun cuando sus secuaces no alcancen el estadio de la tentativa. Pero según como el MOF o el ROF hayan demarcado los límites de los deberes funcionales, responderá a lo sumo por esta infracción. Una vez más: mientras no se produzca el comienzo de la realización típica del hecho en su conjunto, el funcionario de ninguna manera perpetra la conducta penalmente relevante de peculado (art. 387 del CP).

La lesión penalmente relevante de un deber positivo depende de su anclaje típico a través de su grado de objetivación en función de semántica de tipo penal. Solo de esta manera la lesión podrá ser graduada en tentativa o consumación. La lesión del deber entonces es un concepto que expresa su sentido únicamente en su vinculación a la realización de un tipo penal. El deber que sintetiza expectativas sociales con la fijación de pautas de conductas se ubica en los límites del tipo hacia adentro, y no hacia afuera. El deber por fuera del tipo penal no deja de ser un deber jurídico, la explicación acerca de

su lesión opera de acuerdo con la semántica del derecho administrativo o del derecho disciplinario que para el derecho penal reúne el significado de un obrar en el campo del riesgo permitido, no punible a todas luces.

Si se fundamenta la autoría del funcionario únicamente sobre la base de la pura lesión de la institución positiva, sin considerar el inicio de acciones ejecutivas materiales de realización típica, tiene que admitirse obligadamente que el sentido de relevancia penal de la conducta se da en la fase previa a la tentativa. Pero con esto se quiebra el principio del hecho. Aquí es cuando sale a relucir nuestra discrepancia y distanciamiento de Jakobs y Sánchez-Vera, en esto se demuestra que la institución positiva engloba también a la negativa, la competencia institucional abarca también a la de organización en virtud de lo cual el obligado especial es también competente para administrar el lado organizativo de su deber de una manera no defectuosa(17), solo que en este caso la organización es administrada por el *extraneus* que se adhiere al hecho del obligado especial. No hay dos hechos, sino uno solo donde la concreción de la realización típica está en manos del *extraneus*. La ejecución no necesariamente debe ser una obra de propia mano del obligado especial, lo que se ve, por ejemplo, cuando un alcalde se vale de su enamorada para recibir el «diezmo» de un empresario ganador indebido de la buena pro para construir unas carreteras. El funcionario responde como autor del delito de corrupción de funcionarios, cohecho pasivo propio (art. 393 del CP) a pesar de no recibir personalmente la donación.

IV. CONCRECIÓN: LA PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS* EN LOS DELITOS FUNCIONARIALES

Robles Planas, un destacado penalista, protesta lo siguiente: «¿Cómo puede ponerse en tela de juicio una institución sin estar obligado por ella?»(18). Esta protesta, sin embargo, parte de una perspectiva metodológica diferente a la aquí mantenida consistente en creer que la institución de la función pública únicamente puede ser lesionada por el funcionario, o que los tipos penales de los delitos cometidos por funcionarios públicos solo se

(17) LESCH, Heiko. Intervención delictiva e imputación objetiva, trad. Sánchez-Vera Gómez Trelles. En *ADPCP*, T. XLVIII, Fasc. III, 1995, p. 944.

(18) *Cfr.* ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 235.

dirigen a estos, como si se tratara de una «casta» dentro de la cual no tienen acogida los particulares. Como a continuación se verá, no existe impedimento alguno teórico ni legal, para afirmar la participación de un *extraneus* en un delito cometido por un funcionario público. Asimismo, con Jakobs hemos de sostener que del ciudadano cualquiera también se espera que no cometa prevaricato; la expectativa de conducta abarca tanto al juez como al ciudadano porque entre ellos «no existe una diferencia de casta»[19], solo que el ciudadano cualquiera solamente está en posibilidades de cometer prevaricato cuando adapta su conducta o cuando se adhiere al comportamiento de un juez.

Para despejar algunas confusiones terminológicas, la teoría del delito de infracción de deber no admite la diferenciación entre delitos especiales propios y especiales impropios. Por una razón obvia, el único delito existente es el de infracción de deber. La competencia institucional fundamenta la autoría del funcionario, y el *extraneus* siempre responderá como partícipe, con independencia de que obre con o sin el dominio del hecho. Naturalmente, siempre que intervenga en el delito cometido por un funcionario público.

Aquí es donde aterriza la consecuencia dogmática de entender que la institución positiva engloba a la institución negativa, puesto que precisamente en el lado material u organizacional es donde opera la comunicación entre el funcionario y el *extraneus* haciendo posible que este pueda responder por el mismo delito del funcionario público. Alcanzo a entender que a esto se refiere Silva Sánchez cuando precisa que «las instituciones generan deberes para sujetos *outsiders*, consistentes en que estos no perturben la gestión de la institución por los *insiders*. En efecto, las instituciones no solo tienen una función *ad intra*, sino también otra *ad extra*»[20].

Pero el problema no acaba allí, lo más grave estriba en que la solución de quienes niegan la participación de un *extraneus* en un delito de infracción de deber descontextualiza el hecho, contempla el hecho del *extraneus* como si al momento de actuar nadie más hubiese actuado a su lado, como si ningún *intraneus* hubiera concurrido en el hecho. Se desatiende la realidad valorativa

---

(19) JAKOBS, Günther. El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. En JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *El sistema funcionalista del Derecho penal*, trad. Cancio Meliá. Lima: Grijley, 2000, p. 180.

(20) SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Instituciones y Derecho. *IndretPenal* 4/2014, p. 3.

de que la conducta del *extraneus* solo tiene sentido en el contexto de la acción como adhesión a la lesión de la institución positiva llevada a cabo por el obligado especial. Por ejemplo, el particular que colabora con un policía en un acto de abuso de autoridad sirviéndole de transportista en los controles abusivos del policía a los conductores en las carreteras. El policía incurriría en abuso de autoridad (art. 376 del CP), pero el *extraneus* quedaría impune, pues el abuso de autoridad no alcanza a un particular. A pesar de haberlo planificado todo conjuntamente, de afectar al correcto funcionamiento de la función pública de servir el particular de colectivo, de taxi o de transporte al policía para un acto arbitrario, aquel se beneficiaría de la más grandiosa impunidad. Inclusive, si al particular le consta —por haberlo planificado desde un inicio con el policía— que este «se dejará aceitar» (recibir sobornos) por los conductores que para evitar el mal momento deciden simplemente dar una propina a la autoridad policial, el particular tampoco respondería porque el delito de cohecho pasivo propio (art. 393: «el funcionario que acepta donativo») solo podría cometerlo el funcionario público.

La sociedad en la que se desenvuelve el *extraneus* no es diferente a la sociedad donde interactúa el funcionario público, se trata de la misma sociedad que en el proceso de institucionalización ha diferenciado entre instituciones negativas y positivas, que el penalista luego debe concretar en una teoría de la imputación. No es la cualidad del título del ejecutor, sino la naturaleza del deber jurídico el criterio fundamentador de la imputación; porque, si invertimos la protesta presentada arriba llevándola al terreno de la institución negativa, la pureza del deber negativo debería impedir toda posibilidad de acceso de un funcionario a un delito común. Esto es obvio, porque se consideraría al funcionario como una isla o como una casta, que en los delitos que intervenga siempre responderá solitario. La pregunta aquí sería ¿cómo podría un funcionario público poner en tela de juicio una institución negativa sin estar obligado por ella? El policía que en el ejercicio de la función lesiona brutalmente a garrotazos a un detenido acusado de violación, es decir, quebranta claramente la institución positiva, no podría acceder al tipo penal de lesiones (art. 121 del CP) porque el deber jurídico de este tipo penal no lo alcanzaría, sino a la generalidad, menos al funcionario. Pero si como reacción a este cuestionamiento se va a decir que el policía sí responde, pero no por el rol especial que ostenta, sino en su rol general de persona, entonces, se reconoce implícitamente que la institución positiva

(con el deber funcionarial inherente al cargo) abarca también a la institución negativa, por cuyo canto opera precisamente la interacción social entre el *extraneus* y un *intraneus* en los delitos funcionariales.

Cuando decimos que la institución positiva abarca a la institución negativa nos referimos a que dentro de los ámbitos de la competencia institucional no existe una exclusión de la libertad de organización, toda vez que la libertad de organización se origina en los deberes negativos sobre el cual se levanta la institución positiva. Esto se aprecia claramente en que a pesar de que el obligado especial está vinculado a su competencia institucional de una manera intensa y no flexible —como puede ocurrir con la libertad general de organización—, debe reconocerse que en vista de que «no existe una contraposición radical entre libertad de organización y actuación institucional»[21] cuanto menos el ingreso a —y otras veces la salida de— la institución recae en su libertad de organización. Por ejemplo, el casarse como el divorciarse, el engendrar o adoptar un niño, así como la aceptación o renuncia al cargo de funcionario público, dependen de actos propios de la libertad de organización del obligado especial[22].

Claramente nos encontramos en ámbitos donde la persona decide conforme a su libertad general de acción ingresar en una institución positiva, que implica una incorporación ampliada de deberes especiales sobre los ya existentes de naturaleza general o negativa. Silva Sánchez se refiere a esta situación señalando que «la libertad organizativa se manifiesta frecuentemente en contextos institucionalizados [...]; las instituciones, por su parte, admiten en mayor o menor medida actos de libertad organizativa —como mínimo, al ingresar—. Existen, por lo demás, situaciones de superposición entre vínculos institucionales y actos de organización débil, media o incluso fuerte. Por poner un ejemplo de Derecho penal: el padre que tiene un vínculo institucional con su hijo puede, además, realizar un acto de libertad organizativa en cuya virtud asuma la concreta protección de aquel para un determinado contexto de acción»[23]. Con esto no se quiere decir que la institución presenta una naturaleza mixta, y que el funcionario responde también por una compe-

---

(21) SILVA SÁNCHEZ. *IndretPenal* 4/2014, p. 2.

(22) Admite esta posibilidad LESCH. *Sukzessive Beihilfe*, p. 298.

(23) SILVA SÁNCHEZ. *IndretPenal* 4/2014, p. 2.

tencia organizacional. La organización solo es traída a colación por aportar el fundamento o postulado fundamental del deber jurídico. Sobre él se levanta el edificio del deber positivo por cuya infracción responde el obligado especial de manera institucional, en mérito a su estatus especial.

V. CONCLUSIÓN

La competencia institucional que el funcionario público quebranta está asegurada institucionalmente, él se encuentra en una relación *inmediata* con el tipo penal(24). El particular o *extraneus* también se relaciona con el tipo penal, pero de una forma *mediata*. La comunicación que se da entre el particular y el funcionario público es por el lado organizativo del tipo penal, en la base del deber negativo, que sirve de fundamento sobre el cual se edifica el delito funcionarial.

Hemos de afirmar, por tanto, con Lesch que «el no-cualificado no puede retroceder sin más a la posición en que no le concierne la institución, ni la conducta (ajena) quebrantadora del deber del obligado especial». Con esto, al particular también le alcanza el deber positivo de carácter institucional, p. ej., el ciudadano tiene también el deber de no prevaricar, de no incurrir en actos de corrupción, de no afectar a la administración de los caudales públicos. Solo en virtud de una garantía fundamental derivada del principio de legalidad, el particular no accede al tipo penal en condición de autor, pues carece de la cualificación especial exigida por el tipo penal funcionarial. La autoría pertenece únicamente al funcionario público.

En suma, la lesión de la institución positiva protegida por el tipo penal es también asunto del particular. Queda como regla lo siguiente: *en todo delito cometido por un funcionario público donde él es autor, el particular responde penalmente como partícipe (instigador o cómplice)*. Los dos casos planteados al inicio se resuelven del modo siguiente: el vecino es cómplice del delito de abuso de autoridad (arts. 376 y 25 del CP), y la novia del alcalde cómplice del delito de cohecho pasivo propio (arts. 393 y 25 del CP).

(24) Así, LESCH. *Sukzessive Beihilfe*, p. 299.

FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA EN EL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL

(Un análisis crítico y comparado de la autoría y la participación en las legislaciones de Perú y Brasil)

Nelson Salazar Sánchez(*)

SUMARIO: I. Resumen. **II.** La participación de los *extraneus* en el delito de colusión ilegal en la perspectiva de la doctrina y jurisprudencia peruanas. 2.1. La autoría y la participación en la perspectiva de la dogmática peruana. 2.2. La autoría y la participación en el delito de colusión ilegal en la perspectiva de la jurisprudencia peruana. a. La autoría del *intraneus* en el delito de colusión ilegal en la jurisprudencia peruana. b. La participación del *extraneus* en el delito de colusión ilegal en la jurisprudencia peruana. **III.** Postura personal sobre el fundamento y la delimitación de la autoría y participación en el delito de colusión ilegal. 3.1. La infracción de deber como fundamento de la autoría y la participación en los delitos de «infracción de deberes especiales positivos». 3.2. El principio de responsabilidad por el propio injusto penal como elemento fundamentador y limitador de la autoría y la participación en los delitos de infracción de deberes especiales positivos. 3.3. Fundamento de la autoría y la participación en el delito colusión agravada. **IV.** Tratamiento de la autoría y la participación en el delito de colusión ilegal en la legislación penal brasileña. 4.1. Perspectiva general sobre la regulación de la colusión ilegal. 4.2. La problemática de la autoría y la participación en los casos de colusión ilegal.

I. RESUMEN

En este trabajo, se realiza un breve análisis sobre los fundamentos legales, dogmáticos y jurisprudenciales de la autoría y participación de

(*) Máster por la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemania). Investigador del Max-Planck-Institut para Derecho Penal Extranjero y Derecho Penal Internacional Freiburg (Alemania).

los *extraneus* en el delito de colusión ilegal en el marco de los sistemas jurídico-penales de Perú y Brasil. Dicho análisis será desarrollado desde la teoría de la infracción de deber, cuyo punto de partida metodológico es la categoría del «deber ser», es decir, la teoría del conocimiento idealista. En tal sentido, tanto las observaciones metodológicas, conceptuales y dogmáticas como los puntos de vista personales sobre los que considero constituyen los fundamentos de la autoría y la participación de los *extraneus* en el delito de colusión ilegal en las legislaciones penales de Perú y Brasil serán desarrollados a partir del idealismo hegeliano y neohegeliano. La razón de ello estriba en que, según mi perspectiva, tales corrientes epistemológicas son las más compatibles con los valores constitucionales que inspiran el Estado de nuestro tiempo, a saber, el Estado constitucional de naturaleza social.

II. LA PARTICIPACIÓN DE LOS *EXTRANEUS* EN EL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL EN LA PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA PERUANAS

2.1. La autoría y la participación en la perspectiva de la dogmática peruana

La fundamentación y la delimitación de los injustos penales de autoría y participación poseen una naturaleza muy compleja, a tal punto que en la doctrina nacional y extranjera se han desarrollado diversos criterios que explican dicha problemática. Los postulados de la doctrina nacional se pueden sintetizar en tres grupos: a) quienes fundamentan los injustos penales de autor y de partícipe a partir de categorías ontológicas propias del «ser»[1]; b) quienes anclan la fundamentación de los injustos penales referidos en categorías valorativas del «deber ser»[2], y c) quienes fundamentan los injustos penales de la autoría y la participación tanto en categorías del «ser» como en

(1) Dentro de esta línea se enmarcan aquellos postulados de naturaleza empirista. Ejemplo paradigmático de ello es el sistema de autoría y participación causal-naturalista, el cual fue elaborado en torno al objeto cognoscible.

(2) A este modelo pertenecen aquellas concepciones que son construidas sobre el idealismo kantiano y el idealismo hegeliano. La expresión más genuina de ello es el sistema de autoría y participación de índole causal-valorativo, el cual se construye en función del sujeto cognoscente, pues sus bases filosóficas y epistemológicas se encuentran en la filosofía de los valores.

categorías del «deber ser»[3], es decir, tanto en categorías ontológicas como en categorías valorativas.

La complejidad de dicha problemática se agudiza cuando se trata de la fundamentación y delimitación de los injustos penales de autor y partícipe en los —aquí denominados— «delitos de infracción de deberes especiales positivos»[4]. Pese a ello, cada vez existen más planteamientos teóricos que intentan fundamentar coherentemente la autoría y la participación en dicha clase de injustos penales.

El sector de la doctrina (peruana y extranjera) que se enmarca dentro de la perspectiva ontológica considera que los delitos de infracción de deberes especiales positivos, así como el delito de colusión ilegal, son «delitos dominio del hecho especiales». Pues dichos delitos —tanto en su modalidad de autoría como en su modalidad de participación— solo podrían ser cometidos por los *intraneus*[5], es decir, solo por quienes poseen una cualidad especial. En esas circunstancias, solo podrían ser autores y partícipes del delito de colusión ilegal los funcionarios y servidores públicos que, por razón de su cargo o comisión especial, sean competentes para la toma de decisiones durante un proceso de contratación pública. Por el contrario, la concurrencia de los *extraneus* en el delito de colusión ilegal (y, en general, en todos los delitos

---

(3) El primer modelo de autoría y participación que se construyó sobre la síntesis del «ser» y del «deber ser» fue el sistema finalista. Este modelo es construido en función del objeto cognoscible y del sujeto cognoscente.

(4) Sobre la problemática de los delitos de infracción de deberes especiales positivos —para la doctrina mayoritaria, delitos de infracción de deber— *cfr.* BLOY, R. *Die Beteiligunsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 229 y ss.; HERZBERG, R. D. *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 32 y ss.; IDEM, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp. 49 y ss.; LESCH, H. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 146; PARIONA, R.: *FS Roxin*, 2011, pp. 853 y ss.; PUTZKE. *FS Roxin*, 2011, pp. 425 y ss.; ROXIN, C.: *Täterschaft und Teilnahme*, 1.ª ed., 1963, pp. 352 y ss.; IDEM, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973, § VII, pp. 16 y ss.; IDEM, *LK*, § 25, Rn., pp. 29 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, S. 27.

(5) En la doctrina peruana, esta tesis es defendida por VILLA STEIN, J. *Derecho penal. Parte General*. 4.ª ed. Lima, 2014, p. 394. En la doctrina extranjera defienden la tesis en cuestión, entre otros, ROBLES PLANAS, R. BOLDOVA PSAMAR, M. A. *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, pp. 302, 330 y ss.; MAQUEDA ABREU, L. M.ª. *El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al Art. 6 bis a) del Código Penal. CPC*, N.° 21, 1983, pp. 711 y 717.

de infracción de deberes especiales positivos) quedaría impune. Tal tratamiendo diferenciado de *intraneus* y *extraneus* se debería a que, conforme a las exigencias del art. 26[6] del CP peruano (art. 65[7] del CP español y art. 30 del CPb[8]) tanto las cualidades especiales del *intraneus* previstas en el tipo penal de colusión ilegal (art. 384 CP peruano) como las circunstancias agravantes o atenuantes que afectan a este no se pueden transferir al *extraneus* (*v. gr.*, al empresario que se colude con funcionarios públicos en el marco de un proceso de licitación pública). Pues, según su parecer, las cualidades especiales y las circunstancias agravantes o atenuantes consagradas por el Legislador en los arts. 26 y 384 solo afectan a los sujetos cualificados, mas no a los *extraneus*.

Por su parte, el sector doctrinal, cuyas tesis se enmarcan en la categoría del «deber ser», sostiene que los delitos de infracción de deberes especiales positivos poseen una naturaleza distinta respecto de los denominados delitos de dominio del hecho. Bajo dicha perspectiva, la esencia de los delitos de infracción de deber estaría caracterizada por lo siguiente: el fundamento del injusto penal ya no estaría constituido por el desvalor a las expresiones materiales externas del comportamiento —como ocurre en los delitos de dominio del hecho—, sino por la infracción de deberes jurídicos extrapenales[9]. En tal sentido, la configuración de la autoría en los delitos de infracción de deber tendría lugar cuando el obligado especial (*intraneus*) infringe sus deberes

---

(6) Al respecto, el art. 26 del Código Penal peruano establece que: «Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores o de los partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible».

(7) Así, el inciso 1 del art. 65 del Código penal español señala: «Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad solo de aquellos en quienes concurran».

(8) El art. 30 del Código Penal brasileño establece que las circunstancias y condiciones de carácter personal que no fundamentan el injusto penal no se comunican de unos intervinientes a otros.

(9) Sobre dicha problemática *Cfr.* JAKOBS, G. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl., Berlín, 1991 (§ 1, Rn. 7; § 7, Rn. 57; § 7, Rn. 68; § 7, Rn 70; § 21, Rn. 2 ff. § 21, Rn 16; § 21, Rn. 116); IDEM. *Die strafrechtliche Zurechnung von und Unterlassen*, Opladen, 1996, pp. 29 y ss.; LESCH, H. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main, 1992, pp. 129 y ss., pp. 288 y ss.; ROXIN, C. *Kriminalpolitik und Strafrechtsystem*, Berlin, 1970, § VII, pp. 16 y ss.; IDEM. *Strafrecht Allgemeiner Teil (Besondere Erscheinungsformen der Straftat)*, Band II, München, 2003, § 25, N.º 268; SÁNCHEZ-VERA, GÓMEZ-TRELLES, J. *Op. cit.*, pp. 29 y ss.

especiales positivos extrapenales, que este detenta en el marco de un concreto ámbito de la realidad socionormativa(10). En consecuencia, solo podrá ser autor el *intraneus*, porque solo él puede infringir el deber extrapenal. Por el contrario, los *extraneus* que concurren con un *intraneus* en la realización de un delito de infracción de deber —independientemente de que tenga o no el dominio del hecho— solo será partícipe(11). Siguiendo dicho razonamiento normativo, un sector de la doctrina peruana refiere que autor del delito de colusión ilegal solo puede ser el funcionario o servidor público. Este es el parecer de García Cavero, quien sostiene que autor del delito de colusión ilegal solo puede ser un funcionario o servidor público, el cual, por una lado, está vinculado funcionalmente con el contrato, concesión u operación, en el que se colude con el particular para defraudar al Estado(12) y, por otro lado, el vínculo funcional se base en la existencia de un título habilitante de naturaleza administrativa, laboral o civil(13). En sentido similar, Abanto Vásquez refiere que sujeto activo del delito de colusión (en la modalidad de autor) es el funcionario público que tiene la función específica de participar en los contratos, suministros o licitaciones(14).

Finalmente, el sector de la doctrina que fundamenta la autoría y la participación tanto en categorías del «ser» como en categorías del «deber ser» sostiene que los denominados «delitos de infracción de deber» son delitos de «dominio social o normativo del hecho»(15). A saber, según este parecer

---

(10) En alusión a estos delitos, ROXIN señala: «El principio *nulla poena* se descubre aquí, en que el legislador se refiere a deberes creados por los participantes en el ámbito extra penal». *Cfr.* ROXIN, C. *Política criminal y sistema de Derecho penal (Kriminalpolitik und Strafrechtssystem)*, 2002, p. 70. IDEM. *Op. cit.* § 34 / I. p. 387. También una exposición crítica DONNA, E. *La autoría y la participación criminal*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2002, pp. 48 y ss.

(11) «En los delitos consistentes en la infracción de un deber [...] actúa típicamente solo (aun cuando siempre) quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del suceso externo». *Cfr.* ROXIN, C. *Op. cit.*, p. 69.

(12) GARCÍA CAVERO, P. *Derecho penal económico/Parte Especial*. Vol. II. 2.ª ed., 2015, p. 1097.

(13) Ibídem, pp. 1099 y ss.

(14) ABANTO VÁSQUEZ, M. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal*. 2.ª ed. Palestra editores, 2003, p. 310.

(15) Al respecto, véase GALLAS. Täterschaft und Teilnahme, in: *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1. Band, Bonn, 1954, pp. 135 y ss.; SCHÜNEMANN-LK. *Handeln für einen anderen*,

doctrinal, existen dos clases de delitos de dominio del hecho: los delitos de «dominio ontológico» y delitos de «dominio normativo». En la primera clase de delitos cualquier ciudadano podría ser autor, mientras que en la segunda solo podrían ser autores un determinado grupo de personas, los *intraneus*. La razón de ello radicaría en que en el primer grupo de estos delitos todos los ciudadanos podrían lesionar el bien jurídico, por el contrario, en el segundo, el acceso a la vulnerabilidad del bien jurídico solo sería posible a los sujetos cualificados. En ese contexto, la autoría en los delitos de «dominio ontológico» se fundamentaría en el «dominio ontológico del hecho», mientras que el fundamento de la autoría de los delitos de dominio normativo (delitos de infracción de deber) radicaría en el «dominio social o normativo del hecho». Siguiendo dicha línea de análisis, algunos autores peruanos sostienen que la autoría en el delito de colusión ilegal se fundamenta en dos componentes (uno normativo y otro ontológico); por el contrario, la participación solo se fundamentaría en un elemento normativo.

Siguiendo la tesis expuesta, Salinas Siccha postula que la configuración de la autoría en el delito de colusión ilegal presupone que, por un lado, el funcionario o servidor público tenga una competencia funcional respecto del cumplimiento de un deber específico en el proceso de licitación, adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado (elemento normativo) y, por otro lado, debe verificarse que la posición concreta de dominio social del funcionario público sobre el objeto material del delito, es decir, sobre el acuerdo colusorio(16). Por su parte, Rojas Vargas refiere que la configuración de la autoría en el delito de colusión ilegal se halla fuertemente vinculada tanto con la competencia formal normativa que posee el funcionario o servidor público respecto de la salvaguarda de la transparencia y probidad del proceso de licitación, subasta, compra de bienes por parte del Estado, como con la posición real de dominio que ostenta el funcionario o servidor público sobre el objeto material

---

2003, 11. Aufl., § 14, Nm. 22 y ss.; IDEM: *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Lima: Idemsa, 2006, p. 288; WELZEL, H. *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin, 1969, § 15/II.3; IDEM. *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58, 1939, pp. 543 y ss.; GRACIA MARTÍN, L. *El actuar en lugar de otro*. Tomo I. Zaragoza, 1985, p. 350. IDEM. *Estudios de Derecho penal*. Lima: Idemsa, 2004, p. 142.

(16) *Cfr.* SALINAS SICCHA, R. *Delitos contra la administración pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2014, pp. 276 y ss.

del delito (acto colusorio)[17]. Por lo que concierne a la responsabilidad penal que corresponde a los *extraneus* cuando estos concurren en la realización de un delito de colusión ilegal, este sector doctrinal refiere que los *extraneus*—debido a que estos no poseen la cualidad especial de funcionario o servidor—solo pueden responder como partícipes (inductores o cómplices).

En atención a la exigencia de no rebasar los límites de extención del presente trabajo, sintetizo en dos tesis mi parecer sobre lo expuesto anteriormente. Primera tesis: el desarrollo de la doctrina peruana en torno a la problemática de la autoría y participación en el delito de colusión es embrionario. Ello se debe a dos cuestiones fundamentales: por un lado, el desarrollo serio de la dogmática jurídico-penal peruana en general —y de la autoría y participación en particular— data de una época reciente y, por otro lado, el conocimiento de la institucionalización de la corrupción —y, sobre todo, el juzgamiento y sanción a quienes cometen delitos de corrupción— en la República del Perú ha tenido lugar en la última década. Ello explica suficientemente la ausencia de un desarrollo científico riguroso de dicha problemática. Segunda tesis: Pese a la complejidad que presenta *per se* la fundamentación de la autoría y participación en los delitos de infracción de deber —y, por tanto, la determinación de la autoría y participación en el delito de colusión ilegal—. En la actualidad, existen encomiables esfuerzos de juristas jóvenes que están orientados a desarrollar seriamente dicha problemática, los cuales —de mantenerse por un buen tiempo— contribuirán a tener una buena dogmática jurídico-penal del tema en cuestión.

2.2. La autoría y la participación en el delito de colusión ilegal en la perspectiva de la jurisprudencia peruana

Empiezo por sostener que el desarrollo sistemático de la autoría y participación en el delito de colusión ilegal dentro del contexto jurisprudencial peruano no existe. Ello se debe a que los tribunales que administran justicia en el país no solo tienen pareceres distintos, sino contradictorios, asistemáticos e inconsistentes[18], los cuales no solo provocan más confusión, sino también

(17) ROJAS VARGAS, F.. *Delitos contra la administración pública*, 2007, p. 408.

(18) Ejemplo de ello es la resolución N.° 28 del 10 de noviembre de 2016 emitida en el Expediente N.° 89-2014, la cual condena a dos funcionarios públicos del Gobierno Regional de Tumbes como autores del delito de colusión ilegal. Del mismo modo,

crean una inseguridad jurídica inaceptable. Tal desarrollo jurisprudencial incongruente se hace extensivo al tratamiento de la autoría y la participación en todos los «delitos de infracción de deberes especiales positivos» —*v. gr.*, en los delitos contra la administración pública, como peculado, malversación, cohecho, colusión ilegal, etc.—. Lo que caracteriza a dicho tratamiento jurisprudencial es la carencia escandalosa de conocimientos dogmáticos mínimos que poseen los magistrados, situación que desemboca en la emisión de resoluciones arbitrarias, carentes de fundamentación o con fundamentación deficiente. Tales deficiencias cognitivas y metodológicas del desarrollo jurisprudencial se encarnan en la perversión de los institutos centrales que fundamentan la responsabilidad penal.

a. La autoría del *intraneus* en el delito de colusión ilegal en la jurisprudencia peruana

La jurisprudencia peruana, entre otras cosas, sostiene que en el delito de colusión ilegal el estatus jurídico-penal de sujeto activo solo lo ostenta el funcionario o servidor público que posee la cualidad especial. A partir de ello, en la perspectiva de la jurisprudencia peruana, solo el funcionario o servidor público puede ser autor del delito de colusión ilegal, mientras que los *extraneus* solo pueden ser partícipes del mismo delito. Según la jurisprudencia, ello se debe a que, en los delitos de infracción de deberes especiales positivos (*v. gr.*, la colusión ilegal) —a diferencia de lo que ocurre en los delitos de dominio del hecho, donde la autoría y la participación se fundamentan en la contribución al hecho delictivo con dominio del hecho y sin dominio del hecho, respectivamente— el fundamento del injusto penal radica en la calidad de autor[19].

---

fueron condenados como cómplices primarios del injusto penal mencionado, el presidente del Directorio de una empresa, el abogado de la Oficina de Asesoría Legal de la Gerencia Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de Tumbes y del presidente del Tribunal de Arbitraje. Como se verá más adelante, la condena de los funcionarios públicos y del gerente empresarial se basa en graves errores metodológicos y conceptuales, los cuales —debido a que pervierten tanto las reglas generales de imputación como los principios jurídico-penales que constituyen la columna vertebral de toda forma de responsabilidad penal, así como los diversos institutos que emanan del propio tipo penal de colusión— terminan socavando las garantías del Estado Constitucional.

(19) Resolución N.° 28 del 10 de noviembre de 2010, pp. 119, 149-151.

En concordancia con lo dicho supra, la referida tesis de la jurisprudencia tiene graves deficiencias metodológicas, pues contraviene los principios y las reglas epistemológicas más elementales que se exige a toda investigación que pretende ser científica, y a toda resolución judicial que aspira a tener validez en la realidad social. Muestra de ello es que dicha tesis es desarrollada a partir de categorías del «ser» y del «deber ser», las cuales son utilizadas sin observar el protocolo metodológico del proceder científico. El recurso a dichas categorías se expresa, entre otros tópicos, en la clasificación de los injustos penales en «delitos comunes» o de «dominio del hecho» y «delitos especiales» o de «infracción de deber», en la fundamentación de la autoría, y la participación en la concepción sobre el objeto de protección en el delito de colusión ilegal.

En efecto, la tesis sobre el sujeto activo defendida por la jurisprudencia peruana evidencia que esta, consciente o inconscientemente, fundamenta la existencia de los «delitos comunes» o «de dominio del hecho» en institutos ontológicos. Pues solo en el plano del ser, donde los componentes de este son empíricamente cuantificables, se pueden aprehender o conceptualizar las propiedades del objeto observado en conformidad a criterios empíricos, que son cuantitativamente demostrables. Este es el proceder seguido por la jurisprudencia peruana cuando sostiene que los «delitos de dominio del hecho» son aquellos en los que la autoría y la participación se fundamentan y/o diferencian conforme a criterios «cuantitativos». Por tal razón, el injusto penal de autor se fundamentaría en la tenencia del dominio del hecho que se tiene durante la realización del injusto penal; mientras que el fundamento del injusto penal del partícipe radicaría en la contribución a la realización del delito sin poseer el dominio. Ello evidencia que el Juzgado otorga un mayor desvalor jurídico-penal a la contribución a la realización del delito que es realizada con dominio del hecho, y un menor desvalor a la contribución sin dominio. Por ello, tales formas de comportamiento fundamentarían la autoría y la participación, respectivamente.

Por su parte, el recurso a las categorías del «deber ser» se observa en la fundamentación de la autoría, y la participación en los «delitos de infracción de deber», pues —en opinión de la jurisprudencia— la autoría y la participación en dichos delitos —en particular, en los delitos de infracción de deber propios— se fundamentan y diferencian en función de elementos cualitativos. Conforme a dicha premisa, los autores son portadores de cualidades especiales que están ausentes en los partícipes, lo que determinaría un ataque

más intenso al bien jurídico protegido por parte de los *intraneus* y un ataque menos lesivo por parte de los *extraneus*. Ello se debería a que los *intraneus* tendrían una posición preferente para lesionar el bien jurídico que deriva de su cualidad especial; por el contrario, los *extraneus*, debido a su carencia de cualidad especial, tendrían menos posibilidades de menoscabar el bien jurídico tutelado. Por tal razón, los autores en los delitos especiales o de infracción de deber solo serían aquellos sujetos que ostentan una cualidad especial exigida en el tipo penal, es decir, los *intraneus*. Por el contrario, los *extraneus* que contribuyen a la configuración de dichos injustos penales solo serían partícipes, al margen de si su contribución es realizada con o sin dominio del hecho.

De las objeciones que se pueden formular sobre lo sustentado en torno a la existencia de delitos comunes o de dominio del hecho y delitos especiales o de infracción de deber solo haré referencia a algunas de ellas.

En primer lugar, la aceptación de la existencia de los «delitos de dominio del hecho» —donde los injustos penales de autor y partícipe se fundamentan, respectivamente, en la tenencia y no tenencia del dominio del hecho— implica configurar el Derecho Penal en algo que no tiene existencia valorativa en la realidad jurídica. Pues, a mi juicio, el legislador —en contra de lo que postula la jurisprudencia— no criminaliza como delitos las formas fenomenológicas en que se expresa el comportamiento (*v. gr.*, el dominio del hecho), sino el quebrantamiento de las instituciones normativas que rigen la vida en sociedad, porque solo la transgresión de dichas máximas de convivencia social contienen un mensaje comunicativo atentatorio contra la conciencia jurídica de la sociedad. En pocas palabras, el legislador solo criminaliza la infracción de deberes o normas de comportamiento. A saber, en los denominados delitos comunes o de dominio del hecho, lo que se califica como delito es la infracción de deberes generales negativos, los cuales constituyen la piedra basal del sistema social. En consecuencia, en dichos delitos la autoría y la participación tampoco se fundamentan en la contribución al hecho delictivo con y sin dominio del hecho respectivamente, sino en la infracción de dos deberes generales negativos que son cualitativamente diferentes entre sí. Ello conduce a la negación de los denominados «delitos de dominio del hecho» y a la consecuente afirmación de los aquí denominados «delitos de infracción de deberes generales negativos».

En segundo lugar, resulta muy cuestionable la fusión de categorías del «ser» y del «deber ser» para fundamental la autoría y participación en los

«delitos de infracción de deber». Dicha fusión no es posible dentro de toda metodología científica, sino solo en el marco de la corriente epistemológica realista, la cual emplea el método sintético como forma de construcción científica[20]. Ahora bien, ¿será el caso que las categorías y conceptos desarrollados por la jurisprudencia peruana encarnan la adopción de la epistemología realista como paradigma metodológico de comprensión de las realidades fáctica y normativa cuando esta fundamenta la autoría y la participación en los «delitos de infracción de deberes especiales positivos» tanto en función del dominio del hecho como en la cualidad especial del autor? Si fuese así, todas y cada una de las instituciones desarrolladas por la jurisprudencia tendrían el sello epistemológico del realismo. No obstante, los conceptos y definiciones, etc., desarrollados por la jurisprudencia no se enmarcan únicamente dentro del realismo, sino en diversos paradigmas epistemológicos. Así, por ejemplo, la fundamentación de los «delitos de dominio del hecho» se enmarca dentro del empirismo, toda vez que la categoría utilizada —el dominio del hecho— es un instituto ontológico que solo puede ser aprehendido —medido, cuantificado, etc.— por medio de la observación empírica a través de los sentidos[21]. Por su parte, la valoración del deber especial como único ele-

---

(20) Esta teoría del conocimiento ha sido desarrollada en diferentes épocas de la historia de la filosofía. En la edad antigua se ocuparon con dicha corriente epistemológica ARISTÓTELES y PARMENIDES. En la edad media, el realismo aristotélico fue retomado por SANTO TOMAS DE AQUINO. A comienzos de la edad moderna, dicha teoría del conocimiento fue desarrollada por DESCARTES y PUFENDORF. En el siglo 20, tal corriente epistemológica ha sido desarrollada por HEIDEGGER y NIKOLAI HARTMANN. Para mayor referencia al respecto, *Cfr.* ARISTÓTELES, *Kategorien*; DESCARTES, R. *Die Prinzipien der Philosophie, herausgegeben von Christian Wohlers, 2007*; HARTMANN, N. *Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis*, 2. Aufl. Berlin, 1925; HEIDEGGER, M. *Sein und Zeit*, Tübingen: Niemeyer 19. Auflage, 2006; VON PUFENDORF, S. *De officio hominis et justa legem naturalem*, 1673 (Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur), Frankfurt am Main und Leipzig, 1994; WELZEL, H. *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1986; IDEM: *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935.

(21) Como principales representantes del empirismo se encuentran BACON, BERKELEY, HOBBES, HUME, LOCKE, quienes construyen el conocimiento a partir de la experiencia fáctica. Al respecto, véase: GRIMM, E. *Zur Geschichte des Erkenntnisproblems von Bacon zu Hume*, Leipzig, 1890; KRÜGER, L. *Der Begriff des Empirismus*, Berlin-New York, 1973; PANKNIN, H. *Die transzendentale Bedeutung der Kraft der Erkenntnislehre Lockes und Humes*, Frankfurt am Main, 1992; PFEIL, H. *Der Psychologismus im englischen Empirismus*, Meisenheim am Glan, 1973; SEIDEL, H. *Von Francis Bacon bis*

mento fundamentador de la autoría en los denominados «delitos de infracción de deber (delitos especiales) propios» se subsume en la epistemológica idealista, pues los componentes que estructuran dicho instituto son determinados conforme a patrones valorativos individuales subjetivos —en el caso de Kant(22)— o conforme con valoraciones sociales objetivas en el caso de Hegel(23). En mi opinión, lo expuesto evidencia que la resolución analizada no ha sido elaborada bajo el prisma de un determinado método epistemológico, sino conforme a simples dictados del «razonamiento» acientífico.

En tercer lugar, es muy cuestionable la tesis de la jurisprudencia que afirma que el fundamento del injusto penal de la autoría en los delitos de infracción de deberes especiales positivos radica en la cualidad especial de autor. Al respecto, cabe hacer dos precisiones. En principio, la cualidad especial que posee el *intraneus*, en sí misma, no puede ni debe ser fundamento de responsabilidad penal alguna; porque dicha cualidad *per se* solo expresa el estatus abstracto del *intraneus*, mas no el deber especial positivo específico que vincula al obligado especial con una situación normativa concreta. Por ello, ya en este primer nivel de análisis es necesario afirmar que el presupuesto normativo de la autoría en los delitos de infracción de deber no es —como sostiene la jurisprudencia— la mera cualidad especial abstracta del *intraneus*, sino la existencia de un deber especial positivo concreto. Por otro lado, la simple existencia del deber especial positivo específico que ostenta el obligado especial tampoco fundamenta sin más la autoría en los «delitos de infracción de deberes especiales positivos». El deber especial positivo específico, en sí mismo, no posee significado jurídico-penal, pues solo constituye una competencia del *intraneus* que obliga (o autoriza) a este a realizar un determinado comportamiento, pero nada más. En realidad, lo que fundamenta la autoría en los «delitos de infracción de deberes especiales positivos» es el quebrantamiento del deber especial positivo que compete al *intraneus*.

En cuarto lugar, existe una incompatibilidad insuperable entre la concepción sobre el fundamento de la autoría y la tesis sobre el objeto de

---

Jean-Jacques Rousseau; WELZEL, H., *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim, 1935.

(22) KANT, I.: *Metaphysik der Sitten, Leipzig*, 1838; ÉL MISMO, *Kritik der praktischen Vernunft*, Berlin, 1869; ÉL MISMO, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Leipzig, 1838.

(23) HEGEL, G. F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburg, 1955.

protección; pues, a decir de la jurisprudencia, el bien jurídico tutelado en el delito de colusión ilegal es la asignación eficiente de recursos públicos en las operaciones contractuales llevadas a cabo por el Estado, mientras que la finalidad de proteger dicho objeto sería cautelar la regularidad y corrección en el ejercicio de la función de negociación y protección del patrimonio del Estado(24). Al respecto, se debe precisar dos cuestiones: por un lado, si se acepta —como hace la jurisprudencia— que el bien jurídico protegido es la asignación eficiente de los recursos públicos, entonces, no se puede fundamentar el injusto penal de autor del delito de colusión en la incorrecta (ilegal), colusión del *intraneus* con los *extraneus* para defraudar al Estado. La razón es muy simple: mientras que la «asignación eficiente de los recursos del Estado» es de naturaleza ontológica utilitarista y, por lo tanto, determinable fáctica y cuantitativamente en el mundo del «ser»(25), el carácter incorrecto o ilegal del acuerdo colusorio está vinculado con elementos valorativos que son determinables comprensivamente en el plano del «deber ser»(26). Ahora bien, si dichos institutos son elementos constitutivos de una unidad llamada delito de colusión ilegal, los contenidos de dichas categorías no pueden ser contradictorios entre sí, porque ello conduce a la negación recíproca de ambos conceptos. En consecuencia, en contra de lo que postula la jurisprudencia peruana, o bien el objeto de protección tiene que ser determinado conforme a criterios valorativos, o bien el injusto penal debe ser fundamentado en virtud a criterios ontológicos. Desde mi perspectiva, solo existe una forma de determinar y fundamentar todos los institutos jurídico-penales (*v. gr.*, el objeto de protección y la autoría y participación): esta forma es la configuración valorativa en el plano del «deber ser». Por otro lado, la jurisprudencia peruana confunde la finalidad del tipo penal de colusión ilegal con la función de este, lo cual es expresión de la confusión entre finalidad y función del Derecho Penal,

(24) Resolución N.° 28 del 10 de noviembre de 2010, p. 118.

(25) Sobre la pertenencia de las categorías ontológicas al mundo del ser y la determinación de estas conforme a parámetros cuantitativos avalorativos *vid.* LASK, H. *Philosophie*, 1905; MITTASCH, H. *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939; RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1956; RICKERT, H. *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 1899; SCHWINGE, E. *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, 1930; WINDELBAND, W. *Geschichte und Naturwissenschaft*, 5. Aufl., Straßburg, 1915.

(26) *Loc. cit.*

respectivamente. A saber, mientras la finalidad del Derecho Penal es la conservación de la paz social, la función de este es la garantización de la vigencia de las instituciones que fundamentan no solo la paz social, sino incluso la propia existencia del sistema social. En el plano de la sociología jurídica, las instituciones constitutivas de la función del Derecho Penal son los valores sociales que constituyen la identidad normativa o conciencia jurídica de una determinada sociedad. Por su parte, en el Derecho Penal las instituciones a las cuales está vinculada la función del *Ius Puniendi* están constituidas por los deberes o normas de comportamiento jurídico-penales de naturaleza concreta que subyacen detrás de los textos de los tipos penales de la Parte Especial. Pues bien, en el mismo sentido, la finalidad del tipo penal de colusión ilegal es la conservación y eficiencia del patrimonio del Estado, la cual se determina *ex post*; por su parte, la función de dicho injusto penal es mantener vigente el correcto cumplimiento del deber especial positivo consistente en garantizar la legalidad, la objetividad y la imparcialidad de los procesos de contratación y adquisición de bienes, obras o servicios, etc., al cual están vinculados los funcionarios o servidores públicos competentes en razón de su cargo. La determinación de esta problemática es *ex ante*, por ello, la configuración del injusto penal del delito de colusión (simple y agravada) no requiere la concurrencia del elemento ontológico «perjuicio» o defraudación del patrimonio del Estado, sino solo la infracción del deber especial positivo expuesto anteriormente. El menoscabo del patrimonio del Estado (defraudación patrimonial) solo es necesario para incrementar la pena en la colusión agravada, mas no para fundamentar dicho injusto; es decir, solo es una condición objetiva del incremento de pena. Ello se debe a que el objeto de protección del injusto penal de colusión ilegal —en cualquiera de sus modalidades— no es el patrimonio del Estado en sí mismo, sino el correcto cumplimiento del deber especial positivo respecto de los procesos de contratación, adquisición, concesión, etc.

b. La participación del *extraneus* en el delito de colusión ilegal en la jurisprudencia peruana

En torno al fundamento de la participación de los *extraneus* en el delito de colusión ilegal, la jurisprudencia peruana sostiene que esta se fundamenta en la «contribución esencial de estos en el acuerdo colusorio», sea de forma de determinación (instigación) o en forma de ayuda

(complicidad)[27]. Para ello, la jurisprudencia peruana fundamenta la responsabilidad penal de los *extraneus* como partícipes en el delito de colusión ilegal en los postulados de la teoría ontológica de la «unidad del título de imputación», la cual postula que tanto *intraneus* como *extraneus* responden por el mismo injusto penal cuando estos convergen en la realización de un delito, en este caso, la configuración del delito de colusión ilegal. Sobre lo postulado por el Juzgado cabe precisar tres cuestiones.

En primer lugar, la jurisprudencia, una vez más, recurre a consideraciones de índole ontológica para fundamentar la responsabilidad penal de los sujetos no cualificados, pues lo decisivo, según su criterio, es la contribución material que realizan los *extraneus* a la concertación colusoria. Sobre la inidoneidad de las categorías ontológicas para fundamentar cualquier forma de responsabilidad jurídica —ya me he pronunciado en los epígrafes precedentes—, por lo que en este ítem de la investigación, me eximo de referirme nuevamente a dicho tópico. Además, mi opinión sobre la fundamentación normativa de la autoría y participación en el delito de colusión ilegal la desarrollaré *infra* (III).

En segundo lugar, lo que no puede pasar por alto es la imputación del delito de infracción de deber especial positivo a los *extraneus* que defiende la jurisprudencia peruana cuando los sujetos no cualificados concurren en la realización de dichos injustos. Pues la jurisprudencia imputa a los *extraneus* la participación en los delitos de infracción de deber, pese a que —a decir de la jurisprudencia— estos no infringen el deber especial positivo que está contenido en el tipo penal especial de infracción de deber. La interrogante que surge de dicho contexto es la siguiente: ¿Cómo puede imputarse a los *extraneus* la complicidad en un delito de infracción de deberes especiales positivos cuándo estos no infringen el deber especial positivo que constituye el fundamento del injusto penal? A partir de un razonamiento coherente de las premisas esbozadas por la jurisprudencia, emergen dos respuestas a dicha pregunta. La aceptación de la primera premisa formulada por la jurisprudencia acerca de que los *extraneus*—debido a que estos no poseen la cualidad especial— no infringen el deber especial positivo, conlleva a excluir la imputación del delito de infracción de deber especial positivo en cualquiera de sus formas a los extraneus, pues el comportamiento de estos carecería de

(27) Resolución N.° 28 del 10 de noviembre de 2010, pp. 132-139, 139-148, 163-169, 189, 190.

relevancia penal. En consecuencia, la solución coherente y consistente sería la impunidad de dichos sujetos[28]. Por el contrario, si se acepta la aplicación de la unidad del título imputación a *intraneus* y *extraneus* en virtud de que se sostiene que el injusto penal también es obra de los *extraneus* y, por lo tanto, estos no pueden quedar impunes, entonces, no queda más que aceptar que los *extraneus* también infringen el deber especial positivo, pues solo así se puede defender la idea que el injusto penal especial también es obra de los *extraneus* y que la conducta de estos tienen relevancia jurídico-penal. En mi opinión, el *extraneus* también infringe el deber especial positivo[29]; ahí radica el fundamento de que se le impute el delito de infracción de deber igual que al *intraneus*. Ahora bien, la diferencia radica en que el *extraneus* infringe el deber especial positivo en una forma cualitativamente distinta respecto del *intraneus*. A saber, mientras el *intraneus* infringe el deber que versa «Todo intraneus está obligado a cumplir correctamente el deber especial positivo», el *extraneus* infringe el deber «no contribuir con un intraneus a la infracción de su deber especial positivo». Estas dos formas cualitativamente distintas de infringir el deber especial positivo fundamentan también dos formas distintas de responsabilidad penal: la autoría del *intraneus* y la participación del *extraneus*.

III. POSTURA PERSONAL SOBRE EL FUNDAMENTO Y LA DELIMITACIÓN DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL

3.1. La infracción de deber como fundamento de la autoría y la participación en los «delitos de infracción de deberes especiales positivos»

En concordancia con la línea epistemológica que aquí se defiende[30], considero que, en todos los delitos, tanto el injusto penal de autor como el injusto penal de partícipe se fundamentan en categorías (deberes jurídico-penales o normas de comportamiento) del «deber ser», las cuales son cualitati-

---

(28) Así, MISERÉ. *Die Grundprobleme der Delikte mit strafbegründender besonderer Folge*, Berlin 1997, S. 109; SCHMIDHÄUSER, E. *Strafrecht, Allgemeiner Teil/Lehrbuch*, 2. Aufl., Tübingen, 1975, § 14, Rn. 85 mit Anm. 25.

(29) En sentido similar, SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Op. cit.*, S. 170.

(30) Como ya se ha señalado *supra* (I), la corriente epistemológica adoptada en este trabajo es el idelismo. En consecuencia, la fundamentación y determinación de la relevancia o irrelevancia penal de los comportamientos se realizan a partir de criterios normativos que pertenecen al «deber ser».

vamente distintas entre sí. En tal sentido, el fundamento de la participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos se levanta sobre la infracción de deberes o normas de comportamiento que poseen una naturaleza cualitativa distinta respecto de los deberes o normas de comportamiento cuya infracción fundamenta el injusto penal de los autores (*intraneus*). Estos dos deberes distintos, cuyo quebrantamiento fundamenta, respectivamente, la autoría de los *intraneus* y la participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos, se encuentran regulados tanto en la Parte General como en la Parte Especial de los códigos penales que consagran un sistema dualista de intervención delictiva.

En el Código Penal peruano, los deberes especiales positivos, cuya infracción fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deberes especiales positivos, se encuentran establecidos en el artículo 23 de la Parte General del CP y en cada uno de los tipos penales de la Parte Especial, cuya estructura está constituida por específicos deberes especiales positivos. Sobre el deber especial positivo, cuyo quebrantamiento fundamenta la autoría, el artículo 23 señala que «Todo obligado especial tiene el deber de cumplir correctamente su deber especial positivo de tutela o fomento a la conservación y/o mejora de una institución individual o colectiva». De la misma manera, los tipos penales de infracción de deberes especiales positivos previstos en la Parte Especial —por ejemplo, la colusión ilegal (art. 384 del CP)— en concordancia con el artículo 23 establecen que son autores de dichos delitos solo quienes portan los deberes especiales positivos que subyacen en su estructura típica (*vid. infra* § III.3). Ello deriva de la fórmula cerrada que se utiliza para designar a un círculo determinado de autores, por ejemplo, el «funcionario o servidor público», el «juez» o «fiscal», etc.

Por su parte, los deberes especiales negativos cuya infracción da lugar a la configuración de la participación en los delitos *sub examine* se encuentran consagrados en los artículos 24 y 25 del cuerpo normativo jurídico-penal anteriormente citado. Así, el artículo 24 del CP regula la instigación en los siguientes términos: «El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor». Pues bien, el deber jurídico o norma jurídica de comportamiento que subyace en dicho precepto —y cuya negación fundamenta la instigación de un *extraneus* en un delito de infracción de deberes especiales positivos— versa «todo ciudadano tiene el deber de no determinar a un obligado especial a quebrantar su deber especial

positivo». En el mismo sentido, el artículo 25 del CP consagra la forma de participación delictiva llamada complicidad mediante la siguiente fórmula lingüística: «El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor» **(complicidad primaria)**[31]. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena» **(complicidad secundaria)**[32]. Pues bien, la máxima jurídico-penal que está contenida en esta fórmula legal es: «Todo ciudadano tiene el deber de no contribuir con un obligado especial a infringir su deber especial positivo».

En el contexto descrito, la participación de los *extraneus*—instigación y complicidad— en los delitos de infracción de deberes especiales positivos tiene lugar cuando estos infringen sus respectivos deberes especiales negativos que les adscribe el ordenamiento jurídico-penal. En el caso de la instigación, esta se configura cuando «un *extraneus* dolosamente infringe el deber que le prohíbe despertar la decisión criminal en un *intraneus* para que este quebrante su deber especial positivo». Solo cuando el comportamiento del *extraneus* infringe dicho deber, la conducta de este es calificada como un riesgo jurídico-penal no permitido y, por consiguiente, como participación delictiva punible, a saber, como instigación. En esa misma línea, la complicidad —primaria y secundaria— se fundamenta cuando «un extraneus infringe la máxima jurídico-penal de comportamiento que prohíbe a todos los ciudadanos no cualificados contribuir con un intraneus a menoscabar su deber especial positivo». Ello significa que solo el quebrantamiento de dicho deber adscribe relevancia jurídico-penal prohibida al comportamiento del *extraneus*, en tanto, únicamente, el menoscabo de tal institución expresa una organización antijurídica del *extraneus* de su ámbito de libertad. En consecuencia, solo la infracción de dicho deber constituye complicidad en cualquiera de sus formas (primaria o secundaria).

De lo afirmado se infiere que la configuración de la participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos no se fundamenta en categorías del «ser», sino del «deber ser». Dicho en otros términos, la configuración de la participación de los *extraneus* está vinculada solo con instituciones de naturaleza normativa, porque solo estas encarnan

---

(31) El sombreado es nuestro.

(32) Ibidem.

los valores que rigen en un determinado sistema social y, por lo tanto, son tales instituciones normativas las únicas que adscriben a la organización comunicativa de los ciudadanos una connotación jurídico-penal prohibida o permitida por el Derecho Penal. Por el contrario, los elementos ontológicos como la contribución fáctica esencial, el dominio del hecho, la causalidad, entre otros, quedan excluidos de los elementos que estructuran y fundamentan la participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos. Ello se debe a que en el mundo valorativo del Derecho penal las categorías ontológicas solo son objeto de valoración, mas no parámetros de valoración y mucho menos sujetos de valoración. Como tales, los elementos ontológicos no proporcionan referencia alguna respecto de lo prohibido y permitido por el Derecho Penal.

3.2. El principio de responsabilidad por el propio injusto penal como elemento fundamentador y limitador de la autoría y la participación en los delitos de infracción de deberes especiales positivos

El otro componente central del fundamento de la autoría y participación en los delitos de infracción de deberes especiales positivos es el principio de responsabilidad por el propio injusto, el cual a su vez encuentra su fundamento constitucional en el principio de autodeterminación que está regulado en el artículo 1 de la Constitución Política peruana de 1993; pues dicho precepto constitucional, al prescribir que «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» consagra a la capacidad de autodeterminación como presupuesto fundamental de todo el sistema político-jurídico de la República peruana. Ello significa que sin el reconocimiento de la capacidad de autodeterminación no es posible la existencia de la dignidad humana ni de todas las instituciones que conforman el sistema político-jurídico.

Ahora bien, el principio de libre autodeterminación o autorganización responsable establece dos cuestiones fundamentales. Por un lado, consagra la separación de las esferas de libertad de los ciudadanos, conforme a la cual se garantiza a todos y cada uno de los ciudadanos de que estos administrarán con plena autonomía sus respectivos ámbitos de libertad; lo cual —como se verá *infra*— solo es posible cuando se garantiza a los ciudadanos que sus esferas de libertad no serán menoscabadas en forma arbitraria. Por otro lado, se establece la asunción de la responsabilidad por las consecuencias que de-

rivan del ejercicio de la libertad de organización. Ello se debe a que ni existe (ni puede existir) organización de libertad ilimitada ni libertad de organización, sin asunción de la responsabilidad por las consecuencias que derivan de dicha organización en libertad. La unidad de estos dos ámbitos (organización autónoma del propio ámbito de libertad/responsabilidad por las consecuencias) constituye el denominado «principio de autorresponsabilidad», «principio de responsabilidad por el propio comportamiento» o «principio de responsabilidad por la propia organización», según el cual cada persona es responsable solo por las consecuencias que derivan de su organización defectuosa que es realizada en un marco de libertad(33).

Del principio de «responsabilidad por el propio comportamiento» emana el principio de responsabilidad por el propio injusto penal. Conforme a dicho principio, una persona no es responsable por las consecuencias que pertenecen al defectuoso ámbito de organización de otra persona, sino solo de aquellas consecuencias que emanan directamente de su propia organización defectuosa(34). En el plano de la autoría y la participación delictiva —*v. gr.*, en la autoría y participación en los delitos de infracción de deberes especiales positivos— este principio no solo garantiza la separación de los ámbitos de responsabilidad entre autores (*intraneus*) y partícipes (*extraneus*)(35), sino también fundamenta el correspondiente injusto penal del autor y del partícipe. Con base en dicho principio, cada interviniente en el delito (autor o partícipe) solo es responsable por la lesión del bien jurídico o por la infracción del deber que él mismo ha realizado mediante su organización incorrecta(36), pero no por la lesión de bienes jurídicos o por la infracción de

---

(33) In diesem Sinn hat M. E. MAYER (*Der Kausalzusammenhang*, p. 104) bezüglich des Selbstverantwortungsgrundsatzes festgestellt: «Der Mensch ist dem Recht verantwortlich ... nicht für das, was ein anderer thut, sondern für das, was er thut». Hierfür siehe auch SCHUMANN, H. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, p. 6.

(34) So SCHUMANN, H. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 6.

(35) Über die negative Aufgabe des Verantwortungsgrundsatzes für das eigene Strafunrecht oder «Selbstverantwortungsgrundsatz» vgl. SCHUMANN, H. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, pp. 6, 42; M. E. MAYER. *Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, pp. 104 y ss.

(36) LESCH, H. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Colección de estudios N.° 3, p. 68.

deberes que pertenecen al ámbito de competencia de otros intervinientes[37] en el delito. Ello significa que ni el autor (*intraneus*) es responsable por el injusto del partícipe (*extraneus*) ni el partícipe (*extraneus*) es responsable por el injusto penal del autor (*intraneus*), sino por su propio injusto penal, el cual es configurado mediante la infracción del deber que pertenece a su esfera de competencia[38]. Este principio se encuentra consagrado en los artículos 23, 24 y 25 del CP arriba expuestos, los cuales vinculan el fundamento de los injustos penales de autoría, instigación y complicidad con la infracción de los deberes: «Cumplir correctamente la obligación especial positiva de tutela o fomento a la conservación y/o mejora de una institución individual o colectiva», «no determinar a un obligado especial a incumplir su deber especial positivo» y «no contribuir con un *intraneus* al quebrantamiento de su deber positivo especial», respectivamente.

De la vigencia del principio de responsabilidad por el propio injusto penal en el ámbito de la participación de los *extraneus* en los delitos de infracción de deberes especiales positivos se derivan dos axiomas:

Por un lado, el fundamento del injusto penal del partícipe *extraneus* —sea en la modalidad de instigación, sea en la modalidad de complicidad— radica en el desvalor normativo que adscribe la norma jurídico-penal a la infracción autónoma del correspondiente deber especial negativo realizada por el sujeto no cualificado. Así, por ejemplo, como ya se dijo *supra*, el fundamento normativo del injuto penal de instigación radica en la infracción autónoma por parte del *extraneus* del deber que está contenido en el artículo 24 del CP y los respectivos tipos penales de infracción de deberes especiales de la Parte Especial, el cual prohíbe a todos los ciudadano que «determinen a un *intraneus* a que incumpla su deber especial positivo». Del mismo modo, la configuración del injusto penal de complicidad se fundamenta en la negación del deber especial negativo «no ayudar a un *intraneus* a menoscabar su deber especial positivo», el cual se encuentra establecido en el artículo 25 y en cada tipo penal de infracción de deberes especiales positivos de la Parte Especial.

---

(37) Loc. cit.

(38) Hierfür vgl. KANT, I. *Metaphysik der Sitten* (Einleitung in die Metaphysik der Sitten/ IV), pp. 23 y ss.; ZACZYK, R. *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993, p. 31; E:A. WOLFF. *Die Abgrenzung von Kriminalunrecht*, pp. 137 y ss.; PAWLIK, M. *Person, Subjekt, Bürger*, Berlin, 2004, p. 77; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Op. cit.*, pp. 67 y ss.; LESCH, H. *Op. cit.*, p. 190.

Ello evidencia que el *extraneus* no es —ni debe ser— responsable por el injusto penal del *intraneus*, sino por su propio injusto penal, el cual —como ya ha quedado establecido— tiene lugar cuando este infringe su deber jurídico que el Derecho Penal le adscribe por el simple hecho de vivir en sociedad. De no ser así, sería inconstitucional la imputación del delito de infracción de deber especial positivo al *extraneus* en calidad de partícipe, porque, si este no infringiese su deber por sí mismo, se le imputaría un injusto penal ajeno, lo cual está proscrito por el principio de responsabilidad por el propio injusto penal regulado en el artículo 1 de la Constitución y en los preceptos legales 24 y 25 del CP ya referidos.

Por otro lado, como ya se indicó en el ítem anterior, el *extraneus* no es responsable por las consecuencias lesivas que, pese a no haber infringido su deber especial negativo, están vinculadas causalmente con su ámbito de organización. Ello puede presentarse, entre otros, en los supuestos en que un *intraneus* utiliza la correcta organización del *extraneus* para infringir su propio deber especial positivo, o cuando un *extraneus* —dolosa o imprudentemente— le da sentido delictivo al comportamiento adecuado a Derecho de otro *extraneus*, etc. En dichos supuestos y en otros que presentan la misma naturaleza normativa —cuando el *extraneus* no infringe su deber especial negativo que compete a su ámbito de organización— este quedará impune, pese a que exista un nexo de causalidad o dominio del hecho; pues, en dichos supuestos, el comportamiento del *extraneus* que no infringe su deber carece de relevancia penal.

3.3. Fundamento de la autoría y la participación en el delito colusión agravada

El fundamento de la autoría y la participación en el delito de colusión ilegal (agravada) se circunscribe a la infracción de los respectivos deberes que están contenidos tanto en los artículos 23, 24 y 25 de la Parte General como en el artículo 384 de la Parte Especial del CP. Pues, una interpretación intrasistemática y teleológica de dichos preceptos legales muestra que el tipo penal de colusión ilegal no solo contiene un deber especial positivo (en forma de mandato) que se dirige al *intraneus*, sino también un deber especial negativo (en forma de prohibición) que se dirige al *extraneus* a efectos de que este no coadyuve al menoscabo del deber especial positivo. Esa es la razón jurídico-penal por la que se imputa al *extraneus* el delito de colusión ilegal en calidad de partícipe cuando este determina (a) o contribuye (con) un

funcionario o servidor público a la infracción de su deber especial positivo que lo obliga a salvaguardar la legalidad del desarrollo de los procesos de contratación pública o la correcta ejecución de un contrato respecto de la realización de una obra, prestación de un servicio, etc.

En ese contexto, resulta indispensable identificar o diferenciar el deber especial positivo que compete al *intraneus* —cuya infracción fundamenta la autoría— del deber especial negativo que compete al *extraneus*, cuya infracción fundamenta la participación. En concordancia con la formulación general de los deberes que competen al *intraneus* y al *extraneus* prescritos en los artículos 23, 24 y 25, el tipo penal de colusión (art. 384) también establece los deberes específicos que competen al *intraneus* y al *extraneus* respecto de la colusión simple y la colusión agravada mediante dos fórmulas. La primera (colusión simple) establece que «el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años [...]». La segunda (colusión agravada) prescribe lo siguiente: «El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años [...]».

Pues bien, el deber especial positivo que subyace detrás de dichas fórmulas legales, cuyo quebrantamiento fundamenta la autoría del funcionario o servidor público versa: «El funcionario o servidor público competente, para representar al Estado en un proceso de adquisición o contratación pública de bienes, tiene el deber de garantizar la licitud, transparencia e imparcialidad de dicho proceso a efectos de no defraudar las expectativas normativas del Estado»[39]. De ello se infiere que la configuración de la autoría del delito de

(39) En el mismo sentido, se pronuncia un sector de la jurisprudencia peruana. *Cfr.*, la Ejecutoria Suprema (R. N. N.° 1296-2007-Lima), emitida el 12 de diciembre de 2007. También, una gran parte de la doctrina nacional sigue la tesis aquí defendida; así, por ejemplo, ROJAS VARGAS, F. *Delitos contra la administración de justicia*, 2007, p. 407;

colusión ilegal (art. 384 del CP) tiene lugar cuando el funcionario o servidor público incumple dicho deber que le ha sido adscrito por la ley[40] a efectos de representar correctamente al Estado en la celebración de contratos con particulares; puesto que dicha infracción del deber especial positivo defrauda las expectativas normativas encomendadas a su competencia[41]. Por su parte, el deber especial negativo que se adscribe a la competencia de organización del *extraneus* establece que «el *extraneus* tiene el deber de no contribuir (en forma de determinación o ayuda) con el funcionario o servidor público a infringir el deber especial positivo de garantizar la licitud, transparencia e imparcialidad del proceso de adquisición o contratación pública de bienes **en aras de proteger el patrimonio del Estado**». De este axioma jurídico-penal se derivan dos tesis muy significativas (una de carácter general y otra de índole específica) en torno a la fundamentación de la participación de los *extraneus* en el delito de colusión. La tesis general establece que la participación del *extraneus* en el delito de la colusión ilegal se configura cuando este infringe su deber especial negativo de no contribuir con el funcionario o servidor público al quebrantamiento de su deber especial positivo. Por su parte, la tesis específica que está consagrada en los arts. 24, 25 y 384 del CP sentencia que la instigación y la complicidad —primaria y secundaria— del *extraneus* en el delito de colusión emana de la infracción del deber especial negativo que «prohíbe a los extraneus determinar (art. 24) o ayudar (art. 25) a los funcionarios o servidores públicos a infringir el deber de garantizar la licitud, transparencia e imparcialidad del proceso de adquisición o contratación pública de bienes [...]».

Ello significa, como ya quedó establecido *supra* (II. 1), que no poseen connotación jurídico-penal los comportamientos de los *extraneus* desarrollados en el marco del riesgo permitido. Dicho de otro modo, el *extraneus* no configura el injusto penal de inductor o cómplice —y, por consiguiente, está

SALINAS SICCHA, R. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2014, pp. 273 y ss.

(40) Al respecto, el artículo 1 de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE) refiere que dicho cuerpo legal contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras (D. Leg. N.° 1017, del 3 de junio de 2008); *Cfr.* también el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N.° 184-2008-EF).

(41) En ese sentido, *Cfr.* la Ejecutoria Suprema (R. N. N.° 4098-2009), emitida el 31 de agosto de 2011.

exento de responsabilidad penal— cuando este no quebranta su deber establecido en los artículos 24, 25 y 384 del CP. Tal constelación de casos se presenta cuando entre el comportamiento correcto del *extraneus* y la configuración de la autoría del delito de colusión ilegal, o cuando entre la correcta organización del *extraneus* y la organización defectuosa de otro *extraneus* solo existe un vínculo causal-naturalista, pero no un vínculo normativo. La razón de ello estriba en que, por un lado, las categorías ontológicas como la causalidad, la contribución fáctica mensurable al acuerdo colusorio, etc., no poseen relevancia jurídica para fundamentar el injusto penal de colusión ilegal ni en la modalidad de autoría ni en la modalidad de participación. Por otro lado, los principios normativos que determinan la configuración de los injustos penales garantizan que quien se comporta en forma lícita no es responsable por las consecuencias nocivas que, solo de forma causal, están vinculadas a su comportamiento, pero, en el plano normativo, pertenecen a otras esferas de competencia.

IV. TRATAMIENTO DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE COLUSIÓN ILEGAL EN LA LEGISLACIÓN PENAL BRASILEÑA

4.1. Perspectiva general sobre la regulación de la colusión ilegal

Aunque parezca sorprendente, el Código Penal brasileño (CPb) y otros cuerpos legislativos de Brasil no tipifican como delito de colusión ilegal —en la modalidad de «delito de infracción de deberes especiales positivos» contra la Administración Pública— los acuerdos colusorios ilegales que tienen lugar entre funcionarios (o servidores) públicos y particulares en el contexto de una licitación o subasta públicas, compra de bienes o prestación de servicios por parte del Estado. A saber, los actos colusorios ilegales entre funcionarios públicos (*intraneus*) y sujetos particulares (*extraneus*) que quebrantan las normas jurídicas que protegen el correcto desarrollo de los procesos de licitación y subastas públicas o bien solo constituyen injustos administrativos, o bien se encuentran tipificados como meros delitos comunes o de «infracción de deberes generales negativos», a saber, como delitos comunes contra la libre competencia.

Uno de los cuerpos normativos que regulan los actos colusorios llevados a cabo entre funcionarios públicos y sujetos privados como meros injustos administrativos se encuentra en la Ley N.° 12.846/13. Dicha ley, que entró en vigencia en el año 2014, otorga un tratamiento administrativo no solo a los

actos colusorios ilegales entre funcionarios públicos y privados, sino también a los demás actos de corrupción público-privada. Ello se ve reflejado en el establecimiento de la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas cuando, desde el interior de la empresa, se realizan actos de corrupción que atentan contra la correcta administración pública. Como acertadamente señalan Panseri Ferreira y Buaiz Neto(42), el enfoque administrativo que da el legislador brasileño a dicha problemática se expresa en forma indubitable en las sanciones administrativas y civiles de índole económica que se imponen a las personas jurídicas que financian y promueven dichas conductas empresariales corruptas. Entre otros cuerpos legislativos que regulan los actos referidos colusorios como simples infracciones administrativas se encuentran la Ley N.° 12.529/11 (Ley Antimonopolio), que establece sanciones administrativas cuando se infringen los principios constitucionales que garantizan la libre competencia y la libre iniciativa de empresa; la Ley N.° 8.666/93 (Ley de Licitaciones); la Ley N.° 8.429/92 (Ley que Sanciona a los Funcionarios Públicos en Casos de Enriquecimiento Ilícito), etc.

En el ámbito penal, se encuentra la vigente Ley N.° 12.529/11, la cual tipifica como delito común contra la libre competencia tanto los acuerdos colusorios que tienen lugar entre privados como los acuerdos colusorios celebrados entre funcionarios públicos y particulares. Así, conforme al artículo 36 de la referida Ley, constituyen conductas típicas del delito contra la libre competencia los actos (*v. gr.*, actos colusorios) que están orientados: a) limitar, falsear o perjudicar de cualquier forma la libre competencia o la libre iniciativa (art. 36.I); b) dominar el mercado relevante de bienes o servicios (Art. 36.II); c) aumentar arbitrariamente los beneficios (art. 36.III); d) ejercer de forma abusiva una posición dominante (art. 36.IV). Del mismo modo, constituyen conductas delictivas que atentan contra la libre competencia los actos colusorios (acuerdo, manipulación, etc.) celebrados entre competidores respecto de 1) la fijación de precios de los bienes o servicios que son ofertados individualmente (art. 36.IV, § 3.a); 2) la producción o la comercialización de una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, volumen o frecuencia restringida de servicios (art. 36.IV, § 3.b); 3) la división de partes o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes o servicios,

(42) Vid. Panseri Ferreira, M. /Buaiz Neto, J. A. Publicación sobre el desarrollo de la práctica de Compliance en Latinoamérica. En *Práctica de Compliance en Latinoamérica*, 2015, p. 39.

mediante, entre otros, de la distribución de clientes, proveedores, regiones o periodos (art. 36.IV, § 3.c); 4) los precios, condiciones, beneficios o ausencia de participación en las licitaciones públicas (art. 36.IV, § 3.d).

Ahora bien, los actos colusorios de corrupción entre funcionarios públicos y particulares también se encuentran regulados penalmente en otros cuerpos legislativos. Entre ellas, destacan la Ley N.° 8.666/93 y el vigente Código Penal brasileño de 1984. La Ley N.° 8.666/93 creó la figura jurídico-penal denominada «advocacia administrativa *nos crimis* lilicitatorios» (art. 91), por medio de la cual se criminalizó el directo o indirecto patrocinio de intereses privados ante la administración pública(43). Por su parte, el Código Penal criminaliza en forma indirecta la colusión ilegal entre los funcionarios públicos y los particulares, cuando tipifica como modalidades delictivas de corrupción el «tráfico de influencias nacional» (art. 332(44) del CPb), el «cohecho activo realizado por sujetos privados ante funcionarios nacionales» (art. 333(45) del CPb), el «cohecho activo cometido por particulares ante funcionarios públicos internacionales» (arts. 337-B(46) del CPb), el «tráfico de influencias internacional» (art. 337-C(47) del CPb) y el «cohecho activo internacional cometido por particulares» (337-E(48) del CPb).

---

(43) La sanción prevista para dicha conducta es pena de prisión entre seis meses y dos años, por un lado, y pena de multa, por otro lado.

(44) La conducta típica en el art. 332 del Código Penal de Brasil consiste en solicitar, exigir, cobrar u obtener, para sí o para otro, una ventaja o promesa de ventaja, con el pretexto de influir en el proceder del funcionario público brasileño en el ejercicio de la función.

(45) El art. 333 tipifica el ofrecimiento o promesa de dar una ventaja indebida a un funcionario público brasileño, para que este cumpla, omita o retarde el cumplimiento de sus deberes funcionariales.

(46) El art. 337-B criminaliza la promesa u ofrecimiento de dar directa o indirectamente una ventaja indebida por parte de un privado a un funcionario público extranjero o a una tercera persona para que el funcionario internacional cumpla, omita o retarde el cumplimiento de sus deberes funcionariales, que están relacionados con la transacción comercial internacional.

(47) Este tipo penal criminaliza los supuestos en que cualquier persona solicita, exige, cobra u obtiene, para sí o para otros, directa o indirectamente, ventaja o promesa de ventaja con el pretexto de influir ante el comportamiento de un funcionario público extranjero en el ejercicio de sus funciones que están relacionadas con una transacción comercial internacional.

(48) La conducta típica consiste en prometer, ofrecer o dar, directa o indirectamente, ventajas indebidas a funcionarios públicos extranjeros, o a terceras personas, para deter-

4.2. La problemática de la autoría y la participación en los casos de colusión ilegal

En vista de que la legislación brasilera no tipifica directamente como delito autónomo la colusión ilegal celebrada entre los funcionarios públicos y agentes privados, sino solo de forma indirecta en la medida que dicho acto colusorio constituye un elemento típico de otras figuras delictivas (*v. gr.*, «tráfico de influencias nacional», «cohecho activo realizado por sujetos privados ante funcionarios nacionales», «cohecho activo cometido por particulares ante funcionarios públicos internacionales», «tráfico de influencias internacional», «cohecho activo internacional cometido por particulares», etc.), la configuración de la autoría y la participación se encuentra sujeta tanto a lo dispuesto por los preceptos normativos de la Parte General del Código Penal de 1984 como a lo establecido en cada uno de los tipos penales arriba expuestos, que criminalizan los actos colusorios de corrupción. En lo que sigue, me referiré en forma muy sucinta a dicha problemática.

En torno a las reglas generales de intervención delictiva que contiene el Código Penal brasileño, cabe señalar que este prevé un sistema unitario de autor, toda vez que el artículo 29 del CPb que contiene las reglas generales fundamentales de la intervención delictiva establece que «Quien, de cualquier modo, intervenga en el delito, incurrirá en las penas asignadas a este, en la medida de su culpabilidad [...]». La razón de ello, según GRECO, radica en decisiones político-criminales del legislador brasileño, el cual habría optado por un sistema único de intervención delictiva en virtud de consideraciones pragmáticas del ejercicio judicial que de preferencia dogmática al denominado «sistema unitario de autor»[49]. En tal sentido, conforme a este modelo unitario de intervención delictiva que consagra el Código Penal brasileño (art. 29 del CPb), todos los intervinientes que concurren causalmente en la realización de un determinado injusto penal son considerados como autores de dicho delito; pues no hay una diferenciación entre autores y partícipes que sí existe en el sistema diferenciado de participación delictiva, consagrado en la

---

minarlos a realizar, omitir o retrasar el acto de su cargo relacionado con la transacción comercial internacional.

(49) Así, GRECO, L. A distinção entre autor e participe como problema do legislador. Autoria e participação no Projeto do Código Penal. *Revista Brasileira de Ciencias Criminais*, 2014, N.° 107, p. 16.

mayoría de legislaciones penales comparadas (*v. gr.*, los Códigos Penales de Perú, Alemania, España, etc.). De ello se deriva que todos los intervinientes en el delito, por disposición de la ley (art. 29 del CPb) se encuentran sometidos, en abstracto, a la misma clase (y *quantum*) de pena.

En dicho contexto, la aplicación diferenciada de la pena a los intervinientes en la realización de un delito solo está vinculada a factores concretos preexistentes y concurrentes de naturaleza cuantitativa, mas no a elementos cualitativos abstractos. Ello se encuentra reflejado en los incisos (parágrafos) 1 y 2 del artículo 29 del CPb, los cuales, a partir de consideraciones ontológicas, establecen una disminución y agravación de pena, respectivamente. Así, el inciso 1 del artículo 29 prescribe que la pena puede ser disminuida de un sexto a un tercio a alguno (o a algunos) de los intervinientes en el delito, cuando la intervención de dichos sujetos hubiese sido de menor importancia. Por su parte, el inciso 2 del precepto normativo citado prevé la agravación de la pena hasta la mitad en los supuestos que alguno (o algunos) de los intervinientes quiso participar en un delito menos grave. Finalmente, la desvinculación de la aplicación diferenciada de la pena de consideraciones legislativas abstractas —vinculación de la aplicación diferenciada de la pena con valoraciones judiciales concretas— se expresa en el artículo 30 del CPb, el cual, a partir de dar un trato indiferenciado o unitario a los elementos personales cualitativos que fundamenta el injusto penal, establece que dichos elementos sí se pueden comunicar de unos intervinientes a otros.

Por su parte, los tipos penales que criminalizan indirectamente los actos colusorios ilegales, como ya se dijo *supra*, son injustos penales comunes o de «infracción de deberes generales negativos». En tal sentido, dichos injutos penales pueden ser cometidos por cualquier persona que realiza alguna de las conductas típicas descritas en los tipos penales correspondientes.

Pues bien, de la interpretación sistemática de las reglas generales que regulan la intervención delictiva (arts. 29 y 30 del CPb) y de los tipos penales que criminalizan los actos colusorios (*v. gr.*, art. 36 de la Ley N.° 12.529/11; arts. 332, 333, 337-B, 337-C, 337-E del CPb, etc.) se infiere que, conforme al sistema jurídico-penal brasileño —a diferencia de lo que ocurre en el sistema jurídico-penal peruano, en el cual los *intraneus* responden como autores y los *extraneus* como partícipes— tanto *extraneus* (ciudadanos comunes) como *intraneus* o sujetos cualificados (*v. gr.*, funcionarios públicos brasileños, funcio-

narios públicos extranjeros, etc) responden como autores del respectivo delito en el que intervienen. Con ello, la aplicación diferenciada de la pena a los intervinientes en cualquier delito —y, por ende, a los intervinientes (*intraneus* y *extraneus*) en los delitos que criminalizan los actos colusorios—, conforme a los artículos 29 y 30 del CPb, solo está sujeta a consideraciones cuantitativas concretas que concurren durante la realización del evento delictivo.

LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Fundamentos y consecuencias(*) (**)

Raúl Pariona Arana(***)

SUMARIO: I. Preliminares. **II.** El problema. **III.** Surgimiento y desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber en la ciencia del derecho penal. **IV.** Los delitos de infracción de deber. Concepción personal. 4.1. La infracción del deber especial como criterio de la *autoría*. 4.2. El deber que fundamenta la autoría es un deber *penal* especial. **V.** La consolidación de un nuevo concepto de autor. 5.1. La irrelevancia del dominio del hecho en los delitos de infracción de deber. 5.2. La irrelevancia de la forma de comisión. 5.3. Distinción entre delitos especiales y delitos de infracción de deber. 5.4. Diferencia entre infracción de la norma (general) e infracción de deber (especial). **VI.** Consideraciones finales.

I. PRELIMINARES

La teoría de los delitos de infracción de deber fue fundada por *Claus Roxin* hace cuarenta y tres años y, en la actualidad, se ha impuesto en la doctrina. La jurisprudencia, entre tanto, viene asumiéndola crecientemente, pues

---

(*) El presente artículo es un resumen de la tesis doctoral del profesor Pariona que resume las principales ideas de la investigación: «*Täterschaft und Pflichtverletzung. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten*», sustentada en el año 2009 en la Universidad de Múnich, publicada un año después en idioma alemán por *Nomos. Studien zum Strafrecht*, Bd. 41.

(**) **Abreviaturas utilizadas:** AT: Allgemeiner Teil; BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán); BGH: Bundesgerichtshof (Corte Suprema de la República Federal Alemana); CP: Código Penal peruano; FS: Festschrift; GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht; JuS: Juristische Schulung; LK: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch; MK: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch; NK: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch; StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán); ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtwissenschaft.

(***) Doctor en Derecho por la Universidad de Múnich de Alemania. Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de San Martín de Porres.

se trata de una construcción teórica que permite solucionar con solvencia los problemas de autoría y participación en delitos cuyos tipos penales contienen deberes especiales.

En la ciencia penal alemana, el ulterior desarrollo de la teoría se debe, además de las anotaciones puntuales o breves comentarios observados en la literatura penal, básicamente a dos tesis doctorales que han abordado el tema. La primera de ellas pertenece a Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles[1], discípulo de Günther Jakobs, quien en un excelente trabajo titulado «Pflichtdelikt und Beteiligung» realiza una fundamentación de la teoría de los delitos de infracción de deber a partir de una perspectiva normativista pura. El segundo trabajo es mi tesis doctoral[2] titulada «Täterschaft und Pflichtverletzung», realizada bajo la tutoría de mi maestro Claus Roxin. Mi objetivo fue realizar una fundamentación de la teoría de los delitos de infracción de deber desde una perspectiva funcional materialista.

En la actualidad, la importancia de la teoría de los delitos de infracción de deber es inobjetable, pues ella contribuye decisivamente con la administración de justicia, haciendo de la determinación y delimitación de las formas de intervención una labor racional y justa. Asimismo, coopera con el objetivo de lograr una dogmática penal que ayude a dar soluciones prácticas a los casos concretos.

El presente trabajo no pretende agotar la exposición y discusión de todos los tópicos de la teoría (el espacio asignado resulta insuficiente para esta empresa). Mi objetivo es, más bien, presentar y fundamentar mi propia concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber.

II. EL PROBLEMA

La problemática en torno a la teoría de los delitos de infracción de deber está estrictamente vinculada a la *determinación* y *delimitación* de las formas de intervención en los delitos cuya estructura típica presupone un deber especial en el autor; por ejemplo, el delito de administración infiel de

(1) Ver SÁNCHEZ-VERA Pflichtdelikt und Beteiligung - Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, Berlín (Alemania), 1999.

(2) Ver PARIONA Täterschaft und Pflichtverletzung - Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abgrenzung der Beteiligungsformen bei Begehungs- und Unterlassungsdelikten, Baden-Baden (Alemania), 2010.

patrimonio de propósito exclusivo (art. 213-A del CP), los delitos cometidos por funcionarios públicos (arts. 387 y ss., arts. 393 y ss. del CP) o los delitos de omisión. La cuestión puede ser planteada del siguiente modo: ¿cómo distinguir entre autores y partícipes en este tipo de delitos? La respuesta supone el hallazgo y la fundamentación de un criterio que permita identificar al autor del suceso delictivo y trazar una línea demarcatoria entre autores y partícipes en los tipos penales que presuponen (normativamente) un deber jurídico especial para el autor (distinto al deber general que compete a todos los ciudadanos).

Abordar este problema es mucho más difícil en aquellos casos donde existe una intervención conjunta de personas especialmente obligadas *(intranei)* y personas no obligadas *(extranei)*. En este ámbito, la problemática del agente doloso no cualificado es especialmente relevante, como ya lo observaron Merkel(3) en 1889 y Nagler(4) en 1903. Aquí, resulta paradigmática la cuestión referida a la delimitación entre autores y partícipes en los delitos de corrupción de funcionarios públicos. Por ejemplo, cuando un juez que conoce una causa pide a su amigo (no funcionario) que solicite una dádiva a una de las partes para favorecerlo en la sentencia. Ocurre lo mismo en los delitos que suponen una especial confianza para la gestión de un patrimonio, como el fraude en la administración de patrimonio de propósito exclusivo (art. 213-A del CP) o la apropiación ilícita (art. 190 del CP). Aquí, puede citarse como ejemplo el caso en el que el administrador del patrimonio solicita a un tercero que se apropie del patrimonio para luego repartirse el botín. En Alemania, actualmente esta discusión se presenta sobre todo en la solución de los problemas de autoría y participación en el delito de administración infiel del § 266 del StGB, en el caso del administrador de un patrimonio (*intraneus*) quien instiga a un particular no cualificado (*extraneus*) a la apropiación del patrimonio confiado a él.

En estos casos, ha sido siempre problemático distinguir entre autores y partícipes. La autoría del *intraneus* no es evidente, pues esta no toma parte en la ejecución externa del hecho. Tampoco es clara la autoría del *extraneus*, ya que este no tiene la cualificación exigida para la autoría. En la doctrina, el

(3) MERKEL. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, p. 141.

(4) NAGLER. *Die Teilnahme am Sonderverbrechen* – Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme, 1903, pp. 69 y ss.

pensamiento *monista* basado en la *teoría del dominio del hecho* no ha ofrecido hasta ahora una solución convincente. Por el contrario, una aplicación consecuente de sus postulados no solo lleva a la impunidad del «hombre de atrás» *intraneus*, sino también a la del «hombre de adelante» *extraneus*. El *intraneus* no podría ser autor porque en los casos descritos carece de un dominio real del hecho. Así, por ejemplo, en el caso del juez cohechador planteado *supra*, el dominio del evento criminal lo tiene más bien el *extraneus* que solicita la dádiva o, en el caso del delito de administración infiel, el agente no cualificado que sustrae los bienes de la masa patrimonial que el «factor fiduciario» (administrador) tiene bajo su cuidado. Pero, de la impunidad del *intraneus* no puede derivarse, sin más, la autoría del *extraneus*, pues para esto sería necesaria la especial cualificación exigida por el tipo penal. Incluso un intento menos pretencioso como es el de responsabilizar al *extraneus* a título de cómplice, está destinado al fracaso desde que el principio de accesoriedad impone como condición para la relevancia punible de la participación, la existencia de una autoría que es precisamente lo que aquí no existe. ¡Los resultados de la teoría del dominio del hecho en el tratamiento de la problemática de la autoría y participación en delitos cuya estructura típica supone deberes especiales para el autor son dogmáticamente inaceptables!

Es recién con la teoría de los delitos de infracción de deber que esta problemática encuentra una solución clara y convincente. Según los postulados de aquella, el hombre de atrás *intraneus* es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante *extraneus* es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría. Aquí, por supuesto, no juega ningún rol el dominio del hecho.

De aquello se puede concluir correctamente que el *intraneus* es autor mediato, puesto que lo que hace es realizar la acción típica «a través de otro» infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el «dominio del hecho», el *extraneus* es solo un cómplice; él no puede ser autor porque no está vinculado con el deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo. Este planteamiento, que aquí se señala resumidamente, es la contribución más importante de la teoría de los delitos de infracción de deber a la ciencia del derecho penal: haber ofrecido una solución clara para este «eterno» e «irresoluble» problema.

III. SURGIMIENTO Y DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

La teoría de los delitos de infracción de deber fue creada por Claus Roxin. En 1963, en su libro *Autoría y dominio del hecho*, él desarrolló la infracción de deber como criterio para la determinación y delimitación de la autoría(5).

Según la concepción de *Roxin*, el autor es la figura central en la realización de la acción típica. El partícipe es, en cambio, solo una figura accesoria que contribuye al hecho del autor mediante una intervención motivacional o ayudándolo. Aquí, el concepto de «figura central» se concretiza en tres criterios diferentes: En primer lugar, en el «dominio del hecho», que es el criterio decisivo para la autoría en la mayoría de los delitos. Autor del delito será aquí quien *domina* el evento que lleva a la realización del delito; si bien el partícipe interviene (e influye) en el suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito (*delitos de dominio*). En segundo lugar, en la «ejecución de propia mano». La legislación penal ha previsto delitos en los que solo puede tenerse como figura central de la realización del delito a quien realiza el tipo penal de propia mano; luego, aquí el elemento decisivo es la intervención directa en la realización material del delito (*delitos de propia mano*). Finalmente —repárese en esto—, el concepto superior de «figura central» se concretiza en el criterio de la «infracción del deber». En la ley penal existe un tercer grupo de delitos, cuya autoría solo puede recaer en quien ha infringido un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas (delitos de infracción de deber)(6).

Según la teoría de los delitos de infracción de deber de *Roxin*, la figura central del evento criminal en el que intervienen varias personas será quien lesiona el *deber especial previo al tipo* y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado(7). Así por ejemplo, el funcionario público que instiga a un tercero que no tiene esta condición a realizar el

---

(5) ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963. El trabajo ha alcanzado una octava edición (2006).

(6) ROXIN (nota 5), pp. 352 y ss.; IDEM, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, p. 17; el mismo, AT II § 25, n. marg. 14.

(7) *Cfr.* ROXIN AT II § 25, n. marg. 268.

resultado típico previsto por el § 348, párrafo 1 del StGB, es autor del delito de falsificación de documentos cometido por funcionario público, pese a no haber tenido el dominio del hecho. Esto es así porque el agente ha lesionado el bien jurídico contenido en el tipo a través de la infracción del deber especial extrapenal a cuya observancia estaba obligado. En cambio, el *extraneus* es solamente un cómplice del autor, pues aunque tiene el dominio sobre la acción y según las reglas del domino del hecho sería autor; sin embargo, no tiene ningún deber especial[8].

La característica distintiva de la teoría de los delitos de infracción de deber de *Roxin* es la naturaleza del deber especial, cuya infracción convierte en autor al obligado especial. Según su opinión, lo que fundamenta la autoría *no es el deber general* que surge del tipo penal, cuya «infracción provoca la sanción prevista en el tipo»[9], sino un *deber especial* que no recae en todas las personas. Para *Roxin*, este es un deber *extrapenal*. Los deberes especiales están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y se originan en otros ámbitos del Derecho como, por ejemplo, los deberes del funcionario público (Derecho público), los deberes de reserva o secreto de ciertas profesiones o los deberes de fidelidad en la administración de patrimonios ajenos (Derecho civil). En ese sentido, los «especialmente obligados se distinguen entre los demás intervinientes por la relación especial que guardan con el contenido del injusto del hecho y que el legislador solamente por esta posición de deber le considera la figura central de evento y con ello como autor»[10].

En la dogmática del derecho penal, la teoría de los delitos de infracción de deber se ha posicionado y hoy es objeto de intensa discusión. Un amplio sector de la doctrina la ha asumido y, en parte, ha continuado desarrollándola. Particular es el caso de *Jakobs*, quien ha asumido la teoría integrándola a su propio sistema[11] bajo una concepción normativa pura del derecho penal. En esta misma línea, Sánchez-Vera, discípulo de *Jakobs*, ha logrado sistematizar

---

(8) ROXIN (nota 5) p. 361; IDEM. AT II § 25, n. marg. 271 ss.

(9) ROXIN (nota 5) p. 354; LK-Roxin § 25, n. marg. 37.

(10) ROXIN (nota 5) p. 354.

(11) *Cfr.* JAKOBS, AT, 21/116, 119; IDEM. *Tun und Unterlassen*, p. 31, nota 72. El desarrollo teórico que lleva adelante Jakobs va en una dirección distinta a la de Roxin; ello es subrayado por sus discípulos *Lesch*, GA 1994, p. 126; IDEM. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 130-131, y SÁNCHEZ-VERA, (nota 1) pp. 29 y ss., pp. 34 y ss.

una concepción normativa pura de los delitos de infracción de deber en una obra dedicada al tema. Sin embargo, los postulados dogmáticos y las consecuencias prácticas de esta corriente normativa son muy discutibles. De los aspectos críticos de esta concepción normativa, en el presente trabajo solo pondré de relieve el siguiente: la perspectiva metodológica de considerar la teoría de los delitos de infracción de deber como una teoría de la imputación del injusto y no como una teoría cuyo objetivo es solucionar los problemas de autoría y participación, es criticable. No es posible sostener —como veremos más adelante— que la infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico penal.

En la actualidad, la teoría de los delitos de infracción de deber se ha consolidado científicamente. Sin embargo, en la actualidad aún existen algunas críticas contra sus postulados. Puede mencionarse, como ejemplo, la objeción que señala que no sería plausible recurrir a deberes especiales extrapenales para la fundamentación de la autoría penal(12). Las críticas ponen de relieve que el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber no ha concluido y que es todavía una tarea pendiente para la ciencia del derecho penal.

IV. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER. CONCEPCIÓN PERSONAL

4.1. La infracción del deber especial como criterio de la *autoría*

La primera idea sobre la cual gira mi concepción de los delitos de infracción de deber puede expresarse del siguiente modo: la infracción del deber especial fundamenta la autoría y no el injusto. En tal sentido, la infracción del deber constituye el *criterio* dogmático por excelencia para determinar y delimitar la *autoría* en los delitos que suponen la existencia de un deber especial(13).

Sin embargo, entre los partidarios de la teoría existen algunas voces discrepantes que defienden la tesis de que la infracción del deber no solo fundamenta la autoría, sino también el injusto, esto es, que constituye la razón de

(12) LK-SCHÜNEMANN § 14, n. marg. 17.

(13) Este postulado se basa en la opinión original de Roxin, según la cual la infracción del deber sería *criterio de autoría*, *Cfr.* ROXIN (nota 5) p. 385; p. 739, nota 752.

la punición del comportamiento[14]. Esta es la postura defendida por *Jakobs* y algunos de sus discípulos. Para esta corriente doctrinaria, la inobservancia de los deberes especiales (deberes en virtud de competencia institucional) sería el fundamento de la responsabilidad penal. Para esta concepción, la razón de la imputación sería la infracción de deber, la que llevaría consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una «institución» positiva fundamentaría siempre la punibilidad del autor[15]. En suma, en la infracción del deber radicaría el fundamento de la imputación jurídico-penal.

La concepción de esta corriente doctrinaria no convence porque funde dos planos analíticos distintos lo que trae como consecuencia un resultado nada trivial: la puesta en cuestión del orden sistemático. En efecto, se confunde la teoría de la autoría y la participación, cuyo objetivo es la búsqueda del *criterio* o *criterios* que permitan determinar y delimitar las distintas formas de intervención en el delito, con la teoría del injusto, que tiene por finalidad determinar el *fundamento* general de la imputación jurídico-penal.

En la discusión dogmática, la «infracción del deber» surge, superando a los criterios subjetivos (teoría de la voluntad y teoría de los intereses) y al dominio del hecho, como *criterio* para determinar y delimitar a autores de partícipes en delitos cuyos tipos penales suponen deberes especiales. Luego, la «teoría de los delitos de infracción de deber» es un modelo explicativo de la problemática de la intervención en el delito; con ello queda claro que el mencionado criterio y la teoría que la sustenta no pretende entonces explicar o solucionar la problemática del injusto. Consecuentemente, solo constituye un fundamento para la autoría y en ningún caso la razón de la punición.

Pero, incluso en el propio ámbito de la teoría del injusto, la concepción de la infracción del deber como fundamento del injusto no puede ser compartida. La punibilidad no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber porque aquella requiere también un contenido material definido por la afectación del bien jurídico protegido por la norma. Entonces, el fundamento de punición no solo radica en la infracción de un mandato normativo, sino también —y, necesariamente— en la realización de un daño social. Por

(14) En este sentido SÁNCHEZ-VERA (nota 1), pp. 180 y ss., quien ha hecho de esta conclusión la base de su concepción. *Cfr.* También JAKOBS AT 2/2.

(15) SÁNCHEZ-VERA (nota 1), p. 199.

consiguiente, todo injusto penal presupone una lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente protegido. Así, por ejemplo, el prevaricato tiene que ser entendido —contrariamente a la concepción de Jakobs[16]— no como simple infracción del deber, sino también como afectación del bien jurídico administración de justicia[17].

4.2. El deber que fundamenta la autoría es un deber penal especial

La segunda idea en torno a la cual gira mi concepción de la teoría de los delitos de infracción de deber puede expresarse de la siguiente forma: los deberes que fundamentan la autoría tienen naturaleza penal. Este fundamento es producto de la construcción teórica que desarrollo, donde hago útil y fructífera la «doctrina de la autonomía del derecho penal en la formación de conceptos» para dar solución a los problemas de autoría y participación, más concretamente, para resolver la problemática de la determinación y delimitación de la formas de intervención en los delitos de infracción de deber.

Según la teoría de los delitos de infracción de deber, el criterio para la determinación y delimitación de las formas de participación es la infracción del deber. Cada delito de esta clase supone en el agente un deber especial cuya infracción, precisamente, permite atribuirle el delito como autor. Sin embargo, este deber no puede confundirse con el deber general contenido en cada tipo penal, esto es, con el deber de «no cometer delitos» y, con ello, de «no afectar ningún bien jurídico ajeno». No se trata, por consiguiente, de aquel deber cuya infracción constituye el fundamento de la punición (conjuntamente con la afectación del bien jurídico), sino más bien de otro deber; un deber especial contenido en determinados tipos penales y cuya utilidad dogmática es relevante en el ámbito de la autoría y la participación.

Desde el surgimiento de los delitos de infracción de deber, Roxin ha considerado que estos deberes son extrapenales. Según su concepción, los deberes especiales no son aquellos que surgen de la norma penal (cuya inobservancia provoca la sanción prevista por el tipo), sino más bien deberes extrapenales como los deberes de función de Derecho público o los de fidelidad

(16) JAKOBS FS Jakobs, 2003 (Bogotá), 43.

(17) ROXIN AT I § 2, n. marg. 113.

del derecho civil, que son necesarios para la configuración típica[18]. Autor sería quien lesione el deber especial extrapenal que está detrás del tipo.

La concepción de los delitos de infracción de deber defendida en el presente artículo, se aparta de la concepción de *Roxin*. En mi opinión, los deberes que fundamentan la autoría son *deberes penales*.

En consecuencia, debe subrayarse, en primer lugar, que no se trata de deberes *extrajurídicos*. La autoría no puede fundamentarse en estructuras extrajurídicas, ya sean ontológicas, sociales, éticas o filosóficas[19]. Eso no significa, por cierto, que los deberes no tengan como substrato tales entidades prejurídicas, pues los deberes son también una expresión de valores y representaciones sociales y éticas. Sin embargo, los deberes extrajurídicos carecen de un significado directo para la dogmática del derecho penal y solo adquieren relevancia con su reconocimiento por el ordenamiento jurídico[20].

Pero, la concepción aquí defendida también postula que los deberes especiales no pueden tener un carácter extrapenal. No pretendo negar el significado social de los deberes jurídicos de otros ámbitos jurídicos. Estos regulan (con consecuencias jurídicas) las relaciones entre una persona y un bien, pero de su infracción no se derivan consecuencias penales. Solo cuando dichos deberes son recogidos y transformados por los tipos penales es que adquieren relevancia para el derecho penal. Esto es así porque el derecho penal solo puede trabajar con conceptos penales.

Desde otra perspectiva, esto significa que los deberes especiales tienen como substrato una relación especial entre la persona y el bien jurídico; por ejemplo, la relación entre el administrador y el patrimonio que se le confía o la que existe entre el funcionario público y el Estado. Estas relaciones entre las personas y los bienes jurídicos son aseguradas de diversas maneras por el

---

(18) ROXIN (nota 5), p. 354 ss.; LK-Roxin § 25, n. marg. 37.

(19) Los deberes éticos no fundamentan ningún deber jurídico penal, *Cfr.* VOGEL. *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 125; SK-RUDOLPHI § 13, n. marg. 19; SAX JZ 1975, 139; STRATENWERTH/KUHLEN. AT I § 13 n. marg. 37; KÜHL § 18, n. marg. 41; Sch/Sch/*Stree* § 13, n. marg. 7; WESSELS/BEULKE AT § 16, n. marg. 717. Según el BGH, los mandatos de buenas costumbres puros (rein sittlichen Gebote) no tienen relevancia jurídico penal, BGHSt 7, 271; BGHSt 30, 393.

(20) *Cfr.* STEIN Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, pp. 209 y ss.

derecho teniendo en cuenta el fin particular de cada ámbito jurídico. Así, por ejemplo, la protección del patrimonio se realiza de distintas maneras dependiendo de si es efectuada por el derecho civil o el derecho público. El primero tiene como objetivo la seguridad del tráfico jurídico; el segundo, la paz social. El aseguramiento de esta relación a través del derecho penal hace surgir deberes penales cuyo objetivo y contenido es la protección completa y amplia del bien[21], independientemente de consideraciones extrapenales.

Por lo tanto, aquellos deberes originados en otro ámbito (sea en un ámbito extrajurídico como, por ejemplo, la moral o, en un ámbito extrapenal, como el derecho civil), tienen significado para el derecho penal únicamente cuando son sometidos a una «adecuación» a un concepto jurídico penal, es decir, cuando son transformados. Consecuentemente, términos como «ley», «cosa», «daño» e «institución» tienen que ser adecuados a la Teoría del derecho penal para que puedan constituirse en elementos del discurso penal, esto es, para que se conviertan en conceptos jurídico-penales[22].

La autonomía en la formación de conceptos del derecho penal puede observarse claramente en el concepto de causalidad. Como ya se ha constatado, los conceptos de las ciencias naturales solo son obligatorios para el derecho penal cuando han experimentado una adaptación. Si bien el derecho penal puede servirse de los resultados de las ciencias naturales para la constatación de la causalidad, aquellas no pueden ofrecer soluciones predeterminadas y completas para las cuestiones penales; pues, por ejemplo, en el caso de la causalidad esta se presenta de modo distinto para el penalista y el físico[23].

También, el concepto de «cosa» grafica claramente la referida autonomía. ¿Debe regir completamente para el derecho penal el concepto de «cosa» del derecho civil, esto es, con su contenido y significado original? En mi opinión, una solución dogmáticamente correcta debe llevar a la conclusión de

---

(21) Los otros tienen solamente el deber de no dañar el bien. Los especialmente obligados, por el contrario, tiene un deber «especial» frente al bien, a saber, no solamente de no dañar el bien, sino también el deber de proteger el bien.

(22) *Cfr.* FAHL Jura, 2005, 274; GRAUL JuS, 2000, 215; GROPP JuS, 99, 1041; KÜPER JZ, 1993, 435; SCHLÜCHTER JuS, 1993, 19.

(23) PUPPE, ZStW 92 (1980), pp. 864 y ss.

que el derecho penal debe seguir sus propios conceptos y, consecuentemente, debe elaborar una propia definición de *cosa*: «Lo que se debe entender por cosa y cosa corporal, solo lo puede decidir la interpretación de la ley penal», y esto ocurre «independientemente de las definiciones de cosa en el ordenamiento jurídico de derecho privado»(24). Por ejemplo, la doctrina considera unánimemente la lesión en la integridad corporal de un animal como un delito de daños. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho civil los animales no son cosas (§ 90a del BGB). Pero, muy a pesar de esto, el derecho penal considera a los animales como «cosas» y, por ello, subsume las lesiones que se les ocasionan en el tipo penal de daños (§ 303 del StGB)(25).

Esta ostensible autonomía en la formación de los conceptos penales que había acompañado a la ciencia(26) fue reforzada y consolidada por el Tribunal del Imperio alemán en 1899, cuando señaló que los conceptos jurídico penales «solo pueden ser extraídos de las *leyes penales* vigentes»(27). Esta doctrina es actualmente defendida también por el Tribunal Supremo alemán *(Bundesgerichtshof)*. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal señala expresamente que: «[...] no comparte la opinión, según la cual un deber de fidelidad penal se funda sobre una base de carácter jurídico civil», «en la jurisprudencia se reconoce que deberes u obligaciones de carácter civil no fundamentan una relación de fidelidad en el sentido del § 266 del StGB»; pues «no es objetivo de esta prescripción normativa sancionar con pena por el *delito de infidelidad* la

(24) RGSt 32, 165 (179).

(25) El tratamiento de los animales como cosas no se apoya en el pensamiento de que aquí existe (excepcionalmente) una analogía (NK-*Kindhäuser* § 242, n. marg. 7); también la prescripción jurídico civil del § 90a BGB es aquí irrelevante (*Cfr.* LACKNER/KÜHL § 242, n. marg. 2), pues el derecho penal construye sus propios conceptos, *Cfr.* Además FAHL Jura 2005, 274. KÜPER, BT, p. 255, anota: «Según el Código civil, los animales no son cosas. Sin embargo en el derecho penal se ha impuesto la concepción, según la cual los animales como «objetos corporales» son cosas: Autonomía del concepto de cosa *penal*; Validez del § 90a BGB solo para el derecho civil.

(26) *Cfr.* solo FAUST Zur möglichen Untreuestrafbarkeit im Zusammenhang mit Parteispenden, 2006, p. 68; STRATENWERTH/KUHLEN AT I § 13, n. marg. 22; FAHL, Jura 2005, 274; DIESSNER. *Die Unterlassungsstrafbarkeit der Kinder- und Jugendhilfe bei familiärer Kindeswohlgefährdung*, 2008, p. 213; GROPP JuS 99, 1041; HERZBERG. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 336; NIKOLAUS, JA 2005, 609.

(27) RGSt 32, 165 (179).

infracción de deberes u obligaciones de prestaciones o contraprestación que se basan en la buena fe»[28].

La autonomía de los conceptos jurídico penales se puede constatar también en el marco de la discusión acerca de la fundamentación de los deberes de garante en el ámbito de los delitos de omisión. Según la concepción aquí defendida, los deberes extrapenales no pueden fundamentar deberes de garante. Los criterios materiales se basan en construcciones penales cuyo punto de partida es el tipo penal. La lesión de deberes extrapenales no genera sin más consecuencias penales[29]. Así, por ejemplo, no es lógico ni defendible que una niñera que infringe su deber de supervisión y no impide con ello la muerte del niño cuyo cuidado le ha sido confiado, deba permanecer exenta de castigo solamente porque el contrato firmado entre ella y los padres mediante el cual asumió el cuidado del niño fue declarado civilmente nulo por razones formales[30]. Esta solución sería defendible solo si la fundamentación de la autoría considerara también los deberes especiales existentes fuera del derecho penal.

Sin embargo, para la fundamentación de la autoría en el ámbito del derecho penal no son vinculantes los deberes extrapenales. Esto quiere decir que para la determinación de un deber especial que fundamente la autoría es necesario una formación autónoma de conceptos, a saber, una formación de conceptos penales. Así, las contingencias que provengan de otros ámbitos jurídicos no afectarán las especiales finalidades del derecho penal. Esto se puede observar claramente en el ejemplo de la niñera, visto desde la perspectiva aquí planteada, la nulidad del contrato civil mencionado no afectará la responsabilidad penal de la persona que tiene a cargo el cuidado del niño.

---

(28) BGHSt 28, 23. FERNER BGHSt 1, 186 (188); BGHSt 22, 190 (191); BGHSt 5, 187; BGHSt 6, 314 (317).

(29) GRÜNEWALD. *Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?* 2001, pp. 124 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN AT I § 13, n. marg. 24; NK-*Wohlers* § 13, n. marg. 31; Otto/*Brammsen* Jura 1985, 532 ss.; LK-WEIGEND § 13, n. marg. 21; WESSELS/BEULKE AT § 17, n. marg. 717; SANGENSTEDT. *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, 1989, pp. 181 y ss.

(30) NK-*Wohlers* § 13, n. marg. 31; LK-WEIGEND § 13, n. marg. 21. Ferner *Böhm* Garantenpflichten aus familiären Beziehungen – Zur Deutung des § 13 Abs. 1 StGB als Blankettvorschrift, 2006, p. 51 ss.; SEIBERT. *Die Garantenpflichten beim Betrug*, 2007, pp. 123 y ss.

La niñera tiene un deber especial penal de cuidado, de impedir resultados dañosos para el bien jurídico, en suma, tiene una posición de garante. Los deberes jurídico-civiles se basan en especiales consideraciones de política social o política económica y, por ello, no pueden ser trasladados automáticamente hacia el derecho penal(31).

Sobre la base de lo expuesto puede concluirse preliminarmente que el derecho penal es autónomo en la elaboración conceptual de los deberes especiales. Los conceptos provenientes de otros ámbitos jurídicos (donde se incluyen los deberes) no vinculan directamente al derecho penal, cuando no se han adecuado a su contenido y sentido. Los deberes penales (entre los que se encuentran los que fundamentan la autoría) solo pueden ser extraídos de las prescripciones penales. Esto también resulta válido para los delitos de omisión. De esto se sigue que los deberes de evitación del resultado son deberes penales, pues la infracción de deberes u obligaciones de carácter civil no basta para la imposición de consecuencias penales. Para la determinación de deberes jurídico-civiles puede ser relevante la seguridad jurídica civil o el tráfico jurídico; sin embargo, para el derecho penal esto permanece fuera de su ámbito de consideración(32). Por consiguiente, los deberes jurídicos de otros ámbitos de regulación no se extienden automáticamente al derecho penal(33). Antes bien, solo los deberes jurídico penales, es decir, aquellos que emergen de la interpretación de prescripciones penales, poseen relevancia penal. En consecuencia, tanto aquellos deberes que fundamentan la punibilidad (junto con la afectación del bien jurídico) como aquellos que determinan la autoría (más exactamente, aquellos cuya infracción no fundamenta la punibilidad sino la autoría) son de naturaleza penal.

V. LA CONSOLIDACIÓN DE UN NUEVO CONCEPTO DE AUTOR

El desarrollo de una teoría de los delitos de infracción de deber sobre la base de estas dos ideas expuestas ayuda a plasmar un modelo teórico coherente y consistente. En adelante, deberá entenderse a los delitos de infracción

(31) GRÜNEWALD (nota 30), pp. 124 y ss.; DIESSNER (nota 27) p. 213; v. COELLN DAS. «rechtliche Einstehenmüssen» beim unechten Unterlassungsdelikt - Die Emanzipation der Garantenstellung von einzelnen Fallgruppen, 2007, p. 90; FAUST (nota 27), p. 68.

(32) FAUST (nota 27) p. 68; STRATENWERTH/KUHLEN AT I § 13, n. marg. 22.

(33) HERZBERG (nota 27) p. 336. Además, NIKOLAUS JA 2005, 609; DIESSNER (nota 27), p. 213.

de deber como aquellos en los cuales la figura central del evento criminal se encuentra vinculado por un deber especial de carácter penal. Consecuentemente, el *criterio* para la determinación y delimitación de la autoría y participación en estos delitos será la infracción del deber especial de carácter penal. Autor será quien infringe el deber especial penal, partícipe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial.

Mi concepción de los delitos de infracción de deber trae consigo un nuevo concepto de autor, el cual contribuye decisivamente a la explicación dogmática de la cuestión de la determinación y delimitación de las formas de intervención en los tipos que presuponen una posición de deber del autor (delitos de infracción de deber). En el caso del juez que encarga a un tercero solicitar una ventaja económica a una de las partes que intervienen en el proceso para favorecerla con su decisión, no es el juez, sino más bien el tercero quien tiene el dominio del hecho del evento delictivo, pues solo este tiene en sus manos la manera en la que realizará el pedido, sea a través de una conversación personal con el litigante, por medio de una carta, por teléfono o de otra manera. Igualmente, también el desplazamiento del patrimonio está solo en sus manos. Sin embargo, pese a ello, el tercero no puede ser autor del delito cometido (corrupción, según el art. 393 del CP, § 332 del StGB); pues, a pesar de tener el dominio del hecho, carece del deber especial de carácter penal —deber de garantizar la corrección del ejercicio de las funciones y con eso su protección frente a la venta de la función pública y a la venalidad de los empleados[34]— y, por consiguiente, no lo puede lesionar. Por el contrario, que el juez carezca del dominio del hecho no lo exime de ser la figura central del evento criminal, pues él, poseedor de un deber especial, lo ha infringido. Por lo tanto, en el ejemplo planteado, el juez es el autor por haber infringido su deber especial de carácter penal y el tercero es solo un cómplice.

5.1. La irrelevancia del dominio del hecho en los delitos de infracción de deber

El ejemplo planteado *supra* confirma que para la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber no se necesita recurrir más al dominio del hecho. La autoría se funda exclusivamente en la infracción del

(34) *Cfr.* MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD BT II § 79, n. marg. 9; GÖSSEL/DÖLLING BT I § 75, n. marg. 1 ss., 20 ss.; MK-KORTE § 332, n. marg. 2 ss.; ARZT/WEBER BT § 49, n. marg. 1 ss., 16 y ss.

deber penal especial. A pesar de que el juez no tiene el dominio del hecho, solo él es el autor, pues él infringe el deber especial de carácter penal; el tercero, por el contrario, es solo un cómplice, pues interviene en el hecho sin tener un deber especial.

Pero los casos de intervención de los especialmente obligados no se limitan únicamente a una intervención sin dominio del hecho. Se observa también grupos de casos en los cuales el especialmente obligado actúa dominando el hecho criminal e infringiendo su deber especial. Basta mencionar como ejemplo el caso del administrador del patrimonio que conjuntamente con un *extraneus* afecta el patrimonio confiado, perpetrando una apropiación conjunta (activa) de este (art. 213-A CP, § 266 StGB). Aquí, el obligado especial no solo tiene el (co)dominio del evento delictivo, sino que al mismo tiempo infringe también el deber legal especial que recae sobre él. Pero, también en este caso la autoría es fundamentada únicamente por la infracción del deber. También, aquí el administrador del patrimonio, como poseedor del deber especial, es autor y el *extraneus*, un simple cómplice. Luego, la consecuencia del nuevo concepto de autor es que para la determinación de la autoría en estos delitos solo es relevante el criterio de la infracción del deber. No es relevante en modo alguno si el obligado especial tiene el dominio del hecho o no.

5.2. La irrelevancia de la forma de comisión

La consolidación de la «infracción del deber especial de carácter jurídico penal» como nuevo criterio para la determinación de la autoría, trae como consecuencia que la forma de ejecución del hecho pierda significado. Por ejemplo, el policía competente para el cuidado de un prisionero será siempre el autor, sin importar si es el mismo quien lesiona al prisionero o si solo mira pasivamente cómo lo hace otro. La falta de relevancia en la forma en que se perpetra el delito es reconocida en la literatura como un elemento importante de los delitos de infracción de deber[35]. Se ha subrayado que si esto fuera llevado a sus últimas consecuencias, conduciría a la desaparición de la vieja diferenciación entre delitos de acción y delitos de omisión construida sobre

(35) SCH/SCH/CRAMER/HEINE *§ 25*, n. marg. 5 78; *Volk* FS Tröndle, 1989, 224; JAKOBS AT 7/70; *Witteck* Der Betreiber im Umweltstrafrecht - Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Pflichtdelikten, 2004, p. 99; SÁNCHEZ-VERA (nota 1) p. 150; *Lesch* (nota 11), pp. 131 y ss.

criterios ontológicos y daría lugar a una nueva distinción entre delitos de acción y delitos de infracción de deber (*Handlungs- und Pflichtdelikten*) que, en sentido amplio, se basaría en criterios normativos[36].

5.3. Distinción entre delitos especiales y delitos de infracción de deber

Asimismo, del nuevo concepto de autor se puede extraer otra conclusión: los «delitos de infracción de deber» son distintos de los «delitos especiales»[37]. Se trata de dos categorías conceptuales diferentes, que se ubican en planos distintos y que surgen de dos modos diversos de clasificar los delitos, a saber, «delitos comunes/delitos especiales» y «delitos de dominio/delitos de infracción de deber». Si bien en muchos casos ambas categorías coinciden formalmente, ellas tienen contenidos y funciones diferentes.

Los «delitos de infracción de deber» suponen siempre y necesariamente un deber especial en la persona del autor. Se trata de un deber especial de carácter penal que es extraído del tipo y que impone al autor la obligación de protección del bien jurídico. Ejemplos de delitos de infracción de deber en el ordenamiento jurídico peruano son los delitos de «Administración infiel de patrimonio de propósito exclusivo» (art. 213-A CP), cohecho (art. 393 del CP), apropiación ilícita (art. 190 del CP). Los delitos de infracción de deber son definidos en función al deber especial del autor y a la función que cumple este deber en la determinación y delimitación de la autoría y la participación. Precisamente, «la infracción del deber especial» constituye el criterio que permite determinar la autoría. Así, por ejemplo, la infracción del deber de fidelidad en la administración de patrimonio fideicometido del artículo 213-A CP es el criterio que permite determinar quién es el autor y quién el partícipe, en caso de intervención de varias personas en este delito. Autor será únicamente quien posea e infrinja este deber especial, todos aquellos que intervengan en el evento delictivo sin poseer este deber especial serán solo cómplices. En el Derecho alemán, ejemplos de de-

---

(36) WITTECK (nota 36) p. 99; *Dreher*, GA 1971, 218.

(37) La diferencia entre «delitos de infracción de deber» y «delitos especiales» es puesta de relieve en la doctrina, si bien no siempre con el mismo fundamento y no siempre con el mismo ámbito de validez, *Cfr.* ROXIN (nota 5), pp. 353-354; JAKOBS AT 23/24, 23/25. En la misma dirección también WITTECK (nota 36), pp. 100-101; SÁNCHEZ-VERA (nota 1), pp. 36-37.

litos de infracción de deber son la infidelidad (§ 266 del StGB) y corrupción (§ 332 del StGB), pues la autoría en estos tipos penales presupone un deber especial del agente cuya infracción fundamenta la autoría.

En cambio, en los «delitos especiales», el autor no es necesariamente portador de un deber especial. Ejemplo de un delito especial que no contiene deber especial es el delito de «amotinamiento» previsto en el artículo 415 del CP. Lo que identifica a los delitos especiales es el *elemento típico especial* que caracteriza a la persona del autor. La función que cumple este elemento en los delitos especiales es determinar el círculo de posibles autores(38). Por ejemplo, el elemento «detenido o interno» previsto en el artículo 415 del CP, determina solo el círculo de posibles autores y, por consiguiente, los destinatarios de la norma; así solo aquellas personas que tengan la calidad de «detenido o interno» podrán entrar en consideración como posibles autores del tipo penal bajo análisis.(39) Sin embargo, este elemento en sí mismo no constituye el criterio que permite determinar quién es el autor y quién el partícipe. Así, por ejemplo, en caso de intervención de varias personas en el hecho delictivo, el elemento «detenido o interno» no permite determinar quién es el autor y quiénes los partícipes. No todos los «detenidos o internos» que intervengan serán considerados automáticamente autores, sino solamente aquellos que realizaron todos los elementos del tipo penal. En caso del 415 del CP, solamente los detenidos que se amotinen atacando o ejerciendo violencia contra los custodios serán considerados autores. Aquel «detenido o interno» que intervenga en el hecho sin realizar estos actos contra

(38) Esto es reconocido en la doctrina, *Cfr.* solo KRAATZ. Die fahrlässige Mittäterschaft – Ein Beitrag zur strafrechtlichen Zurechnungslehre auf der Grundlage eines finalen Handlungsbegriffs, 2006, S. 206, quien aclara expresamente: las exigencias que hacen el carácter de delito especial sirven solo a la delimitación de los posibles autores. Y, KEMME. Das Tatbestandsmerkmal der Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten in den Unweltstraftatbeständen des StGB, 2007, p. 484 f., quien señala que los delitos especiales delimitan el círculo de posibles autores.

(39) En Alemania, parte de la doctrina considera que el elemento «funcionario público» previsto en el § 332 StGB determina el círculo de posibles autores, *Cfr.* LK-WALTER vor § 13, n. marg. 58; *Otto* AT § 4, n. marg. 18; FISCHER § 331, n. marg. 4. Además, señala MUNZ Haushaltsuntreue. *Die zweckwidrige Verwendung öffentlicher Mittel als strafbare Untreue gemäß § 266 StGB, 2001*, pp. 57 y ss., en relación con el § 266 StGB: el tipo se caracteriza porque la cualidad del sujeto de la acción prevista en la ley «delimita el círculo de autores».

los custodios será considerado solo un partícipe. ¡Esto confirma que el elemento típico que caracteriza a los delitos especiales no cumple la función de criterio de determinación de la autoría!

Adicionalmente, en nuestro ordenamiento jurídico se puede observar que gran parte de los delitos especiales coinciden con los delitos de infracción del deber; esto sucede, por ejemplo, en el caso de los delitos de peculado (art. 387 del CP) y cohecho (art. 393 del CP). Estos son delitos especiales en la medida que el elemento «funcionario público» determina el círculo de posibles autores, es decir, solo los funcionarios públicos entrarán en consideración como autores. Pero también se tratan de delitos de infracción de deber, puesto que el tipo penal supone en el funcionario un deber especial (correcto ejercicio de la función pública) cuya infracción lo convierte en autor.

Se debe subrayar que esta coincidencia entre ambas categorías de delito es simplemente formal. Ambas categorías se diferencian materialmente, toda vez que ellas tienen contenidos y funciones diferentes. Los delitos especiales son definidos en función del elemento típico especial. En los delitos especiales, el elemento típico (p. ej. «funcionario público») no determina las formas de intervención. En cambio, los delitos de infracción de deber son definidos en función no del *elemento típico especial*, sino en función del *deber especial* cuya infracción lo convierte en autor. En este caso, la infracción del deber especial sí constituye el criterio que determina la autoría. Finalmente, de lo expuesto se puede concluir que los delitos especiales no son *per se* delitos de dominio. Dado el caso concreto podría presentarse que un delito especial sea a la vez un delito de dominio, pero no necesariamente, como hemos visto en el caso de los delitos de peculado y cohecho. Se debe reparar más bien que se tratan de categorías distintas que en algunos casos, dada la especial configuración de cada ordenamiento jurídico, se pueden superponer.

5.4. Diferencia entre infracción de la norma (general) e infracción de deber (especial)

Resulta oportuno aquí considerar la crítica[40] según la cual no existiría ninguna diferencia entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, en tanto ambos grupos de delitos presuponen una infracción de la norma. En

(40) MAURACH/GÖSSEL/ZIPF AT II § 42, n. marg. 10 s.; STEIN (nota 21) p. 210 f.; OTTO JURA 1987, p. 257.

esta dirección se orienta la opinión de *Maurach/Gössel/Zipf*: las normas, con su pretensión de deber ser, fundamentan deberes de respeto a los bienes jurídicos, por eso, cada infracción normativa sería al mismo tiempo una infracción de deber. Por consiguiente, los delitos, sin excepción, serían acciones contrarias a deber. Sobre la base de esta idea los referidos autores concluyen: «por eso, la diferencia entre delitos de dominio y de infracción de deber (*Roxin*) o entre delitos de organización y de infracción de deber (*Jakobs*) no puede ser aceptada y menos aún pueden ser aceptadas las consecuencias extraídas de ella para la teoría de la autoría»(41). En similar dirección se orienta también *Stein*(42), quien refiere que si el objetivo de las normas de comportamiento radica siempre —y exclusivamente— en la protección del bien jurídico, la «infracción del deber» no sería otra cosa que el ataque a un objeto concreto de dicho bien. Luego, la infracción del deber, que lleva consigo el *intraneus* de un delito especial, no podría distinguirse de la infracción del deber que comete el autor o partícipe de un delito común(43).

La tesis de la «identidad de los deberes» debe ser rechazada, en tanto parte de premisas equivocadas. Si bien todo delito es expresión de infracción de una norma y, por tanto, de un deber; sin embargo, no todos los deberes son iguales, ni están dirigidos a los mismos destinatarios. En el ordenamiento jurídico existen tipos penales de los cuales surgen deberes de respeto para los bienes jurídicos que están dirigidos —y, por tanto, vinculan— a todos los ciudadanos. Estos son los denominados *deberes generales*. Ejemplo de estos tipos penales son los contenidos en el artículo 106 del CP (homicidio), en el artículo 188 del CP (robo) y en el artículo 196 del CP (estafa). Pero en el ordenamiento jurídico también se puede observar tipos penales de los que surgen deberes de protección dirigidos no a todas las personas, sino solamente a determinados destinatarios que tienen una posición especial frente al bien jurídico, como el juez, el fiscal o el administrador de patrimonios ajenos, previstos en los tipos de los artículos 190, 213-A, 393, 395 del CP, §§ 266 y 332 del StGB. Estas personas tienen deberes especiales de protección integral de los bienes a los cuales están vinculadas

(41) MAURACH/GÖSSEL/ZIPF AT II § 42, n. marg. 10 s.

(42) STEIN (nota 21) pp. 210 y ss.

(43) STEIN (nota 21), p. 210, afirma incluso que tampoco se diferencia esta infracción de deber de la infracción de deber del partícipe externo en el delito especial.

jurídicamente. Son los denominados *deberes especiales*. Precisamente, en el presente trabajo he fundamentado la diferencia sustancial existente entre ambos tipos de deberes. En consecuencia, si los deberes que infringe el autor son de distinta naturaleza, estará legitimada la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El objetivo de la presente contribución fue exponer los fundamentos de mi propia concepción de los delitos de infracción de deber, la cual fue realizada sobre la base de dos ideas: La primera, que la infracción del deber especial solo fundamenta la autoría y no el injusto; la segunda, que estos deberes especiales son de carácter penal. De la primera idea se extrae que la concepción que deriva de la infracción del deber el fundamento de la imputación jurídico-penal, es decir, la razón de la punición (contenido del injusto), no es convincente. Incluso en el ámbito de la teoría del injusto, la punibilidad no se agota con la infracción de un deber, sino que ella requiere la afectación de un bien jurídico. En consecuencia, el fundamento de la imputación jurídico penal —el presupuesto material del injusto—, supone el concurso de ambos elementos. La segunda idea lleva a la conclusión que los deberes que fundamentan la autoría no son deberes *extrajurídicos*, tampoco *extrapenales*, sino que se trata más bien de *deberes de naturaleza penal*, pues surgen de los tipos penales.

La conjunción de estas ideas se materializa en el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber que he efectuado y, con esto, en la fundación de un nuevo concepto de autor. En adelante, autor será quien infrinja el deber especial penal, en cambio, será partícipe quien intervenga en el hecho punible sin tener ese deber especial. Esta nueva expresión de la teoría de los delitos de infracción de deber contribuye decisivamente en la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos tipos que presuponen deberes especiales.

EL AYER Y EL HOY DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

Comentarios a la Cas. N.° 1131-2018/Puno(*)

Aldo Calcina Hancco(**)

SUMARIO: I. Preliminar. 1.1. Hechos que motivaron la Cas. N.° 1131-2018/Puno. **II.** El ayer de la obediencia debida. 2.1. Preliminar. 2.2. Fundamentos. 2.3. Naturaleza jurídica. 2.3.1. La obediencia decidida como supuesto de causas de justificación. 2.3.2. La obediencia decidida como supuesto de causa de no exigibilidad (inculpabilidad). a) Obediencia debida como error de prohibición. b) Obediencia debida como causa de inculpabilidad (no exigibilidad de otra conducta). 2.4. Presupuestos de la obediencia debida. 2.4.1. Relación de subordinación. 2.4.2. Competencia del superior jerárquico. 2.4.3. Obrar por obediencia. 2.4.4. La orden debe estar revestida de formalidades legales. 2.4.5. La orden debe ser antijurídica. **III.** El hoy de la obediencia debida (postura personal). 3.1. Preliminar. 3.2. Evolución de la antijuricidad hasta la moderna teoría de la imputación objetiva. 3.3. Nueva visión de las causas de justificación. 3.3.1. ¿La obediencia debida es causa de justificación o exclusión de tipicidad? 3.4. Postura personal de la obediencia debida. 3.5. Requisitos de la obediencia debida. 3.5.1. Requisitos objetivos. a) Naturaleza formal. b) Naturaleza material. 3.5.2. Requisitos subjetivos. 3.6. Normativa que define la orden policial y jerarquías a efectos de ser acatadas por los subordinados. **IV.** Comentarios a la Cas. N.° 1131-2018/Puno. **V.** Conclusiones. **VI.** Bibliografía.

JURISPRUDENCIA:

Cas. N.° 1131-2018/Puno

RESUMEN

En este trabajo, se realiza un breve análisis sobre los fundamentos legales, dogmáticos y jurisprudenciales del cumplimiento de un deber y, con mayor énfasis, de la obediencia debida del artículo 20, inc. 9 del CP. Dicho análisis será desarrollado en dos momentos; el primero, el «ayer de la obediencia

(*) Conocí el caso desde sus orígenes en el Juzgado de Juliaca.

(*) Abogado penalista. Número de celular 953488671, y correo electrónico: aldocalcinahancco@gmail.com

debida» postulada como institución en el ámbito de la antijuricidad como supuesto causa de justificación y, también, en el ámbito de la culpabilidad como un supuesto de causa de no exigibilidad (inculpabilidad) y sus requisitos —teorías desarrolladas en el ámbito del derecho penal clásico—. Y, en el segundo, desarrollaremos bajo los criterios valorativos normativos del «hoy de la obediencia debida» con el avance de la teoría de imputación objetiva; por lo que consideramos que el tipo penal adquiere relevancia al punto de llegar a vaciar el contenido de la antijuricidad. En consecuencia, el actuar cumpliendo un deber como la obediencia debida son supuestos de causas de exclusión de tipicidad porque solo las órdenes lícitas podrán vincular al subordinado, siendo innecesario ingresar a la categoría de la antijuricidad y, así, las órdenes lícitas serán atípicas por estar siempre dentro del riesgo permitido y tolerado por el orden social; pues, la Cas. N.° 1131-2018/Puno siguió las líneas del ayer de la obediencia debida, perdiendo la oportunidad de desarrollar doctrina jurisprudencial acorde a los avances de un derecho penal moderno.

PALABRAS CLAVE

Obediencia debida; causa de justificación; causa de no exigibilidad (inculpabilidad); exclusión de tipicidad; antijuricidad; culpabilidad; tipicidad; superior jerárquico; subordinado; orden.

I. PRELIMINAR

Con fecha 5 de diciembre de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia emitió la Sentencia Casatoria N.° 1131-2018/Puno, mediante la cual se estableció el criterio de los alcances de la obediencia debida previsto en el artículo 20, inc. 9 del Código Penal (en delante, CP). Los hechos tuvieron su origen y fueron ventilados en la ciudad de Juliaca, en el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial (sede Juliaca) y, en segunda instancia, en la Sala Penal de Apelaciones de Juliaca de la Corte Superior de Justica Puno. Vía recurso de casación la Sala Penal Transitoria en la sentencia aludida, a efectos de invocar la obediencia debida, indicó los presupuestos que deberán de concurrir i) la relación de subordinación; ii) competencia del superior jerárquico; iii) obrar por obediencia iv) la orden debe de estar revestida de formalidades legales, y v) la orden debe ser antijurídica.

El análisis del presente trabajo se centra en determinar la correcta interpretación y aplicación del artículo 20, inc. 8 y, con mayor énfasis, en el inc. 9 del CP —tópicos que tendrán su origen de nuestro mismo título— «el ayer y el hoy de la obediencia debida» por lo cual la presente contendrá dos momentos de investigación: primero, radicará en el «ayer de la obediencia debida» donde se cuestionaran los fundamentos de esta institución, su naturaleza jurídica y le pondremos mayor interés en este último punto, debido a que la doctrina

y la jurisprudencia son discordantes aunque no genere mayor problema en su interpretación. Si su ubicación está en la antijuricidad, ¿es una causa de justificación? ¿Está ubicado en la categoría de la culpabilidad? Entonces, ¿es supuestos de una causa de no exigibilidad (inculpabilidad)? o ¿acaso esta institución en realidad solo es una causa de exclusión de tipicidad? De ellos dependerá su operatividad en la aplicación del día a día en las cortes superiores del país. Y el segundo momento radicará en «el hoy de la obediencia debida», institución que será materia de planteamiento e interpretación en concordancia con las categorías de la epistemología jurídica que se fundamentarán y determinarán a partir de criterios normativos que pertenecen al «deber ser».

Es así que el criterio de volver a reinterpretar esta institución a la luz de los avances de la teoría de la imputación objetiva que da un nuevo paradigma a la antijuricidad, la misma que será explicada en el segundo punto de la investigación. Finalmente, concluiremos brindando pautas sobre el contenido de un orden a efectos de ser acatado por el personal de menor jerarquía en el ámbito de la PNP, y desarrollaremos brevemente el orden de las jerarquías que vinculan al subordinando, así como en qué casos los subordinados pueden negarse a cumplir las órdenes que imparte el superior jerárquico.

1.1. Hechos que motivaron la Cas. N.° 1131-2018/Puno

El Ministerio Público atribuyó en su requerimiento acusatorio a Julio Cesar Pérez Huamán, Shanvell Kioshy Veliz Mamani, Marcio Erquiel Llanco Quispe, a título de coautores, y a Jhon Alex Molina Masco y Luz Karina Bailon Mamani, a título de cómplice primario por el delito de *cohecho pasivo propio*, previsto en el artículo 393 del CP. Sin embargo, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial propuso desvincularse la calificación jurídica por el delito de extorsión, la misma que no prosperó por no cumplir con los presupuestos de la desvinculación procesal, y sentenció desvinculándose en el grado de la intervención delictiva a Marcio Erquiel Llanco Quispe, Shanvell Kioshy Veliz Mamani y Luz Karina Bailon Mamani a título de cómplices secundarios (que no fue materia de debate en el juicio oral), lo que fue confirmado en todos sus extremos por la Sala Penal de Apelaciones de la Sede San Román (Juliaca). Así, el objeto del proceso radicó en la siguiente imputación fáctica, hechos que se resumen en la siguiente:

> [...] Efectivos policiales, denominados «grupo de inteligencia operativa» dentro de la PNP, Julio César Pérez Huamán, Frank Delgadillo Pilco, Marcio Erquiel Llanco Quispe, Shanvell Kios-

hy Véliz Mamani y Luz Karina Bailón Mamani se encontraban realizando una serie de intervenciones policiales [...] al mando de Julio César Pérez Huamán. Asimismo, las acciones las realizaban con conocimiento y autorización del jefe de la Seincri PNP-Juliaca [...]. El SO1 Frank Delgadillo Pilco, quien se dedicó a hacer el registro del intervenido Pio Quispe Quispe y el acusado Shanvell Kioshy Veliz Mamani, realizó el registro personal del otro intervenido Egnir Quispe Quispe. Del resultado de este registro se logró verificar que el primer intervenido, Pio Quispe Quispe, portaba entre sus pertenencias la suma de S/36,000.00, [...]. Julio César Pérez Huamán, Frank Delgadillo Pilco, Marcio Erquiel Llanco Quispe, Shanvell Kioshy Veliz Mamani y Jhon Alex Molina Masco decidieron la intervención de la SO3 Luz Karina Bailón Mamani, a fin de que les preste auxilio necesario para materializar los actos de condicionamiento. Es así que por intermedio del SO1 Frank Delgadillo Pilco, quien se dirigió al intervenido Pio Quispe Quispe, le refirió textualmente «vamos a llamar al fiscal, todito vas a perder, se va a ir nomás del Estado ¿¡quieres eso!?» [...], procedieron a levantar actas policiales (actos de condicionamiento). Así constituyeron un acta de intervención policial, actas de registro personal; en ese momento interviene la acusada Luz Karina Bailón Mamani, quien redactó el acta de registro personal que era dictada por el SO1 Frank Delgadillo Pilco. El encausado Shanvell Kioshy Veliz Mamani realizó el acta de registro personal de Egnir Quispe Quispe, materializando estos roles Julio César Pérez Huamán, Frank Delgadillo Pilco y Marcio Erquiel Llanco Quispe [...]. Estos actos de requerimiento inicialmente fueron materializados por parte del SOT1 Julio César Pérez Huamán, quien en una primera intención le realizó un requerimiento directo al intervenido Pio Quispe Quispe, consistente en la entrega de la mitad del dinero que portaba [...]; seguidamente, en una segunda oportunidad nuevamente se materializa este requerimiento por parte de Jhon Alex Molina Maco quien, reduciendo el primer pedido, se limitó a requerir la suma de S/10,000.00 [...]. Pio Quispe Quispe cumplió con materializar esta entrega de S/10,000.00 [...][1].

(1) Conforme se desprende de la Cas. N.° 1131-2018/Puno, de fecha 5 de diciembre del 2019, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. En su considerando decimoprimero, fundamentos de derecho, marco incriminatorio y calificación jurídica.

II. EL AYER DE LA OBEDIENCIA DEBIDA

2.1. Preliminar

La obediencia debida, conocida también como obediencia jerárquica en el CP, está regulada como un eximente de responsabilidad para aquellos casos donde se obra por orden obligatoria de la autoridad competente, ordenados en el ejercicio de sus funciones. Aparentemente, consistiría en la realización de un supuesto acto típico por parte de una persona subordinada por orden de su superior jerárquico. El subordinado actúa en cumplimiento de esa orden que emana de su superior; así fue definida tradicionalmente la obediencia debida. En el presente punto del «ayer de la obediencia debida», desarrollaremos y comentaremos su contenido, su fundamento, su naturaleza y sus presupuestos a efectos de invocar esta institución desde el punto de vista del derecho penal clásico que tuvo su arraigo en la doctrina y la jurisprudencia.

2.2. Fundamentos

En la doctrina hay quienes consideran como fundamento de la obediencia debida al principio de autoridad(2), al principio de interés preponderante(3), la necesidad del funcionamiento de la administración pública(4). En el derecho penal contemporáneo es exigible que la orden de la autoridad tenga apariencia de legalidad, dejando de lado la incondicionalidad de la obediencia, por la misma razón de los fundamentos del *Estado democrático de derecho*. En ese sentido en la obediencia debida existe el deber de acatar, obedecer las órdenes obligatorias que emanan de la autoridad competente y que esté a la vez revestida de formalidades legales esenciales(5). La fundamentación de esta institución tuvo mayor eco en el correcto funcionamiento de la Administración pública, dependiendo y salvaguardando la

(2) García Cavero, Percy. *Derecho penal parte general*. 3.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2019, p. 654.

(3) Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de derecho penal parte general*. Bogotá: Editorial Temis, 2002, p. 301.

(4) Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 9.ª ed. Buenos Aires: B de F, 2011, p. 510.

(5) Véase la jurisprudencia del artículo 389 del CP. R. N. N.° 2194-2013/Lima del 26 de febrero del 2014, FFJJ 4 y 5. Sala Penal Permanente.

organización jerárquica institucional(6), sino también de la obligatoriedad del cumplimiento de las órdenes que imparten las autoridades competentes que forman parte de la estructura del Estado.

Hay quienes postulan y consideran que entraría en conflicto entre el objeto de protección y las necesidades de funcionamiento de la Administración pública(7). Sin embargo, este conflicto es resuelto por la ley, en el sentido de menoscabar el objeto de protección para mantener la vigencia de la organización del Estado(8). En ese entender radicaría su fundamentación en esta última, siendo así el cumplimiento de la orden obligatoria justificado por el hecho típico, y no solo excluyendo la responsabilidad penal del autor, sino también confirma lo que es correcto al incluir a la obediencia debida a las ordenes no manifiestamente antijurídicas dentro de las causas de justificación(9).

Un determinado extremo de la doctrina entiende que no hay forma de que el cumplimento de una orden antijurídica pueda ser considerado como una causa de justificación, lo que en realidad sería un supuesto causa de disculpa o inexigibilidad. De no ser así lo que se llegaría a concluir, en convertir el injusto en justo, se limitaría injustificadamente la posibilidad de que el afectado por el cumplimento de la orden pueda ejercer por su parte una legítima defensa. Este argumento es objetable porque hay supuesto de hechos en el cual hay órdenes antijurídicas, y su cumplimento se encuentra justificado. La idea de que el cumplimiento de la orden debe prevalecer sobre la lesividad de la ejecución está en el aseguramiento del cumplimiento del principio de autoridad.

Se arriba a la idea de que el cumplimento de las órdenes ilícitas emanadas de una autoridad competente(10) será preponderante y, en con-

---

(6) ROJAS VARGAS, Fidel. *Código penal parte general cometarios y jurisprudencia*. Lima: RZ editores, 2016, p. 392.

(7) MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 7.ª ed. Buenos Aires: B de f, 2004, p. 498.

(8) REYES TELLO, Roxana. *Obrar por orden obligatoria de autoridad competente*. En cometarios al Código Penal peruano. Tomo II. Dir. Salazar Sánchez, Nelson. Lima: Gaceta penal, 2019, p. 235.

(9) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 498.

(10) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas / ROJAS LEÓN, Ricardo. *Derecho penal parte especial, introducción a la parte general*. Lima: Jurista Editores, 2017, pp. 220-221.

secuencia, se justificará la obediencia de la orden si es que lo que pone ilícitamente en riesgo resulta de escasa gravedad (infracción menor). La justificación de la orden se dará en el supuesto de que el aseguramiento del cumplimento de esa orden es más importante que aquello que afecta específicamente a la orden ilícita emitida.

2.3. Naturaleza jurídica

El CP peruano guarda un profundo silencio respecto de la naturaleza jurídica del artículo 20, inc. 9. Esta redacción se justifica en el pensamiento clásico del derecho penal en una categoría jurídico-penal «ontológica», propia del pensamiento contemporáneo de la época en la que se redactó el CP de 1991. En ese contexto se han analizado en diversos trabajos de investigación (líneas más abajo comentaremos el ayer de la obediencia debida).

Es de vital importancia analizar desde su naturaleza jurídica a la obediencia debida; este es el punto más álgido de esta institución, habiendo advertido discrepancias. Es así que un sector de la doctrina postula a la obediencia debida como supuesto de «atipicidad»[11]; otros postulan en la categoría de la antijuricidad como un supuesto de causas de justificación[12]-[13]-[14]-[15]. Asimismo, un distinto sector de la doctrina postula como supuesto de exclusión de la culpabilidad[16] o causa de no exigibilidad (inculpabilidad)[17] —exi-

---

(11) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho penal parte general. Obras completas*. Tomo *I*. Lima: Ara editores, 2005, p. 920.

(12) ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 726.

(13) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 407.

(14) MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general*. 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 356-357.

(15) MORILLAS CUEVAS, Lorenzo. *La obediencia debida, Aspectos legales y político-criminales*. Madrid: Civitas, 1984, pp. 81-87.

(16) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2.ª ed. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1991, p. 9.

(17) MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 10. En esa misma opinión, afirma: «En la actualidad, la más acertada por la doctrina». PÉREZ LÓPEZ, Jorge. *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 257.

mente de culpabilidad debido a una falta de requisito de exigibilidad—. De cara a definir un concepto de acuerdo con un derecho penal contemporáneo heredero de garantías penales, es menester definir entonces la ubicación de la obediencia debida.

2.3.1. La obediencia decidida como supuesto de causas de justificación

La obediencia debida es postulada y considerada por un sector de la doctrina[18]-[19] y jurisprudencia[20] como un supuesto de causas de justificación[21] por obrar por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en el ejercicio de sus funciones, donde el agente acciona en el ejercicio de sus funciones. Siendo así, operaría la causa de justificación, la misma que se fundamenta en la razón por el cual se justifica la responsabilidad penal así el agente haya realizado una conducta típica en cumplimiento de una orden obligatoria.

Bajo este argumento inicial, se esgrime que la obediencia debida se ubique en la estructura del delito como una causa de justificación[22] y, en consecuencia, este sería su naturaleza jurídica. Si se seguiría esta línea de ideas, se tendría que tomar en cuenta que una causa de justificación debe de cumplir una serie de condiciones, ello implica hacer un paralelismo entre la estructura del tipo de injusto y la de justificación. El tipo de injusto

---

(18) PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho penal parte general*. Tomo I. 6.ª ed. Lima: Idemsa, 2017, p. 830.

(19) VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal parte general*. Lima: Ara Editores, 2014, p. 431.

(20) R. N. N.° 2998-2012/Pasco. Del 28 de enero del 2014, FFJJ 4 y 7, Sala Penal Permanente. «Cuarto. [...] [El alcalde], al prestar su delación instructiva [...], señaló que la culminación del vínculo laboral del agraviado TCA se debió exclusivamente a una difícil recisión económica que atraviesa la municipalidad [...] no siendo la única persona que fue cesada, que fue de acuerdo con el cumplimiento de sus funciones conforme al memorando que le fue cursado, que contenía el Acuerdo de Sesión Ordinaria de Consejo [...]; por lo que su accionar se ciñó al cumplimento de sus funciones. [...] Séptimo. En ese orden de ideas, el imputado [...] accionó en ejercicio de sus funciones, por lo que opera la causa de justificación prevista en el artículo 20, inciso 9, del Código Penal [...]».

(21) REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Código Penal comentado*. Tomo I. Lima: Legales ediciones, 2019, p. 101.

(22) ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, p. 392.

está compuesto por elementos del tipo objetivo y subjetivo; la presencia de una causa de justificación también implica hablar de una vertiente que tiene un elemento objetivo y subjetivo; ergo, si se lesionaría o pondría en peligro (concreto o abstracto) algún objeto de protección en salvaguarda de otro, es factor inherente a toda causa de justificación.

Entonces, siguiendo esta tesis, el estudio de la obediencia debida se construirá en la categoría de la antijuricidad de la estructura del delito. Y si es así, en primer lugar, se tendría que realizar la verificación de los elementos que deben concurrir *sine qua non* a efectos de aplicar en esta línea de ideas la obediencia debida; asimismo, antes se tendría que dar por concluida la construcción de la tipificación del comportamiento —el mismo que debe ser típico—. En este punto se tienen que tomar en cuenta la imputación objetiva y la imputación subjetiva, respectivamente[23] —el hecho típico no será antijurídico por concurrir a una causa de justificación[24]—. El hecho de que el cumplimiento de una orden obligatoria esté justificado no significa que el superior quede excluido de la responsabilidad penal por la orden emitida, sino que este responderá como autor mediato por las órdenes impartidas; siendo así habría utilizado al subordinado como instrumento[25].

En la doctrina, pese al común denominador de coincidir que la obediencia debida como un supuesto de causa de justificación, se advierte una discrepancia al momento de interpretar, tal es así dentro de esta tesis un sector de la doctrina considera que «las ordenes se justifican *per se*». Estas ideas han tenido mayor desarrollo en el sistema anglosajón norteamericano, en el ámbito militar donde las órdenes del superior jerárquico deben ser cumplidas obligatoriamente, y en cumplimiento estricto de esas órdenes el subordinado comete algún acto ilícito queda estrictamente justificado[26].

---

(23) LUZÓN PEÑA, Diego. *Causas de justificación y atipicidad en derecho penal*. En MIR PUIG, Santiago (Coord.). Pamplona: Editorial Aranzadi, 1995, p. 32.

(24) CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español parte general I. Introducción a la teoría jurídica del delito*. 3.ª ed. actualizada y considerablemente ampliada. Madrid: Editorial Tecnos, 1985, p. 405.

(25) JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.ª ed. Trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 551.

(26) MAC LEAN M, Ana Cecilia. Obediencia debida como defensa para los criminales de guerra en el Derecho nacional e internacional. *Revista Themis*, N.° 37, 1998, p. 212.

Otro sector de la doctrina fundamente en el «cumplimiento de *órdenes* conforme a derecho», es decir, el cumplimiento de la orden legal (no orden ilegal) por parte del subordinado hace que incurra a una causa justificación porque el subordinado ha actuado en cumplimento de su deber o en el ejercicio de sus funciones[27], la misma que excluye la antijuricidad para este sector de la doctrina.

La otra parte de la doctrina postula el «cumplimiento de *órdenes* antijurídicas». En esta línea de ideas se justifica bajo el cumplimento de la orden sin importar si son antijurídicas, pero que emanen del superior hacia el subordinado siempre que a) el cumplimento de la ley, el subordinado no tiene derecho a examinar la orden ilegítima de su superior jerárquico porque es absorbido por la ley, la misma que le obliga a cumplir la orden; b) la colisión de deberes bajo esta lógica, la orden antijurídica tiene que ser revistada por la formalidad que la norma lo exige. Así, el «deber de obediencia» por el subordinado tiene que ser conocido, ello hace que colisione con el «deber de prohibición de cometer infracciones penales» (actos ilícitos antijurídicos). A la colisión de estos dos deberes se soluciona mediante la ponderación —cuál de estos deberes tiene mayor peso— si se considera al deber de obediencia, entonces, quedará justificada la acción del subordinado[28]-[29]. La orden antijurídica tiene que ser revisable por el subordinado (el subordinado tiene que saber la antijuricidad de la orden); de no poder revisar la orden, estaríamos de cara ante un error de prohibición por no saber la ilicitud de esa orden que era contraria a la norma.

De todo lo puntualizado en estas diversas tesis —la obediencia debida al ser un supuesto causa de justificación—, se concluiría en la exclusión a la antijuricidad de las conductas realizadas bajo esta figura; ya que el agente actuó por mandato jerárquico de su superior, siendo el comportamiento típico. Pero se espera un descargo de imputación por el orden. Para esta línea de ideas, solo basta hacer una mera interpretación literal para entender que estamos ante una causa de justificación, lo que implica entender lo siguiente: «el que está obligado a obedecer estaría informado de que antes de una causa de inculpabilidad lo sería de justificación».

---

(27) Villa Stein, Javier. *Derecho penal parte general*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2008, p. 369.

(28) Stratenwerth, Günter. *Derecho penal parte general I*. El hecho punible. 4.ª ed. Trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 256.

(29) JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 551.

2.3.2. *La obediencia decidida como supuesto de causa de no exigibilidad (inculpabilidad)*

La doctrina mayoritaria ha aceptado y adoptado este postulado[30]-[31], que la obediencia debida es un supuesto de «inculpabilidad», a efectos de garantizar de manera óptima el principio de legalidad, así como la responsabilidad penal de los partícipes a nivel del subordinado. Para un sector de la doctrina, la obediencia debida es postulada como una causal de inexigibilidad de otra conducta o inculpabilidad. La culpabilidad es un juicio a la conducta que a la vez es un hecho típico antijurídico, el mismo que debe serle atribuido como suyo.

Si bien es cierto que el artículo 20, inc. 9, no ha hecho distinciones entre las causas de justificación —excluyen a la antijuricidad— y las que excluyen la culpabilidad, ello hace que se interprete respecto de su naturaleza jurídica de manera confusa. Una parte de la doctrina ha tomado la postura de que la obediencia debida como un supuesto que excluye la culpabilidad, y dentro de esta tesis hay diversos postulados. Si ya se ha situado a la obediencia debida como un supuesto de exclusión de culpabilidad, ahora la pregunta surge si la obediencia debida es supuesto de miedo insuperable, error de prohibición o estado de necesidad exculpante. Pues bien, ya se desarrollaron en la doctrina sobre estos supuestos que vamos a verlo a continuación someramente.

a) Obediencia debida como error de prohibición

Bajo esta lógica se niega el carácter de las órdenes antijurídicas vinculantes para el subordinado, toda vez que el subordinado actúa creyendo que su accionar es lícito y así cumple la orden como consecuencia del error invencible de su legitimidad[32]. En esta lógica, ¿las órdenes emanadas por el superior son revisables por el subordinado? Sí, solo en una parte el subordinado puede revisar y solo respecto de la cuestión de la formalidad de donde provenga sin la necesidad de revisar los argumentos de fondo. Es por ello

---

(30) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal parte general*. Lima: Editorial Grijley, 2018, p. 644.

(31) PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal. Estudios pragmáticos de la parte general*. 3.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 1997, p. 504.

(32) ZAFFARONI, Raúl/ALIAGA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal parte general*. 1.ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2005, p. 594.

que el error se materializa porque el subordinado tiene el deber de controlar la formalidad —legalidad de esa orden—, adicionando a esto que la orden no debe ser manifiestamente antijurídica(33).

b. Obediencia debida como causa de inculpabilidad (no exigibilidad de otra conducta)

Cuando el subordinado cumple con las órdenes del superior jerárquico, pese a conocer la ilicitud de esa orden, es posible aplicar el eximente de no exigibilidad de otra conducta en la obediencia debida siempre que el subordinado realice esa orden al no tener otra alternativa de comportamiento; pues ello no implica que el subordinado haga caso de manera cegada a las órdenes del superior aun a sabiendas de su ilicitud. Esta figura es aplicable cuando de manera objetiva y proporcionada se cree en el subordinado una motivación anormal; de ahí que es necesario concurrir al miedo insuperable o al estado de la necesidad exculpante(34).

Si se admitiría esta postura considerar a la obediencia debida como supuesto de eximente de culpabilidad, sería caer en la idea «aquella orden jerárquica emanada sea legitima y, por lo tanto, es obligatorio, entendiendo que la autoridad sea competente para dar esa orden en el ejercicio de sus funciones». Bajo este postulado salen objeciones en la lógica que existen órdenes obligatorias antijurídicas (criterios antagónicos). Disímiles en sentido de que la orden sería obligatoria generadora de una obediencia debida y, al mismo tiempo, ilícita (contrario al orden jurídico). Entonces, queda claro a prima facie que la ley peruana no admite como un supuesto de eximente el cumplimiento de las órdenes antijurídicas obligatorias.

2.4. Presupuestos de la obediencia debida

Con base en la disposición legal, a pesar de que el artículo 20, inc. 9 del CP, no establezca de manera literal los presupuestos de la obediencia debida,

(33) HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal parte general I*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2005, p. 581.

(34) El subordinado actúa pese a conocer la antijuricidad de accionar de la orden de su superior en el contexto, tomando en cuenta las circunstancias personales y materiales en las que no se le puede exigir que actúe de otra manera, entonces, será causa del miedo insuperable.

han surgido en la doctrina y la jurisprudencia[35] para excluir de responsabilidad por obediencia jerárquica. Solo la orden legítima puede justificar la conducta del agente, siendo cinco sus elementos: a) relación de subordinación; b) del superior jerárquico; c) obrar por obediencia; d) la orden debe estar revestida de formalidades legales, y e) la orden debe ser antijurídica. Paremos a analizar cada uno de estos presupuestos de manera más detenida.

2.4.1. Relación de subordinación

Esta figura de la «relación» solo es aplicable en el ámbito del derecho público y derecho militar; de desobedecer, estaríamos de cara al delito de desobediencia. La relación en realidad es de dependencia jerárquica entre la autoridad que ordena y el subordinado que obedece. Sin embargo, se descarta las relaciones familiares o privadas laborales; en este supuesto, no es posible la comisión del delito de desobediencia. Entonces, el autor tiene que encontrarse en una posición de superior a inferior en grado jerárquico. Ello implica la existencia de una regulación jurídica que determine y especifique la posición del subordinado respecto de su superior.

2.4.2. Competencia del superior jerárquico

La competencia va dirigida al superior jerárquico respecto de sus funciones para entender cuáles son las competencias del superior jerárquico. Es necesario recurrir a la ley especial y su reglamento que emanan sus deberes

(35) R. N. N.° 447-2010/Santa, del 28 de marzo del 2011, FJ 7. Sala Penal Transitoria. «Séptimo. [...] Para que se configure [la exclusión de responsabilidad por obediencia jerárquica —inciso 9 del artículo 20 CP—], deben concurrir copulativamente los siguientes presupuestos: (i) una relación de subordinación entre el que obedece y el superior jerárquico [...]; (ii) la competencia del superior jerárquico, en tanto en cuanto la obediencia no puede extenderse sobre la ejecución de actos que no estén dentro de la esfera de competencia legal del superior jerárquico y, en ese contexto, la orden no pude emanar de un funcionario o servidor público visiblemente incompetente —sin atribuciones— [...]; (iii) la orden debe de estar revestida de formalidad legal y no puede tener un contenido irregular que implique la probable realización de un hecho punible que, en ese sentido, solo la orden legítima puede justificar la conducta del agente; por lo que no se podrá invocar la ausencia de responsabilidad cuando se actúe cumpliendo un mandato que suponga una notoria infracción por la ejecución de actos que constituyan delitos. Las órdenes así emitidas no son obligatorias para el inferior o subalterno [...]».

especiales positivos para determinar su competencia. La orden debe referirse a las relaciones regulares entre el superior y el subordinado dentro el marco que regula sus ejercicios competenciales del superior jerárquico(36).

2.4.3. Obrar por obediencia

El subordinado también debe tener la competencia para ejecutar el acto ordenado por su superior. De esa relación jerárquica es que el subordinado se encuentra en la obligación de actuar, pero solo dentro de ese margen que le compete.

2.4.4. La orden debe estar revestida de formalidades legales

La ley especial y su reglamento determina los requisitos de la orden; ello hace que sea visto formalmente (orden legal) inherente. Cuando tales presupuestos no se hayan informado, la orden no obliga al infractor.

2.4.5. La orden debe ser antijurídica

La orden debe ser antijurídica, por lo que impide la necesidad de otra conducta, salvo que la orden sea manifiestamente ilegal, o que el subordinado que la acatará conozca la ilegalidad de la orden, en cuyo caso, responderá por el hecho en concurso con el superior(37).

III. EL HOY DE LA OBEDIENCIA DEBIDA (POSTURA PERSONAL)

3.1. Preliminar

Afrontar el estudio de la dogmática penal y de las categorías de la teoría del delito desde una perspectiva moderna implica redefinir los conceptos y contendidos que se le deben de dar a cada una de las categorías del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad) en la actualidad. En el presente punto, solo nos centraremos en dar un contenido a la categoría de la antijuricidad, dejando de lado las demás categorías para otro momento.

Pues bien, adelantamos que el planteamiento general de la presente investigación radicará en la idea medular que ha sufrido el vaciamiento de la

---

(36) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. 3.ª ed., Lima, 2001, p. 131.

(37) Cas. N.° 1131-2018/Puno. Considerando décimo cuarto.

categoría de la antijuricidad a favor de la categoría de la tipicidad, producto del desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva. Es necesario hacer un breve análisis del desarrollo de la evolución de la antijuricidad para posteriormente determinar los criterios doctrinales que disertan la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, a fin de que se puedan explicar algunas causas de justificación —el obrar por disposición de la ley, el cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo—, así como el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en el ejercicio de sus funciones. Entonces, como conclusión, determinaremos que estas causas de justificación, o incluso la mal llamada eximentes de responsabilidad penal del artículo 20, incisos 8 y 9 del CP peruano, terminarán siendo una causa de atipicidad precisamente porque no pueden ser consideradas como creación de riesgos jurídicamente desaprobadas.

Así, en la presente investigación solo nos limitaremos a comentar y desarrollar el inciso 9 del artículo 20 del CP, para tomar postura si la obediencia debida es una causa de justificación o es una causa de exclusión de tipicidad (como ya se había adelantado nuestra postura personal respecto de esta institución).

3.2. Evolución de la antijuricidad hasta la moderna teoría de la imputación objetiva

Desde sus orígenes, la categoría de la antijuricidad es una de las instituciones más discutidas. También, es vastamente sabido que el contenido de la antijuricidad surge como interés que busca expresar la contrariedad formal del comportamiento dentro del ordenamiento jurídico positivizado. Ya con el trascurrir de las ideas, esta categoría de antijuricidad pasó a ser analizada a partir de la lesividad material de la acción del sujeto para los bienes jurídicos; estas ideas fueron esbozadas por la corriente filosófica neokantiana(38).

Estas ideas antes indicadas han sido desplazadas por el moderno entendimiento de la antijuricidad formal y material, categorías que no pueden ser diferentes e independientes; sino más bien con un solo criterio jurídico: la antijuricidad, criterio único que ayude a determinar si ese acto es lícito o

(38) MEZGER, Edmund. Tratado de derecho penal. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana de 1933 de José Arturo Rodríguez. Madrid, 1957. En PERDOMO TORRES, Fernando. *Sobre el vaciamiento de la antijuricidad*. Bogotá, p. 97.

no; es decir, que el hecho debe reunir o no, en condiciones que lo hagan inferir lo prohibido. La corriente finalista concibió a la antijuricidad en una categoría ontológica como una conducta típica contraria a derecho, que no depende de la obtención de un resultado, sino que toma y debe tomar en cuenta el desvalor de la acción.

Actualmente, con el avance de la moderna teoría de la imputación objetiva, el criterio de valoración de un hecho a partir del resultado ha sido sustituido por la perspectiva de la acción y, en consecuencia, el tipo penal cobra una mayor importancia y desarrollo que la misma categoría de la antijuricidad. Así, con la moderna teoría de la imputación objetiva se ha venido consolidando inicialmente como el instrumento idóneo para delimitar el problema causal en los delitos de resultado, explicando la relación entre conducta y resultado, y dando así su marcha triunfal hasta consolidarse como categoría en la teoría de la tipicidad, pasando así a ser el centro del derecho penal moderno.

En la teoría del delito, la categoría de la antijuricidad ha sufrido un *vaciamiento* a favor de la tipicidad, debido al desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva (riesgo permitido, prohibición de regreso[39], imputación a la víctima[40], principio de confianza[41], acciones a propio riesgo), *sub-institutos* de la imputación objetiva que permiten determinar si una conducta en sí atenta o no al ordenamiento jurídico, contra la norma y los deberes que están en ella y, entonces, es lógico calificar si esa conducta es contraria a derecho o no (concepto tradicional de antijuricidad). De ahí que dichos *sub-institutos* hacen concebir desde una perspectiva moderna al tipo y, lógicamente, al elemento de antijuricidad. Por ello, la antijuricidad es absorbida por la primera categoría del injusto penal (tipicidad).

---

(39) CARO JOHN, José Antonio. Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N.° 5, 2004, p. 105.

(40) *Vid.* CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1998, pp. 281 ss., y *passim*. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal* (M. Cancio Meliá). Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 113-114.

(41) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, 2002, p. 291.

Bajo este entendimiento, en el seno del funcionalismo normativo, la categoría valorativa enfrenta a la categoría ontológica de la corriente finalista, estableciendo límites de interpretación *físico-causal* de los tipos penales y abriendo las puertas de la teoría de la tipicidad. Por ello, los tipos penales no solo son conductas abstractas, compuestos por elementos normativos descriptivos en abstracto, sino que detrás de ellos existen derechos fundamentales o «constitucionales»(42). El tipo penal es algo más que una mera descripción de las conductas abstractas, sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, etc. Entonces, la antijuricidad se entiende como un determinado comportamiento creador de un riesgo jurídicamente desaprobado; es por ello que la antijuricidad como categoría del injusto penal pasa a un segundo plano a favor de la tipicidad, de ahí el termino *vaciamiento de la antijuricidad.*

De lo indicado y evidenciado, la categoría de la antijuricidad simplemente pasa a ser absorbida por la primera categoría del injusto (tipicidad) por el que le antecede (ubicación dogmática anterior). En ese entender, a la antijuricidad solo le queda su acepción negativa, que no es otra cosa que las causas de justificación, siempre en cuando se cumpla con los presupuestos que le exigen.

Con la entrada triunfal de la teoría de la imputación objetiva, definitivamente se da un avance en el derecho penal, que ahora es percibido como moderno. Con la creación del riesgo jurídicamente desaprobado (que componen el riesgo permitido y el principio de confianza) y la relación del riesgo permiten determinar si la conducta en concreto atenta o no al ordenamiento jurídico contra la norma y los deberes que en ella contienen. Los elementos indicados permiten calificar si esa conducta atenta o no al derecho, como conducta desaprobada o no; esto tradicionalmente se ha entendido dentro del concepto de antijuricidad.

3.3. Nueva visión de las causas de justificación

El derecho penal en la actualidad —como se ha venido viendo— se ha replanteado gran parte de los contenidos de la teoría del delito. En el

(42) Apuntes de la conferencia dictada por el profesor Caro John, José Antonio, en el marco del Congreso de Derecho Penal celebrado en la ciudad de Cusco en el 2013, donde se refirió a la institución de la imputación a la víctima en la jurisprudencia nacional.

presente, solo nos concierne la categoría de la antijuricidad, de esa vieja percepción fundamentada en el *derecho penal clásico* en la categoría jurídico-penal «ontológica» a un concepto moderno utilizando la categoría dogmático-normativa valorativa. Incluso la redefinición llega a tener mayor eco en su parte negativa: las famosas causas de justificación que inicialmente se habían desarrollado desde la percepción del derecho penal tradicional —incluso el CP peruano ha legislado siguiendo la perspectiva de la categoría empírica—, perdiendo ahora importancia como categoría autónoma, y son desplazadas por la moderna teoría de la imputación objetiva, quedando así en el baúl de los recuerdos.

3.3.1. ¿La obediencia debida es causa de justificación o exclusión de tipicidad?

De todo lo relatado, se desprende que la obediencia debida aparentemente sería una causa de justificación (obediencia debida del art. 20, inc. 9, del CP). Soy de la postura que este inc. 9 no es una «causa de justificación», sino que en realidad es una «causa de exclusión de tipicidad». Ya en el tipo objetivo se estudia el significado de un comportamiento frente al orden jurídico; es decir, si esa conducta ha creado o no un riesgo desaprobado en la norma penal, entonces, el primer nivel de análisis es identificar qué norma se aplica al comportamiento (deberes), y el segundo nivel de análisis es determinar si esa persona ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, esto es, determinar si esa persona infringió o no sus deberes.

Los *sub-institutos* de la imputación objetiva tienen la función de excluir cuando la conducta carece de significado relevante para el derecho penal. Las causas de justificación operarán ante la acción típica, justificado por la propia ley, pese a haber dañado o puesto en peligro un determinado bien jurídico que normativamente no es otra cosa que un derecho fundamental el objeto de protección. Sin embargo —a nuestro juicio—, la ubicación dogmática de la obediencia debida está ubicada en la tipicidad; en consecuencia, ahí se debe discutir esa conducta. De ahí que las conductas prohibidas deben ser verificables si son aceptadas por la sociedad como soportables en consideración a su contexto, es decir, a la situación justificante(43).

(43) JAKOBS, Gunter. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 419.

3.4. Postura personal de la obediencia debida

A nuestro criterio, este tópico regulado en el inc. 9, del artículo 20 del CP, tiene el mismo fundamento que el inc. 8 del artículo 20 del CP (cumplimiento de un deber), toda vez que el subordinado cumple su deber al obrar por orden obligatoria que es emitido por una autoridad competente en el ejercicio de sus funciones. De ahí que esta institución se subsume en los alcances del cumplimiento de un deber, aplicándose las mismas reglas del cumplimiento de un deber. Por los argumentos esgrimidos, considero que este (inc. 9, del art. 20 del CP) debería ser suprimido del CP(44), siendo innecesaria su regulación, tal como ha ocurrido en el CP español de 1995(45). Por ello, tal inciso en sí mismo era superfluo, pues si la obediencia es realmente debida, no es necesario ningún precepto legal expreso para darle un efecto ya sea de justificación o de exculpación. No obstante, en tanto este inc. 9 siga vigente en el CP, su análisis tiene importancia y su aplicación tiene carácter vinculante, pese a que no compartamos el contenido.

En el supuesto de que el artículo 20, inc. 9 del CP (obediencia debida), sea una tradicional causa de justificación, entonces, se pondría en entredicho las tradicionales diferencias dogmática y sistemática entre un injusto y la culpabilidad(46); de ahí que las causas de ausencia de responsabilidad contemplarían eventualidades que tradicionalmente han formado parte esencial del juicio negativo de exclusión de la antijuricidad. Y, bajo la percepción moderna, se entiende como casos de no creación de riesgos jurídicos desaprobados —como supuesto de atipicidad objetiva— porque se trata de situaciones o actividades propias del ejercicio de la libertad normativa individual, garantizada en el estado de derecho propio del goce y disfrute de los derechos y acatamiento de los correspondientes deberes. En ese entender, solo aquellas órdenes lícitas deben ser acatadas por los subordinados como cumplimiento de su deber especial positivo que regula la constitución y las leyes especiales, por lo que constituye un supuesto de exclusión de tipicidad (atipicidad); ya que el cumplimento de la orden

(44) REYES TELLO, Roxana. *Op. cit.*, p. 234.

(45) MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARAN Mercedes. *Op. cit.*, p. 356.

(46) PERDOMO TORRES, Fernando. ¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa? En *Derecho penal y sociedad II*. En MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Bogotá, 2007, pp. 75 y ss.

como deber del subordinado siempre estará dentro del riesgo permitido y tolerado por el orden social en el Estado democrático de derecho.

Como ya adelantamos, las instituciones como el estricto cumplimiento del deber (art. 20, inc. 8 del CP) y el cumplimiento del orden legítimo de autoridad competente (art. 20, inc. 9 del CP) son supuestos en los cuales el agente actúa atípicamente por su comportamiento. Aunque sea causal de una lesión o puesta en peligro (concreto o abstracto) del objeto de protección de la norma, no tiene la entidad suficiente para ser reprochable penalmente; se descarta la afirmación de que en estos supuestos se tenga la naturaleza mixta, esto es, que se pueda excluir la tipicidad y la antijuricidad. En la moderna teoría del delito, ellos no son ni siquiera típicos; esta interpretación es la que evita tener que buscar un criterio adicional que excluya responsabilidad por fuera del tipo penal.

La idea tradicional que sitúa a la obediencia debida dentro de las causas de justificación se fundamenta a partir de su tipicidad y la lesión de un bien que es jurídico en la categoría fenomenológica en lugar de desaprobar el acto por la lesión del derecho que en él lo sucede. De ahí que el tipo penal es más que un simple elemento formal (sujeto activo, pasivo, conducta, verbo rector, etc.). Estas categorías están redefinidas con los aportes de la moderna teoría de la imputación objetiva, entonces, no se cumple cuando se actúa acatando un deber, ejercitando un derecho; es decir, actuando dentro de la licitud (juridicidad). La lesión de un bien no es per se contrario a derecho; el cumplimiento del deber o la extralimitación en el ejercicio del derecho sí lo es.

3.5. Requisitos de la obediencia debida

La obediencia debida está compuesta por dos requisitos (objetivo y subjetivo); los requisitos objetivos, a su vez, se dividen en dos clases: de naturaleza formal y de naturaleza material.

3.5.1. Requisitos objetivos

a) Naturaleza formal

Están relacionados con la competencia del superior jerárquico (competencia de la autoridad que emite la orden) y con la licitud que emana la norma especial (formalidad legal de la orden); la orden debe de cumplir sus

cualidades que lo convierten en legal[47]. Este requisito formal exige que la orden se encuentre revestida de sus elementos esenciales, los cuales se encuentran en las leyes especiales. En esa misma línea de licitud, la orden debe de ser impartida por el superior jerárquico que esté dentro de sus atribuciones y funciones (límites de la competencia del superior jerárquico que posee al decretar una orden).

b) Naturaleza material

Está relacionada con el contenido de la orden, el aspecto fenomenológico que se ordena al subordinando. En ese sentido, son requisitos objetivos materiales la no violación a la Constitución (dignidad humana) las que contravienen a las leyes y la no manifiesta antijuricidad de la orden[48]. Para que una orden se encuentre ajustada a derecho previamente debe de reunir los requisitos de naturaleza formal, y la materialización de esa orden formal no debe de contravenir a la Constitución y, consecuentemente, a la dignidad humana. Ya que la dignidad humana limita la validez formal de la orden, por ningún motivo una orden que atente a la dignidad humana, como las torturas, puede ser lícita (ellos invalidan a esta cualidad). En consecuencia, no es aplicable de orden debida establecida en el artículo 20, inc. 9, del CP.

---

(47) R. N. N.° 2575-2017/Áncash, 9 de mayo del 2018. Sala Penal Permanente. Causa de justificación infundada, obediencia debida. «[...]. En la documentación no constataba el ingreso de la mercadería total al almacén; no es de rigor acceder a la causal de exención de responsabilidad de obediencia debida por la manifiesta ilicitud de la orden, a todas luces de conocimiento del imputado [...]»

(48) Exp. N.° 2446-2003-AA/TC-Puno. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de setiembre del 2005. Fundamento 10. [...] El principio-derecho de dignidad proscribe la posibilidad de que la persona, al margen de la situación concreta en la que se encuentre, puede ser concebido como objeto del estado. Por el contrario, la defensa de la persona y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado (art. 1 de la Constitución) y, en tal sentido, la Constitución y la ley son instrumentos para la protección y promoción de la dignidad humana. Aceptar que los miembros de la Policía Nacional se encuentran siempre obligados a obedecer las órdenes de sus superiores, con absoluta prescindencia de si dicho mandato es, o no, compatible con la orden constitucional. Es convertirlos en meros instrumentos de la voluntad de sus superiores, con la consecuente negación de su dignidad humana. Por ello, los alcances de la obediencia debida, dentro del marco de la constitución, suponen, ante todo, reconocer que bajo los principios de supremacía constitucional y el Estado social de derecho y democrático de derecho, quienes ejercen el poder del Estado lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (art. 45 de la Constitución) [...].

c) Requisitos subjetivos

Los requisitos subjetivos van en dirección a que la actuación del subordinado no esté vinculada con un acto doloso o imprudente. En este presupuesto, la voluntad del ejecutor solamente debe estar orientada a cumplir el orden encomendado que ha sido emitido por el superior jerárquico competente en el ejercicio de sus funciones; por lo que el comportamiento del subordinado al acatar la orden no deberá de concurrir en hechos dolosos o imprudentes típicos. De no ser así, el comportamiento del subordinado será antijurídico por tener conocimiento de la licitud, y su conducta será típica, antijurídica pendiente a determinarse su culpabilidad.

3.6. Normativa que define la orden policial y jerarquías a efectos de ser acatadas por los subordinados

Del caso en concreto, materia de análisis de la presente investigación, los deberes y funciones de los efectivos policiales de la Seincri (Juliaca) se encuentran regulados el MOF-Seincri. De acuerdo con este, en el momento de los hechos materia de análisis eran los siguientes:

> [...] el jefe de equipo de la Unidad Policial de Inteligencia, en este caso, El SO1 Julio César Pérez Huamán y el SO1 Frank Delgadillo Pilco, eran quienes debían garantizar la licitud de la diligencia no pudiendo exigir a los efectivos policiales de menor rango como los encausados Shanvell Kioshy Véliz Mamani, Luz Karina Bailón Mamani y Marcio Erquiel Llanco Quispe, presumir o descubrir la "ilicitud" de la orden o "desobedecer" órdenes del superior [...][49].

La Ley Orgánica de la Policía Nacional, mediante artículo 26, en el 4.1, los suboficiales tienen las siguientes jerarquías y grados: «**i)** Suboficial superior. **ii)** Suboficial brigadier. **iii)** Suboficial técnico de 1.a **iv)** Suboficial técnico de 2.a **v)** Suboficial técnico de 3.a **vi)** Suboficial de primera. **vii)** Suboficial de Segunda. **viii)** Suboficial de tercera». En el caso en concreto del grupo de personal de inteligencia operativa de la sección de investigación criminal

(49) Cas. N.° 1131-2018/Puno. Considerando decimosexto.

PNP Juliaca, el jefe del equipo era el SOT1 de la PNP Julio Pérez Huamán y, seguidamente, el SO3 de la PNP Marcio Llanco Quispe; el SO3 de la PNP Shanvell Veliz Mamani, y la SO3 de la PNP Luz Bailón Mamani; mientras que el S01 de la PNP Frank Delgadillo Pilco era personal de servicio(50). De lo advertido, el de mayor jerarquía y grado era Julio Pérez Huamán, pues tenía el grado de suboficial técnico de 1.a, mientras que Marcio Llanco Quispe, Shanvell Veliz Mamani y Luz Bailón Mamani tenían grados inferiores; pues eran suboficiales de tercera. En ese entender, es lógica la ampliación de la obediencia debida en este caso.

En ese entender, el orden de jerarquías es importante; así como necesario que un subordinado tenga conocimientos de la naturaleza y de las cualidades lícitas que debe poseer la orden verbal o escrita, dadas por el superior jerárquico a efectos de ser acatada por el subordinado, las mismas que deben denotar «conformidad a derecho» y que esté «permitido por la ley o reglamento». El Manual de Doctrina de Estado Mayor, aprobado mediante R. D. N.° 345-2013-DIRGEN/EMG, de fecha 13 de marzo del 2013, definió el término orden(51) como la expresión verbal o escrita que traduce la voluntad del superior jerárquico, con instrucciones claras hacia los subordinados, a efectos de cumplir la orden encomendada. Además, el superior jerárquico, quien emitió la orden, es responsable de i) proporcionar al subordinado los medios para su cumplimiento; ii) dar la información adicional que se requiere; iii) indicar claramente al subordinado la tarea que debe ser ejecutada; iv) dejarle completa discreción dentro de los límites de la tarea asignada debiendo entrar en detalles solo cuando no se ha comprendido bien la orden o se le solicita alguna aclaración. La orden tendrá las siguientes características:

---

(50) Cas. N.° 1131-2018/Puno. Considerando decimoctavo.

(51) «La expresión verbal o escrita que traduce la voluntad del jefe, con instrucciones ejecutivas en las cuales los subordinados deberán encontrar todo aquello que le es necesario para cumplir una misión encomendada. Las órdenes pueden ser verbales o escritas. Las órdenes verbales se dan en casos de emergencia, en los que se hace necesario poner rápidamente en movimiento una organización para hacer frente a una situación; también se dan para acelerar las órdenes escritas, o cuando se trata de individuos que demuestran falta de interés en el cumplimiento de la entrega de la tarea que se les ha asignado. Las órdenes escritas se dan generalmente a través de memorándums, decretos, directivas o instrucciones» (Título IV Planeamiento estratégico, capítulo XII Preparación y aprobación de planes, literal B).

ser breve(52), preciso(53), firme(54) e imperativo(55), no debe invadir funciones(56). Por ello, toda orden verbal o escrita debe concurrir como requisitos copulativamente sine qua non: a) debe ser lícita; b) lógica; c) oportuna; d) clara; e) coherente y f) precisa(57).

Pero también es legítimo que un subordinado se niegue o rechace las órdenes de su superior jerárquico cuando advierta que las órdenes no cumplan con licitud y las cualidades indicadas(58). Las ordenes ilícitas no expresan juridicidad; quien la cumple va a incurrir en responsabilidad penal. Si la orden constituye una manifiesta violación a la Constitución y las leyes, el subordinado tendrá el derecho a no acatar y cumplir la orden. Así, la Ley de

---

(52) La orden debe ser breve y concisa, sin menoscabar la claridad. Las frases breves y concisas se comprenden fácilmente y por eso son preferibles a las largas y complicadas.

(53) Deben estar redactadas de tal forma que indique el pensamiento y las intenciones del comandante. Por esa razón se deben escoger las palabras necesarias para expresar debidamente las ideas. Las frases afirmativas deben preferirse a las negativas y no deben tener expresiones indefinidas oscuras o ambiguas, especialmente, aquellas que dividen la responsabilidad entre el jefe y el subordinado.

(54) Las órdenes deben ser firmes y no dejar en duda al que va a cumplirlas; el subordinado debe saber lo que su jefe espera que él realice. Si hay alguna equivocación, es casi siempre responsable el que impartió la orden. A veces, es necesario emplear las expresiones largas para no dar lugar a dudas; sin embargo, es conveniente usar frases cortas porque son fáciles de entender.

(55) La orden debe establecer la verdadera y real responsabilidad por el incumplimiento; en consecuencia, las expresiones vacilantes deben evitarse. La obediencia se consigue mejor cuando la orden es terminante, sin ambigüedades ni debilidad. Esta característica se hace más urgente cuando la misión es más peligrosa.

(56) Los detalles de la ejecución deben ser dejados para el subordinado, sobre todo, porque las órdenes requieren un tiempo para ser transmitidas, y durante el cual es posible que puedan haber cambiado las condiciones que se habían previsto. La orden se da; la ejecución es del subordinado.

(57) En ese sentido indica la Ley que Regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú (Ley N.° 30714), en su artículo 23: «El comando se ejercita mediante órdenes verbales o escritas que deben ser cumplidas a cabalidad dentro del marco legal.

Toda orden debe ser lícita, lógica, oportuna, clara, coherente y precisa. Asimismo, debe ser impartida por el superior dentro de los límites de las atribuciones y funciones establecidas por la normatividad vigente».

(58) R. N. N.° 2892-2016, del 7 de junio de 2018, fundamento 32. En ese sentido, «las órdenes manifiestamente ilícitas deben ser rechazadas por el ejecutor».

la Policía Nacional del Perú, mediante el D. Leg. N.° 1267, en su artículo 5, numeral 2, determina como un derecho del personal policial no acatar disposiciones que constituyan manifiestamente una violación a la constitución y a las leyes. De ahí que es correcto que las órdenes emanadas por el superior jerárquico estén ligadas con la apariencia de juridicidad o legalidad. El personal policial advierte que las órdenes no están revestidas en el marco de la legalidad. De esta manera, no será posible exigir el cumplimiento de la orden y no se podrá obedecer por ningún motivo. El punto más álgido radica en la discusión de la obediencia debida en el cumplimiento de una orden antijurídica con aparecía de legalidad.

Así, el subordinado, quien ejecutara la orden, actuó bajo la creencia de que su accionar estaba enmarcado conforme a derecho(59); por lo que no sería más que un instrumento de error por parte de su superior jerárquico, motivo por el cual deberá de responder como autor mediato por el delito cometido por su subordinado quien ejecutó la orden(60). La aparente solución del error no es suficiente si lo que se debate no es el conocimiento del orden antijurídico de la orden, sino el carácter justificado del cumplimiento obligatorio de una orden antijurídica(61). Entonces, lo que se debería discutir en esta institución de la obediencia debida es si puede haber una orden objetivamente injusta que el subordinado reconozca como tal, pero cuyo cumplimiento obligatorio no resulta siendo antijurídico.

IV. COMENTARIOS A LA CAS. N.° 1131-2018/PUNO

Se advierte de la sentencia de la Cas. N.° 1131-2018/Puno, materia de análisis de varias objeciones, que la Sala Penal Transitoria tomó la postura que la institución del actuar en el cumplimiento de un deber (art. 20, inc. 8) y la obediencia debida (art. 20, inc. 9) del CP son consideradas como un supuesto de eximentes de responsabilidad penal(62), dentro de las causas de justificación, desarrollando así el cumplimento de un deber de manera concep-

(59) POLITOF, Sergio / MATUS, Jean Piere / RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 235.

(60) MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*. 8.ª ed. Buenos Aires: B de F, 2008, p. 504.

(61) GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*, p. 655.

(62) Cas. N.° 1131-2018/Puno. Considerando decimotercero.

tual bajo la postura de que las conductas lesivas a un bien jurídico estarían justificadas siempre que el agente haya actuado en el cumplimiento de los deberes, los cuales emanan de la función que cumple con la sociedad(63). De este contenido conceptual se desprendería que aparentemente estaría dentro de la línea de considerar como un supuesto causa de justificación.

La Cas. N.° 1131-2018/Puno, en el punto que desarrolla la obediencia debida como un supuesto de eximente de responsabilidad penal, encuadrado en el marco de las causas de justificación(64), asume de manera literal los presupuestos que desarrolla Villavicencio(65), siguiendo los precedentes anteriores (R. N. N.° 100-2006 del 11 de junio del 2008, fundamento sexto y el R. N. N.° 3022-2016, del 20 de setiembre de 2017, fundamento 66), con la finalidad de señalar los cinco requisitos de la obediencia debida que ya se desarrolló en el ayer de la obediencia debida.

Como hemos planteado en nuestra toma de postura, el cumplimento de un deber es una «causa de exclusión de tipicidad», bajo el entendimiento de quien actúa porque la ley lo manda, y su deber estará positivizado en una normativa especial; pues resultaría contradictorio ingresar al plano de la antijuricidad, lo que implicaría valorar como ilegal algo que la ley obliga a realizar porque es su deber. En consecuencia, al analizar la relevancia penal del comportamiento, será importante delimitar las funciones inherentes al rol con sujeción al riesgo permitido. La misma Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en mayo del 2019, mediante sentencia de Cas. N.° 810-2016/Puno(66), asumió la postura expuesta que «el actuar en el ejercicio de un deber o cargo» es una causal de exclusión de tipicidad.

La obediencia debida tiene el mismo fundamento que el cumplimento de un deber. De este mismo entender, se considera a la obediencia debida como un supuesto de atipicidad, aplicable con las mismas reglas de la obediencia debida y siendo su ubicación dogmática en la tipicidad. En conse-

(63) Cas. N.° 1131-2018/Puno. Considerando decimocuarto en el extremo a) el cumplimiento de un deber.

(64) Cas. N.° 1131-2018/Puno. Considerando decimonoveno, 19.1. segundo párrafo.

(65) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal parte general*. Lima: Editorial Grijley, 2006, pp. 644-646.

(66) Cas. N.° 810-2016/Puno. Considerando decimoprimero. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, sentencia de fecha 7 de mayo del 2019.

cuencia, la percepción moderna entiende como casos de no creación de riesgos jurídicos desaprobados como supuesto de atipicidad objetiva porque se trata de situaciones o actividades propias del ejercicio de la libertad, normativa individual garantizada en el Estado de derecho propio del goce y disfrute de los derechos y acatamiento de los correspondientes deberes.

V. CONCLUSIONES

- De todo lo desarrollado se concluye en la percepción de la obediencia debida bajo los criterios del «ayer de la obediencia debida» que son considerados por un sector de la doctrina en la categoría de la antijuricidad como un supuesto de causa de justificación, y por el otro sector de la doctrina, ubicado en la categoría de la culpabilidad como un supuesto de causa de no exigibilidad (inculpabilidad); ambas comparten sus riquitos sin mayor incomodidad a efectos de ser invocado.
- De lo desarrollado en el «hoy de la obediencia debida», postulamos nuestra postura personal sobre los avances de la moderna teoría de imputación objetiva, considerando que el tipo penal adquiere mayor relevancia hasta vaciar a la antijuricidad; por lo que el cumpliendo un deber como la obediencia debida son solo supuestos causas de exclusión de tipicidad porque solo las ordenes licitas podrán vincular al subordinado, siendo innecesario ingresar a la categoría de la antijuricidad teniendo en cuenta que las órdenes lícitas son atípicas por estar siempre dentro del riesgo permitido y toleradas por el orden social; solo las ordenes licitas deben ser acatadas por el subordinado.
- La Cas. N.° 1131-2018/Puno siguió las líneas del «ayer de la obediencia debida», al momento de tomar su postura en cuanto a los requisitos y conceptos, perdiendo la oportunidad de desarrollar doctrina jurisprudencial de acuerdo con los avances de un derecho penal moderno, como ya lo había hecho la misma Sala Penal Transitoria en la Cas. N.° 810-2016/Puno, donde ya habían considerado al cumplimiento de un deber como un supuesto de exclusión de tipicidad. En esa línea, la obediencia debida debió ser interpretada con las mismas reglas que el cumplimiento de un deber. Asimismo, se concluye que es innecesaria la regulación de la obediencia debida, por lo que debería de derogarse el inciso 9 del artículo 20 del CP, pasando esas conductas al inciso 8 del mismo artículo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho penal parte general. Obras completas*. Tomo I. Lima: Ara editores, 2005.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1998.

CARO JOHN, José Antonio. Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N.° 5, 2004.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español parte general I. Introducción a la teoría jurídica del delito*. 3.ª ed. actualizada y considerablemente ampliada. Madrid: Editorial Tecnos, 1985.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, 2002.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas / ROJAS LEÓN, Ricardo. *Derecho penal parte especial, introducción a la parte general*. Lima: Jurista Editores, 2017.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal parte general*. 3.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2019.

HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal parte general I*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2005.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.ª ed. Trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González, Marcial Pons. Madrid, 1997.

JAKOBS, Günter. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en derecho penal* (M. Cancio Meliá). Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

LUZÓN PEÑA, Diego. *Causas de justificación y atipicidad en derecho penal*. En MIR PUIG, Santiago (Coord.). Pamplona: Editorial Aranzadi, 1995.

MAC LEAN M, Ana Cecilia. Obediencia debida como defensa para los criminales de guerra en el Derecho nacional e internacional. *Revista Themis*, N.° 37, 1998.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana de 1933 de José Arturo Rodríguez. Madrid, 1957. En PERDOMO TORRES, Fernando. *Sobre el vaciamiento de la antijuricidad*. Bogotá.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* 9.ª ed. Buenos Aires: B de F, 2011.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* 8.ª ed. Buenos Aires: B de F, 2008.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* 7.ª ed. Buenos Aires: B de F, 2004.

MORILLAS CUEVAS, LORENZO. *La obediencia debida, aspectos legales y político-criminales.* Madrid: Civitas, 1984.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito.* 2.ª ed. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1991.

MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARAN Mercedes. *Derecho penal. Parte general.* 2.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

PERDOMO TORRES, Fernando. ¿Las relaciones familiares y análogas como límites al derecho de legítima defensa? En *Derecho penal y sociedad II.* En MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Bogotá. 2007.

PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho penal parte general.* Tomo I. 6.ª ed. Lima: Idemsa, 2017.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal. Estudios pragmáticos de la parte general.* 3.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 1997.

PÉREZ LÓPEZ, Jorge. *Las 15 eximentes de responsabilidad penal. Exhaustivo análisis doctrinario y jurisprudencial.* Lima: Gaceta Jurídica, 2006.

POLITOF, Sergio / MATUS, Jean Piere / RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

REYES TELLO, Roxana. Obrar por orden obligatoria de autoridad competente. En *Cometarios al Código Penal peruano.* Tomo II. Dir. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Lima: Gaceta penal, 2019.

REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Código Penal comentado.* Tomo I. Lima: Legales ediciones, 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito.* Trads. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Código Penal parte general cometarios y jurisprudencia».* Lima: RZ editores, 2016.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal parte general I. El hecho punible.* 4.ª ed. Trads. Manuel CANCIO MELIÁ y Marcelo A. SANCINETTI. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas / ROJAS LEÓN, Ricardo. «*Derecho penal parte especial, introducción a la parte general*». Jurista Editores. Lima. 2017.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Manual de derecho penal parte general* Bogotá: Editorial Temis, 2002.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal parte general*. Lima: Editorial Grijley, 2018.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal parte general*. Lima: Editorial Grijley, 2006.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Código Penal comentado*. 3.ª ed. Lima, 2001.

VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal parte general*. Lima: Ara Editores, 2014.

VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal parte general*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2008.

ZAFFARONI, Raúl/ALIAGA /SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal parte General*. 1.ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

VII. JURISPRUDENCIA

Cas. N.° 1131-2018/Puno, del 5 de diciembre del 2019. Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Cas. N.° 810-2016/Puno, del 7 de mayo del 2019, Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

R. N. N.° 2575-2017/Áncash, del 9 de mayo del 2018. Sala Penal Permanente.

R. N. N.° 447-2010/Santa, del 28 de marzo del 2011, Sala Penal Transitoria.

R. N. N.° 2194-2013/Lima, del 26 de febrero del 2014, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

R. N. N.° 2998-2012/Pasco, del 28 de enero del 2014, Sala Penal Permanente.

R. N. N.° 2892-2016, del 7 de junio de 2018.

Exp. N.° 2446-2003-AA/TC-PUNO. Sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de setiembre del 2005.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana

Ramiro Salinas Siccha(*)

SUMARIO: I. Autores y partícipes en los delitos contra la Administración pública. **II.** La teoría de los delitos de infracción de deber. 2.1. Complicidad única. 2.2. La dúplica de la prescripción. 2.3. No es admisible la coautoría.

JURISPRUDENCIA:

Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116
Acuerdo Plenario N.° 01-2010/CJ-116
Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116

I. AUTORES Y PARTÍCIPES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Aspecto problemático de los delitos especiales como son los delitos contra la Administración pública lo constituye saber identificar o determinar quiénes son autores, coautores o cómplices en la comisión del delito.

Es lugar común en la doctrina penal sostener que solo es autor aquel que realiza por propia mano o por medio de otro todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal, es decir, aquel que tiene el dominio del hecho. En tanto que se consideran coautores a aquellos que cometen conjuntamente el hecho delictivo. La coautoría exige tres requisitos: «Decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer»(1).

(*) Magíster en Ciencias Penales; profesor de la UNMSM y de la Academia de la Magistratura; juez superior titular de Lima e integrante de la Sala Penal Nacional.

(1) Ejecutoria Suprema del 6 de mayo de 1999, Exp. N.° 1199-99-Cañete.

La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado; mientras que la participación secundaria se configura cuando el partícipe de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito.

La participación también está prevista en el artículo 24 del Código Penal que prevé la instigación, y que se configura cuando el agente dolosamente determina a otro a realizar un delito.

Todo lo señalado es la postura de la teoría del dominio del hecho de Roxin[2] a la cual se adhiere nuestro Código Penal respecto a la autoría y participación. Teoría que pretende otorgar criterios objetivos y cualitativos para la delimitación entre autoría y participación en los delitos comunes. Teoría que por lo demás es dominante en la ciencia penal alemana[3].

No obstante, para los delitos especiales como son los delitos contra la Administración Pública, de modo alguno que sirve la teoría del dominio del hecho para identificar al autor y al cómplice. Más bien, para los delitos especiales tenemos la teoría de infracción de deber, introducida al derecho penal también por Claus Roxin[4]. Según esta postura, autor es quien tiene

---

(2) Por todos: ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducido por Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007, p. 470. Resulta necesario enfatizar que se trata de la teoría del dominio del hecho sustentada por Roxin, toda vez que Jakobs desarrolla otra teoría y ha calificado al concepto de dominio del hecho como una «forma amorfa». Al respecto, véase SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Lima: Idemsa, 2006, p. 280.

(3) *Cfr.* SCHUNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, p. 281.

(4) En su libro *Autoría y dominio del hecho* en 1963. Véase PARIONA ARANA. La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencia. *Gaceta Penal*, N.° 19, 2011, p. 69; CARO JOHN. Delito de infracción de deber: fundamento y significado. En *Normativismo e imputación jurídico penal: dogmática penal 5*, 2010, p. 64; SUÁREZ GONZALES. Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios públicos. En *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*. Lima: Grijley, 2001, p. 152.

un deber especial penal impuesto por la Ley Penal y lo infringe, y partícipe es quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial penal.

En principio, en la mayoría de los delitos contra la Administración pública, no cualquier persona puede ser autor. Para ser autor de esta clase de delitos se necesita tener, tal como lo exige el tipo penal, la condición de funcionario o servidor público e, incluso, en ciertos delitos además de tal condición, se necesita tener una relación funcional especial con el objeto del delito al interior de la Administración pública. Si en un caso concreto la persona que ha cometido un acto, por ejemplo, defraudatorio para el Estado, no tiene la condición de funcionario o servidor público, no podrá serle atribuido un delito contra la Administración pública. De igual modo, si se exige la concurrencia de una relación funcional específica del sujeto público con el bien objeto del delito, no será posible atribuir a cualquier funcionario o servidor público, la comisión del delito de que se trate como, por ejemplo, el delito de colusión o peculado.

En tal sentido, podemos formularnos las siguientes preguntas:

1. ¿Cómo responden penalmente los particulares que cometen el delito a pedido o sugerencia del sujeto público obligado?
2. ¿Cómo responden penalmente los particulares que participan junto con un sujeto obligado en la comisión de un delito en perjuicio del Estado?
3. ¿Cómo responde penalmente el particular que dolosamente determina al sujeto público obligado a cometer un delito contra la Administración pública?
4. ¿Cómo responde penalmente el particular que coopera o ayuda al sujeto público obligado en la comisión del delito en agravio del Estado?
5. ¿Cómo responden penalmente los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado y, además, tiene relación funcional en la comisión de un hecho punible en agravio del Estado?

La primera pregunta, si es respondida tomando en cuenta la teoría del dominio del hecho, llegaremos al absurdo de afirmar que los particulares serían autores directos, y los sujetos obligados, autores mediatos o instigadores. Resulta absurda esta respuesta toda vez que los particulares, al no tener

la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la Ley Penal, de modo alguno pueden ser autores de un delito especial reservado solo para sujetos públicos. Respecto de la segunda pregunta, si respondemos bajo los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que los particulares serán coautores de los sujetos obligados. Sin embargo, tal respuesta no puede aceptarse, debido a que los particulares al no tener la condición de funcionarios o servidores públicos y, por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la Ley Penal, de modo alguno pueden ser coautores de un delito especial.

Asimismo, al responder la tercera pregunta utilizando la teoría del dominio del hecho, llegaríamos a concluir que los particulares o extraños a la Administración pública, serían autores mediatos del delito cometido. No obstante, tal respuesta aparece como absurda, pues el particular al no tener la condición de funcionario o servidor público y, por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la Ley Penal, no puede ser autor mediato. En el mismo sentido, respondiendo a la pregunta cuarta, con los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que el particular que coopera o ayuda al funcionario o servidor público es cómplice primario o secundario, según el apoyo que haya proporcionado al autor en la comisión del delito. Sin embargo, como luego se analizará, aquí se trata solamente de cómplices. No puede diferenciarse entre primario o secundario.

Finalmente, al responder la pregunta quinta con la teoría del dominio del hecho, los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado serán coautores. Sin embargo, tal respuesta no es correcta, según nuestro sistema jurídico, pues los funcionarios o servidores públicos que no tienen el deber especial penal impuesto por la Ley Penal, de modo alguno pueden ser autores del delito especial y menos coautores.

En la jurisprudencia nacional, se viene aceptando en forma pacífica, que las interrogantes planteadas y otros aspectos dogmáticos de la mayoría de los delitos contra la Administración pública son razonablemente respondidas por la teoría de infracción de deber formulada también por Roxin por vez primera en 1963, cuyos planteamientos pasamos a analizar.

II. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En los delitos especiales como lo constituyen la mayor parte de los delitos contra la Administración Pública, se tiene como criterio para la determi-

nación o delimitación de la autoría y participación, la teoría de los delitos de infracción de deber formulada desde la óptica de Claus Roxin[5].

Como ya se explicó, para diferenciar a la teoría del dominio del hecho con la teoría de infracción del deber, resulta necesario afirmar que, según la teoría del dominio del hecho, es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. En cambio, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la «infracción del deber». Ejemplo de ellos son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de «delitos contra la Administración pública», en los cuales *autor* es aquel sujeto que ha infringido un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será quien lesione el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. «Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado»[6].

Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un «deber especial de carácter penal» que no recae en todas las personas, sino en aquellos sujetos calificados que pueden cometer estos delitos. De modo que el fundamento no es el deber general que surge del tipo penal, cuya infracción provoca la sanción prevista en el tipo. En consecuencia, en los delitos contra la Administración pública, los sujetos públicos tienen deberes especiales como, por ejemplo, el deber de lealtad, de cautelar, proteger e impulsar el correcto funcionamiento de la Administración pública.

Se entiende por delitos de infracción de deber a aquellos en los cuales la figura central (autor) del evento criminal se encuentra vinculada por un

---

(5) De entrada debe quedar claro que aquí no se sigue la teoría de los delitos de infracción de deber, según la explicación y desarrollo dogmático del profesor Günther Jakobs, por las razones que luego explicaremos.

(6) ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general*. T. I. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 338. También, en *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. 6.ª ed. Traducido por Cuello-Serrano. Madrid: Marcial Pons, 1998, pp. 383-385. De igual modo, ROXIN, citado por PARIONA ARANA. *Op. cit.*, p. 72.

deber especial de carácter penal[7]. Autor será quien infringe el deber especial penal, y partícipe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial.

Según los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber, el hombre de atrás *intraneus* es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante extraño es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría[8]. De ello se concluye que el *intraneus* es autor mediato, puesto que lo que hace es realizar la acción típica «a través de otro», infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el «dominio del hecho», el *extraneus* es solo un cómplice; él no puede ser autor porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo[9]. Sin duda, esta teoría contribuye decisivamente en la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos tipos penales que presuponen deberes especiales de carácter penal[10]. La aplicación de esta teoría resuelve razonablemente los vacíos a los que llegaban las teorías que se basaban en el dominio del hecho en el tratamiento de estos casos[11].

Aquí no se sigue la teoría de los delitos de infracción de deber en la vertiente de Jakobs, pese a que como sostiene el profesor Caro John[12], la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado

---

(7) PARIONA ARANA. *Op. cit.*, p. 79.

(8) Es más, según el profesor CARO JOHN, que se adhiere a la concepción de Jakobs enseña que en este modelo que rige el principio de autoría única, en todos «los supuestos, el *intraneus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el actuante esté sujeto a una relación de deber institucional, y que lo infrinja para convertirse en autor», cit., 2010, p. 87.

(9) PARIONA ARANA. *Op. cit.*, p. 71.

(10) Para los interesados en hacer siempre derecho penal comparado, se les indica que esta teoría de la infracción del deber sustentada por Roxin es dominante en la jurisprudencia penal española. Allí se ha establecido que los *extranei* solo pueden ser partícipes (cooperadores necesarios, cómplices e inductores). Véase FEIJOO SÁNCHEZ. Bernardo, cit., 2013, p. 29.

(11) *Cfr.* PARIONA ARANA. Participación en los delitos especiales. En *Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Lima: Ara editores, 2006, p. 770.

(12) CARO JOHN. *Op. cit.*, p. 71.

por este autor, quien, en el marco de un pensamiento funcional-normativista del sistema del Derecho Penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación amplia de los delitos de infracción de deber. Según esta concepción normativa pura del derecho penal, se enseña que la infracción del deber fundamenta el injusto, esto es, constituye la razón de la punición del comportamiento. Para esta forma de explicar el derecho penal, la razón de la imputación es la infracción del deber, la que trae consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una institución positiva fundamenta siempre la punibilidad del autor. En suma, en la infracción del deber radicaría el fundamento de la imputación jurídico-penal. La infracción del deber siempre fundamenta la punibilidad[13]. Según esta forma de explicar el derecho penal, por ejemplo, se perfeccionará el delito de peculado previsto en el artículo 387 del Código Penal, si el sujeto público infringiendo su deber funcional de administrador se dispone a apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene relación funcional. Para esta teoría sería irrelevante penalmente si el sujeto público llega realmente a apropiarse del bien público. Situación que al menos en nuestra patria, no es de recibo, pues como veremos, la misma construcción de la fórmula legislativa del 387 exige la concurrencia de otros elementos objetivos para la consumación del delito de peculado. De modo que la sola infracción del deber no es suficiente para sancionar penalmente la conducta de peculado.

En tal línea del razonamiento, no se sigue esta postura, pues, como lo sostiene Pariona Arana[14], por la manera como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro Código Penal en su parte especial, no es posible sostener al menos en el Perú, que la sola infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico-penal. Según las fórmulas legislativas de los delitos contra la Administración pública, por ejemplo, aparte de la infracción del deber se exige que el sujeto público realice una acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico determinado para completar el injusto penal. De modo que la sola infracción de un deber especial no es suficiente, se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos. La punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un

---

(13) VILLAVICENCIO TERREROS, citando a SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Derecho Penal, parte general*. Lima: Grijley, 2006, p. 307.

(14) PARIONA ARANA. *Op. cit.*, p. 73.

contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal, tal como lo exige el artículo 4 del Título Preliminardenuestro Código Penal.

En otro extremo, no sigue también aquí la postura del funcionalismo normativista de Jakobs en la explicación de la autoría y participación de los delitos contra la Administración pública, debido a que, según esta concepción, si en un hecho concreto participa un *extraneus*, este responderá por un delito diferente al cometido por el *intraneus*. Por ejemplo, si en la sustracción de los caudales públicos participan el sujeto público encargado de su custodia junto a un particular, para esta concepción el primero responderá por el delito de peculado por haber infringido su deber funcional; en cambio, el particular extraño responderá por el delito de hurto que viene a constituir un delito de dominio(15). Un mismo hecho tendría doble calificación jurídica. En efecto, según esta concepción en el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas y, por tanto, no sigue, en principio, la teoría de la unidad del título de imputación, sino sigue la teoría de la ruptura del título de imputación(16). La razón del cambio de criterio radica en la circunstancia que la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber, solamente puede atribuirse a los *intranei* al tipo. Los *extranei* no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de un deber. En consecuencia, el partícipe no podrá ser sancionado con el marco penal establecido para el delito de infracción de un deber(17).

Para graficar este aspecto, el profesor Caro John, luego de afirmar que en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*, pone los siguientes casos: «Una de las partes que redacta la sentencia que luego el juez la ejecuta, o el vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por al-

(15) Véase García Cavero. Responsabilidad penal del partícipe extraneus, en los delitos especiales cometidos por funcionario públicos. En *Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la administración pública* (coordinadora Castañeda Otsu, Susana). Lima: Jurista Editores, 2014, p. 637.

(16) Para saber las diferencias entre una y otra teoría, así como sus consecuencias prácticas véase Pariona Arana. *Op. cit.*, pp. 760-761.

(17) García Cavero, citando a Heiko Lesch, cit., 2014, p. 634.

gún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un incremento considerablemente superior al precio real, porque el alcalde corrupto así se lo ha solicitado. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar *nemimem laede* (pues, solo son personas), ellos solo podrán responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo con la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los *extranei* en el mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el juez y el alcalde (obligados especiales)»[18].

Esta forma de enfrentar el delito que lesiona o pone en peligro el bien jurídico general denominado correcto funcionamiento de la Administración pública, no es de lo más adecuado y eficaz. Genera impunidad respecto de los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial cometido por un funcionario público[19]. Esto es más evidente en los delitos especiales propios donde no hay delito subyacente como, por ejemplo, en el prevaricato. Aquí si un particular ayuda a un juez a cometer el citado delito, su conducta quedaría sin sanción. Su conducta sería impune.

Por tal razón, como ya hemos indicado, en el Perú ha sido superada luego que a inicios del siglo XXI, con el derrumbe de la cúpula política que gobernó el país desde 1990 hasta el 2000, se procesaron múltiples casos por la comisión de múltiples delitos contra la Administración Pública.

Jurisprudencialmente, se ha impuesto en nuestra patria, la posición de considerar que por el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de la participación de unidad del título de imputación[20] y accesoriedad, los particulares o *extraneus* responden por la comisión

---

(18) CARO JOHN. *Op. cit.*, p. 82.

(19) Situación que incluso es reconocida por los que sustentan esta posición, por ejemplo, el profesor GARCÍA CAVERO. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General.* Lima: Grijley, 2008, p. 601.

(20) En cambio, la teoría de Jakobs sostiene la ruptura del título de imputación, la misma que sostiene que solo el funcionario o servidor público responde como autor del delito especial cometido, en tanto que los *extraneus* que participan en la comisión

del delito especial cometido por el sujeto público autor, pero como cómplices. Incluso, así se ha previsto como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116[21]. En efecto, entre otros aspectos, se precisó que «los extraneus 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».

Nuestro Código Penal asume la tesis de la accesoriedad de la participación de lo cual se deriva que toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia (tesis de la unidad de imputación)[22]. Aceptar que los actos de complicidad de los particulares asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la ruptura de la imputación) implicaría hacer una doble tipificación sobre la base de un solo hecho y, por lo tanto, doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone plantear un concurso de tipos penales (especial y común) que satisfaga la tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado, situación que, de aceptarse, dejaría en la impunidad muchos actos de participación.

Así, por ejemplo, en nuestra patria, en los inicios del sistema anticorrupción, se tuvo diversos procesos penales en los cuales, el sujeto público era procesado por peculado o colusión, en tanto que a los terceros (*extraneus*) que habían participado con ellos en la comisión del mismo delito especial y de infracción de deber funcional, se les seguía procesos penales diferentes como partícipes de los delitos de hurto o apropiación ilícita[23], los mismos que al final eran absueltos debido al uso del argumento siguiente: es imposible que existan partícipes de hurto, apropiación ilícita o estafa sin la existencia de un autor de estos delitos, trayendo como lógica consecuencia que muchos casos pasaran a engrosar las cifras de la impunidad.

Sin embargo, la situación cambió drásticamente cuando nuestra Corte Suprema comenzó a emitir ejecutorias supremas sobre la base de los princi-

---

del mismo delito especial responden penalmente por un delito común. *Cfr.* García Cavero. *Op. cit.*, p. 600; también cit., 2014, p. 639.

(21) De fecha 6 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción).

(22) Rojas Vargas. *Delitos contra la administración pública.* Lima: Grijley, 2002, p. 76.

(23) Claro está siguiendo la posición de Jakobs que aquí no seguimos.

pios de la accesoriedad y la unidad del título de imputación de la complicidad[24]. En efecto, la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 argumentó con toda propiedad que «la participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26 del Código Penal»[25].

De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, precisó que «en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...], por consiguiente, la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado»[26]. En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

Luego, tenemos el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Aquí, la ejecutoria suprema sostuvo: «Que el Código Penal respecto de la participación, asume la tesis de la "accesoriedad de la participación", es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas *extraneus* que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden

---

(24) Acerca del fundamento penal de la participación, véase ROXIN, Claus, cit., 2007, p. 483.

(25) Exp. N.° 3203-2002-Lima (SALAZAR SÁNCHEZ. *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, cit., p. 231).

(26) R. N. N.° 1813-2003-Lima.

en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo [...]. En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder "en segundo término" y, por tanto, solo limitadamente»[27].

Finalmente, como ejemplo del cambio jurisprudencial que se produjo en la lucha contra los actos de corrupción, tenemos la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004[28]. En efecto, allí se expone que «aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial —propio, en este caso— es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría —el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume—; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes —como todas las personas— tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe».

Lo cierto es que la teoría de la unidad del título de imputación supera en muchos aspectos a la teoría de la ruptura de la imputación y llega a soluciones jurídicas más satisfactorias, y evita caer en la ficción de considerar conductas de complicidad o participación en delitos que en realidad no se han producido[29].

---

(27) R. N. N.° 375-2004-Ucayali (*Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N.° 6. Lima: Grijley, 2005, p. 545). En el mismo sentido, se pronuncia la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, R. N. N.° 2976-2004-Lima, en la misma revista jurídica, p. 548.

(28) R. N. N.° 2976-2004-Lima (SAN MARTÍN CASTRO. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, cit., p. 652). También en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N.° 6, 2005, p. 546.

(29) *Cfr.* PARIONA ARANA. *Participación en los delitos especiales*, cit., 2006, p. 762.

Antes de concluir con este tema, es de precisar que de modo alguno se violenta el contenido del artículo 26 del CP[30] que establece que las circunstancias y cualidades que afecten las responsabilidades de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, toda vez que resulta claro que la circunstancia especial que califica a los autores de los delitos contra la Administración pública, cual es infringir un deber especial de carácter penal, de modo alguno modifica ni menos se traspasa a los *extraneus* que ayudan o auxilian en la comisión de un delito especial. Por ello, se afirma y se sostiene en la doctrina jurisprudencial peruana que, en estos casos, la pena del partícipe siempre será menor a la del autor e, incluso, se sostiene que la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código Penal solo alcanza a los autores o *intranei* y no a los partícipes o *extranei*. Además, se debe tener claro que el artículo 26 del Código Penal no puede ser empleado para determinar el tipo penal de la parte especial aplicable al caso concreto, esto es, no puede utilizarse para asignar el título de imputación del agente. Es solo una regla general que asegura o busca un marco penal justo, para aquellos casos donde de la aplicación de los tipos de la parte especial y los dispositivos de la participación pudieren resultar penas desproporcionadas[31].

Como es de advertirse en los delitos contra la Administración pública, no todos son especiales. Existen también delitos comunes como, por ejemplo, el delito de tráfico de influencias. Es obvio que cuando se trata de delitos comunes la teoría del dominio del hecho debe ser utilizada para identificar o determinar quién es autor y quién es partícipe del delito.

---

(30) Como sugiere García Cavero, al señalar que no se puede admitir tal como lo proscribe el artículo 26 del CP, que las circunstancias o cualidades que afectan la responsabilidad penal de un autor cualificado se amplíen a los partícipes que no tienen una relación institucional. Precisamente, en el caso de agravantes por el abuso de la calidad de funcionario o servidor público para cometer el delito tiene lugar una incomunicabilidad de la circunstancia agravante. Si este deber se comunicase a los partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico. Cit. 2008, p. 601; también cit., 2014, p. 637.

(31) *Cfr.* PARIONA ARANA, siguiendo a Schunemann. *Participación en los delitos especiales*, cit., 2006, p. 768.

2.1. Complicidad única

Para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la Administración pública que comete un sujeto público con deber especial penal, será simplemente cómplice. Según la teoría de infracción del deber la complicidad es única.

La diferencia entre complicidad primaria o secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito. De modo que en los delitos especiales no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 25 del Código Penal que establece que al cómplice primario se le impone la misma pena que el autor, y al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena. No debe obviarse que tal artículo tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho.

La siguiente pregunta se impone: ¿Cuál es la pena que se impone en consecuencia al cómplice en los delitos de infracción del deber? El hecho de que las reglas generales de la autoría y participación actualmente existentes en nuestro sistema penal no resultan suficientes para fundamentar de manera general el castigo de un partícipe en un delito especial de infracción de un deber, de modo alguno podemos aceptar y consentir pacíficamente que se siga aplicando las reglas de la teoría del dominio del hecho para aplicar la sanción correspondiente al cómplice. Más bien debe propiciarse que el juez al momento de aplicar la pena al cómplice de un delito contra la Administración pública, jamás debe imponer una pena igual o mayor a la impuesta al autor del delito. La pena para el cómplice será siempre menor a la del autor. El fundamento es que la conducta del autor al haber cometido el delito infringiendo un deber especial penal, es más reprochable que la conducta desarrollada por aquel que no infringió deber especial alguno. La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice[32].

En el Proyecto de Código Penal de 2009, cuya parte general fue aprobada y publicada en su oportunidad por el Congreso de la República, se tomó en cuenta la teoría de infracción del deber para establecer la autoría y parti-

(32) Esta tendencia incluso es la predominante en España, al respecto véase: RUEDA MARTÍN, Ángeles. Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública. En *Delitos contra la administración pública* (Francisco Heydegger, coordinador). Lima: Idemsa, 2013, p. 152.

cipación en los delitos especiales. En efecto, en aquel proyecto encontramos el artículo 26 donde se establecía que «si en el partícipe no concurren los especiales elementos personales que fundamenten, agraven, disminuyan o excluyan la punibilidad, se atenuará la pena para él conforme al artículo 45 del Código Penal». Esto significaba que si en el cómplice no concurría el deber especial penal que sí concurría en el autor, el juez atenuará la pena para el cómplice conforme a los parámetros del artículo 45 del Código Penal. En parecida línea, actualmente, en el Proyecto de Código Penal de 2015, aprobado por la comisión de justicia e ingresado al Congreso de la República el 29 de enero de 2015, para ser debatido en el pleno, encontramos el segundo párrafo del artículo 31 que prescribe: es reprimido a título de partícipe la persona que interviene en el hecho punible y en quien no concurren las circunstancias y cualidades que se exigen para el autor.

En conclusión, en los delitos especiales que lesionan o ponen en peligro el normal desenvolvimiento de la Administración pública, al cómplice siempre se le impondrá menos pena que al autor.

Esta solución jurídica no es nada nueva, pues haciendo derecho comparado, encontramos que en el derecho penal alemán se contempla una regla específica para estos casos, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente(33).

La Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte aún no tiene claro este aspecto, pues para resolver los casos concretos de delitos de infracción del deber todavía viene aplicando la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice. En efecto, en la ejecutoria suprema del 6 de mayo de 2013(34) argumentó que «su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el Jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria». Considero que si el juez se decide por aplicar la teoría de infracción del deber debe hacerlo en toda su magnitud. No podemos seguir mezclando las teorías penales.

---

(33) *Cfr.* García Cavero, cit., 2008, p. 603.

(34) R. N. N.° 546-2012-Lima.

2.2. La dúplica de la prescripción

¿Al *extraneus* le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código Penal? En la línea interpretativa que se viene exponiendo, 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 Política vigente. En efecto, la última parte del artículo 80 del CP establece que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción de la acción penal se duplica. Significa que solo a los autores de los delitos que lesionan el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este les alcanza la dúplica de la acción penal.

Esta posición, en la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, ha quedado establecida hasta en dos Acuerdos Plenarios. Así, tenemos el **Acuerdo Plenario N.° 01-2010-2010/CJ-116** del 16 de noviembre de 2010 (problemas actuales de la prescripción), donde se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente: 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 tiene esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tiene para encubrir sus actividades ilícitas.

Se incrementa el plazo de la prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al Ministerio Público un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune. De modo que para que se produzca el incremento del plazo de la prescripción se requiere de lo siguiente:

1. Exista una relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado.
2. El vínculo del sujeto público y el patrimonio implica que aquel ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre el patrimonio del Estado, y
3. Como fuente de atribución sirve una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda transferir o delegar el ejercicio de funciones de administración, percepción o custodia.

Los bienes sobre los cuales recae la acción pueden ser:

1. Íntegramente del Estado.
2. Bienes de sociedades de economía mixta.
3. Bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico válido.



En tanto que en el **Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116**, del 6 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción), al exponer que resultaba necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (*intranei*) o, en su caso, del partícipe, inductor o cómplice (*extraneus*), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación, se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente: El Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80 del 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 razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intranei* y *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los *extraneus* 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.

2.3. No es admisible la coautoría

Otro aspecto no menos importante de la teoría de la infracción del deber es el hecho que no admite la coautoría definida en el artículo 24 de nuestro Código Penal como el hecho de cometer conjuntamente el hecho punible. Esto es, existe coautoría cuando dos o más personas cometen conjuntamente un delito. Ocurre cuando dos o más personas con acuerdo de voluntades lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido. La coautoría también es hija de la teoría del dominio del hecho[35] que explica la autoría y participación en los delitos comunes como se tiene ya expuesto. La coautoría se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente a la entidad material de su intervención[36]. Por ejemplo, hay coautoría en un delito de robo cuando dos o más personas se ponen de acuerdo y se reparten roles específicos para lesionar el bien jurídico patrimonio de la víctima. Igual puede ocurrir en un homicidio, hay coautoría cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en poner fin a la vida de la víctima y luego para conseguir su objetivo se reparten roles específicos. En suma, ello ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos son derechos de las personas.

Sin embargo, ello no ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos lo constituyen deberes impuestos por la ley penal a determinadas personas. Por ejemplo, el deber de lealtad, el deber de imparcialidad, el deber de no lesividad del patrimonio del Estado, etc., son deberes personalísimos que impone el Estado a aquellas personas que desempeñan un cargo público al interior de

---

(35) *Cfr.* García Cavero. *Op. cit.*, 2008, p. 574.

(36) Ejecutoria suprema del 18 de octubre de 1999, R. N. N.° 3429-99-Callao.

la Administración pública. Son deberes personales que se conocen también como principios que sustentan la Administración pública. No pueden dividirse ni compartirse[37].

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraerse el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. Cada funcionario en forma personal lesionaría o infringiría el deber especial penal impuesto por el Estado. Cada funcionario será solo autor del delito de peculado. Es imposible sostener que dos o más funcionarios se ponen de acuerdo y luego se reparten roles para infringir un solo deber especial. No hay forma de sostener que el funcionario A lesiona una parte de un deber especial, el funcionario B otra parte del mismo deber, y el funcionario C la otra parte del mismo deber especial. Los deberes especiales impuestos por la ley no pueden dividirse. En suma, la infracción del deber especial penal es único, materialmente la infracción de un principio no se hace en coautoría.

De modo que no es de recibo el criterio jurisprudencial ensayado en la ejecutoria suprema del 18 de octubre de 2010[38] y vuelto a repetir en la ejecutoria suprema del 3 de noviembre de 2010[39], cuando se sostiene que «en los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; b)una división de funciones y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello». Aquí erróneamente la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte utiliza los parámetros de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la coautoría, para identificar la autoría y participación en un delito especial como lo es el peculado, el mismo que como ya se expresó se explica razonablemente con la

---

(37) *Cfr.* SALINAS SICCHA, Ramiro. El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana. En *Delitos contra la administración pública* (Francisco Heydegger, coordinador). Lima: Idemsa, 2013, p. 368.

(38) Véase R. N. N.° 3181-2009-Lima, Sala Penal Permanente.

(39) Véase R. N. N.° 1320-2009-Huánuco, Sala Penal Permanente.

teoría de infracción del deber. Es más, se señala que debe haber un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, cuando bien sabido es que el bien jurídico que se protege con el delito de peculado no son los bienes o el patrimonio del Estado, sino lo que se pretende proteger con el citado delito es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado como incluso así se ha precisado de modo adecuado como doctrina legal vinculante en el **Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116**[40].



No debe obviarse que en el delito de peculado, como se analiza más adelante, se afecta el patrimonio del Estado en forma indirecta, pero no como bien jurídico protegido, sino como objeto material del delito[41].

---

(40) Incluso, la misma Sala Penal Permanente en la ejecutoria suprema del 2 de julio de 2010 tiene claro tal aspecto. Véase el R. N. N.° 1594-2009-Puno.

(41) Estos temas forman parte de la primera parte de mi libro *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2014.

LA ACCESORIEDAD COMO FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DEL PARTÍCIPE EN LOS DELITOS CONVENCIONALES Y SU TAN SOLO FENOMENOLÓGICA TRASCENDENCIA

Un análisis a partir de la modificadoria efectuada al artículo 25 del CP mediante el DL N.° 1351

Jhónatan Jhon Calderón Soto(*)

«[...] *un Código Penal pertenece a su tiempo y al estado de la sociedad civil en él.*»
(G. W. F. HEGEL).

SUMARIO: I. Introducción. **II.** El texto original. **III.** Evolución histórica. 3.1. El sistema unitario. 3.2. Sistema diferenciador. 3.3. El concepto extensivo de autor. 3.4. El concepto restrictivo de autor. 3.5. Las teorías objetivas. 3.5.1. Teoría Formal-Objetiva. 3.5.2. Teoría Material-Objetiva. 3.6. La teoría del dominio del hecho. **IV.** El dominio del hecho como dogmática penal naturalista por antonomasia. **V.** El sistema del injusto colectivo típico de intervinientes. **VI.** Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El 7 de enero del 2017 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo N.° 1351. El citado dispositivo legal formó parte de la delegación de facultades otorgadas a favor del Poder Ejecutivo, a fin de que pueda legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización

(*) Abogado asociado en el estudio Sumar & Sánchez. Estudios de maestría en la Universidad San Martin de Porres. Exmiembro fundador del Círculo de Estudios Penales «Iuris Prudens» de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán.

de Petroperú S. A. (Ley N.° 30506), en tanto que el D. L. N.° 1351 concernía a la tan mentada lucha contra la seguridad ciudadana.

El Decreto Legislativo en mención realizó importantes modificaciones a la legislación penal (minería ilegal, contaminación del medio ambiente, etc.), procesal penal (decomiso de bienes provenientes del delito, medidas aplicables a las personas jurídicas, etc) y de ejecución penal (suspensión de la ejecución de la pena, reglas de conducta, etc), así como efectuó ajustes normativos para fortalecer la censura penal de algunas circunstancias conflictivas generando nuevos espacios de sanción penal. En ese sentido, el factor que llamó poderosamente la atención es lo concerniente a la modificación normativa efectuada al artículo 25 del Código Penal, que regula la figura de la participación delictiva (complicidad primaria y secundaria).

Como es sabido, el fundamento de la punibilidad del partícipe ha sido quizá uno de los temas que ha generado un número muy elevado de estudios académicos como de respuestas discrepantes no solo a nivel doctrinario, sino también a nivel jurisprudencial, especialmente, en lo concerniente al tópico de los delitos contra la Administración pública; una muestra clara de ello fue la última audiencia realizada a mediados del año 2016 en el X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la Republica, donde uno de los temas abordados fue precisamente lo referente a la punibilidad del *extraneus* en los delitos contra la Administración pública.

No obstante ello, aunque resulte paradójico, los estudios realizados sobre la punibilidad de los partícipes en delitos especiales no ha guardado igual correspondencia con las investigaciones efectuadas en lo referente a la punibilidad de los partícipes en los delitos comunes o convencionales (complicidad primaria y secundaria), donde tanto a nivel doctrinal como a jurisprudencial se han enfocado únicamente en tratar de delimitar el título de imputación de la autoría (*directa, mediata o coautoría*), dejando de lado los estudios entorno a la punibilidad del partícipe en este tipo de delitos; ello quizá se deba gracias a los sendos pronunciamientos emitidos tanto por la Corte Suprema como por parte del Tribunal Constitucional, quienes han dado por sentada la aplicación de la teoría del dominio del hecho como criterio para delimitar la autoría y la participación en los delitos convencionales, y es justamente en esta línea donde se enmarcará el presente estudio, tomando como punto de inicio la modificatoria efectuada al artículo 25 de nuestro ordenamiento penal, mediante el Decreto Legislativo N.° 1351.

La determinación de la autoría del delito resulta muy sencilla cuando el hecho delictivo es completamente preparado, ejecutado y consumado por una única persona; se trata, pues, de una autoría en solitario que no requiere mayor análisis en cuanto a su intervención en el hecho delictivo. Los problemas surgen, más bien, cuando son varias las personas que intervienen en el hecho punible, suscitándose la cuestión de quienes deben responder como autores y partícipes del delito, la respuesta a esta interrogante requiere identificar cuál es el criterio que utiliza el derecho penal para determinar esta forma de intervención en el hecho delictivo. No se trata, pues, de un aspecto pacifico en las discusiones doctrinales. Es fácil apreciar que cuando en un caso concreto intervienen una pluralidad de actores las cosas se complican para los operadores del derecho (jueces, fiscales y abogados), con mucha mayor razón se complican las cosas cuando son cometidas cada vez por estructuras u organizaciones criminales, las cuales no pueden ser enfrentadas con eficiencia con las herramientas del Derecho Penal tradicional.

Bajo esa misma lógica, la modernas sociedades posindustriales demandan establecer no solo criterios que conviertan al derecho penal en una herramienta cada vez más útil y eficaz, sino también exigen desarrollar criterios que se correspondan con los principios que inspiran a un derecho penal contemporáneo respetuoso de los derechos fundamentales; ya que solo ellos nos servirán de contención para limitar el ejercicio del poder punitivo estatal y, por tanto, impedirán que este se desborde. Es precisamente gracias a estos principios que la afectación de la libertad del ciudadano no quedara expuesta a una suerte de arbitrariedad, sino más bien garantizara que esta se encuentre supeditada a un sistema ordenado de conceptos sustraídos a la mera subjetividad e intereses diversos de quien ostenta el poder de decidir un caso concreto. Por tanto, los postulados que desarrolla una determinada dogmática penal deben de ser pensados bajo la sujeción y observancia de los principios se inspiran a un derecho penal contemporáneo, caso contrario, si ello no es así, deben ser rechazados.

II. EL TEXTO ORIGINAL

Como bien se había indicado, el 7 de enero del 2017 el Poder Ejecutivo publicó en el Diario Oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo N.° 1351 donde realizó una adición normativa al artículo 25 del Código Penal, cuyo texto original decía literalmente lo siguiente:

> El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

Como se puede apreciar —en el texto original— el legislador dejaba abierta la posibilidad de que los operadores jurídicos (jueces, fiscales y abogados) puedan fundamentar, según su teoría del caso, respecto de quienes intervenían en un hecho delictivo y sobre la base de que, esto es, ¿cómo debían responder penalmente?; ello debido a que no contemplaba una distinción cuantitativa entre quienes intervenían en un hecho delictivo, ya que tan solo señalaba que los partícipes intervenían en el hecho punible, no haciendo mención a que este hecho le pertenecía al autor como figura principal o al partícipe como figura secundaria. Dejando esta tarea, en primer término, en manos de los operadores jurídicos, son precisamente ellos los encargados de aplicar de forma inmediata los postulados que le sirvan de base para sustentar su teoría del caso y, en segundo término, dejaban en manos de la doctrina, principalmente, de la jurisprudencia, quien en sendos pronunciamientos se había decantado por la teoría del dominio del hecho como criterio para delimitar la autoría y la participación delictiva en los delitos convencionales.

No obstante ello, el Decreto Legislativo N.° 1351 apareció para cambiar radicalmente esta forma de ver las cosas, ya que realizó una adición al texto original del artículo 25 del Código Penal al señalar lo siguiente:

> [...] El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor.

Con lo cual el legislador ha acogido de manera explícita la teoría de la accesoria en la participación como fundamento de la punibilidad del partícipe en los delitos convencionales, condicionando de esta forma al intérprete (operadores de justicia) a tener que valorar la conducta del partícipe a partir del injusto cometido por el autor.

Al respecto, es necesario señalar y traer a colación que nuestra Corte Suprema anteriormente ya había señalado que la punibilidad de la conducta del partícipe dependía y se realizaba en función a la conducta cometida por el autor (principio de accesoriedad en la participación), y tratándose de

delitos especiales (contra la Administración pública) había precisado que la conducta del partícipe debe de adecuarse bajo el mismo título de imputación respecto del autor (unidad de título de imputación), ello conforme se puede apreciar en las siguientes Ejecutorias Supremas.

Ejecutoria Suprema del 6 de mayo de 1999 que señala lo siguiente:

> [...] La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los autores [...][1].

Recurso de Nulidad N.° 5924-97-Piura, que dice textualmente lo siguiente:

> [...] La condición jurídica del acusado es la de co-autor y no la de cómplice, por cuanto sus aportes a la perpetración del evento delictivo han tenido la calidad de principales o esenciales, habiendo tomado parte en la planificación como en la ejecución del ilícito penal, destacando la función de haber cargado el arma que fuera utilizado para ultimar a la víctima [...][2].

En ese mismo sentido, las Salas Penales de la Corte Suprema emitieron el Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116 donde señalaron lo siguiente:

> [...] actualmente en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos penales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros, denominado delitos de dominio [...].

De igual modo, en esa misma línea se había enmarcado nuestro Tribunal Constitucional al señalar que:

> [...] autor es señor sobre la realización del tipo. Es decir, el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse

---

(1) Al respecto, véase más en VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Grijley, 2007, p. 493.

(2) *Loc. cit.*

inclusive. En tanto que el partícipe es supeditado a la actuación del autor [...], el partícipe no tiene el dominio del hecho[3].

Como se puede advertir de las citas jurisprudenciales antes anotadas, tanto la Corte Suprema, como el Tribunal Constitucional ya habían acogido como válida la aplicación del principio de accesoriedad para fundamentar la responsabilidad de los partícipes en los delitos convencionales, entonces, el primer cuestionamiento que podríamos efectuar al Decreto Legislativo N.° 1351 es lo referente a lo siguiente: ¿Era realmente necesario realizar una modificación al artículo 25 del Código Penal si ya existían pronunciamientos tanto por parte de la Corte Suprema como por parte del Tribunal Constitucional a favor de la accesoriedad de la participación como criterio para fundamentar la responsabilidad del partícipe en los delitos convencionales? ¿Acaso no era mejor someter —el debate— a un Pleno Jurisdiccional a fin de unificar criterios —si esa era la finalidad— como bien se había realizado en la audiencia del X Pleno Jurisdiccional Transitorio de las Salas Penales de la Corte Suprema celebrado a mediados del año 2016? La respuesta, a nuestro modesto entender —es evidente— no era necesaria, ello debido a que las conductas humanas se encuentran en constante proceso de trasformación y, por tanto, al adoptar una postura dogmática a rajatabla se asume el riesgo de que determinadas conductas que no puedan ser alcanzadas por la corriente doctrinal adoptada puedan resultar impunes[4]. Esto se agrava aún más si tenemos en consideración que en el derecho penal rige el principio de lega-

---

(3) STC. Exp. N.° 1805-2005-HC/TC - ffjj. 33 -35.

(4) En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. Entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural [...] buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan. [...] El progreso técnico da lugar, en el ámbito de la delincuencia dolosa tradicional (la cometida con dolo directo de primer grado), a la adopción de nuevas técnicas como instrumento que le permite producir resultados especialmente lesivos; asimismo, surgen modalidades delictivas dolosas de nuevo cuño que se proyectan sobre los espacios abiertos por la tecnología. La criminalidad asociada a los medios informáticos y a internet (la llamada ciberdelincuencia). Al respecto, véase más en SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *La Expansión del derecho penal, aspectos de las Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ª ed. Madrid: Edit. Civitas, 2001, pp. 28 y ss.

lidad[5], por lo que cualquier modificación efectuada a su cuerpo normativo, por más equivocada que esté, debe ser de observancia ineludible, lo cual no ocurre con una línea jurisprudencial adoptada que, si bien tiene el carácter de aplicación obligatoria, empero, puede ser materia de desvinculación a través de una adecuada argumentación jurídica según el caso concreto.

En adición a ello debemos señalar que actualmente la teoría de la accesoriedad de la participación se encuentra sometida a graves cuestionamientos que la harían inaplicable como bien se intentará demostrar en las siguientes líneas, por lo que —anticipadamente— podemos señalar que la modificatoria efectuada al artículo 25 del Código Penal, mediante el Decreto Legislativo N.° 1351 fue innecesaria e inadecuada.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Antes de ingresar a fondo al tema que ocupa, podríamos poner un breve caso a modo de introducción y basado en ello ir desarrollando algunos postulados que se tratarán de abordar en el presente artículo.

Imaginemos el robo a una entidad bancaria, donde participan muchas personas, las cuales se distribuyen funciones. Una primera persona se encarga de estudiar por varios días la frecuencia con la cual entran y salen los feligreses de dicha entidad bancaria, las horas en donde hay profusión o moderado tránsito de usuarios. La segunda persona se encarga de obtener armas, equipamientos, movilidad y pasamontañas, así como hacer un plano con el diseño de las calles adyacentes. Cuatro personas son los encargados de ejecutar el asalto directamente para lo cual someten a los vigilantes y usuarios mediante amenazas para luego sustraer el dinero de la bóveda. Una séptima persona se encarga de vigilar la zona y de alertar al resto en caso de presencia policial. Finalmente, una última persona se encarga de conducir el vehículo en el cual fugan los delincuentes que ejecutaron directamente el asalto a la entidad bancaria.

Del ejemplo antes acotado podríamos formularnos algunas preguntas: En caso de ser atrapados, ¿deben responder todos de la misma forma y bajo la misma medida? ¿Cuál debe ser el criterio para realizar una diferenciación

---

(5) Artículo II del Título Preliminar del Código Penal: «Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella».

entre estas formas de intervención? ¿Realmente existen autores (principales) y partícipes (secundarios)?

Para resolver estas interrogantes, históricamente es posible encontrar múltiples teorías, las cuales se basan y dirigen la diana, esencialmente, a tratar de realizar una diferencia cualitativa entre autores y partícipes, la que podríamos resumir en dos grandes sistemas: por un lado, al sistema unitario y, por otro lado, al sistema diferenciador.

3.1. El sistema unitario

Para este sistema deben ser considerados autores todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del delito, sea como autor o partícipe, no siendo necesario que su contribución al hecho se materialice en acciones típicas(6).

La crítica que podría formularse al concepto unitario de autor radica en que conductas muy alejadas de la lesión o puestas en peligro de bienes jurídicos podrían ser reprimidas penalmente ampliándose grandemente la frontera de lo típico. Por ejemplo, en los delitos especiales habría que considerar como autores a sujetos que no reúnen las condiciones exigidas por el tipo penal, o en los delitos de propia mano, a aquellos que no realizan directamente la acción descrita en el tipo penal si de alguna u otra manera intervienen en el hecho típico.

3.2. Sistema diferenciador

Este sistema parte de la premisa de que no todos los aportes de los distintos intervinientes en el delito tienen igual valor, sino que algunos son principales y otros secundarios, en tanto que los primeros serán considerados autores; los segundos, partícipes.

De acuerdo con la evolución historia, este sistema presenta dos variantes: un sistema extensivo de autor y un sistema restrictivo de autor.

3.3. El concepto extensivo de autor

Según esta perspectiva, es considerado autor el sujeto que actúa con voluntad de tal (*animus autoris*), el mismo que quiere el hecho como propio o tiene interés en el resultado, y partícipe, quien actúa con voluntad de tal (*animus socii*); es decir, quien quiere el hecho como ajeno y no tiene interés

(6) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. cit.*, p. 461.

propio[7]. De esta manera, para esta teoría, la calificación de autor o partícipe en la comisión de un delito dependerá del *animus* con el que actúe cada interviniente, siendo irrelevante, entonces, su aporte objetivo en la realización del hecho, pudiendo ser calificado como autor incluso aquel que teniendo interés en el delito tuvo una pequeña intervención en el hecho[8].

Este concepto de autor ha sido criticado por utilizar únicamente como criterio para distinguir entre autores y partícipes al *animus de los sujetos*, lo cual resulta contraproducente. En primer lugar, porque vulnera el principio de legalidad, ya que los tipos penales establecen un límite objetivo al concepto de autor, que no puede ser traspasado con el ánimo del sujeto interviniente; sin embargo, de hacerlo, destruye el concepto de autor y con este la función de garantía de los tipos[9]. En segundo lugar, no es un elemento verificable, ya que el criterio de si el agente actuó por un interés propio o ajeno no puede acreditarse, pues este elemento se encuentra en lo más profundo del ser, siendo imposible su acreditación. Esta imposibilidad probatoria dejaría a la discrecionalidad del juez la determinación de si el sujeto debe ser considerado autor o partícipe, lo que torna a este criterio inidóneo[10].

3.4. El concepto restrictivo de autor

Históricamente, podría afirmarse que esta corriente presenta dos grandes variantes, por un lado, las teorías objetivas, con las subvariantes objetivo-formales y objetivo-materiales y, por otro lado, la teoría del dominio del hecho, que actualmente podría catalogarse como la teoría dominante por antonomasia.

3.5. Las teorías objetivas

3.5.1. Teoría formal-objetiva

Según esta teoría, para determinar quién es el autor del delito debe analizarse la descripción legal de los tipos[11] penales, sin importar el va-

---

(7) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. cit.*, p. 464.

(8) Loc. cit.

(9) DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal Parte general.* Tomo V. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2009, p. 340.

(10) JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal: Parte General.* Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada, 2002, p. 700.

(11) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal-Parte General.* 4.ª ed. T. II. Lima: Idemsa, 2011, p. 137.

lor de su contribución en el hecho. Esta teoría parte de la literalidad de las acciones descritas en los tipos penales, considerando como autor a quien realice en forma total o parcial la acción ejecutiva adecuada al tipo, y partícipe, a quien colabore en la realización del tipo solo con una acción preparatoria o de auxilio[12].

No obstante ello, esta teoría presenta variantes. Así, existen casos en los que una persona interviene en el delito sin realizar ninguno de esos actos, hecho que su intervención es tan trascendental para que se cometa el delito, que no puede ser calificada como una simple complicidad o instigación, estos son los supuestos denominados de autoría mediata. De esta manera, si utilizamos la teoría formal-objetiva, obtendremos como resultado que el *hombre de atrás* no es autor del delito, ya que él no es quien realiza de propia mano el acto delictivo, sino el intermediario, por lo que debería quedar impune su conducta[13].

3.5.2. Teoría material-objetiva

De conformidad a lo establecido en esta teoría, es considerado como autor quien aporta la contribución más importante al hecho, es decir, a quien da una mayor peligrosidad al suceso típico[14]. Sin embargo, existen casos en los que será difícil distinguir, conforme al aporte, si una persona es autor o cómplice, dado que su intervención puede variar de acuerdo con el contexto.

3.6. La teoría del dominio del hecho

August Hegler sostenía que actuaba culpablemente solo el que tenía «pleno dominio del hecho». Welzel sostenía que «el autor es el señor sobre el hecho, en cuanto él tiene el dominio sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o lo ayuda en eso contribuye en el acto, pero no lo domina». La teoría del dominio del hecho ha sido posible gracias a los planteamientos de Hans Welzel y, a partir de él, con las obras de Reinhart Maurach, Wilhelm Gallas y Richard Lange; sin embargo, es con Claus Roxin,

---

(12) TORRES JIMENEZ, Lucas Eduardo. *Calificación del ejecutor consciente en los supuestos de autoría mediata: Contribución en el establecimiento de criterios de autoría y participación en el ámbito judicial peruano* (Tesis para obtener el grado académico de abogado). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, pp. 38 y ss.

(13) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*. Madrid: Akal, 1996, p. 26.

(14) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. cit.*, p. 465.

desde la publicación de su obra titulada *Autoría y dominio del hecho* (1963), que tal doctrina adquiere una evolución dogmática notable en las legislaciones y las jurisprudencias penales[15]. La teoría del dominio del hecho de Roxin parte de considerar al autor como «figura central del acontecer en forma de acción»; el autor, coautor y autor mediato se encuentran en el centro del hecho, del acontecimiento, mientras que el inductor y el cómplice están al margen[16].

Precisamente, gracias a esta forma de ver las cosas es que para poder imponer una sanción al partícipe tiene que existir un hecho delictivo realizado por un autor (principal), respecto del cual el partícipe solo ha colaborado (secundario). Con lo dicho, brevemente, deben quedar dos ideas claras, por un lado, que siendo el partícipe un sujeto secundario —que solo accede al hecho principal por la conducta de un tercero (autor)— se necesita de un principio de accesoriedad y, por otro lado, que para esta teoría existe una diferencia *cualitativa* entre autor y partícipe: el primero domina el hecho, el segundo no.

IV. EL DOMINIO DEL HECHO COMO DOGMÁTICA PENAL NATURALISTA POR ANTONOMASIA

Los delitos entendidos como conductas humanas castigadas por el Derecho Penal, en cuanto a su configuración social no pueden depender de su simple configuración ontológica[17], sino de la valoración que de ellas se haga. Así, por ejemplo, no se puede definir correctamente un homicidio

---

(15) ROSALES ARTICA, David. *La Coautoría en el Derecho Penal* ¿Es El Cómplice Primario Un Coautor? (Tesis para obtener el grado académico de magíster en Derecho Penal). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 39 y ss.

(16) El autor es la figura central en la realización de la acción ejecutiva típica. El partícipe es una figura marginal o personaje secundario que provoca el hecho del autor mediante una incitación. Al respecto, véase más en CLAUS, Roxin. *Derecho Penal Parte General*, traducido por Luzón Peña. T. II. Navarra: Civitas, 2004, p. 68.

(17) La causalidad es irrelevante para determinar el carácter típico de una conducta; sin embargo, durante mucho tiempo se entendió que la tipicidad de una conducta se establecía en la comprobación de un nexo causal entre la acción y el resultado. De este modo, la fenomenología externa del suceso se convertía en la razón de imputación [...]. La imputación al tipo objetivo dependía de la fuerza fenomenológica de causación que la conducta del sujeto producía en el mundo exterior. Al respecto, véase más en CARO JOHN, José A. *Op. cit.*, p. 43.

como el desplazamiento de vértebras cervicales conseguido mediante la aplicación simultánea de dos fuerza sobre el cuerpo humano, una ejercida por una soga que estando fijada en un punto superior sostiene el cuello de la persona y otra producida por el peso del cuerpo cuando pierde su apoyo es empujado hacia abajo por la ley de la gravedad. De hecho, esta descripción ontológica de la conducta bien puede corresponder a la acción de un verdugo en un país donde se aplique la pena de muerte por ahorcamiento o a la conducta de quien ha utilizado ese método para suprimir la vida de su enemigo. La diferencia entre esos dos comportamientos no está en el plano ontológico, sino en la valoración que de esa conducta se haga, en forma tal que el verdugo es ajeno al interés del derecho penal en cuanto se desarrolla dentro del riesgo permitido y de quien mata a su enemigo es considerada como delictiva por evidenciar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en un resultado entendido como quebrantamiento de la norma que prohíbe el homicidio[18].

Esta forma del pensamiento puede verse de manera más clara en el denominado caso del burdel: «El regentador de un burdel clandestino fue condenado como autor del delito de proxenetismo. Pero junto a él también fue hallado responsable un vendedor de vino, como cómplice del mismo ilícito penal, bajo la consideración de que el vino había incrementado la frecuenta de parroquianos a dicho lugar. Es decir, la conducta del repartir de vinos se encontró en estrecha relación con la actividad del proxeneta del dueño del burdel. El fundamento del castigo de la complicidad se basó en la comprobación del nexo causal de la conducta con el resultado; si el vendedor de vinos no hubiera repartido vino al burdel, no se habría incrementado la frecuencia de parroquianos a dicho lugar»[19]. No obstante, como bien se había señalado antes, una imputación fáctica basada en la comprobación de la fenomenología de la acción y en el conocimiento psíquico del fenómeno responde al pensamiento del dogma causal, que no es otra cosa que una valoración subjetiva de los hechos, lo cual conducta a una arbitrariedad judicial donde reina la inseguridad jurídica. Por tanto, un modelo de imputación basado en el dogma causal debe ser rechazado.

---

(18) Reyes Alvarado, Yesid. *Intervención Delictiva e Imputación Objetiva.* En ADPCP. Vol. LX, 2007, pp. 103 y ss.

(19) Caro John, José A. *Op. cit.*, p. 44.

Uno de los aspectos más relevantes de la escuela finalista del derecho penal es que la teoría del dominio del hecho parte de la premisa de que autor «es solamente aquel que mediante una conducción consciente del fin del acontecer causar en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo»(20). Con esto, podríamos señalar, siguiendo a Lesch, que la teoría del dominio del hecho puede ser rotulada como la teoría de la dogmática penal naturalista por excelencia, puesto que si *injusto* se define como 'suceso del mundo exterior causal', es obligado aceptar el criterio de la dirección y dominio del curso causal que conduce a la lesión de bienes (objetos) jurídicos, como fundamento de la categoría de la imputación(21). Incluso quienes aceptan el dominio del hecho como criterio que fundamenta la autoría reconocen que este concepto tiene bases ontológicas. Así, Zaffaroni concluye que el criterio del dominio del hecho no puede sustraerse a los datos ónticos de la conducta, pero su relevancia típica puede estar más o menos completada o retocada por el legislador, por lo que resulta inevitable que el dominio del hecho sea siempre el eje alrededor del que deben elaborarse las soluciones a los problemas que planea la delimitación conceptual de la autoría respecto de la participación(22). Por tanto, la teoría del dominio del hecho, así como todas las concepciones que de estas se derivan podrían ser catalogadas como una expresión del pensamiento naturalista por antonomasia, corriente dogmática que ya fue superada para dar pase a la moderna teoría de la imputación objetiva que actualmente se erige como una corriente sistémica sujeto a un orden metodológico caracterizado, principalmente, por su seguridad y rendimiento para solucionar casos prácticos.

En ese orden de ideas y trayendo a colación el ejemplo inicialmente propuesto, cabe preguntarnos ¿solamente el «autor» posee el poder fáctico de iniciar, continuar o interrumpir un hecho? En el asalto al banco, ¿acaso los «partícipes» no tienen dominio de su aporte? La respuesta es evidente, si lo

---

(20) WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán – Parte General*. Buenos Aires, 1976, p. 143.

(21) LESCH, Heiko. *La Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*. Traducido por Javier Sánchez-Vera Góme- Trelles. En ADPCP, T.XLVIII, Fasc. III, 1995, p. 938.

(22) MENDOZA VAEZ, Paul. *Apuntes sobre la reformulación de la Teoría de la Autoría y Participación a travésHdeOunPInjustoPColectivoPdePIntervinientes*.PVéasePen http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=4381, p. 11.

tienen, tanto «autores» como «partícipes» dominan aquella parcela del hecho global que les pertenece realizar. Lo que pasa es que el criterio del dominio del hecho solo nos ayuda a cuantificar el involucramiento de cada interviniente por el hecho común. En realidad, todo partícipe es autor del hecho, en el ejemplo inicial, el «campana» —que generalmente se cree que no posee dominio del hecho— sí tiene tal dominio, por ejemplo, si mientras sus colegas están ejecutando el asalto, el campana decide traicionarlos y dar aviso a la policía que llega a tiempo para evitar que se consume el robo ¿no estaría con ello interrumpiendo el curso causal del hecho? Lo mismo se puede decir del conductor que espera afuera del banco para huir con el botín, si decide abandonarlos, también estaría interrumpiendo el hecho. Así, como bien sostiene Jakobs, «solo hay un más o menos de dominio del hecho de los intervinientes, y no una clasificación de los intervinientes en función de que exista una intervención con dominio del hecho o una intervención sin dominio del hecho. Incluso, el menor de los intervinientes tiene un dominio del hecho, aunque, precisamente, sea pequeño»[23].

Entonces, el dominio del hecho se encuentra en las manos de cuanto interviniente haya en un delito, por lo tanto, no existe un «señor del hecho», sino que todos son señores del hecho, o lo que es lo mismo, el dominio del hecho lo tiene el colectivo de intervinientes[24]. En ese sentido, podríamos afirmar que cada interviniente accede al tipo mediante su propio hecho. Accesoriedad no evoca un concepto secundario, dependiente, sino una idea primaria: posibilidad de imputación, acceso al tipo.

Con esto termina de aclararse que no existe un criterio normativo que nos permita diferenciar entre autores y partícipes, el dominio del hecho fracasa al intentar realizar dicha distinción, sin embargo, no es que se eche al abandono toda la teoría del dominio del hecho, sino que solo nos sirve para hacer una diferenciación cuantitativa de los intervinientes, en función a la envergadura de su aporte.

V. EL SISTEMA DEL INJUSTO COLECTIVO TÍPICO DE INTERVINIENTES

En una sociedad libre se presentan dos formas de división de trabajo. Una división restringida que se da en aquel ciudadano que tiene roles co-

(23) Loc. cit.

(24) Ibídem, pp. 12 y ss.

munes y especiales y que no tiene de que preocuparse de lo que el receptor hará con su aporte, ya que el actuó conforme a su rol. También tenemos una división vinculante del trabajo que se da como consecuencia de la libertad de poder participar en la obra conjunta y, como tal, de acuerdo con el sinalagma: «la libertad para constituir obras conjuntas implica, la responsabilidad por la obra conjunta»(25). Por tanto, para fundamentar una intervención delictiva ha de existir una división vinculante de trabajo y ¿que los vincula?, la lesión de la norma. La finalidad común se constituye como fundamento de imputación del suceso común mediante una unión comunicativamente relevante de actos de organización bajo una planificación supraindividual.

Jakobs considera que es admisible la organización conjunta para llevar a cabo una empresa criminal, empero, esta organización no significa que cada uno realice una propia obra dentro de un marco común, sino, por el contrario, que todos se unan en una sola obra; puesto que, en definitiva, el campo de la participación consiste en lo que suele denominarse reparto de trabajo: «el trabajo para lograr una obra única se reparte entre varias personas cada una de las cuales aporta su parte»(26). De este modo, es inexorable una conclusión que vaya en el sentido de que el mismo injusto se tiene que imputar a todo los intervinientes que se organizaron en forma conjunta, a todos les pertenece y a cada uno le es propio. Así, podría decirse que quien realiza actos ejecutivos no solo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos, en cuyo caso la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes.

Cuando hablamos de codelincuencia, es decir, de una pluralidad de agentes que intervienen en un hecho delictivo, la teoría del dominio del hecho ha señalado que existe un injusto de autoría como ataque directo a un

---

(25) Al respecto, véase más en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencias penales*, N.° 5, 2004, p. 232.

(26) La autoría hay que definirla, más bien, como dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho, no siendo relevante el hecho del dominio *per se*, sino en tanto que fundamentan una plena responsabilidad por el hecho. Por eso, con la distribución en ámbitos de dominio diferentes en su contenido no es que se reúna elementos heterogéneos ni siquiera nominalísticamente, sino que todos los elementos son homogéneas en un aspecto, son actos de organización que fundamentan plena responsabilidad. Al respecto, véase más en JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*. 2.ª ed. Madrid: Civitas, 1991, pp. 742 y ss.

bien jurídico y un injusto de participación como ataque accesorio al bien jurídico. No obstante ello, como bien se indicó antes, el inconveniente del sistema diferenciador, representado por la teoría del dominio del hecho, es que trata de distinguir cualitativamente entre dos formas de injusto, ahí donde siempre ha existido tan solo uno; es decir, autores y partícipes se encuentran en igualdad de condiciones en relación con la función comunicadora de la norma, la única diferencia es el modo o la forma en la que llevan a cabo dicha infracción. El dominio del hecho no reside en las manos de un único interviniente, sino en el colectivo de varios intervinientes.

Asimismo, hay que tener en consideración que en un estado de derecho y también por su puesto de libertades no se puede dejar de lado el hecho de que todo acto y sus respectivas consecuencias son imputables en forma individual. Es decir, cada uno es responsable jurídico penalmente por su propio hecho y no por el otro. Y es precisamente sobre esta base que se asienta el principio de autorresponsabilidad en el derecho penal. Desde esta perspectiva, es inevitable reconocer que la tesis de la participación en el hecho ilícito, cuya lógica consiste en que la responsabilidad jurídico-penal a título de participación radica en la intervención en el hecho de otro (el autor) no es compatible con el mencionado principio[27].

Adicionalmente, el derecho penal se erige sobre la bases de determinados principios. Uno de ellos es el principio de lesividad que en nuestro ordenamiento penal se encuentra instituido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal[28] y, según el cual, solo son punibles aquellos hechos exteriorizados que perturben los intereses protegidos por el ordenamiento penal. En tal sentido, ¿de qué manera la conducta del partícipe lesiona o pone en peligro el bien jurídico quebrantado directamente por el autor? La respuesta es evidente, la conducta del partícipe no lesiona ni pone en peligro ningún bien jurídico quebrantado por el autor, precisamente, porque este ya lo hizo; por lo que la conducta del partícipe no correspondería con lo establecido en el principio de lesividad. En consecuencia, si aceptamos las incompatibilida-

---

(27) GUILLERMO BRINGAS, Luis G. Autoría y Participación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención? En *Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Anuario de Derecho Penal*. Lima, 2008, p. 230.

(28) Principio de Lesividad: Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal. *La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.*

des antes precisadas, solo nos queda rechazar la tesis de la accesoriedad en la participación como fundamento de punición de la conducta del partícipe, puesto que no se puede defender construcciones dogmáticas que se alejen de los principios que inspiran al derecho penal contemporáneo.

No obstante ello, quizá es en cuanto a su aplicación práctica, esto es, dentro del ámbito procesal[29], donde la teoría de la accesoriedad en la participación encuentra su más grande cuestionamiento. Imaginemos que una persona «X» se encuentre investigado por la presunta comisión del delito de daños (art. 25 del Código Penal), y con él también sea investigada una persona «Y», quien respondería bajo el título de *cómplice primario*. En ese contexto, imaginemos que el fiscal provincial penal se decante por la responsabilidad jurídica penal de dichas personas y proceda a formular acusación penal (de conformidad a lo establecido en el art. 349 del Código Procesal Penal), en contra de «X», como autor, y en contra de «y» como Cómplice primario del delito de daños.

En dicha circunstancia, imaginemos que «X», al enterarse de dicha noticia decide desaparecer, es decir, bajo una inminente responsabilidad jurídico-penal decide huir del proceso penal; no obstante, «y» es detenido cuando también pretendía fugarse. Bajo los postulados de la teoría de la accesoriedad en la participación, la conducta de «Y» no podría ser catalogada como una conducta delictuosa —al menos no— hasta cuando se haya capturado al autor (principal) del hecho y junto a él sean subsecuentemente sentenciados o, mejor dicho, no podría ni siquiera procesarse a «Y» pese a existir una acusación fiscal donde se atribuye un grado de responsabilidad jurídico-penal en el hecho, en tanto que «X» no sea atrapado y, eventualmente, sentenciado. Esto último es sumamente grave, puesto que existen institutos procesales que harían desaparecer la responsabilidad jurídico-penal de «Y», como es el caso de la prescripción (art. 80 del Código Penal); es decir, al ser declarado contumaz

(29) La mejor dogmática no es aquella construcción abstracta que solo tiene cabida en la discusión académica, sino aquella que —en el día a día— nos brinda las herramientas para poder solucionar los problemas de aquella rica veta llamada realidad [...] en países como el nuestro que tenemos tendencia a realizar un estudio sustantivo que es separado del plano procesal. Es muy raro poder encontrar expertos dogmáticos sustantivos que, a su vez, también tengan el mismo nivel de conocimiento en materia procesal. Al respecto, véase más en HUAMÁN CASTELLARES, Daniel O. *El Sistema Jurídico Penal, fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima: Editores del Centro, 2016, pp. 178 y ss.

o ausente el autor (principal) del hecho no podría siquiera ser procesado el partícipe, lo cual generaría una sensación de impunidad que repercutiría en una merma y evidente desestabilización del sistema jurídico-penal.

Empero, pese a todo lo antes indicado, el actual texto del artículo 25 del ordenamiento penal se decanta por la teoría del dominio del hecho, esto al sostener que «el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor [...]», es decir, según el dispositivo legal antes citado, es autor quien tiene el dominio sobre el resultado típico, y es partícipe quien no posee tal dominio, por lo que es solo colaborador del autor.

Sin embargo, como bien se precisó líneas *ut supra*, no se puede afirmar simplemente que la intervención del partícipe solo se produce si el autor cometió un determinado hecho, ya que esta forma de ver las cosas es incompatible con el principio de autorresponsabilidad, según el cual una persona responde penalmente por haber realizado un hecho propio, mas no ajeno. De igual modo, la accesoriedad en la participación no se corresponde con el principio de lesividad penal, ya que frente a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, la conducta del partícipe resultaría inocua, puesto que su conducta no quebranta ni pone en peligro el bien jurídico violentado por el autor. Asimismo, si trasladamos los postulados de Principio de Accesoriedad dentro del ámbito Procesal, podemos observar que este carece de un rendimiento practico que la haría lastimosamente inaplicable.

En ese orden de ideas, el texto original del artículo 25 del Código Penal, esto es, antes de la modificatoria efectuada mediante el Decreto Legislativo N.° 1351, hacía referencia en cuanto a la responsabilidad del partícipe, a que este intervenía o determinaba a otro para que cometa un «[...] hecho punible [...]», es decir, no hacía referencia, a la responsabilidad jurídico-penal estaba supeditada en función al hecho punible comedio por el autor como sujeto principal, como si lo hace el actual texto del artículo 25 del Código Penal al señalar que «el cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor [...]». Por tanto, el texto original podía ser interpretado de un modo u otro, es decir, recurriendo a la teoría de la accesoriedad en la participación o en la del Injusto Típico de intervinientes, dejando al libre albedrío de los operadores jurídicos, según el caso concreto. En suma, podemos decir, entonces, que el texto original del artículo 25 del Código Penal otorgaba mayores herramientas para una adecuada interpretación jurídico-penal de dicho artículo.

En consecuencia, tomando en consideración todo lo antes señalado debemos de manifestar de manera muy efusiva que no era necesario realizar una modificatoria sustancial al artículo 25 del Código Penal como lo hizo el Decreto Legislativo N.° 1351, tanto más si tenemos en consideración que dicha modificatoria abarca tanto a los delitos convencionales (codelincuencia) como a los delitos contra la Administración pública que, a nuestro modesto entender, merecen un tratamiento especial[30]. En tal sentido, si el objetivo era dar por sentado una determinada postura, es decir, si la finalidad era unificar criterios, consideramos que lo más acertado y adecuado hubiera sido acudir a un Pleno Jurisdiccional y, subsecuentemente, emitir un acuerdo plenario que tiene el carácter de vinculante, pero que frente una circunstancia determinada, puede ser materia de inobservancia. Es decir, el magistrado (llámese juez o fiscal) puede apartarse de dicho pronunciamiento, lo cual no ocurre cuando se adopta una posición especifica en un texto penal, donde bajo el imperio del principio de legalidad tiene que ser aplicado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CARO JOHN, José Antonio. *Manual Teórico-Práctico de Teoría del Delito*. Lima: Ara Editores, 2014.

CLAUS, Roxin. *Derecho Penal Parte General*, traducido por Luzón Peña. T. II. Navarra: Civitas, 2004.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal Parte general*». T. V. Santa Fe: Rubinzalculzoni, 2009.

GUILLERMO BRINGAS, Luis G. Autoría y Participación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención? En *Temas Penales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Anuario de Derecho Penal, Lima, 2008.

(30) El desarrollo de los últimos decenios ha generado el surgimiento de una nueva disciplina [...]: el Derecho Penal de la Administración Pública. Se trata de una disciplina en cuya rubrica une dos elementos (Derecho Penal y Administración Pública), que en principio pueden parecer heterogéneos e incluso contradictorios, [...] pero esa contradicción es aparente [...], tan íntima es la relación que puede hablarse de una dogmática penal de la Administración pública, en la que se desarrollan los criterios dogmáticos aplicados a este peculiar sector funcionarial y administrativo. Al respecto, véase más en CARO JOHN, José A. *Op. cit.*, pp. 38 y ss.

HUAMAN CASTELLARES, Daniel O. *El Sistema Jurídico Penal, fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima: Editores del Centro, 2016.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal-Parte General*». 4.ª ed. T. II. Lima: Idemsa, 2011.

JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*. 2.ª ed. Madrid: Civitas, 1991.

JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas, WEIGEND. *Tratado de derecho penal: Parte general*. Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada, 2002.

LESCH, Heiko. *La Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*. Traducido por Javier Sánchez, Vera Gómez, Trelles. En ADPCP, T. XLVIII, Fasc. III, 1995.

REYES ALVARADO, Yesid. *Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*. En ADPCP. Vol. LX, 2007.

ROSALES ARTICA, David. *La Coautoría en el Derecho Penal* ¿Es El Cómplice Primario. *Un Coautor?* (Tesis para obtener el grado académico de magíster en Derecho Penal). Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

ROBLES PLANAS. *La participación delictiva en el delito, fundamentos y límites*. Barcelona, 2003.

SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *La Expansión del Derecho Penal, aspectos de las Política Criminal en las sociedades post-industriales*. 2.ª ed. Edit. Madrid: Civitas, 2001.

TORRES JIMENEZ, Lucas Eduardo. *Calificación del ejecutor consciente en los supuestos de autoría mediata: Contribución en el establecimiento de criterios de autoría y participación en el ámbito judicial peruano* (Tesis para obtener el grado académico de abogado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Grijley, 2007.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán-Parte General*. Buenos Aires, 1976.

Artículos electrónicos

JAKOBS, Gunther. *El ocaso del dominio del hecho, una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos.* Recuperado de https://es.scribd.com/document/85349463/Jakobs-El-Ocaso-Del-Dominio-Del-Hecho.

MENDOZA VAEZ, Paul. *Apuntes sobre la reformulación de la teoría de la autoría y participación a travésHdeOunpinjustopcolectivopdepintervinientes.* Recuperado de http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=4381.

SANCHEZ-VERA, GÓMEZ-TRELLES. *Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica trascendencia.* Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/234085.pdf.

Material jurisprudencial

STC. Exp. N.° 1805-2005-HC/TC.

Recurso de Nulidad N.° 5924-97-Piura.

Acuerdo Plenario N.° 2-2011/CJ-116.

LA PUNIBILIDAD DE LA PARTICIPACIÓN DEL *EXTRANEUS* EN EL DELITO ESPECIAL PROPIO, UNIDAD EN EL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN

Entre la teoría y la jurisprudencia

Alonso R. Peña Cabrera Freyre(*)

SUMARIO: I. Conceptos preliminares. **II.** Reforma normativa del artículo 25 del CP. **III.** Refutación a la tesis de la ruptura del título de la imputación, referencia a la doctrina de la infracción del deber. **IV.** Fundamento material del dominio funcional en los delitos especiales propios. **V.** La complicidad en el delito de enriquecimiento ilícito Casación N.° 782-2015-del Santa. **VI.** Ideas conclusivas.

JURISPRUDENCIA:
Casación N.° 782-2015- Del Santa



I. CONCEPTOS PRELIMINARES

Siguiendo en sustancia el principio de «accesoriedad en la participación», diremos que el partícipe interviene en un injusto penal que pertenece al autor, aquel que tiene el dominio del hecho. De forma que el partícipe coadyuva, colabora con una prestación positiva para que el autor pueda

(*) Profesor de la maestría en Ciencias Penales de la UNMSM, docente de la AMAG, exfiscal superior, jefe de la Unidad de Cooperación Judicial Internacional de la Fiscalía de la Nación, magíster en Ciencias Penales por la UNMSM, título en posgrado en Derecho Procesal Penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo, España). Exasesor del Despacho de la Fiscalía de la Nación. Autor de obras de *Derecho Penal y Derecho Procesal Penal* (*Derecho Penal. Parte General. Teoría General del Delito, de la pena y sus consecuencias jurídicas; Derecho Penal. Parte Especial*, 7 Tomos; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, 2 Tomos); *Derecho Penal Económico; Delitos contra el Patrimonio; Delitos contra el Honor y su Conflicto con el Derecho a la Información.*

perfeccionar la realización delictiva; es decir, contribuye al autor en la materialidad del injusto penal. Siendo que en los delitos comunes cualquier persona puede acceder a una posición social que le permite vulnerar y/o poner en peligro el bien jurídico tutelado. Sin embargo, dicho acceso normativo se ve condicionado en algunos casos, donde el legislador ha definido una condición especial para ser considerado autor, a efectos penales, delitos «especiales propios», cuyo desvalor se construye a partir de las competencias funcionales que le otorga al agente la posibilidad de acceder a una institución (Administración pública) y, así, asume el dominio funcional típico[1]-[2] que se requiere en los injustos de especificidad funcionarial[3].

Existen eventos en los cuales, en la comisión de la conducta punible, intervienen personas, unas con la calidad de servidor público y otras que no tienen esa calidad, pero de todas maneras, unas y otras han intervenido para la comisión de la conducta, escribe Uribe García. Al servidor público se le conoce en la doctrina como el *intraneus*, y al particular se le conoce como el *extraneus*[4].

Esta visión material del injusto típico determina que aquellos que no cuentan con dicha posición (estatus) funcional *extraneus*, no puedan ser considerados autores, al no ser poseedores del dominio funcional típico, que solo se puede contar cuando se accede normativa y fácticamente a la institución; empero, ellos pueden acceder a este ámbito institucional, en cuanto a favorecer al *intraneus* a la configuración del injusto funcional, pero al

---

(1) El dominio social dice Gracia Martín, como accesibilidad al bien jurídico, los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la Administración pública no se encuentran en un espacio social accesible a todos, sino que desempeñan una concreta y específica función social dentro de unas estructuras sociales o instituciones cerradas. A estas estructuras no tienen acceso legítimo todo los individuos. *El actuar en nombre de otro en Derecho Penal*. Tomo I, pp. 363 y ss.

(2) *Vid.* DELGADO FLORES, L. A.; CABALLERO ARROYO, C. O. Apuntes sobre la determinación del título de la imputación en los delitos contra la Administración Pública. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 10, 2010, p. 161.

(3) Esto importa una vinculación especial entre el agente con el objeto material, el ligamen sostenido sobre las competencias funcionales que asume el autor en el desarrollo de una institución; relación funcional que le confiere la asunción de una serie de potestades, cuyo desbordamiento es lo que incide en principio, para poder afectar el bien jurídico —objeto de tutela penal—.

(4) URIBE GARCÍA, S. *Delitos contra la Administración Pública*. IUS ET REPUBLICA, p. 113.

estar desprovistos de dicho estatus funcional, su actuación será calificada como participación por el delito especial (propio) que le pertenece al autor (*intraneus*) [...]. En los delitos contra la Administración pública, el titular de dicha esfera o fuente de riesgos para el bien jurídico, normalmente la autoridad o funcionario público será el interviniente en el hecho con mayor facilidad de ejecución o mayor control sobre los riesgos típicos que se ciernen sobre el bien jurídico. No cabe duda de que en estos delitos el particular que participa en el hecho también accedería, indirectamente, al bien jurídico protegido(5). Una accesibilidad normativa y fáctica conjunta, que trae como resultado la generación de una conducta que sobrepasa la variable del riesgo permitido, por lo que la lesión al interés jurídico es obra de ambas actuaciones. El *extraneus* que participa con un *intraneus* en la comisión de un delito especial, aunque es un sujeto que formalmente no pertenece a la esfera de posibles autores, participa en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que solo se puede producir a través del dominio social típico en el que está involucrado dicho bien y que ostenta el autor *intraneus*(6).

Estando a que el tipo penal describe las condiciones a ser predicables únicamente en el autor(7), la misma accesoriedad(8) que fundamenta la punibilidad del *extraneus*, es la que incide en que su responsabilidad haya de calzarse por el mismo delito que el autor (peculado, malversación de fondos, enriquecimiento ilícito, etc.). Sin embargo, parece que esta postura —que se entendía unánime en la doctrina y en la jurisprudencia— encuentra sus detractores, no precisamente en la dogmática penal, sino más bien en las últimas decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia de la República (Sala Penal Permanente). Como señala Peñaranda, en la doctrina española

(5) GÓMEZ MARTÍN, V. *Los Delitos Especiales*, p. 520.

(6) GRACIA MARTÍN, L. *El actuar en lugar de otro*. Tomo I, pp. 363 y ss.

(7) Para Beling, la inducción y la complicidad no tienen nada que ver con las condiciones de punibilidad del autor, igual que tampoco tienen que ver en sentido estricto con la ejecución que este lleva a cabo. Y es que, si tuviesen algo que ver, dichos sujetos no serían ya meros partícipes, sino, precisamente, coautores. *Lehre vom Verbrechen*, pp. 420 y ss.

(8) Gómez Rivero estima que el carácter accesorio de la participación obliga a aceptar la unidad del título de imputación para todos los intervinientes en la comisión de un delito que sean partícipes en el mismo. *La inducción a cometer el delito*. Valencia, 1995, pp. 163 y ss.

refiere que la mayor parte de las cuestiones dudosas que se presentan en el ámbito de la participación se reconducen a la problemática de en qué modo se han de repartir los elementos del tipo de delito entre los autores principales y los partícipes, qué elementos tiene que mostrar el partícipe y cuáles el autor principal[9].

Estando a ello, donde en la propia Corte Suprema de Justicia, se advirtió —tiempo atrás—, la adopción de posturas contrapuestas, una siguiendo en estricto la teoría de la «unidad en el título de la imputación», la otra la teoría de la «ruptura de la imputación», fue que incidió en el Acuerdo Plenario N.° 003-2016/CJ-116. En el Fundamento 9, se indica que «[...] en lo que concierne a la participación del «extraneus» que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos» (*Cfr.* Alonso R. Peña Cabrera. *La Punibilidad de la Participación del Extraneus en el Delito Especial Propio: la Unidad del Título de Imputación*. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 89, 2016, pp. 104 y ss.). El primero que plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos *intraneus* y *extraneus* ellos deben responder por distintos títulos de imputación. Esto es, el *intraneus* responderá como autor de un delito especial; mientras que el *extraneus* responderá como partícipe o autor de un delito común (María Ángeles Rueda Martín. Reflexiones sobre la Participación de los *Extraneus* en los Delitos contra la Administración Pública. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N.° 8. Madrid: Época, 2001, p. 157). De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (*extraneus*) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26 del Código Penal, estimando que dicha disposición legal consagraría la exigencia de impedir que la imputación del extraneus se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducírsele hacia un delito común. Asimismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del *intraneus* al *extraneus*. Y que solo el traslado de tales cualidades personales posibilitaría imputar al *extraneus* la autoría o

(9) Peñaranda Ramos, E. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 344.

participación de un delito de infracción de deber especial [...]. La segunda posición jurisprudencial, en cambio, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el *extraneus* si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el domino del hecho y partícipe quien solo colabora, no hay ningún impedimento para que los extraneus respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad (Mercedes Pérez Manzano. *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 22 y ss.]. En tal sentido, el *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el mismo injusto realizado por el autor funcionarial que infringe el deber especial [...].

Estimamos que no hubiese podido darse esta discusión teórica si el principio de la «unidad en el título de la imputación» tuviese fiel reflejo en la ley penal; si es que el CP peruano hubiese regulado en la Parte General un precepto que estipule que cuando el partícipe (Instigar o cómplice) no cumpla con la cualidad que se exige para ser autor, la pena deberá ser atenuada por el juzgador. El Código Penal boliviano, último párrafo del artículo 24, indica: «Faltando en el instigador o cómplice, especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que funden la punibilidad del autor, su pena se disminuirá conforme al artículo 39». El Código Penal Colombiano dispone en el artículo 62 lo siguiente: «Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurran en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes, y solo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido. Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurran en el autor, se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible». Por su parte, el § 28 del Código Penal alemán regula la atenuación de la pena para los partícipes en lo que no concurran los elementos personales que fundamentan la punibilidad del autor: (1) Si faltan características especiales personales (§ 14, inciso 1) en el partícipe (instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor. Entonces, se debe reducir la pena, de conformidad con el § 49, inciso 1.11. (2) Si la ley determina qué características personales especiales agraven la pena, la disminuyan o la excluyan, entonces, esto solo

rige para los partícipes (autor o partícipe), en quien concurran. Por su parte, el § 28, II, dispone que cuando la ley determina qué elementos personales especiales aumentan, disminuyen o excluyen la pena, esto rige solo para los intervinientes en los que concurran. Finalmente, el artículo 65.3 del CP español estipula: «Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate».

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Casación N.° 782-2015-DEL SANTA (Fundamento 10), adopta la siguiente postura: «El artículo 26 del Código Penal[10] recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que en los delitos especiales, el estatus del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalización conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad». Así, en la Casación N.° 841-2015-Ayacucho, al indicarse que: «[...] el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial —normativizado—, que solo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición. La participación de un tercero en un delito de infracción depende fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica». El principio de la «ruptura» en el título de la imputación —como veremos líneas adelante— quiebra los principios elementales sobre el cual se funda la participación delictiva.

En el AP N.° 003-2016, la Corte Suprema, en el Fundamento 12, plantea el siguiente argumento: «[...] el artículo 26 y sus antecedentes históricos nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; ni mucho menos, su disposición normativa estuvo dirigida a delimitar la calidad o condición particular de

(10) Artículo 26 del Código Penal. «Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y participes no modifican las de los otros autores o participes del mismo hecho punible».

quien desde un tipo penal debía fungir como autor exclusivo de la conducta criminalizada. Cabe destacar, además, que las circunstancias no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor potencial. Solo de manera excepcional en la Parte Especial del Código Penal peruano, ellas se integran o fusionan con un tipo penal básico para permitir la construcción de tipos penales derivados (elementos típicos accidentales). Lo cual ocurre en los casos de los denominados homicidios calificados o privilegiados que derivan del delito de homicidio simple (*Cfr.* artículos 106, 108, 112). Sin embargo, en ninguno de los diferentes tipos penales que describen delitos funcionariales contra la Administración pública se ha empleado dicha técnica legislativa. Por el contrario, en la descripción de tales tipos penales que tratan de delitos especiales propios o de infracción de deber, el autor es siempre identificado como componente esencial de la estructura típica. Y, al él se refiere la ley como un funcionario público o titular de un deber especial derivado o asignado por las competencias o facultades que ejerce. Tal condición funcionarial, no es, pues, una circunstancia para medir la intensidad de la punición del delito, sino un elemento constitutivo fundamental para que el hecho punible se pueda configurar y realizar. En consecuencia, pues, los delitos funcionariales especiales propios o de infracción de deberes institucionales no reproducen circunstancias específicas, sino a un modelo especifico de autor. No tienen, por tanto, ninguna conexión dogmática o político criminal con lo regulado por el artículo 26 del Código Penal».

Como se desprende de nuestro desarrollo teórico, el fundamento material de los injustos funcionales no tiene que ver con una agravación por la calidad del autor, que se apropia de los caudales y/o efectos del Estado, esto es, no hay relación alguna del delito de peculado con los delitos de hurto y/o apropiación ilícita; el fundamento material radica, pues en el desvalor de la acción de aquella persona que ostenta una cualidad especial en una institución específica, donde quien accede formal y materialmente al ámbito interno de un estamento de la Administración pública, es quien puede vulnerar los principios jurídico-constitucionales que sujetan la actuación pública en un orden democrático de derecho.

II. REFORMA NORMATIVA DEL ARTÍCULO 25 DEL CP

Ahora ya, de forma expresa la ley penal, el artículo 25 de la PG del CP, luego de la modificación producida por la el Decreto Legislativo N.° 1351 —de enero de 2017—, se dice lo siguiente:

El que dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

El «cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él [...].

III. REFUTACIÓN A LA TESIS DE LA RUPTURA DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN. REFERENCIA A LA DOCTRINA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER

Se tiene que los injustos funcionariales manifiestan un ámbito muy específico de actuación típica, donde solo los funcionarios públicos (*intraneus*) que se ubican en una posición especial en el ámbito dentro de la Administración, están en posibilidad de quebrantar los deberes jurídico-institucionales inherentes al cargo público y no los *extraneus*, que al carecer de dicha vinculación especial (funcionarial), no están en capacidad de hacerlo. Afirmación que no supone reconocer a estos injustos funcionales, como puros delitos de «infracción de deber»[11], pues es justamente la cualidad funcional que lo liga con el objeto de tutela punitiva, lo que permite al *intraneus* tener el dominio funcional del hecho, dominio que nunca lo poseerá el particular así como el sujeto público desprovisto de dicha particular potestad funcionarial. Esto significa que no puede dejarse de lado el «dominio del

(11) A decir de la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.° 2-2011 (Fundamento 9), el autor del delito —de infracción de deber— no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

hecho»[12], de no ser así la responsabilidad penal del *intraneus* se construye a partir de un dato que se encuentra fuera del tipo penal y esto contradice el principio de legalidad no basta, pues tener la condición funcionarial que exige la construcción típica en los delitos especiales propios, al tener que añadirse la efectiva constatación del *dominio funcional del hecho,* por quien tiene la posibilidad de comprometer la esfera funcional que la ley le asigna.

Lo sostenido de relevancia, sabedores que no en pocas oportunidades, los *intraneus* se servirán de algún aporte de los *extraneus,* en orden a lograr la perfección delictiva; lo que se observa claramente en delitos como colusión ilegal[13] o cohecho. Así, cuando en la doctrina especializada se apunta que en el caso de los delitos especiales propios [...]; el elemento altamente personal fundamenta la existencia misma del delito y de la pena, por lo que la ausencia de tal cualificación especial en el autor hace imposible la realización del hecho, transformándose en un hecho atípico, ya que no tiene un delito común subyacente al que referir la punición del partícipe. En este caso, se ha de mantener forzosamente la unidad en el título de la imputación, ya que el hecho realizado solo puede calificarse de una determinada forma y, además, porque no cabe otra posibilidad de exigir responsabilidad criminal al extraño que favorece a su ejecución, pues de los contraria habría que declarar su impunidad, admitiendo una insoportable laguna de punibilidad[14].

Queda claro, por tanto, que los *extraneus* no pueden ser autores de delitos como el peculado y malversación de fondos, pero ello no implica que su activa participación delictiva —queda en un corsé de impunidad—, en tanto su intervención puede ser calificada como «complicidad»[15], con arreglo al

---

(12) Parma y Guevara Vásquez apuntan que [...] el dominio del hecho puede aplicarse a los delitos de infracción de deber, en determinadas circunstancias, considerando que solamente puede dominarse un hecho que es a su vez dominable por el autor, lo cual no quita que el mismo hecho deba reunir la calidad subjetiva exigida por el tipo penal respectivo, pues tal es la naturaleza de los *delicta propia. Autoría y Participación Criminal. Nuevos Paradigmas.* Lima: IDEAS, 2015, pp. 71-72.

(13) Bajo esta hipótesis delictual, negar la participación punible, importa dejar totalmente de lado su naturaleza *plurisubjetiva,* como injusto funcional que es resultado de la sumatoria de dos actos = «participación necesaria».

(14) PÉREZ ALONSO, E. J. *Derecho Penal. Parte General,* pp. 745-746.

(15) *Vid.* al respecto SUÁREZ SÁNCHEZ, A. *Autoría,* p. 534.

principio de «Unidad en el Título de la Imputación»[16], por lo que el particular puede contribuir en un hecho, cuya pertenencia es reconocida a un funcionario y/o servidor público —en el ejercicio de sus funciones—, lo cual se corresponde también con criterios de Justicia Material. De manera que los particulares no pueden responder por un delito distinto al del autor, ello quebraría el aforismo de que *lo accesorio sigue la suerte de lo principal*. Como bien se expone en la doctrina, si se soslaya esta verdad y se la rellena con cuestiones de «política criminal» (noción de la cual se abusa en la corriente funcionalista, empleándola como excusa para postular soluciones, en ocasiones, indefendibles), el ideal clásico habrá muerto con la mismísima accesoriedad de la complicidad[17].

Cuando la persona calificada como idónea para ser autor de uno de estos hechos interviene en él con la participación de instigadores o cómplices *extraneus*, estos responderán por el delito cometido por el autor, porque sus comportamientos son complementarios al de aquel[18]. Así, Quintero Olivares al indicar que no hay ninguna regla que impida que es lógico que los partícipes en delitos especiales propios o impropios respondan penalmente de acuerdo con el tipo realizado por el autor principal, sea cual sea el tipo. El partícipe no puede ser un autor principal, pero eso no tiene nada que ver; el título de imputación (delito por el que se responde) es el mismo para todos[19]. Estando a ello, es que se postula la teoría de la «Unidad en el Título de la Imputación», todos aquellos que intervienen de forma principal o accesoria en la realización del hecho punible, deben responder por el mismo delito, el injusto como una unidad no puede ser disgregado en diversas calificaciones delictivas; [...] quien participa en el hecho del que porta ese deber, conociendo la calidad de tal, ha de responder por su participación en el hecho ajeno, *bajo el mismo título* que su autor, pues también ha colaborado a que este infrinja su especial deber[20].

---

(16) *Vid.* MARCA ROMERO, E. *La participación en los Delitos de infracción de deber...*, pp. 91-92.

(17) PARMA, C.; GUEVARA VÁSQUEZ, I. P. *Autoría y Participación Criminal. Nuevos Paradigmas*. Lima: IDEAS, 2015, p. 76.

(18) GARRIDO MONTT, M. *Etapas de Ejecución del Delito Autoría y Participación*, pp. 394-395.

(19) QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 638.

(20) POLITOFF, L. S.; MATUS A., J. P.; RAMÍREZ G., M. C. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, p. 425.

Así también tenemos la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 (Exp. N.° 3203-2002-Lima). Aquí se argumenta que «la participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26 del Código Penal». De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003 (R. N. N.° 1813-2003-Lima), de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, precisó que «en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...], por consiguiente, la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado»[21].

La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.° 2-2011, en el Fundamento 11, sostiene al respecto lo siguiente: Este tipo de delitos restringe el círculo de autores, pero se admite la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad en la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*.

A. Un mismo hecho no puede ser reputados bajo dos tipos penales diferentes

B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría

(21) Ambas ejecutorias citadas en el Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios (noviembre de 2017). Tema N.° 1. ¿Cuál es el título de Imputación del Extraneus en un Delito Funcionarial?

autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible(22).

Para Cuello Contreras, en los delitos especiales, el *extraneus*, que no puede responder como autor, puede hacerlo como partícipe porque la participación es causación de un resultado a través de la conducta principal antijurídica del autor(23). En palabras de Donna, la participación de sujetos extraños en delitos especiales es posible. Si se trata de un delito especial, como por ejemplo un delito propio de un funcionario público, al partícipe le será aplicada la pena del *intraneus*, aunque debería ser atenuada(24).

IV. FUNDAMENTO MATERIAL DEL DOMINIO FUNCIONAL EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS

En los delitos especiales hay dos categorías: una referida a elementos especiales de autoría y otra de elementos que afectan la antijuridicidad penal(25).

Las circunstancias o cualidades personales que fundamentan lo injusto son aquellas imprescindibles, exigidas por la ley en la creación de una conducta típica y antijurídica, pero que no inciden en su agravación o atenuación, sostienen Boldova Pasamar y Quinteros Camacho(26).

---

(22) Así, López Perigrin, al señalar que en los delitos especiales propios, si el autor es *intraneus*, todos los intervinientes responden por el delito especial. *La Complicidad en el Delito*, p. 91.

(23) CUELLO CONTRERAS, J. Autoría y Participación en un sistema lógico-funcional. En *Dogmática actual de la Autoría y Participación Criminal*, p. 229.

(24) DONNA, E. A. *La Autoría y la Participación Criminal*, pp. 104-105.

(25) Gracia Martín distingue dos clases de delitos especiales; delitos con especiales elementos de autoría basados en cualidades inseparables de un sujeto determinado que, debido a su carácter altamente personal, son irremplazables, y delitos especiales en los que el elemento de autoría introducido en el tipo describe una función social o institucional del sujeto cualificado. *El actuar en nombre de otro en Derecho Penal*. T. I. pp. 403 y ss.

(26) BOLDOVA PASAMAR, M. A.; QUINTEROS CAMACHO, N. Incomunicabilidad en las Circunstancias de la Participación (Comentario al artículo 26 del Código Penal Peruano. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*. T. 19., 2011, p. 61.

En los delitos especiales propios, basados en un mayor contenido del injusto, [...] que lo fundamentan, la responsabilidad del sujeto no cualificado se basará en la figura del delito realizado por el autor principal [...][27]. Distinción importante en orden a solventar la punibilidad del *extraneus* en el delito especial propio, sin atentar contra la cláusula de incomunicabilidad de las circunstancias personales (art. 26 del CP). El fundamento sería la especial vinculación del hecho con el ejercicio de la función pública, lo cual ancla el sustento del especial desvalor en la antijuridicidad penal y no una circunstancia que agrava el hecho por la particular situación del autor. Siendo la complicidad y la instigación accesorias, seguirán la suerte del autor, asevera Garrido Montt en el análisis de la ley penal chilena. Las reglas sobre la incomunicabilidad del artículo 64 no son aplicables en la especie, pues su rol está limitado al campo de las circunstancias agravantes y atenuantes propiamente tales, pero no a la circunstancia que integra un delito como uno de sus elementos, pues esta, conforme al artículo 63, deja de ser agravante o atenuante[28]. Concluye luego, [...] el título de la imputación será único, sin perjuicio de la diversa calidad de los distintos intervinientes, que podrán ser autores, instigadores o cómplices, según corresponda[29].

Una teoría pura de la «infracción del deber» lleva a soluciones dogmáticas rechazables, primero, al construir la imputación jurídico-penal sobre un elemento extraño a la tipicidad penal; por lo tanto, al margen del principio de legalidad; segundo, al no poder sustentar válidamente la punición de la intervención del *extraneus* en delito especial propio, pues aquel no podrá —sin más— infringir ese deber inherente al cargo[30], por lo que su colaboración en el injusto funcional caería en una inadmisible impunidad; dar una prestación positiva sobre la base de competencias institucionales

---

(27) Ibídem, p. 63.

(28) GARRIDO MONTT, M. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, p. 393.

(29) Ibídem, p. 395.

(30) Como sostiene Robles Planas, la presencia de un *extraneus* no es irrelevante, pues pese a que su conducta es atípica en el sentido del delito especial de deber, es tácticamente necesaria para transportar la infracción de la norma del *intraneus*. Este último será siempre autor del delito. La secretaria que destruye los documentos por encargo del funcionario queda al margen de la imputación del tipo de infidelidad en la custodia de documentos, pues su conducta es tácticamente necesaria para el delito, pero inocua para la norma aisladamente considerada. *La participación en el delito...*, p. 246.

deviene en una formalidad no susceptible de sostener correctamente tal argumentación. En postura de Rueda Martín, el tipo de injusto de los delitos contra la Administración pública no puede fundamentarse en la infracción de un deber, sino en el dominio social típico que ostenta el funcionario público, en el que se encontrarían implicados, esencial u ocasionalmente, determinados bienes jurídicos para el cumplimiento de unas funciones sociales(31). En palabras de la autora, la infracción de un deber extrapenal como fundamento material de la responsabilidad en los delitos contra la Administración pública parte de un presupuesto equivocado: identifica el deber de acción extrapenal con el deber de acción penal que, sin embargo, debe distinguirse porque hacen referencia a dos ámbitos diferentes(32).

Lo otro, en que el partícipe *extraneus* conocería que al funcionario público o a la autoridad le resultaría más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura social(33). Se estaría aplicando la misma regla resolutiva de los delitos especiales impropios, cuando el *extraneus* no tiene la especial condición de autoría que exige el tipo penal. Siendo la participación una actividad accesoria y dependiente de la autoría, la posibilidad de que en algunos supuestos se pueda generar ese riesgo al bien jurídico, solo puede ser explicados a partir de la suma de ambas intervenciones típicas; en consecuencia, siendo dogmáticamente admisible la participación del *extraneus* en un delito especial propio, esta es punible por el mismo título de imputación del *intraneus*. Sin duda, la doctrina de la infracción del deber a toda consecuencia impide una visión material que se requiere para legitimar la punición del *extraneus* en un delito especial propio; para ello, es indispensable la referencia al bien jurídico tutelado(34). A decir de Mir Puig, entender el delito como infracción de una norma es entenderlo como *infrac-*

(31) RUEDA MARTÍN, M. A. *RDPC*. 2.ª época, pp. 159 y ss.

(32) RUEDA MARTÍN, M. A. *Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública*, p. 125.

(33) RUEDA MARTÍN, M. A. *Op. cit.*, pp. 160 y ss.

(34) En explicación de Rueda Martín, la idea rectora para la tipicidad de los delitos especiales contra la Administración pública no es la infracción de un deber, sino el dominio social típico que ostenta el funcionario público y en el que se encuentran involucrados determinados bienes jurídicos de una manera esencial y ocasional para el cumplimiento de unas funciones sociales. *La teoría de los delitos de infracción de deber: fundamentos y consecuencias*, p. 148.

ción del deber, que fue la esencia que en la época nacionalsocialista se reclamó para el delito en sustitución de la concepción de este como *lesión de un bien jurídico.* En esta contraposición, la infracción de un deber (que es en lo que consiste la infracción de una norma) se presenta frente a la lesión de un bien jurídico como la opción autoritaria frente a la opción liberal. Pero para que ello sea correcto, hay que vincular los bienes jurídicos a intereses de los ciudadanos, ya sea como bienes individuales o como bienes colectivos, cuyo sentido último sea también servir al ciudadano(35).

V. LA COMPLICIDAD EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, CASACIÓN N.° 782-2015-DEL SANTA

Sostiene la Sala Penal Permanente, sobre la materialidad del tipo penal del artículo 401 del CP, lo siguiente: «En esta hipótesis lo que tenemos es que el autor del enriquecimiento ilícito estaría realizando de mano propia el delito de enriquecimiento, por cuanto en realidad incrementa sus bienes disimulándose como no propietario. Por tanto, en estos supuestos se tendrá que probar dicha simulación. La pregunta que inmediatamente nos asalta es qué tipo de intervención delictiva es atribuible al testaferro».

Sobre este punto, debe indicarse que el delito de enriquecimiento ilícito importa un injusto funcional únicamente atribuible a quien ostenta el cargo público y, en mérito de aquel, adquiere el estado de desvalor que es objeto de incriminación en el artículo 401 del CP. De ahí que postulemos que esta figura delictiva es de «status funcionarial», solo la persona que cuenta con dicha cualidad es que puede ser autor a efectos penales —*intraneus,* cuestión distinta es definir si un particular— *extraneus* puede ser partícipe de dicho injusto penal (inductor o cómplice); siguiendo la doctrina pura de la infracción del deber, el particular al no tener la posibilidad de contravenir los deberes inherentes al cargo público, no puede, por tanto, defraudar las expectativas prestadas por la sociedad. Sánchez-Vera Gómez Trelles, analizando las posturas en Alemania (Brackenhöft y Köstlin), el pretendido partícipe —sin estar sujeto por la concreta institución positiva— no podría defraudar las expectativas que de ella surgen, puesto que frente a él estas no habrían sido dispuestas por la sociedad. El hecho de que el autor principal defraude tales

(35) MIR PUIG, S. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. En *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje a Cerezo Mir,* 2002, p. 78.

expectativas no afectaría al tercero *extraneus*, no obligado a la satisfacción de las mismas(36). Es por ello que el autor citado concluye que la restricción que el círculo de posibles autores en los delitos de infracción de deber tendría como consecuencia necesaria la impunidad del partícipe *extraneus*(37), siguiendo la postura de los autores citados. Sin embargo, el mismo Jakobs se encarga de admitir la punición del particular *extraneus*, argumentando que en los delitos especiales o de infracción de deber, la cantidad de injusto de un *extraneus* partícipe será como mucho tan grande como la cantidad que el propio *intraneus* lleve a cabo (AT, 22/7). El mismo Sánchez-Vera Gómez Trelles al acotar que [...] el tipo, tal y como ha sido descrito en la parte especial, no es ejecutado por el partícipe sino por el autor, pues el partícipe quebranta un tipo que ha sido ampliado por las reglas de la intervención delictiva de la Parte General del CP(38). Líneas adelante, escribe que estamos ante una «accesoriedad» en el sentido del antiguo término latino *accedere:* el *extraneus* participa del delito de infracción del deber adhiriéndose a una lesión del deber ajena(39). El tema pasa por verificar si dicha sustentación resulta o no acorde al programa teórico-conceptual de la doctrina de la infracción del deber, pues no se entendería claramente de qué forma el *extraneus* accede a este ámbito propio e inherente al cargo funcional.

Nuestra argumentación pasa por otros tamices, distintos a aquellos que trascienden la esfera propia del injusto penal. A destacar lo que sostiene el representante del funcionalismo: «[...] cualquiera sea el fundamento de la punibilidad del partícipe, la participación en los delitos especiales propios no es impune»(40).

---

(36) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *Delitos de infracción de deber y participación delictiva,* cit., p. 216.

(37) *Loc. cit.*

(38) Ibídem, p. 221.

(39) *Loc. cit.*

(40) Ibídem, p. 222; Alcocer Póvis, que sigue esta tesis, indica que el fundamento de la participación del *extraneus* se encuentra en la infracción del deber general de «no dañar», al crear riesgos típicos que influyen en la lesión del bien jurídico por parte de los funcionarios públicos y sirven como medios idóneos para tergiversar el sistema. La Autoría y Participación en...*Actualidad Jurídica* (GJ), N.° 142, 2005, cit., pp. 97-103. Detrás de todo precepto normativo en Derecho Penal, encubre la exigencia de no lesionar un bien jurídico o de protegerlo, esto significa en otras palabras que detrás de

En el R. N. N.° 1051-2011-Lima, la Sala Penal Transitoria acoge este planteamiento: «El enriquecimiento ilícito es un delito de infracción de deber porque la defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber que surge de un estatus determinado, existiendo una relación positiva entre el autor y el bien protegido, que origina el surgimiento de deberes de protección y favorecimiento del bien colocado dentro de la esfera jurídica de la persona especialmente obligada, quien no solo debe abstenerse de dañarlo, sino que debe velar por su integridad frente a cualquier amenaza de peligro de lesión»(41). Así, en la Segunda Ponencia del Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, al indicarse que: «El *extraneus*, al no tener la calidad de funcionario público, no se le puede atribuir el delito de función a título de complicidad, en atención a la tesis de la ruptura del título de imputación, dado que el *extraneus* al ser ajeno a la administración, carece de las condiciones de sujeto público y, por tanto, no se le puede exigir posición de garante que legitime la exigencia de rendir cuentas como deber. En los delitos funcionariales solo responden los sujetos públicos obligados. Los extraños, al no pertenecer a la Administración pública, no pueden responder por un delito funcionarial. En todo caso, responderán por un delito de dominio o común».

La posición de quebrar el título de imputación tuvo como precedente la solución dogmática de la participación de extraños a los delitos especiales impropios, como el parricidio y el infanticidio, abogándose por la ruptura, de que el autor sea incriminado por el delito especial impropio y el partícipe por un delito común equivalente. Según nuestro derecho positivo vigente, el autor responde por el tipo penal de parricidio y el cómplice por el delito de asesinato y, como en el caso de los delitos especiales propios no existe un tipo penal equivalente, simplemente su intervención cae en un manto de impunidad(42).

---

todo tipo penal existe un deber que recae sobre sus destinatarios (*ciudadanos*), lo cual no es el sustento de los delitos funcionales —como lo hemos venido señalando—, sino el acceso normativo y fáctico del autor a un ámbito específico de la Administración, confiriéndole al *intraneus* el dominio funcional del hecho que se requiere para colocar en riesgo el bien jurídico tutelado por la ley penal.

(41) En *Gaceta Penal & Procesal Pena*, N.° 50, 2013, p. 143.

(42) A decir de Marca Romero a esta teoría, en los delitos especiales impropios, la comisión de un determinado tipo puede generar más de una calificación jurídica, si

En el primer supuesto, se trata de un solo hecho que vulnera un solo bien jurídico, cuyo fundamento de desvalor radica en el aprovechamiento del cohabito familiar para dar muerte a su pariente (no es, por tanto, un delito de *infracción de deber*), de manera que aquel (no pariente) que presta una contribución al autor para asesinar a su padre es cómplice de parricidio y no de asesinato(43). No puede haber cómplice sin autor, no estando ante una circunstancia personal que es comunicada del autor al partícipe, puesto que la relación de parentesco únicamente es exigible para el autor y no para el cómplice(44). Así, cuando se dice que el partícipe no tiene que realizar en su propia persona la totalidad de esos elementos, pues de ser así ya no sería un partícipe, sino un autor más del delito. De este modo y de acuerdo con una concepción restringida de autor (frente a un concepto unitario), la participación depende de que el hecho del autor principal muestre ciertas cualidades mínimas. Esta dependencia normativa y no meramente fáctica es lo que se denomina accesoriedad(45)-(46).

En la primera ponencia realizada en el Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios - Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios,

---

es que las condiciones que determinan el estatus jurídico-normativo que presentan los intervinientes son disimiles; además de un diferenciado título de imputación que se les atribuya, según las circunstancias, de tal manera que ante un suceso delictivo donde se encuentre bajo afectación un bien jurídico, cuya accesibilidad para su lesión o puesta en peligro se encuentra restringida. La participación en los Delitos de infracción de deber: ¿Impunidad del Extraneus? *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 42, 2012, pp. 91-92.

(43) *Cfr.* PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. *Derecho Penal. Parte Especial*. T. I. 3.ª ed. Lima: IDEMSA, 2015.

(44) Así Bramont-Arias Torres, L. M., al sostener que en los delitos especiales impropios, cuando el agente directo presenta una característica especial y los partícipes no, todos responden por el delito especial, aunque no tengan esa cualificación. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 420 y ss.

(45) BOLDOVA PASAMAR, M. A.; QUINTEROS CAMACHO, N. Incomunicabilidad en las Circunstancias de la Participación (Comentario al artículo 26 del Código Penal Peruano. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*. T. 19, 2011, p. 49.

(46) En la doctrina nacional, Abanto Vásquez sostiene que la base para definir la autoría y participación en los delitos especiales debe seguir siendo la de la «unidad en el título de la imputación». Autor del tipo solamente podrá ser el *intraneus* (funcionario público con el deber funcional específico). Los *extranei* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codomonio funcional del hecho. *Los delitos contra la* Administración pública *en el Código Penal peruano*, p. 57.

del 25 de noviembre de 2017, se dice que: «El Código Penal asume la tesis de la «accesoriedad de la participación». La participación es posible cuando concurre realmente un hecho realizado por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que el *extraneus* responde en calidad de cómplice por el delito cometido por el sujeto público. Se asume de ese modo la tesis de la unidad del título de la imputación. En suma, los *extranei* responden en calidad de cómplices de un hecho punible funcionarial realizado por quien sí posee tal cualificación de sujeto público». Y, esto es algo fundamental, en orden a sostener válidamente la punición del *extraneus;* llevada dicha consideración al delito de Enriquecimiento ilícito o el de Concusión, determina que es el estatus funcionarial que permite al sujeto público acceder al dominio funcional típico que se necesita para que pueda —como consecuencia del ejercicio del cargo— hacerse de una masa patrimonial importante y, si en este escenario aparece un *extraneus* que coadyuva a que el *intraneus* pueda lograr dicho incremento patrimonial mediante actos positivos, será pues cómplice de dicha figura del injusto al penetrar accesoriamente a este ámbito funcional. Este planteamiento de la individualización, llevado a los delitos especiales propios, los estrictamente «funcionariales», donde la ruptura de la imputación es consecuencia inevitable, significa que al no existir en la ley penal una incriminación a la cual se pueda remitir la actuación del particular (*extraneu*), su conducta cae en una inaceptable impunidad[47].

Es el entendimiento material y no formal del injusto típico, lo que nos lleva a plantear la punibilidad de la complicidad en esta figura delictiva, en cuanto a una conducta portadora de un riesgo para un bien jurídico y no de sentidos comunicativos cognitivos frente a la norma[48], contrario a lo que se plantea en la Casación N.° 782-2015: «Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal[49] que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el

---

(47) Así MARCA ROMERO, E. *La participación en los Delitos de infracción de deber...*, pp. 91-92.

(48) Como lo expresa Mir Puig, las normas jurídicas no son un bien en sí mismas que sirva para justificar la intervención penal, sino, al contrario, un mal necesitado de justificación. *Estado, Pena y Delito,* p. 341.

(49) Artículo 25 del Código Penal «El que dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor».

caso del cómplice primario; o no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo aporte que reciba escapara al radio punitivo de la norma que solo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la introducción».

La accesoriedad que fundamenta la participación delictiva como la unidad del hecho como sustento de la imputación jurídico-penal de vigencia también en los delitos especiales propios niega esta afirmación. Se concibe que la participación no se debe a sí misma su contenido de injusto, sino que este procede de la contribución o favorecimiento de un hecho ajeno(50). Como bien lo concibe de la Mata Barranco, [...] no hay razón para no aplicar aquí (*delitos especiales propios*) las reglas generales de la participación delictiva, esto es, aceptar la unidad en el título de imputación y el carácter accesorio de la participación, siendo fundamental entonces determinar quién —*intraneus o extraneus*— tiene el dominio del hecho —en su caso social— y puede ser considerado autor, porque ello determinará la tipificación penal para todos los sujetos(51)-(52).

Así, pues sometiendo la punibilidad de dicha participación a las etapas preparatorias y ejecutivas del trayecto criminal, una vez que el tipo penal se consumó, ya no se admite formas de participación delictiva; en tal medida, esta figura penal no es de naturaleza «permanente», sino de consumación «instantánea», una vez alcanzado el estado de desvalor que prevé la tipicidad objetiva —enriquecimiento, incremento patrimonial—, ya se puso en riesgo la incolumidad del bien jurídico tutelado. Empero, las actuaciones de familiares, amigos y otros, bien conocidos como «testaferros» no caen

(50) BALDOVA PASAMAR, M.A. *La comunicabilidad de las circunstancias*, p. 144.

(51) DE LA MATA BARRANCO, N. J. *La Respuesta a la Corrupción Pública*, p. 155.

(52) De resolver de forma similar a los delitos especiales impropios (tesis de la *individualización*), Melendo Pardos anota que pese a que en alguna ocasión así lo hizo el Tribunal Supremo y la existencia de algún planteamiento doctrinal en este sentido (Robles Planas), lo cierto es que en estos casos castiga al partícipe en un delito especial propio, lo que, en principio, resultaría contradictorio con su proceder en los delitos especiales impropios. *Tutela Penal de las Administraciones Públicas*. Lacruz López y Melemdpo Pardos (Coordinadores). Madrid: Dykinson, 2015, p. 135.

en impunidad, siendo susceptibles de responder como autores de Lavado de activo, siempre que se cumpla en rigor, con los elementos de tipicidad —tanto objetivos como subjetivos—. Así, en el R. N. N.° 1051-2011-Lima: «La participación del *extraneus* que se presente con posterioridad a los hechos de enriquecimiento ilícito y que consista en actos de ocultación del patrimonio ilícito del agente especial. *V. gr.*, cuando se coloca a terceros como propietarios de bienes muebles o inmuebles provenientes del delito no constituyen actos de complicidad o de colaboración para la ejecución, pues el delito ya se consumó. En todo caso, esta aportación posterior configurara un delito autónomo independiente de receptación, encubrimiento o lavado de activos, según sea el caso»(53). Este es la problemática que se ha generado en el marco de la persecución penal, al haberse calificado como complicidad de enriquecimiento ilícito conductas constitutivas de autoría de un delito autónomo. Por su parte, la CS en el AP N.° 003-2016(54) llega a la misma conclusión, sosteniendo que: «[...], si la conducta del tercero se realiza o tiene lugar con posterioridad al cese o después de la pérdida del status funcionarial del agente del enriquecimiento ilícito, esto es, después que concluya la continuidad de la actividad delictuosa y cese la permanencia, la conducta que desplegué aquel ya no será accesoria, sino autónoma y deberá ser considerada como un delito diferente que bien puede ser el de lavado de activos». Esto siguiendo la siguiente premisa: una vez que el delito adquiere materialidad consumativa, ya no se admite forma de participación delictiva alguna.

La CS, en el AP N.° 003-2016 (fundamento 14), concluye sobre la participación «punible», en el delito de enriquecimiento ilícito, lo siguiente: «[...] no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, lo accesorio de la participación de aquel lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcionarial de dicho hecho punible [...]».

Asumir la tesis de la «ruptura en el título de la imputación» significa quebrar los fundamentos dogmáticos de la participación delictiva, en cuanto

(53) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 50, 2013, p. 143.

(54) Fundamento 15.

a la «accesoriedad»[55]-[56] (complementariedad y dependencia) que sustenta su punición, el partícipe interviene en un hecho ajeno que le pertenece al autor, él no puede quebrar una norma distinta, al dividirse la calificación del título delictivo, así como el delito como una «unidad»; si es que Pedro le presta un arma a José para que este dé muerte a su padre Juan, a José no se le puede punir por complicidad en el delito de asesinato, por la sencilla razón de que no hay autor de ese delito; cuestión parecida en la hipótesis de un delito especial propio, si quien ejecuta la conducta típica como autor —*intraneus* cualificado, el funcionario público, quien administra los fondos— se vale de particulares paras sustraerlos de forma definitiva de la Administración, sería inadmisible sustentar una autoría del *extraneus* por delito de hurto o apropiación ilícita, sencillamente porque este último primero no tenía el dominio del hecho y, segundo, ambas figuras patrimoniales comunes no tienen nada que ver con el peculado, cuyo contenido material del injusto responde a razones completamente distintas, de ahí que seguir esta posición a toda consecuencia importa la impunidad del *extraneus*; en el caso del *intraneus* no cualificado, sin duda, debe esbozarse otra argumentación para llegar a la misma conclusión. De esta postura en la doctrina, al señalarse que esta tesis rompe con el principio de accesoriedad de la participación, pues atribuye tanto al *extraneus* como al *intraneus* delitos diferentes, cuando los dos emanan de un mismo hecho punible, aunque partan de la consideración que el peculado es un tipo agravado respecto

---

(55) En postura de Alcócer Povis, según esta teoría, en el caso de los delitos especiales propios, teóricamente habrá siempre impunidad del *extraneus*, ya que no existe un delito común subyacente aplicable a este. El principal defecto de esta tesis lo constituye el hecho de vulnerar el principio de accesoriedad de la participación, pues en los casos en los que quien tuvo el dominio del hecho fue el *intraneus*, la punibilidad del partícipe *extraneus* no dependerá del hecho principal (delito especial), sino de otro que ni siquiera se ha cometido (delito común). La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya. *Actualidad Jurídica*, N.° 142, pp. 97-103.

(56) La renuncia al principio de accesoriedad de la participación, anotan Parma y Guevara Vásquez-, implica consagrar una excepción a una regla lógica elemental, es el equivalente jurídico a pretender ir en contra de la ley de gravedad; pues se entiende que si el *intraneus* no domina el hecho, por la razón que fuere, no puede sancionarse al partícipe por un hecho que el autor no pudo cometer, precisamente por carecer del dominio del suceso; *Autoría y Participación Criminal...*, cit., pp. 75-76.

del tipo penal del hurto[57]. De ahí que estos mismos autores lleguen a la siguiente conclusión: «[...] en los delitos especiales propios solo hay dos posibilidades en torno al enjuiciamiento del partícipe extraño en ese delito, consiste en llevar hasta sus últimas consecuencias la individualización de la responsabilidad y al no existir figura común paralela consideraría impune dicha participación (solución absolutamente insatisfactoria). La otra es mantenerse en la unidad del título de la imputación y hacer responder al partícipe extraño con la misma pena que el autor cualificado (solución relativamente satisfactoria)»[58]. La postura adoptada la observamos en el R. N. N.° 3841-2011-Piura, en cuanto a la punición del *intraneus* no cualificado en el delito de Peculado, al indicarse: «En el caso del prefecto encausado, si bien ostentaba la calidad de funcionario público, no tenía la disponibilidad jurídica del bien objeto de apropiación (combustible), porque dicho bien fue proveído por la Sunarp; es decir, por una institución estatal que no estuvo bajo su cargo, siendo su otorgamiento dispuesto por otro funcionario que sí mantenía dicha vinculación funcional, ya que era jefe de la Zona Registral de la Sunarp; por lo que —en todo caso— el prefecto no podía ser autor, sino más bien partícipe del delito de peculado»[59].

En la conclusión plenaria del Pleno Jurisdiccional Especializado por delitos de Corrupción de Funcionarios, se adoptó por MAYORÍA la primera ponencia que enuncia lo siguiente: «El Código Penal asume la tesis de la "accesoriedad de la participación". La participación es posible cuando concurre realmente un hecho realizado por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que el *extraneus* responde en calidad de cómplice por el delito cometido por el sujeto público. Se asume de ese modo la tesis de la unidad del título de la imputación. En suma, los *extranei* responden en calidad de cómplices de un hecho punible funcionarial realizado por quien sí posee tal cualificación de sujeto público».

---

(57) BOLDOVA PASAMAR, M. A.; QUINTEROS CAMACHO, N. Incomunicabilidad en las Circunstancias de la Participación (Comentario al artículo 26 del Código Penal Peruano. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*. T. 19, 2011, p. 63.

(58) Ibídem, p. 64.

(59) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 54, 2013, p. 155.

VI. IDEAS CONCLUSIVAS

A nuestro entender, este tipo de afinamiento doctrinaria (infracción del deber) toma senderos equivocados al plantear su posición en la ideología tecnocrática del funcionalismo, cuyo metodología cae en círculos vagos e imprecisos, al ir más allá de la ley, influenciando la dogmática penal en valores acuñados en otros ámbitos de la ciencia, contraponiendo al derecho penal con la política criminal. No en vano Gracia Martín —en una entrevista reciente es más fácil fundamentar la responsabilidad de los animales que de las personas jurídicas— respondió lo siguiente: «[...] en algún momento el funcionalismo de Jakobs se caerá, es sociología sistémica que no ha logrado traducirse a conceptos jurídicos y, por tanto, en algún momento en que resurja el método jurídico se caerá. Porque hoy hay una crisis, el método jurídico está olvidado; todo lo que se hace es política criminal, sociología y poca dogmática, poca ciencia del Derecho, pero en algún momento resurgirá y en ese momento el funcionalismo de Jakobs se caerá [...]»(60).

Por mor, del funcionalismo *normativista, se desprende un concepto de participación delictiva en los delitos especiales propios que resiente el principio de legalidad,* a su vez los cometidos político criminales en un orden democrático de derecho, no solo de generar efectos preventivos sino también garantizando los dictados de la justicia. Siendo que, según sus fundamentos, ni siquiera se deduce la tesis de la ruptura del título de la imputación, postura teórica que resiente la sostenibilidad dogmática de la participación delictiva: la «accesoriedad», debilitando los fines político-criminales del Derecho Penal en el marco de los delitos especiales propios.

Sin temor a equivocarnos, son —entonces— varios los fundamentos (*dogmáticos*) más que de política criminal, que sustentan coherentemente la punición del *extraneus* —por tanto, también del *intraneus no cualificado*— por el mismo delito (*funcionarial*) que es atribuible el autor (*intraneus* cualificado), el mismo sentido lógico de la «accesoriedad», el fundamento material que amalgama la autoría y participación de los delitos especiales propios, así como su ausencia contradictoria con el principio de incomunicabilidad de las circunstancias personales, al definir una extensión de punición explicada desde la antijuridicidad(61) y no desde el plano de la culpabilidad.

---

(60) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, T. 84, 2016, p. 365.

(61) Así, MELENDO PARDOS, M. *Autoría, participación y función pública,* p. 136.

La teoría de la «Unidad en el Título de la Imputación» no sostiene *per se* la punibilidad del *extraneu* y del *intraneus* no cualificación en los delitos especiales propios, como se podría entender, es fundamentalmente el dominio funcional del hecho, el acceso normativo y fáctico que construye el desvalor de los injustos funcionariales, en cuanto a la posibilidad de que este partícipe (particular y funcionario o cualificado), de acceder a esta institución, lógicamente en menor grado y accesoria, en comparación al sujeto público cualificado. Y, si este dominio lo ostenta el particular y no el sujeto público cualificado, la imputación delictiva se traslada a un delito común (estafa), donde el primero responde como autor y el segundo como partícipe (cómplice); no necesariamente la intervención de un *intraneus cualificado* en un suceso delictivo hace que dicha actuación debe ser subsumida en un tipo penal especial propio, desde un plano de incidencia material.

Inmersos en una cultura jurídica muy positivista, donde algunos operadores jurídicos para poder aplicar una institución requieren de la literalidad normativa, se sugiere una reforma del Código Penal vigente, en el que se diga que cuando el instigador o cómplice carece de la condiciones, relaciones y características que sostengan la punición del autor, la pena podrá ser disminuida prudencialmente. Así, se cierra la discusión teórica y jurisprudencial para asumir un criterio uniforme en la judicatura, coherente con los dictados de un orden democrático de derecho. Ello de conformidad con el principio de proporcionalidad(62), criterio rector del derecho público sancionador.

(62) Sobre esto, MARCA ROMERO, E. *La Participación en los Delitos...*, p. 102.

LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

A propósito de la casación N.° 782-2015(*)

Paúl Mendoza Váez(**)

SUMARIO: I. Preliminares. **II.** El delito de enriquecimiento ilícito. 2.1. Objeto de protección. 2.2. Comportamiento típico. 2.3. Tipo subjetivo. 2.4. Tentativa y consumación. **III.** La actividad probatoria en el delito de enriquecimiento ilícito. **IV.** La intervención delictiva en el delito de enriquecimiento ilícito. 4.1. La unidad del título de imputación. 4.2. La ruptura del título de imputación. **V.** Balance. **VI.** Bibliografía.

JURISPRUDENCIA:
Casación N.° 782-2015-Del Santa

PALABRAS CLAVE: Incremento patrimonial, abuso de cargo, delito de resultado, principio de imputación necesaria, prueba indiciaria, pericia contable, delitos de dominio, delitos de infracción de deber.

I. PRELIMINARES

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema expidió la Sentencia Casatoria N.° 782-2015-Del Santa, de fecha 6 de julio del 2016 (en adelante, la Casación), en la cual se absolvió a una exalcaldesa (presunta autora), y a

(*) Artículo publicado en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 88, 2016.

(**) Asociado en Cortez, Massa & Bello Abogados. Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, con especialización en cumplimiento penal normativo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, cursa estudios en el máster en Cumplimiento Normativo en Materia Penal por la Universidad de Castilla, La Mancha (España).

su pareja sentimental (presunto cómplice), por el delito de enriquecimiento Ilícito, previsto y sancionado en el artículo 401 del Código Penal. El sustrato fáctico, como la Casación lo reconoce, es relativamente sencillo:

> [...] 15. Amelia Victoria Espinoza García habría incrementado su patrimonio abusando de su cargo corno regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa, pero habría disimulado dicho superávit empleando a su pareja sentimental Wuilmer Agapito Vásquez, a quien habría utilizado a modo de testaferro. Por tanto, corresponde determinar, desde la verdad judicial ya establecida en el presente proceso, si los hechos se subsumen o no en el artículo 401 del Código Penal y si se puede atribuir intervención delictiva a los procesados [...].

La Sala Penal Permanente, con buen criterio, decide casar la sentencia de la Sala Superior, revocándola y absolviendo a los procesados al considerar que no existen suficientes medios probatorios que demuestren el incremento patrimonial ilegal por parte de la funcionaria público, los argumentos que esgrime la Sala son los siguientes:

> [...]18. En el caso que nos ocupa, los procesados tenían una relación sentimental y de allí es que la Sala Superior entiende que el desbalance patrimonial de quien no es funcionario público proviene de un abuso del cargo de quien sí fue funcionaria pública. Las relaciones entre las personas, y ello incluye las amicales, no prueban nada distinto del vínculo mismo. Deducir otra cosa a partir de ellas es un salto lógico que vulnera las reglas de la sana crítica en su manifestación de reglas de la lógica.
>
> 19. En consecuencia, la verdad judicial que se ha alcanzado, esto es, que Agapito Vásquez incrementó su patrimonio injustificadamente no es el supuesto de hecho criminalizado en el artículo 401 del Código Penal. Y en la medida en que no se ha probado que el mismo haya sido testaferro de Amelia Victoria Espinoza García, no existe otra posibilidad de subsumir los hechos en la norma penal imputada. Por lo tanto, no es posible atribuir responsabilidad a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez [...].

Una lectura superficial de la Casación nos indica que el caso se reduce a un tema de mínima actividad probatoria. De esta forma, lo que no se logra demostrar con suficientes elementos de convicción no se puede imputar a los procesados, no obstante, los alcances de esta casación son mayores si advertimos que tiene la calidad de doctrina jurisprudencial vinculante en cuanto a sus fundamentos jurídicos contenidos en sus numerales dos (2) al trece (13), en cuyo contenido se han tratado, a nuestro entender, tres puntos resaltantes, el primero concerniente al análisis típico del delito de enriquecimiento ilícito, el segundo a la actividad probatoria, y el tercero relativo a la intervención delictiva en los delitos de infracción de un deber, por lo que es de imperiosa necesidad esbozar algunos comentarios sobre estos puntos.

II. EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Sobre los fundamentos de incriminación de este delito no vamos a ahondar, baste señalar que se tipificó como una respuesta frente al acrecentamiento patrimonial ilícito de los funcionarios o servidores públicos que quedaban en la impunidad, ante la perjudicial impresión social que generaba absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió dicha acumulación, se optó por crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito[1], en definitiva, la tipificación de este delito obedeció a un motivo netamente político-criminal pero que no ha tenido mayor fortuna en su redacción legal.

En cuanto a la Casación, hace un análisis parco del delito de enriquecimiento ilícito, pues se remite a la Casación N.° 343-2016, del 16 de abril del 2013, en la que ya se analizó *in extenso* este tipo penal, sin perjuicio de ello, vamos a apuntalar algunas ideas sobre el objeto de protección y elementos típicos de este delito.

2.1. Objeto de protección

De manera genérica se afirma que el bien jurídico protegido es el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública[2], siendo el

---

(1) PÉREZ LÓPEZ, Jorge. El delito de enriquecimiento ilícito: tratamiento legal y doctrinal. *Gaceta Penal*, N.° 17, 2010, p. 181.

(2) Para Montoya Vivanco, el bien jurídico «correcto y regular funcionamiento de la administración pública» debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional ad-

bien jurídico específico el punto neurálgico que genera discusión, pues no existe opinión unánime en la doctrina nacional sobre los alcances de este objeto de protección digno de tutela penal.

Una primera opinión la esboza el profesor Rojas Vargas, quien señala que el bien jurídico consiste en garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de servicio a la Nación[3]. Para este autor, el punto de atención de la norma penal no está referido al patrimonio estatal, sino a los deberes funcionariales de todo sujeto público; de igual parecer, Salinas Siccha entiende que el bien jurídico específico lo constituye el normal y correcto ejercicio de las funciones de los cargos y empleos públicos por parte de los funcionarios y servidores públicos que se deben a la nación[4].

No obstante, tal posición no es pacífica en la doctrina nacional. Así, el profesor Abanto Vásquez señala que es difícil encontrar un objeto del bien jurídico concretamente protegido, en todo caso, hay un peligro abstracto en relación con todos los demás «objetos» protegidos por los demás tipos penales: «la imparcialidad del funcionario», «el patrimonio de la administración», el carácter público de la función pública[5]. Esta opinión nos resulta bastante coherente si tenemos en cuenta el carácter subsidiario del enriquecimiento ilícito[6], pues este delito se configura en tanto no haya podido

---

ministración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales. *Vid.* MONTOYA VIVANCO, Iván. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. 1.ª ed. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 36.

(3) ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. 1.ª ed. Lima: Editorial Nomos & Thesis EIRL, 2016, p. 358.

(4) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 2014, p. 621.

(5) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. 2.ª ed. Lima: Palestra Editores, 2003, p. 477.

(6) En relación con el carácter residual del tipo penal, este ilícito penal no requiere propiamente de una comprobación de la fuente generadora del patrimonio que luego el funcionario no sabe cómo explicar. A diferencia del resto de tipos penales contra la administración pública, el delito de enriquecimiento ilícito no sanciona la infracción

demostrarse la configuración de otros delitos que evidencien el incremento patrimonial ilícito del funcionario o servidor público.

Para explicarlo de mejor manera, existen delitos cometidos por sujetos públicos en contra de la Administración pública que le van a generar ganancias ilícitas, en las cuales el bien jurídico específico es el correcto ejercicio de las funciones o respeto a los deberes funcionariales (lealtad, honradez, probidad, etc.) que posee todo sujeto público; por ejemplo, cohecho, tráfico de influencias, además de delitos donde el bien jurídico específico además de los deberes funcionariales, es el patrimonio estatal: peculado, malversación de fondos, colusión agravada. Es decir, en algunos delitos se protegen el cumplimiento de los deberes funcionariales y el patrimonio estatal, mientras que otros solo protegen los deberes funcionariales; ello es lógico, pues en los primeros —peculado, malversación— se genera un perjuicio patrimonial al Estado en cuanto el beneficio obtenido por el sujeto público es a costa de la Administración pública. Aquí el sujeto solo puede enriquecerse en cuanto perjudique al Estado, mientras que en los segundos —cohecho, tráfico de influencias, etc.—, el beneficio que obtiene el sujeto público no es a costa de la Administración Pública, sino de terceras personas, por lo que aquí no hay un perjuicio patrimonial para el Estado.

Lo anteriormente señalado es importante si tenemos en cuenta —repetimos— el carácter residual del enriquecimiento Ilícito, es decir, ahí donde exista un incremento patrimonial ilícito en el que no se ha demostrado ni peculado ni cohecho, por principio de subsidiariedad se configura el enriquecimiento ilícito. Entonces, este delito se comprueba cuando no se ha demostrado ni peculado ni cohecho (donde se protege el deber funcionarial y patrimonial estatal, en el primero, y deber funcionarial, en el segundo). Por ende, no hay una razón suficiente para concluir de manera categórica que en el enriquecimiento ilícito el único bien jurídico específico sea el cumplimiento de los deberes funcionariales.

---

de un deber propio y especial de la función pública que ejerce la persona mediante una acción concreta. Por el contrario, esta norma tiene como presupuesto (incluso, la mayor de las veces una pura sospecha) que el funcionario público ha infringido previamente un deber propio de su función, lo que le ha significado algún tipo de ventaja patrimonial que ha ingresado a su patrimonio. *Vid.* CARO JOHN, José Antonio. Atipicidad de enriquecimiento ilícito cuando el incremento del patrimonio se debe a montos percibidos por concepto de combustible, chofer y mayordomo. En *Dogmática Penal Aplicada*. 1.ª ed. Lima: ARA Editores, 2010, pp. 308-309.

Sobre el carácter residual, asumiendo una postura crítica, Gálvez Villegas sostiene que no puede establecerse una relación de subsidiariedad del delito de enriquecimiento respecto de los demás; por el contrario, si es que el sujeto, al realizar el enriquecimiento configurativo del delito de enriquecimiento ilícito, infringe alguna otra norma penal (incurre en otro delito), estaremos ante un concurso ideal de delitos, que se resolverá aplicando el principio de absorción previsto en el artículo 48 del Código Penal. Es decir, aplicando la pena más grave, pudiendo aumentarse en una cuarta parte. Pues resultaría un despropósito sostener la subsidiariedad y aplicar una norma levísima dejando de lado una norma extremadamente grave(7).

Esto genera un gran problema de coherencia dogmática, ya que en un caso concreto cuando se demuestre que un sujeto público ha incrementado su patrimonio particular de manera ilícita —si en el proceso penal no se demuestra el perjuicio estatal— lo que cabría deducir es que este incremento posiblemente se haya debido a un delito de cohecho u otros delitos —no necesariamente contra la Administración pública—, que no impliquen perjuicio patrimonial para el Estado; mientras que si se demuestra el incremento patrimonial ilícito y también un perjuicio patrimonial sin saber la modalidad exacta, se podría deducir que este incremento posiblemente se deba a un delito de peculado. En conclusión, no podría determinarse con total certeza un bien jurídico específico para el Enriquecimiento Ilícito, ergo, dogmáticamente no existiría un fundamento legítimo que justifique la tipificación de este delito; sobre esto, Abanto Vásquez, teniendo en cuenta la actual regulación legislativa, ha señalado que el «enriquecimiento ilícito» solamente debería ser *indicio* de la comisión de otros delitos más no un delito por sí mismo, pues por sí mismo no tiene vinculación con un «bien jurídico» ni «objeto concretos» de algún bien jurídico que se quiera tutelar(8).

2.2. Tipo objetivo

En cuanto al sujeto activo de este delito es el funcionario o servidor público (sujeto público), este delito no tiene un comportamiento típico en

(7) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. Enriquecimiento ilícito y lavado de activos. Criterios político criminales, subsidiariedad, delito previo y concurso. En *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Idemsa, 2013, p. 512.

(8) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Últimos cambios en la legislación peruana anticorrupción. En Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. 1.ª ed., Lima: Editorial Grijley, 2014, p. 965.

concreto —está vacío de contenido—. Si bien el verbo rector es «incrementar» ilícitamente el patrimonio[9], este incremento patrimonial puede darse mediante un abanico de posibilidades, por lo que propiamente más que ser un comportamiento típico, el incremento patrimonial es el efecto de otro comportamiento del cual no se tiene certeza, como podría ser una apropiación o la obtención de bienes por parte de terceros[10].

Sobre el incremento patrimonial ilícito del sujeto público, este debe darse «abusando de su cargo», es decir, el sujeto público se aprovecha de su investidura o hace un uso desmedido o excesivo de sus atribuciones funcionariales, lo cual implica que este abuso del cargo —a efectos del tipo penal— solo pueda darse mientras dure el cargo que se le ha asignado. Además, no importa si el incremento patrimonial se da cuando el sujeto está realizando sus funciones «por razón de su cargo» o cuando se encuentra realizando actividades particulares en sus días libres, de licencia, etc. —en ambos supuestos el tipo penal se configura—, lo importante aquí es el prevalimento del cual se vale el sujeto para obtener este beneficio. La casación *in comento* refiere que la locución «abusando de su cargo» es equivalente a «por razón de su cargo»[11]; esto es lógico, pues en verdad se trata de un ele-

---

(9) Nakazaki sostiene que pese a que en la fórmula legal se advierte que el delito consiste en un enriquecimiento ilícito, no existe en el tipo penal prevista una acción de forma específica. La falta de acción típica adecuadamente definida en el tipo penal del artículo 401 hace que este presente graves problemas al colisionar con el límite formal de la función punitiva del Estado principio de legalidad. *Vid.* NAKAZAKI SERVIGON, César. Problemas de Aplicación del tipo de Enriquecimiento Ilícito: Desconocimiento de su naturaleza subsidiaria. *Revista Ius et Praxis* N.° 33. Lima, 2002, p. 190.

(10) Por su parte Cáceres Julca señala que el legislador ha preferido la denominación de «incremento ilícito» del patrimonio en lugar de «enriquecimiento», toda vez que se trataría de diferenciar ambos conceptos, para desprenderse de las críticas planteadas contra el criterio de «enriquecimiento», en el extremo que implica ya un resultado de un comportamiento no previsto legalmente. Entonces, la conducta prohibida por el legislador vendría a ser el «incremento patrimonial» y no el «enriquecimiento», pues, este último refleja de por sí el producto de ese comportamiento delictivo. *Vid.* CÁCERES JULCA, Roberto. *El delito de Enriquecimiento Ilícito, doctrina y jurisprudencia*. 1.ª ed., Lima: Editorial Idemsa, 2014, p. 94.

(11) Incluso, sobre la base de la anterior regulación, Gálvez Villegas sostenía que «ejercicio de sus funciones» permite que sean punibles también aquellos casos en los que el funcionario o servidor público actúe excediéndose de las facultades y prerrogativas propias del cargo, así como en las situaciones en las que, fuera del ejercicio de sus

mento de contextualización, es decir, el tipo se configura mientras el sujeto público actúa por razón de su cargo o abusando de su cargo[12]. Es necesario demostrarse este vínculo funcional entre sujeto público, incremento patrimonial y ejercicio del cargo.

Ahora bien, el acrecentamiento patrimonial ilícito que padece el sujeto público debe ser respecto de sus ingresos legítimos, esto es, para determinar este incremento se hace un análisis comparativo sobre cuál es el patrimonio que lícitamente debiera tener el sujeto público por sus ingresos (sueldos, emolumentos, etc.), con el patrimonio que en el caso concreto ha obtenido y del cual sus ingresos no justifican dicho incremento, entonces, existe un desbalance patrimonial entre lo que el sujeto debiera tener y lo que realmente tiene[13]. Del mismo parecer Hugo Álvarez, al sostener que cuando se habla de incrementar su patrimonio estamos hablando de su aumento tomando en consideración dos condiciones prevalentes, el patrimonio que tuvo antes de asumir el cargo y aquel otro durante el ejercicio del cargo. De existir una diferencia en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas resulta siendo notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita constituye un indicativo de enriquecimiento ilícito que admite prueba en contrario. De ahí que se habla de que estamos ante un delito de presunción o de sospecha[14].

---

funciones, actúe premunido de estas facultades, es decir, se vale de su cargo para sus propósitos lucrativos, aun cuando su actuación se desarrolle al margen del ejercicio de la función que le compete. *Vid.* GALVEZ VILLEGAS, Tomás. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Editorial Idemsa, 2001, p. 188.

(12) La Casación N.° 343-2012 en su fundamento *undécimo* establece que las cuatro modificaciones que ha tenido el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, en lo que respecta a la conducta típica, más allá de la literalidad empleada, no ha variado necesariamente el contenido de la prohibición.

(13) El enriquecimiento ilícito se tiene que delimitar recurriendo a la dogmática jurídica, la que permite establecer que este se daría de verificarse un contraste o desbalance injustificado y ostensible en el patrimonio del agente comparado antes, durante y después de ser funcionario o servidor público. NAKAZAKI SERVIGÓN, César. *Op. cit.*, p. 191.

(14) HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*. 1.ª ed. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2007, p. 199.

Sobre la posibilidad del enriquecimiento ilícito, el artículo 401 del Código Penal en su último párrafo establece que habrá indicio de este cuando el incremento patrimonial o el gasto económico del sujeto público es «notoriamente superior» al que normalmente haya podido obtener en virtud de sus sueldos o emolumentos, por eje. Si un alcalde, al momento de juramentar su cargo, declara un patrimonio estimado en S/ 50 000 soles, y en el primer año de su gestión ha obtenido S/ 300 000 soles como producto de su sueldo —sin tener en cuenta sus gastos—, lo que debería tener ahora es S/350 000 soles; no obstante, tras una sumaria investigación se revela que este alcalde al culminar su primer año de gestión, misteriosamente, ostentaba S/ 5 000 000 soles, tal eventualidad será considerada un indicio revelador de enriquecimiento ilícito, el cual se dará por consumado cuando el Ministerio Público obtenga suficientes elementos probatorios o indicios que demuestren la ilicitud de tal incremento. De igual manera, es un indicio —en el mismo supuesto— si el alcalde posee esos S/ 350 000 soles que está de acuerdo con sus ingresos lícitos; sin embargo, se tiene registrado que en ese primer año de gestión ha adquirido propiedades, tales como inmuebles, vehículos, etc., valorizados en S/ 2 000 000 soles.

Estas son las formas en las cuales se puede dar el enriquecimiento ilícito, también es un indicio, la disminución de cuantiosas deudas que el sujeto público pudo haber tenido antes de iniciar su cargo y que las canceló durante el plazo que duró su cargo, sobre esto ya la Casación N.° 343-2012 ha establecido que el incremento patrimonial puede consistir tanto en un aumento del activo como también en una disminución del pasivo (cargas, gravámenes o deudas que soporta el patrimonio).

2.3. Tipo subjetivo

El enriquecimiento ilícito solo puede cometerse de manera dolosa y, dado el prevalimento con el que actúa el sujeto público, este solo podrá cometerse con dolo directo[15]; es decir, el sujeto público tiene el conocimiento

(15) Ragués señala que para poder imputarse válidamente el conocimiento situacional al sujeto agente es preciso que no solo pueda tener conciencia de la ubicación espacial de determinados objetos de la realidad, sino que también pueda tener una conciencia de la valoración que la manipulación de dichos objetos tiene. Solo cumpliéndose con ello podrá afirmarse desde el sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo que, efectivamente, el sujeto agente comunicó la

cierto de que se está incrementando el patrimonio de manera ilícita, siendo irrelevante la modalidad en que se obtenga este beneficio. Asimismo, por su carácter subrepticio, el sujeto público actúa a escondidas, sabiendo que está ocultando sus maniobras desleales, esto de ninguna manera implica la configuración de algún elemento de tendencia interna trascendente.

2.4. Tentativa y consumación

Este apartado también resulta harto problemático, pues ¿cómo determinar el momento exacto de la consumación de un acto del cual ni siquiera se sabe cuál fue o cómo se produjo? Si partimos por aceptar que el enriquecimiento ilícito es un delito de resultado, debemos aceptar también que es posible que se dé una tentativa. Como lo hemos señalado en un apartado anterior, el incremento patrimonial no es el comportamiento típico, sino el efecto de otro comportamiento del cual se desconoce su naturaleza, Entonces, no hay forma de conocer el momento exacto de la consumación, por lo que para arribar a esta conclusión debemos recurrir a una hipótesis de salvación, la cual es considerar que el momento consumativo del delito es el preciso momento en el que el sujeto público termina su cargo —sea por renuncia, destitución, invalidez, jubilación etc.—, esto porque debido al vínculo funcional del sujeto público, el enriquecimiento ilícito solo puede darse mientras dure el cargo.

Si bien no se sabe el momento exacto de la consumación, sí puede determinarse cuándo cesa en su consumación, dado también el potencial de carácter continuado que posee este delito. Así, señala Gálvez Villegas que por tratarse de un delito de estado, la relevancia penal se verifica al momento en que se produce el enriquecimiento y, por lo tanto, es en este momento en el que queda consumado el delito, y aunque el autor siga aprovechándose del estado creado por este hecho, ello no significa que constantemente siga enriqueciéndose o cometiendo sucesivamente conductas típicas(16).

Incluso llegando a esta conclusión, no se está exento de polémica, pues el Ministerio Público que ostenta la carga de la prueba, al momento de formular su requerimiento acusatorio, además de no saber el comportamiento

---

infracción de la norma penal. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, 1999, p. 450.

(16) GALVEZ VILLEGAS, Tomás. *Op. cit.*, p. 168.

concreto que está imputando, tampoco sabría a ciencia cierta el momento exacto en el cual se dio; esto lógicamente vulneraría el derecho del procesado a conocer los cargos por los cuales se le investiga, o lo que desde la óptica de la fiscalía sería vulnerar el principio de imputación necesaria(17).

Aun cuando este supuesto fuese pacífico, ¿cómo comprobar la tentativa en un caso concreto de enriquecimiento ilícito? Sobre este problema, Rojas Vargas señala que la posibilidad de tentativa estará dada por la existencia de actos fragmentables y fronterizos con el enriquecimiento ostensible(18). Por otro lado, Salinas Siccha indica que no es posible algún supuesto de tentativa, pues si no se evidencia o verifica un incremento desmedido y desproporcionado del patrimonio del agente público, no hay razón para que el derecho penal entre en acción(19).

Nuestra opinión es que en el enriquecimiento ilícito es imposible que se dé una tentativa, básicamente por dos razones, primero, que al tratarse de un delito que no posee un comportamiento típico concreto, resulta ilógico encontrarle una tentativa, ¡no se puede pretender realizar lo que no existe!, y segundo, que la razón de la tipificación del enriquecimiento ilícito es justamente el ser un cajón de sastre de otros delitos —carácter subsidiario—, por lo que si se llega a determinar una posible tentativa de algún acto que implique el enriquecimiento, esta tentativa ya no sería del enriquecimiento ilícito, sino del delito específico, sea peculado, cohecho u otro. El ejemplo es sencillo, si al terminar la gestión de un alcalde se le investiga debido a su desbalance patrimonial y se descubre que este en algunas ocasiones intentó desviar sin éxito el caudal público a su cuenta bancaria personal o de un tercero, lo que se configura aquí no es una tentativa de enriquecimiento ilícito, sino una tentativa de peculado.

Entonces, a todo ello, ¿resulta coherente sostener que el enriquecimiento ilícito es un delito de resultado?, la respuesta —consideramos— es afirma-

---

(17) Para Mendoza Ayma, el principio de imputación necesaria es aquel deber de carga del Ministerio Público de imputar a una persona natural un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas con la realización de todos los elementos del tipo penal». MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *La necesidad de una imputación concreta en el desarrollo del proceso penal cognitivo*. Lima: Editorial San Bernardo, 2012, p. 99.

(18) ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, p. 365.

(19) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 629.

tiva, no obstante, se trata de un delito de resultado *sui generis* que no admite tentativa, pues, la consumación del enriquecimiento ilícito se da con el resultado —incremento patrimonial ilícito del sujeto público—, pero, si descubrimos la tentativa del acto que pudo generar ese incremento, esta al ser descubierta o manifiesta, ya no será del enriquecimiento ilícito, sino del delito específico.

III. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Sobre la carga de la prueba también existe cierta discusión, pues a decir de algunos autores, quienes consideran que para este delito se da una inversión de la carga de la prueba, si se toma en cuenta el tercer párrafo del artículo 401 del CP, en donde se prescribe que habría indicio de enriquecimiento ilícito cuando el incremento del patrimonio y gasto económico personal del sujeto público, en relación con su declaración jurada de bienes y rentas es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

Para este sector, si el sujeto público no justifica el origen ilícito de su incremento patrimonial, entonces, se reputa de origen ilícito. No obstante, llegar a esta conclusión sería demasiado apresurado, pues si analizamos la literalidad de la actual regulación del tipo penal, en ningún extremo advertimos que debe ser el sujeto público quien justifique su incremento patrimonial, como sí lo estuvo en la anterior regulación. En cuanto al cambio de situación económica, García Cavero señala que estos indicios cobran mayor fuerza probatoria si el sospechoso, al momento de dar las justificaciones de su mejora económica y patrimonial, recurre a hechos o situaciones poco plausibles o, lo que es peor, a hechos falsos. Pero queda claro, en todo caso, que la sola demostración de este indicio es insuficiente para tener por acreditada la base fáctica de la imputación penal, sino que se requieren otros indicios que señalen una relación más estrecha con el suceso que se busca esclarecer(20).

Por mandato constitucional, el deber de probar los hechos recae en

(20) García Cavero, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. 1.ª ed. Lima: Editorial Reforma, 2010, p. 65.

quien realiza la imputación. Según las reglas del proceso penal de conformidad con el Código Procesal Penal del 2004, este deber de probar recae en el Ministerio Público para aquellos casos donde se ejerce la acción pública. Entonces, en el enriquecimiento ilícito es el fiscal quien debe probar —con suficientes elementos de convicción—, y enervar la presunción de inocencia que asiste a toda persona. Sobre este parecer, Asencio Mellado, analizando nuestra legislación nacional enseña que corresponde al fiscal probar el patrimonio inicial y final del imputado valiéndose, para ello, de las declaraciones oficiales si existen o acreditándolo por otras vías, a cuyo efecto podrá acudir a criterios valorativos apropiados a la naturaleza no penal de los hechos y al incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas fuera del ámbito penal(21). Del mismo parecer, Caro Coria opina que la carga de la prueba reposará, como corresponde de acuerdo con la Constitución, en el Ministerio Público quien debe acreditar no solo el resultado de enriquecimiento, sino también la conexión, en términos de imputación objetiva, entre este y el ejercicio del cargo(22).

Aparentemente es el sujeto público quien debe probar —justificar— la licitud de su incremento patrimonial, sin embargo, esto no es así, el sujeto público no está obligado a justificar ello, si en un caso concreto el fiscal no aporta suficiente caudal probatorio que demuestre la culpabilidad del procesado; la consecuencia es absolverlo en correcta aplicación del Principio de *in dubio pro reo*, pero ¿qué pasa cuando el fiscal sí ha obtenido suficientes elementos de prueba que podrían acreditar los hechos de su imputación? En estos casos, el sujeto público deberá aportar un mínimo de pruebas para revertir la acusación fiscal que está amparada con sus medios probatorios, esto no implica para nada una inversión de la carga de la prueba, pues como señala el profesor San Martín, sin que implique revertir la garantía de presunción de inocencia, si de la prueba incorporada resulta *ab initio* la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado —probados los hechos de la acusación—, es la defensa de este quien tendrá sobre sus espaldas la carga de enervar la prueba

(21) ASENCIO MELLADO, José María. La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito. En *Derecho Procesal Penal. Estudios fundamentales*. 1.ª ed. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2016, p. 160.

(22) CARO CORIA, Dino Carlos. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en el Derecho Penal Peruano. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N.os 20-21, 2006, p. 141.

producida en su contra o en su caso, aportar datos sobre hechos que podrían eliminar o disminuir su responsabilidad, o realizar planteos que permitan declarar la extinción de la acción penal; es decir, tiene la carga de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes(23).

El imputado no tendrá carga alguna de justificar el origen de sus ingresos ni siquiera es necesario para que se condene por este delito; sin embargo, sí podrá en el ejercicio de su derecho de defensa probar la causa lícita de la adquisición(24). En la doctrina nacional, Rojas Vargas sostiene que el sujeto investigado o procesado no tiene necesariamente que justificar el incremento ostensible de su patrimonio; en cambio, la parte acusadora si tiene el deber de demostrar que procede de fuente ilícita, no obstante, señala este autor que, es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos. Dicho deber administrativo de justificar se fundamenta y legitima en la posición genérica de garante asumida por el funcionario y servidor público al ingresar al servicio de la nación, siendo un mandato derivable del enunciado constitucional que positiviza el hecho de que los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación(25).

La razón fundamental por la cual un sistema penal debería adoptar el criterio de la prueba más allá de cualquier duda razonable es esencialmente de naturaleza ética o ética-política; se trata, entonces, de que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando se haya conseguido, por lo menos tendencialmente, la certeza de su culpabilidad. Mientras que el imputado tendrá que ser absuelto todas las veces que sobre su culpabilidad resulte, así las pruebas estén a su cargo, una duda razonable sobre su eventual inocencia(26).

Así lo reconoce la Ejecutoria recaída en el Exp. N.° 099-2009 de fecha 25 de enero de 2011, emitida por la Primera Sala Penal Especial, en la cual se señala que:

> No se trata entonces de un delito que se configure por la mera no justificación por parte un funcionario o empleado público de

(23) San Martín Castro, Cesar. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. 1.ª ed. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2015, p. 510.

(24) Asencio Mellado, José María. *Op. cit.*, p. 160.

(25) Rojas Vargas, Fidel. *Op. cit.*, p. 363.

(26) Taruffo, Michele. *Teoría de la prueba*. 1.ª ed. Lima: ARA Editores, 2012, p. 280.

un enriquecimiento considerable. Ello por cuanto cabe partir, a fuerza de resultar reiterativos, de que el tipo penal no está conformado por la no justificación, de quien haya sido debidamente requerido, del origen de un enriquecimiento patrimonial apreciable —suyo o de persona interpuesta para disimularlo—; sino por la acción de haberse enriquecido de ese modo y que no resulte justificado objetivamente. Esto implica que corresponde al Estado probar este extremo de la imputación delictiva fundada en los términos del artículo 401 del Código Penal, acreditando el injustificado enriquecimiento apreciable vinculado al ejercicio de la función pública (en el sentido de que no pudo concluirse como derivado o proveniente de sus haberes u otras fuentes lícitas).

¿En relación con qué es lo que el Ministerio Público debe probar en el enriquecimiento ilícito? Consideramos que la actividad probatoria debe alcanzar no solo en relación con el sujeto público procesado, sino también a terceros con los cuales se sepa que tenga vínculos contractuales, familiares o amicales. Queda claro que se debe probar la existencia del desbalance patrimonial y que este se haya dado durante el ejercicio de cargo del sujeto público, por lo que la prueba por excelencia en este nivel será la pericia contable, la cual de ningún modo implica hablar de un requisito de procedibilidad[27]; así lo entiende también Hugo Álvarez cuando afirma que en esta materia no existe ley expresa que establezca que previo al ejercicio penal o a la iniciación del correspondiente proceso penal por el hecho punible enriquecimiento ilícito tenga que previamente practicar pericia de valorización, culminar el proceso disciplinario administrativo, etc.; de manera que no puede alegarse ningún requisito de procedibilidad[28].

Otro medio probatorio indispensable en este tipo de delitos es el conjunto de documentos que acredita el movimiento económico del funcionario acusado y el de su familia; no obstante, solo será necesario consignar aquellos

---

(27) La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el Exp. N.° 137-2002-Lima, de fecha 1 de octubre del 2002, estableció que «para promover y perseguir la acción penal respecto del delito de enriquecimiento ilícito, la ley no contempla un requisito de procedibilidad, en la que previamente se lleve a cabo una pericia contable que determine el desbalance patrimonial».

(28) HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *Op. cit.*, p. 88.

que corresponda a los meses en los cuales se ha generado un inusual movimiento económico en el patrimonio del funcionario acusado[29].

Ahora bien, existe una serie de indicios que en su plural valoración permiten llegar al grado de certeza sobre la configuración del ilícito enriquecimiento, pues la desproporción notoria del incremento patrimonial del funcionario público no es una prueba acabada o determinada, y que, por el contrario, requiere de pruebas adicionales o de cualquier otro elemento indiciario (como es el caso de la declaración mendaz, del enunciado inverosímil o de la obstrucción del proceso penal)[30].

Sobre las diligencias imprescindibles que deben llevarse a cabo para demostrar el enriquecimiento ilícito, el R. N. N.° 4472-2007-Cusco, de fecha 23 de mayo del 2008, emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ha dado algunos visos:

> Así se señala que resulta imprescindible efectuar las siguientes diligencias: a) se realice una pericia contable financiera por peritos designados por el juez penal, quienes deberán examinar la documentación que obra en autos desde la etapa preliminar y los documentos presentados por el encausado para determinar si existe o no un desbalance patrimonial; b) recabar la documentación que se recomienda en el punto quince del Informe Financiero número treinta y dos, suscrito por los analistas financieros de la Fiscalía de la Nación (ver fojas mil sesenta y cinco) y, de ser el caso, sea analizada en la pericia contable; c) se proceda con el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria del encausado, información que una vez recabada será también materia del peritaje contable; d) se efectúe una pericia por ingenieros especializados para determinar el tiempo de construcción del segundo nivel del inmueble en cuestión, y de haberse

---

(29) ENRIQUEZ SUMERINDE, José. El delito de enriquecimiento ilícito y su investigación en el marco del Código Procesal Penal del 2004. *Actualidad Penal*, N.° 18, 2015, p. 243.

(30) NOVOA CURICH, Yvana y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Algunos problemas dogmáticos y probatorios sobre el delito de enriquecimiento ilícito en la jurisprudencia nacional. En *Estudio críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*. 1.ª ed. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 84.

construido en el año dos mil tres, deberá practicarse una pericia de valorización [...].

Si la acusación está debidamente probada, y no se presentan pruebas de descargo, sino únicamente argumentos no razonables, resulta lógico y coherente que el juez encuentre responsable al funcionario público. Suponer lo contrario significaría llegar a absurdos que terminarían por vaciar de contenido a la justicia penal(31). El criterio de la prueba más allá de cualquier duda razonable puede ser superado solo donde la conexión entre una causa y un efecto esté contemplada en una ley de naturaleza deductiva o casi deductiva y cuya aplicación permita atribuir determinado y suficiente grado de certeza(32).

IV. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Este extremo de la Casación —aunque se torne un tanto ornamental— posee un potencial dogmático enorme, en cuanto se hace alusión a las teorías de la unidad del título de imputación y de la ruptura del título de imputación, cuando el caso concreto no se resuelve aplicando ninguna, sino con criterio relativo a la falta de pruebas.

Sin embargo, es importante darle tribuna a este tema, pues como antes hemos señalado, la Casación tiene calidad de doctrina jurisprudencial vinculante, ergo, las Salas Superiores y Juzgados Penales están obligados —salvo distinta motivación— a seguir las pautas fijadas en esta casación, la cual se inclina finalmente por respaldar a la teoría de la ruptura del título de imputación para el caso específico de enriquecimiento ilícito, aunque no se aplique de manera directa esta teoría. Para inmiscuirnos en esta materia, es menester explicar previamente qué se entiende por delitos comunes y especiales, y por delitos de infracción de deber.

Del espectro de diversas tipologías penales, gran aceptación tiene aquella que las clasifica en «delitos comunes» y «delitos especiales». En los delitos comunes, cualquier persona que realice el comportamiento típico y cumpla con los requisitos de culpabilidad podrá responder penalmente, mientras

(31) NOVOA CURICH, Yvana y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. *Op. cit.*, p. 90.

(32) TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 284.

que los delitos especiales son aquellos que exigen en el autor una cualificación determinada para hacerlos competentes; la consecuencia más próxima de dicha investidura es la fundamentación de la pena (delitos especiales propios) o la agravación de la pena (delitos especiales impropios). Para Parma, delitos especiales propios son aquellos que carecen de un delito común que permita su comisión por el autor no cualificado, como podría ser, por ejemplo, el prevaricato del juez, pues solo él puede dictar sentencias contra la ley. Aquellos que sí cuentan con un delito común equiparable son comúnmente denominados *delitos especiales impropios*(33).

De manera similar, pero con fundamento distinto, se clasifica a los llamados «delitos de dominio u organización» y los «delitos de infracción de deber», los cuales suelen confundirse con los delitos comunes y especiales; no obstante, el contenido que fundamenta a estos delitos —aunque parecido— es distinto. Así, esta nueva tipología de delitos se configura de acuerdo con el rol que desempeña una persona en sociedad. El rol es definido como el conjunto de expectativas vinculadas con la conducta del portador de una determinada posición y, como tal, permite delimitar los contornos de los ámbitos de competencia de los actores sociales(34) (derechos y deberes).

Existen roles comunes y roles especiales, los comunes son los más generales, aquellos que le son comunes a todas las personas, que imponen un deber negativo, el cual se resume en la máxima «no dañes a los demás» o *nemimen laede*; este deber es de carácter general porque le alcanza a todas las personas con capacidad de culpabilidad. Si se infringe este deber negativo de alcance general, se habrá cometido un delito de dominio; para resumir esta idea debemos entender el sinalagma «libertad de organización» y «responsabilidad por las consecuencias. En esta clase de delitos, se responde por la defectuosa organización que se hace de la esfera de organización o competencia, por ejemplo, el negociante que se dedica al rubro de compraventa de autos tendrá la libertad de organizar su negocio de la forma en que mejor crea conveniente con la única limitación de no defraudar a otras personas; si extralimita su ámbito de competencia, es decir, si me-

(33) PARMA, Carlos y GUEVARA VÁSQUEZ, Iván. *Autoría y participación criminal, nuevos paradigmas*. 1.ª ed. Lima: Editorial Ideas, 2015, p. 81.

(34) CARO JOHN, José Antonio. Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso. En *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*. Lima: Ara Editores, 2010, p. 103.

diante conductas fraudulentas como el engaño o la astucia perjudica a terceros, podría imputársele el delito de estafa y, por lo tanto, responderá por un delito de dominio u organización.

No obstante, en sociedad no son suficientes los roles comunes para que se configuren de manera armónica los ámbitos de competencia de las personas, sino también existen roles especiales, aquellos que nacen de instituciones positivas reconocidas por el ordenamiento jurídico, tales como la relación paterno-filial, la confianza especial, la relación que ostentan los funcionarios y los servidores públicos respecto del correcto funcionamiento de la Administración pública, y la solidaridad(35). Estos deberes positivos existen en la medida en que complementan a los deberes negativos, pues permiten el desarrollo y la mejora de relaciones interpersonales, o favorecen y promueven la realización de determinadas instituciones estatales. Es por ello que en el delito de infracción de un deber institucional no se impone el deber negativo de no dañar a los demás —que ya de por sí poseen todas las personas con capacidad de culpabilidad—, sino más bien un deber positivo de realizar conductas en favorecimiento de la optimización de las instituciones positivas; si se incumplen estos deberes, se habrán defraudado las expectativas normativas que socialmente se esperaban de aquel que la poseía; por ejemplo, los funcionarios y servidores públicos que por mandato constitucional se deben a la Nación. Luego, no deben perjudicar a la Administración pública a la cual las vincula deberes de lealtad y protección, por tanto, si los funcionarios y servidores públicos infringen estos deberes, sea apropiándose de caudales públicos, sea enriqueciéndose a costa de la Administración pública, entre otros tantos supuestos, y como consecuencia se da un resultado lesivo, entonces, responderán como autores por un delito de infracción de deber.

A esta división de la tipología penal puede relacionársele diversas instituciones jurídico-penales, tales como la discusión de la intervención penal del *extraneus* (sujeto no cualificado) en los delitos de infracción de deber, las

(35) Sobre el contenido fundamental de la institución de la solidaridad mínima se ha discutido poco. Al respecto, Caro John, siguiendo a Silva Sánchez, señala que el deber de solidaridad mínima se fundamenta en una relación positiva de solidaridad, en virtud de la cual toda persona tiene el deber de auxiliar a otra que se encuentra en una situación de necesidad o desgracia. *Vid.* CARO JOHN, José Antonio. Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima. En *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista*. Lima: Ara Editores, 2010, p. 140.

teorías de la unidad del título de imputación o de la ruptura del título de imputación, la incomunicabilidad de las circunstancias, etc.

4.1. La unidad del título de imputación

Por esta teoría se postula el mismo título de tipicidad penal a todos los intervinientes de un colectivo típico, aunque con distintos grados de intervención delictiva; esta teoría se caracteriza por ser, de *lege lata*, la más asequible a la hora de resolver casos de delitos de infracción de un deber, se genera como una respuesta a varios casos que quedaron en la impunidad. En resumen, se aplicará el mismo «tipo penal» para los sujetos obligados institucionalmente como aquellos que no lo están. Así, solo podrá ser autor —el *intraneus*— quien al ser el sujeto cualificado portador del deber institucional responderá en grado de autoría directa, mientras que *el extraneus* al no poseer el deber institucional sino el deber general, solo puede acceder al tipo penal de infracción de un deber en calidad de partícipe.

En la unidad del título de imputación, el criterio para la determinación y delimitación de la autoría y participación en estos delitos será la infracción del deber especial de carácter penal. *Autor* será quien infringe el deber especial penal; *partícipe* quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial[36]. En la doctrina nacional, Salinas Siccha se adhiere al bloque que defiende la unidad del título de imputación, para ello, argumenta que aceptar que los actos de complicidad de los particulares asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la ruptura de la imputación) implicaría hacer una doble tipificación sobre la base de un solo hecho y, por lo tanto, doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone plantear un concurso de tipo penales (especial y común) que satisfaga la tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado, situación que, de aceptarse, dejaría en la impunidad muchos actos de participación[37].

Esta teoría, como todas, tiene ventajas y desventajas, su principal bondad —que además encuentra cierto respaldo en el Acuerdo Plenario N.°

---

(36) PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de los delitos de infracción de deber fundamentos y consecuencias. En Derecho Penal, consideraciones dogmáticas y político-criminales. 1.ª ed. Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 121.

(37) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 21.

2-2011/CJ-116[38]— es lograr en la práctica que se sancione a los distintos intervinientes, sea a los autores y partícipes por el mismo tipo penal (lo cual no implica igualdad de pena), pero esto a costa de una incoherencia dogmática —acaso su principal desventaja—, la cual consiste en hacer responsable por un delito de infracción de un deber a un sujeto no cualificado.

En el caso concreto que ha sido materia de la Casación, si aplicásemos esta teoría y de existir suficientes elementos probatorios que demuestren la configuración del injusto penal por parte de la ex alcaldesa (funcionaria público) habría respondido como autora directa de enriquecimiento ilícito, mientras que su pareja sentimental —de probarse su intervención en esta— habría respondido como cómplice primario del enriquecimiento ilícito, esto bajo el razonamiento de que a ambos intervinientes les alcanza la misma cobertura de tipicidad penal —unidad del título de imputación—.

Un dato que no puede soslayarse es la diferencia interna que hay en los delitos de infracción de deber; así, existen los delitos de infracción de deber con elementos de delito de dominio, es decir, aquellos en los que se podría dar una organización entre *intraneus* y *extraneus*, por ejemplo, el delito de colusión o el peculado. No obstante, para el enriquecimiento ilícito, que es un delito de infracción de deber en sentido estricto, bajo ninguna forma debería aceptarse la complicidad del *extraneus*, esto no significa que deba quedar impune, sino que deberá responder por un delito de dominio[39].

---

(38) El fundamento 11 de este Acuerdo Plenario indica que este tipo de delitos (de infracción de deber) restringe el círculo de autores —como se anotó—, pero se admite la participación del *extraneus*, que no ostenta esa obligación especial como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva —en torno a la accesoriedad de la participación— en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*.

(39) Reaño considera que a partir de esta distinción de dos niveles: delitos de infracción del deber con elementos de dominio o delitos de infracción de deber en sentido estricto, podemos concluir que en los delitos de infracción de deber con elementos de dominio sí se admite la complicidad, siempre y cuando el aporte del particular ocurra en fase previa a la lesión del deber. Obviamente, si el funcionario público ya quebrantó su deber, y el particular interviene en un momento posterior, ya no podrá ser cómplice de ningún delito de infracción del deber, porque ese delito ya se consumó. Así, será autor de un delito de receptación, de lavado de activos, pero para que sea cómplice su aporte tiene que concurrir en fase previa o de ejecución de la infracción del deber, porque el deber lo ostenta siempre el *intraneus*, es el único que lo puede

La interrogante que plantea el *quid* del asunto es la siguiente: ¿puede responder un *extraneus* aun si quiera a título de cómplice en un delito de infracción de deber? Si consideramos como único presupuesto de complicidad al aporte esencial que se hace en el comportamiento del autor al cual está sujeto por una relación de accesoriedad o dependencia, entonces, sí podría fundamentarse la complicidad del *extraneus* en el delito de infracción de un deber. No obstante, si se es coherente con la teoría de los delitos de infracción de un deber en sentido estricto, en el cual solo se acepta como única forma de intervención a la autoría directa, entonces, la unidad del título de imputación genera una gran inconsistencia interna al propugnar la responsabilidad como autor y como partícipe —de los *intranei* y *extranei*, respectivamente— en un delito al cual solo un *intranei* puede acceder.

En efecto, cuando hay pluralidad de intervinientes (todos *intraneus*) que de manera conjunta configuren el injusto no existirá una coautoría, sino una autoría directa para cada uno de los intervinientes, pues los deberes institucionales son personalísimos, no se difuminan. Así lo corrobora Salazar Sánchez cuando señala que los deberes positivos no pueden infringirse en forma conjunta, porque —como ya se señaló— no hay obligaciones positivas conjuntas. Lo que existe, en puridad, son vínculos obligacionales positivos paralelos; es decir, hay situaciones en las cuales varios sujetos están obligados al mismo deber en forma simultánea (por ejemplo, jueces de un Tribunal, funcionarios que vigilan un centro penitenciario, padres, etc.), pero en forma directa e individual. Por lo tanto, en esas circunstancias no hay infracción conjunta de deberes, sino simultánea, pero individual(40).

4.2. La ruptura del título de imputación

Esta teoría entiende que en los delitos de infracción de deber no puede postularse el mismo título de tipicidad penal a todos los intervinientes de un colectivo típico ni si quiera con distintos grados de intervención, es decir, solo responderá a título de autoría directa el *intraneus* que posea el deber po-

---

quebrantar. *Vid.* REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Autoría y participación: responsabilidad del extraneus en delitos especiales propios. En *La lucha contra la corrupción en el Perú. El modelo peruano: la experiencia de las Procuradurías Anticorrupción*. 1.ª ed. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos humanos, 2012, pp. 338-339.

(40) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Imputación objetiva y participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber. *Gaceta Penal*, N.° 70, 2015, p. 30.

sitivo, mientras que el *extraneus* no puede responder por el mismo tipo penal, sino por un delito de dominio distinto. Caro John señala que el obligado especial responde siempre como autor y no como partícipe. La infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporta al hecho de quien hace más o de quien menos. Los delitos que cometan los obligados especiales solo pueden configurar autoría, mas no así participación; por tanto, la distinción entre autoría y participación es un asunto que pertenece al ámbito de los delitos de dominio, por esta razón, en los delitos de infracción de deber, el obligado especial responde no en razón de la accesoriedad, sino porque él mediante su conducta ha lesionado «el mundo en común» que le une con los bienes que forman parte de su esfera de deber de protección(41).

Por su parte, García Cavero sostiene que en el caso de delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas a lo que es la regla en los delitos de dominio, es decir, no sigue, en principio, la teoría de la unidad del título de imputación. La razón del cambio de criterio radica en que la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber, solamente puede atribuirse a los *intranei* al tipo. Los *extranei* no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de un deber(42).

De esto se infiere que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber, sino únicamente la autoría o la participación de un delito común. Esto se debería, según lo planteado por los defensores de esta teoría, a que el fundamento de la imputación de los *extraneus* se encontraría en dos instituciones: a) la incomunicabilidad de las circunstancias (art. 26 del CP peruano) y b) en la naturaleza jurídica del delito de infracción de deber (propio o impropio)(43).

---

(41) *Cfr.* CARO JOHN, José Antonio. Delito de infracción de deber: fundamento y significado. En *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho Penal funcionalista.* Lima: Ara Editores, 2010, p. 83.

(42) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte general.* 2.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2012, pp. 724-425.

(43) *Cfr.* SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Op. cit.*, pp. 32-33.

En relación con esta teoría, denominada *autonomía de la imputación* por Rojas Vargas, si bien esta posición ofrece cierta coherencia dogmática, tiene el inconveniente de que por las características de diseño de nuestro Código Penal es imposible encontrar en su texto tipos homólogos para todo delito de función(44). Consideramos esta opinión correcta, pues el inconveniente de la teoría de la ruptura del título de imputación no es una inconsistencia dogmática, antes bien su punto débil es no tener respaldo legislativo, más propiamente, no haber una fórmula legal en la cual se subsuman a título de autoría todos los comportamiento realizados por los *extraneus* en un delito de dominio que funcione a manera de delito homólogo de los de infracción de deber.

Aun así, la legislación nacional no es ajena a la lógica de la teoría de la ruptura del título de imputación; podría ponerse como ejemplo el delito de cohecho pasivo, siendo un delito de infracción de deber el sujeto activo será siempre un sujeto público, como contrapartida, al sujeto corruptor que entrega una dádiva no se le considera un cómplice, sino autor de cohecho activo que es un delito de dominio.

En el caso concreto que ha sido materia de la Casación, si aplicásemos esta teoría y de existir suficientes elementos probatorios que demuestren la configuración del injusto penal por parte de la exalcaldesa (funcionaria público), habría respondido como autora directa de enriquecimiento, mientras que su pareja sentimental de probarse su intervención en la misma habría respondido como autor del delito de receptación agravada o encubrimiento real. De manera análoga, haciendo un análisis del delito de peculado, Reaño Peschiera concluye que en el caso del funcionario público que entrega a un particular bienes de procedencia estatal que previamente ha incorporado en su esfera privada. En tales supuestos, y siempre que la aceptación de los bienes se realice a sabiendas de su procedencia delictiva, podría imputarse al particular la comisión de un delito de receptación, o de encubrimiento real cuando haya actuado con el propósito de coadyuvar al ocultamiento del delito precedente, e inclusive podría sostenerse una imputación por delito de lavado de activos(45).

---

(44) ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, p. 109.

(45) REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. 1.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2010, p. 45.

V. BALANCE

A nuestro juicio, es correcto el razonamiento de la Casación N.° 782-2015 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, la cual recoge a la teoría de la unidad del título de imputación como criterio válido de aplicación en los delitos de infracción de deber, específicamente para el delito de enriquecimiento ilícito. Bajo esta lógica, solo el funcionario público puede responder como autor de este delito, mientras que el *extranues* deberá responder por un delito de dominio u organización. No obstante, debemos advertir que esta teoría solo deberá aplicarse en los delitos de infracción de deber en sentido estricto, como lo son el enriquecimiento ilícito, la negociación incompatible o el cohecho pasivo, entre otros, mientras que para los delitos de infracción de deber que posean componentes de delito de dominio u organización, como el delito de colusión si es posible la aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos contra la Administración Pública*. 1.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 2014.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2.ª ed. Lima: Editorial Palestra, 2003.

ASENCIO MELLADO, José María. La lucha contra la corrupción. El delito de enriquecimiento ilícito. En *Derecho Procesal Penal. Estudios fundamentales*. 1.ª ed. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, primera edición, 2016.

CÁCERES JULCA, Roberto. *El delito de Enriquecimiento Ilícito, doctrina y jurisprudencia*. 1.ª ed. Lima: Editorial Idemsa, 2014.

CARO CORIA, Dino Carlos. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos en el Derecho Penal Peruano. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N.os 20-21, 2006.

CARO JOHN, José Antonio. *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de derecho penal funcionalista*. 1.ª ed. Lima: ARA Editores, 2010.

CARO JOHN, José Antonio. *Dogmática penal aplicada*. 1.ª ed. Lima: ARA Editores, 2010.

ENRIQUEZ SUMERINDE, José. El delito de enriquecimiento ilícito y su investigación en el marco del Código Procesal Penal del 2004. *Actualidad Penal*, N.° 18, 2015.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. Enriquecimiento ilícito y lavado de activos. Criterios político criminales, subsidiariedad, delito previo y concurso. En *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Idemsa, 2013

GALVEZ VILLEGAS, Tomás. *El delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Editorial Idemsa, 2001.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2012.

GARCÍA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. 1.ª ed. Lima: Editorial Reforma, 2010.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*. 1.ª ed. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2007.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis. *La necesidad de una imputación concreta en el desarrollo del proceso penal cognitivo*. Lima: Editorial San Bernardo, 2012.

MONTOYA VIVANCO, Iván. *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. 1.ª ed. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

NAKAZAKI SERVIGÓN, Cesar Augusto. Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria. *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 33, 2002.

PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de los delitos de infracción de deber fundamentos y consecuencias. En *Derecho Penal, consideraciones dogmáticas y político-criminales*. Lima: Instituto Pacífico, 2014.

PARMA, Carlos y GUEVARA VÁSQUEZ, Iván. *Autoría y participación criminal, nuevos paradigmas*. 1.ª ed. Lima: Editorial Ideas, 2015

PÉREZ LÓPEZ, Jorge. El delito de enriquecimiento ilícito: tratamiento legal y doctrinal. *Gaceta Penal*, N.° 17, 2010.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. 1.ª ed. Lima: Editorial Nomos & Thesis, 2015.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1999.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Autoría y participación: responsabilidad del extraneus en delitos especiales propios. En *La lucha contra la co-*

rrupción en el Perú. El modelo peruano: la experiencia de las Procuradurías Anticorrupción. 1.ª ed. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos humanos, 2012.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. 1.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2010.

ROBLES PLANAS, Ricardo. Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión). *InDret*. Revista para el análisis del Derecho, 2012.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Imputación objetiva y participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber. *Gaceta Penal*, N.° 70, 2015.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 2014.

SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. 1.ª ed. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2015.

FORMALISMO Y «LOS DIARIOS CHICHA»

Los límites de la teoría de la Infracción del deber extrapenal y el fundamento material de la autoría

Francisco Celis Mendoza Ayma(*)
Daniel Mendoza Yana(**)

SUMARIO: I. Preliminares. **II.** El origen de los delitos de infracción de deber (*die Pflichtdelikten*). **III.** La teoría de los delitos de infracción de deber. 3.1. Teoría de los delitos de infracción de un deber extrapenal (ROXIN). 3.2. Teoría de los delitos de infracción de un deber institucional (Jakobs y Sánchez-Vera Gómez-Trelles). **IV.** La infracción del deber y los «diarios chicha». **V.** Críticas a la teoría de los delitos de infracción de deber a la luz del caso «diarios chicha». **VI.** Propuesta: el dominio sobre la situación de vulnerabilidad del bien jurídico.

JURISPRUDENCIA:
Recurso de Nulidad N.° 615-2015-[...]

I. PRELIMINARES

La reciente sentencia emitida por Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia emitió el R. N. N.° 615-2015, que absuelve al expresidente Alberto Fujimori en el conocido caso de los «Diarios chicha», pone en evidencia las inconsistencias de fundamentar la autoría en la formalista teoría de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikten*)(1). Una de estas insuficiencias

(*) Juez superior titular de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. Doctor en derecho la por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

(**) Máster por la Universidad de Göttingen (Georg-August Universitaät Göttingen) 2017.

(1) Cuestión que incluso es verificable en el Acuerdo Plenario 2-2011, específicamente, en el fundamento N.° 9. *Cfr*, al respecto con mayor detalle. MENDOZA YANA, Daniel. *La exigencia del Dominio sobre el Fundamento del Resultado como criterio delimitador de la*

se encuentra en el ámbito político criminal, donde se aprecia claramente que termina siendo, al fin y al cabo, funcional a la selectividad del poder punitivo.

El caso de los «Diarios Chicha» configura una particular coyuntura que permite apreciar críticamente a la teoría de los delitos de infracción deber. En ese orden de ideas, **i)** en primer lugar, se hará un breve resumen de los fundamentos en que se basan los delitos de infracción de deber; **ii)** luego se realizará un breve análisis del R. N. N.° 615-2015; **iii)** seguidamente, se efectuarán las críticas a la teoría de los delitos de infracción del deber, a la luz del caso analizado; **iv)** finalmente, se realizará una propuesta alternativa que, con fundamento material y de corrección para determinación de la intervención delictiva en los delitos contra la Administración pública.

II. EL ORIGEN DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER (*DIE PFLICHTDELIKTEN*)

Sin lugar a dudas, la teoría del dominio del hecho (*die Tatherrschaftslehre*) es el criterio dominante en la jurisprudencia y doctrina nacional para la determinación de la intervención delictiva en los delitos comunes[2]; empero, un sector de la doctrina penal considera que la teoría del dominio del hecho tiene limitaciones para su aplicación en ciertos delitos —especiales, etc.—, particularmente, en los delitos contra la Administración pública. Para explicar esta limitación recurren al conocido supuesto del instrumento doloso no cualificado (*qualificationslosesdoloses Werkzeug*), para concluir que la aplicación de la teoría del dominio del hecho a ese supuesto generaría la impunidad de los intervinientes en el hecho delictivo. El siguiente ejemplo grafica ese crítica:

---

intervención delictiva en los delitos contra la administración pública desde una perspectiva Funcionalista Reductora en el Perú. Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Nacional de San Agustín, Arequipa, 2016.

(2) Véase R. N. N.° 253-2004 Ucayali; R. N. N.° 299-2044 Santa; R. N. N.° 23-2004 Lambayeque; incluso la sentencia del TC recaída en el Exp. N.° 1805-2005-HC/TC, fundamento 34. Aunque debe tomarse en cuenta que el sector funcionalista radical se rehúsa a establecer una equivalencia entre los delitos de dominio y delitos comunes, pues, según ellos (como se verá líneas abajo), el dominio es producto de la competencia de la organización que se constituye como un deber negativo dirigido a todos los ciudadanos, independientemente si se trata de un delito común o especial.

El artículo 387 del Código Penal regula el delito de peculado que sanciona al funcionario que se apropia o utiliza los efectos o caudales del Estado, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. En un caso hipotético en que un funcionario, tesorero de una entidad pública *intraneus* entrega la clave de bóveda de la institución pública, para que un particular *extraneus* sustraiga el dinero que se encuentra dentro; traería como consecuencia que el *intraneus* no responda por no tener el dominio del hecho y, a su vez, el *extraneus* tampoco responde, pues a pesar que tuvo el dominio del hecho no tiene la cualidad funcionarial exigida por el tipo.

En efecto, si se es consecuente con esa teoría clásica del dominio del hecho, habría que aceptar insostenibles vacíos de punibilidad. Este problema no fue ignorado por los representantes de la doctrina del dominio del hecho, sin embargo, en lugar de optar por ampliar o explorar otras situaciones de dominio factual existentes como datos de la realidad optaron por apartarse de la metodología ontológica, y diseñaron una incipiente postura con criterios eminentemente normativos, así postulaban dominio en supuestos donde evidentemente no existían; así, por ejemplo, se tienen las teorías del dominio social del hecho (*sozialle Tatherschaft*) de Welzel[3] y la teoría del dominio normativo-psicológico del hecho (*normativ-psychologische Tatherschaft*) de Jescheck[4].

Es en este escenario que Roxin propuso en 1963, en su trabajo de habilitación *Tatherrschaft und Täterschaft*, la teoría de los delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikten*) se trata de una propuesta que opta por una metodología normativa para la determinación de la intervención delictiva en los delitos especiales, de comisión por omisión y de propia mano. De esta manera, considera alcanzar una solución aceptable para el supuesto del *instrumento doloso*

---

(3) WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. BUSTOS RAMIREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio (Trads.). 11.ª ed. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 1997, p. 150. Véase también con detalle MENDOZA YANA, Daniel. *La exigencia del Dominio sobre el Fundamento del Resultado como criterio delimitador de la intervención delictiva en los delitos contra la administración pública desde una perspectiva Funcionalista Reductora en el Perú*, cit., pp. 48 y ss.

(4) JESCHECK, Hans Heinric. *Tratado de Derecho Penal Parte General*; MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ CONDE, Francisco (Trads.). 3.ª ed. Vol II. Barcelona: Bosch, 1981, p. 927. Véase también con detalle MENDOZA YANA, Daniel. *Op. cit.*, pp. 51 y ss.

no cualificado. Roxin propone abiertamente que no se trata de alguna subespecie de dominio[5], sino que se trata de un criterio cualitativamente diferente; por lo que, según el autor alemán, los delitos se encontrarían divididos en dos grupos: **i)** delitos de dominio y **ii)** delitos de infracción de deber.

La teoría de los delitos de infracción de deber fue asumida y desarrollada profundamente por el funcionalismo radical, quienes terminan planteando, consecuentes con su metodología normativista, soluciones distintas a las propuestas por Roxin, en atención a que la infracción del deber tendría un fundamento distinto al planteado originalmente.

III. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Tal como se apuntó *ut supra* existen, en esencia, dos distintas variantes de la teoría de los delitos de infracción de deber. Por un lado, se encuentra el propuesto primigeniamente por Roxin; por otro lado, se aprecia la variante del funcionalismo radical propuesto por Jakobs y profundizado por Sánchez-Vera Gómez-Trelles.

3.1. Teoría de los delitos de infracción de un deber extrapenal (Roxin)

Para fundamentar su teoría de la infracción del deber extrapenal, Roxin plantea una premisa axiomática: el autor es la «figura central» del acontecer en forma de acción; empero, el término «figura central» no es una descripción del contenido de la autoría, sino es un criterio formal, punto de partida metodológico que desbrozaría el camino a la síntesis en varias capas entre la consideración ontológica y la teleológica en una fórmula concretizable[6]. En ese sentido, el criterio formal de la determinación de la «figura central», requerirá de concretización en atención a la figura delictiva; así, Roxin consideró que de manera general pueden establecerse dos formas de autoría: **i)** un grupo donde «la figura central» será quien posea el dominio del hecho (*Tatherrschaft*); **ii)** otro grupo donde autor será quien infraccione un deber extrapenal (*außerstrafrechtliche Pflicht*).

---

(5) Como lo pretendían Welzel y Jescheck.

(6) ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del hecho*, CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, José Luis (Trads.). 7.ª ed. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 45.

Este segundo grupo de delitos fue considerado por Roxin como una alternativa diferente al dominio del hecho (criterio ontológico) para cubrir las lagunas de punibilidad que dejaba los supuestos del *instrumento doloso no cualificado*. Se trata de un criterio eminentemente normativo; pero se diferencia de las propuestas de Welzel (dominio social del hecho) o de Jescheck (dominio normativo-psicológico), pues Roxin plantea claramente que no se trata de una tipología de dominio, sino algo diferente.

En ese orden, se propone que el grupo de los delitos de infracción de deber está constituido por: **i)** los delitos especiales; **ii)** los delitos de omisión y **iii)** los delitos de propia mano(7). El elemento decisivo de la autoría, en estos delitos, se configura con la infracción de un deber extrapenal, el mismo que no se extiende necesariamente a todos los sujetos implicados en la realización del delito; pero la infracción de este deber extrapenal es fundamental para la realización del tipo. «Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas»(8). De esta manera, la autoría en estos delitos no está caracterizada en primera línea por una acción, sino por la lesión de un deber especial que no recae en cualquiera(9). Sin embargo, aclara Roxin, que la infracción del deber únicamente constituye el fundamento de la autoría, pues el fundamento de la imputación jurídico-penal se encuentra en la lesión del bien jurídico.

Con esta fundamentación Roxin propone una solución al supuesto del instrumento doloso no cualificado, pues el autor *intraneus* responderá como autor mediato en virtud a que infraccionó su deber emanado de alguna normativa extrapenal valiéndose de otro, sin importar si tuvo o no el dominio de la situación; también repondrá el *extraneus* como cómplice; pues, a pesar de que tuvo el dominio del hecho, no infraccionó ningún deber, porque no se encontraba vinculado a ninguno(10).

---

(7) Antes de la tercera edición de su obra, Roxin añadía a dicha clasificación a los delitos culposos; sin embargo, estos fueron excluidos en atención a que, según Roxin, la vulneración del deber general de cuidado, constitutiva del injusto (en los delitos culposos), simplemente se refiere al deber de evitar que incumbe a todo ciudadano y que también subyace a los delitos dolosos.

(8) ROXIN, Claus, *Dogmática penal y Política criminal*; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel (Trad.). Lima: Idemsa, 1998, p. 387.

(9) ROXIN, Claus. *Op. cit.*, p. 363.

(10) *Cfr.* al respecto con mayor detalle, MENDOZA YANA, Daniel. *Op. cit.*, pp. 55 y ss.

3.2. Teoría de los delitos de infracción de un deber institucional (Jakobs y Sánchez-Vera Gómez-Trelles)

En su difundido artículo «El ocaso del dominio del hecho»[11], JAKOBS consideró como sensacional el descubrimiento de los delitos de infracción de deber realizado por Roxin, pues esa teoría tiene una orientación definidamente normativa. Sin embargo, partiendo de los fundamentos originarios de los delitos de infracción de deber Jakobs realiza modificaciones que, consecuente con su metodología, pueden considerarse como su ulterior desarrollo.

A diferencia de Roxin, para quien el fundamento de la imputación jurídico-penal se encontraba en la lesión del bien jurídico, Jakobs considera que la infracción del deber no constituye únicamente el fundamento de la autoría, sino que sería en realidad el fundamento central de la imputación jurídico-penal[12] y, por lo tanto, tiene que estar presente en toda forma de autoría. Sin embargo y, a pesar de esa distinción, el profesor de Bonn mantiene la clasificación de los delitos propuesto por Roxin, en dos categorías: «delitos de domino» y delitos de «infracción de deber»[13].

Los delitos de dominio, a los que denomina también «por responsabilidad en virtud de organización», se basan en el quebrantamiento o ruptura de un rol común o deberes generales que tenemos cada uno. Es decir, cada uno es competente por la propia organización de la esfera de libertad, de modo que en el contacto con una organización ajena, la organización propia tenga

---

(11) JAKOBS, Günther. *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*. En JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel. *Sobre la génesis de la obligación jurídica: teoría y praxis de la injerencia; el ocaso del dominio del hecho*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 87-120.

(12) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, , 1995, p. 258. Véase también SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 39.

(13) JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 718. Véase también JAKOBS, Günther. Actuar y omitir. En *Pensamiento Filosófico y Jurídico-Penal de Günther Jakobs*, POLAINO ORTS, Miguel (Coord.). México D. F.: Flores, 2007, p. 21. JAKOBS, Günther. *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, cit., p. 89. JAKOBS, Günther. *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 31 y ss.

una configuración que se mantenga dentro del riesgo permitido. Se sintetiza en el deber de «no dañar a nadie» (*neminem laedere*)[14]. Las expectativas ligadas a tal rol son, según su fundamento, configuradas en forma negativa, así una persona que tiene el derecho a la libre administración de su ámbito organizativo, debe configurarse de tal manera que no se produzcan determinados efectos no deseados[15]. «En palabras de Jakobs, el autor de estos delitos extiende su ámbito de organización de forma no permitida a costa de ámbitos de organización ajenos»[16].

Por otro lado, en los delitos de infracción de deber, también denominados delito por «responsabilidad en virtud de competencia institucional» (*institutionelle Zuständigkeit*), la fundamentación del deber jurídico se basa estrictamente en instituciones positivas; estas se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad y posibilitan la creación de un mundo en común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera. En ese sentido, la expectativa normativa no se va a ver satisfecha con un «no hacer», sino que el derecho manda que se «haga» algo producto de la institución de la que es portador. Dicha institución se caracteriza por una especial relación entre el autor y el bien jurídico, relación que ya existía entre ambos con anterioridad al hecho.

Las instituciones son razones *estabilizadas* de solidaridad; estabilizadas porque la fundamentación o no fundamentación individual de una solidaridad motivada en el amor, en la compasión o en la esperanza de reciprocidad carece de importancia. Los padres tienen que ocuparse de su hijo, también aunque no lo quieran, el Estado ayuda en caso de catástrofe también a aquellos ciudadanos que no les resultan útiles, etc.[17]

En una primera formulación, Jakobs mencionó como instituciones la relación paterno-filial, el matrimonio, la «confianza especial» y los «deberes

---

(14) JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 48. Véase también JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, pp. 21 y ss. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Op. cit.*, p. 445.

(15) LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, , 1995, p. 68.

(16) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber*, p. 446.

(17) Ibídem, p. 41.

genuinamente estatales»[18]. Más tarde, redujo la lista y suprimió de la misma a la institución matrimonial[19].

En cuanto al deber institucional, Jakobs es más coherente que Roxin; pues los deberes a los que se refieren los delitos de infracción de deber son altamente personales, y se constituyen por medio de un acto especial, por ejemplo, convertirse en funcionario. No puede ser disuelto de ninguna manera o solo bajo condiciones especiales y, en cualquier caso, no puede ser transferido, lo cual significa que jurídico-penalmente solo importa la infracción del deber positivo, independientemente de la forma fáctica de cómo se realice ya que si la vinculación normativa es directa y también es la infracción de las instituciones[20]. Por lo tanto, no cabe autoría mediata en el caso del instrumento doloso no cualificado, sino, más bien, el *intraneus* responderá como autor inmediato, ya que es evidente la infracción directa de las instituciones positivas.

IV. LA INFRACCIÓN DEL DEBER Y LOS «DIARIOS CHICHA»

El caso de los «Diarios chicha» constituye un supuesto paradigmático donde la teoría de los delitos de infracción de deber ha sido aplicada formalmente con todas sus consecuencias. Los hechos imputados, en síntesis son los siguientes:

> Alberto Fujimori, en su condición de expresidente de la República, ordenó, entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de inteligencia Nacional (SIN) por un monto de S/122 000 000 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de «gastos reservados», que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados «Diarios Chicha», para su campaña de reelección presidencial del periodo 2000-2005, con los que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios políticos.

---

(18) JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, pp. 995-1012.

(19) JAKOBS, Günther. *Actuar y omitir*, pp. 36-44. Véase también JAKOBS, Günther. *La imputación penal de la acción y la omisión*, pp. 49-59.

(20) SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. Imputación objetiva y participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.° 16, p. 551.

Se calificó este hecho como delito de peculado previsto en el artículo 387 del Código Penal, que regula como típica el comportamiento del «funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo [...]». Se precisa que para la atribución de responsabilidad penal de peculado a un funcionario es necesario que exista una vinculación funcional «por razón de su cargo» respecto de la administración o custodia de los caudales públicos, hasta aquí no existe problema alguno.

El Supremo Tribunal señala que «el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas», marca posición y opta por la teoría de los delitos de infracción de deber del funcionalismo radical, en efecto, a decir del propio Tribunal «se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal, a título de autor, reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente».

El problema se presenta cuando, en virtud de la lógica de los delitos de infracción de deber, la determinación de la autoría se centra formalmente y de manera exclusiva en la legislación extrapenal (ya sea el ROF, MOF, entre otros); en esa línea, en el caso «Diarios Chicha» se concluye que el único responsable de administrar los fondos del SIN, en virtud del Reglamento de Organización y Funciones (ROF), es el director de la Oficina Técnica Administrativa del Servicio de Inteligencia Nacional. Por tanto, el expresidente Alberto Fujimori no habría infringido ningún deber extrapenal, pues no tenía el deber de administración los fondos «en razón de su cargo» fundamento por la que es absuelto.

V. CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER A LA LUZ DEL CASO «DIARIOS CHICHA»

La utilización de la teoría de los delitos de infracción de deber en el caso los «Diarios Chicha» es expresión de su recepción acrítica en el ámbito de la judicatura nacional. Son dos variantes en pugna en la doctrina y jurisprudencia nacional: **i)** la teoría de los delitos de infracción de deber extrapenal de Roxin y **ii)** la teoría de los delitos de infracción de un deber institucional de Jakobs y Sánchez-Vera Gómez-Trelles.

La crítica central que se realiza a la teoría de los delitos de infracción, es porque afecta el principio de legalidad; en efecto, la determinación de la autoría se centra en normatividad extrapenal, que no se encuentra en el ámbito del tipo tipicidad penal; esta normativa extrapenal será administrativa, civil, estatutaria, reglamentaria (ROF, MOF, etc.), entre otras; pero fuera del ámbito del tipo. Por otro lado, conforme al principio de legalidad, está prohibido considerar a las acciones de inducción, cooperación necesaria o complicidad como acciones de autoría, en tanto el Código Penal no lo prevea expresamente(21).

Otra crítica a la teoría de la infracción del deber es que trae como consecuencia el regreso a la teoría unitaria de autor en el ámbito de la intervención de *intraneus* —funcionarios en los delitos contra la Administración pública—. Así, en caso de pluralidad de intervinientes, todos con la calidad de funcionarios, basta su intervención en el hecho delictivo como *intraneus* para que responda como autor, sin considerar la magnitud ni la forma de la intervención(22).

Empero, una crítica fundamental, desde una perspectiva político criminal, a la teoría de los delitos de infracción de deber, corresponde a la coyuntura actual —a propósito del caso de los «Diarios Chicha»—, pues la operatividad de esta teoría termina siendo funcional a la selectividad del poder punitivo(23); por tanto, radicalmente contrario a la finalidad de contención de contra-pulsión de la selectividad del poder punitivo, objetivo político criminal de nuestro derecho penal latinoamericano.

Desde una óptica criminológica (criminalización secundaria) es constatable que el poder punitivo opera de manera selectiva; empero, esa selectividad se agrava en sociedades tan desiguales y pluriculturales como la nuestra. La construcción de un saber penal tiene que realizarse tomando en cuenta este dato de la realidad, tratando de disminuir —dentro de las posibilidades jurídicas— el poder selectivo, mediante el ofrecimiento a los operadores jurídicos de un sistema interpretativo de las leyes penales que

---

(21) Véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 1966, p. 298.

(22) RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. El autor mediato en el Derecho Penal español. En *Anuario de Derecho Penal*. Madrid, 1969, p. 473.

(23) Ejercido por los agentes responsables de la criminalización secundaria.

trate de reducir racionalmente —en la medida de lo posible, jurídicamente— el poder punitivo.

La operatividad de la teoría de los delitos de infracción del deber es contraria a esa finalidad. En efecto, su evidente formalismo invisibiliza los fundamentos materiales que justifiquen la atribución de autoría. Así, no toma en cuenta las constatables relaciones de poder existentes en la administración, que no son comprendidas en la formalidad del ROF, MOF o cualquier norma extrapenal. En efecto, la remisión a normas extrapenales conduce a un excesivo formalismo que no permite una comprensión material de la intervención delictiva en un determinado contexto.

Ya lo señaló Schünemann(24), el hecho de que Roxin en 1963 haya desarrollado la teoría de los delitos de infracción, de deberse se explica por qué este partía del estado —de aquel entonces— de las nociones generales de la dogmática de los delitos de omisión; en esta aún tenía presencia, la teoría formal del deber jurídico. Esta teoría hacía depender la equiparación de la omisión con el hacer activo que lesione un deber de actuar del autor, proveniente formalmente de la *ley* o de un *contrato;* es decir, de una fuente del derecho extrapenal. Por esa razón, Roxin consideró, en el año 1963, a los delitos omisión impropia como delitos de infracción de deber; y fundamentaba la autoría en estos delitos omisivos impropios, no sobre la base del dominio del hecho, sino sobre la base de la infracción deber especial extrapenal. Esta idea la extendió también para otros delitos especiales, en los que —conforme al fundamento formal dominante en esa época— la infracción de un deber especial extrapenal representaba el fundamento y el criterio decisivo de atribución de autoría.

Empero, la teoría formal del deber jurídico fue, con acierto, rápidamente abandonada, en Alemania, como fundamento de la autoría en los delitos de omisión. En efecto, la infracción de un deber especial extrapenal obviamente produce consecuencias jurídicas solo en el ámbito jurídico especial fuera del derecho penal; empero, para la equiparación de la omisión con el hacer activo en el ámbito penal se necesitan, necesariamente, criterios penales específicos.

---

(24) SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer mile-*
. Lima: Idemsa, 2006, pp. 287-289.

Operativamente esa teoría formal de la infracción del deber extrapenal produce resultados insatisfactorios, como se puede ver en los casos en que actúan niñeras. Así, si el contrato de la niñera es nulo por alguna causa civil de nulidad; no obstante, que la niñera ejerce un cuidado efectivo del niño, pero conscientemente lo deja trepar a una fuente y ahogarse en ella, no existe duda sobre su posición de garante por el dominio de la situación de poder y, por tanto, debe responder como autor. A la inversa, debe negarse una posición de garante si la niñera no asume esa posición de dominio situacional de garante; puesto que incumple el contrato, pero no asume el control fáctico sobre el niño.

Esta situación similar se presenta también en el ámbito de los delitos contra la Administración pública (delitos especiales); en efecto, conforme al fundamento formal de la teoría de la infracción del debe extrapenal, pese a que los sujetos ejerzan materialmente de facto la actividad funcionarial no responderán penalmente, bien porque no se encuentran vinculados formalmente a un deber emergido de una norma extrapenal o porque si lo están, el deber extrapenal es genérico.

Esta teoría de los delitos de infracción de deber excluye de su comprensión las relaciones de poder que existen en la Administración pública, su carácter eminentemente jerárquico, que permiten una intervención *de hecho* de los altos funcionarios en el ámbito de sus subordinados. Conforme a los fundamentos formales de la teoría de los delitos de infracción de deber, en aquellos supuestos delictivos de intervención de facto de los superiores, la responsabilidad jurídico penal recaerá en los funcionarios públicos de inferior jerárquica, pues son estos los que están vinculados con el ROF, MOF o cualquier otra reglamentación formal extrapenal. En efecto, estos deberes específicos que emergen del ordenamiento extrapenal se encuentran vinculados, en su mayoría de veces, a funcionarios de nivel inferior. Esto es producto de la natural organización descentralizada de funciones que tiene la Administración pública, de esta manera, mientras más alta es la jerarquía de los funcionarios, los deberes son más genéricos. En ese orden, la posibilidad de atribución a un hecho delictivo a estas autoridades se ve reducido significativamente.

En el caso «Diarios chicha», la Ley del Sistema de Inteligencia Nacional establece de manera genérica que el Servicio de Inteligencia Nacional depende directamente del presidente de la República y que le corresponde cumplir aquellas funciones compatibles con su naturaleza; sin embargo, el ROF

(Reglamento de Organización y Funciones) determina a la Oficina Técnica de Administración como el órgano competente para la administración de los caudales del Sistema de Inteligencia Nacional; por tanto, la responsabilidad penal, en virtud de la teoría de los delitos de infracción de deber, debería de recaer exclusivamente sobre los funcionarios encargados de la Oficina Técnica de Administración.

Es irrelevante para esa postura formalista de la infracción del deber extrapenal que el expresidente haya tenido o no una participación activa en la apropiación de los caudales del Estado, que en virtud de su potestad presidencial haya desviado —o no— los fondos del Ministerio de Defensa y del Ministerio del Interior al Servicio de Inteligencia Nacional. Es indiferente si entró en connivencia con el exasesor del SIN, Vladimiro Montesinos, quien ejercía de facto la administración de los fondos del SIN, es irrelevante si se sustrajo los mismos para utilizarlos en su campaña presidencial. Esta teoría de los delitos de infracción de deber no comprende que la realidad del poder factual no necesariamente tiene como correlato un deber extrapenal específico.

Esta teoría de la infracción del deber pervierte la investigación y su juzgamiento; en efecto, en la investigación su objeto estará orientado a buscar ROF, MOF o cualquier otro reglamento formal, en lugar de una investigación orientada a determinar el poder factual del funcionario implicado en un evento delictivo, donde las relaciones de poder permiten una actuación fuera de cualquier ámbito formal extrapenal. En ese orden, en el juzgamiento desde una perspectiva formal se tratará de demostrar la existencia de un vínculo formal que emerge del deber extrapenal, en lugar de demostrar el poder fáctico de la situación que tiene el funcionario público, respecto del bien jurídico.

VI. PROPUESTA: EL DOMINIO SOBRE LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DEL BIEN JURÍDICO

La clásica teoría del dominio del hecho en su desarrollo solo había abarcado un ámbito del dominio factual; empero, se vio interrumpido por la críticas de corte funcionalista que la consideró insuficiente para fundamentar la autoría en los delitos de omisión y en los delitos especiales, justificando un aparente vacío de punibilidad en el supuesto del instrumento doloso no cualificado.

En efecto, en lugar de sintetizar con datos de la realidad una tipología más general[25] de dominio que supere a la clásica teoría del dominio, y que permita abarcar la categoría de delitos especiales, se decantaron por lo más fácil: la creación de una teoría formal —infracción del deber— totalmente normativa y, en consecuencia, antagónica a la teoría del dominio. En ese sentido, el concepto de autor terminó siendo una quimera que sufría de una mutación entera, en atención a que determinados delitos de la parte especial eran eminentemente normativos o eran ontológicos.

Con la exclusión de cualquier referencia al dominio del hecho, se deja de lado la finalidad política de un derecho penal de límite y control (contención) del poder punitivo, que tiene como base: «el respeto de las estructuras lógico-objetivas como límite infranqueable a la manipulación normativa». No obstante, el desarrollo de la teoría del dominio del hecho continuó, pese a los furibundos ataques normativistas. Así, como reacción, Schünemann desarrolló la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado (*die Herrschaft über den Grund des Erfolges*). Esta teoría recoge las críticas y bondades de la teoría del dominio del hecho tradicional constituyendo, de esta manera, una síntesis superadora. En efecto, se proponen soluciones serias a los problemas del dominio del hecho —en los delitos especiales y de comisión por omisión—, pero respetando la estructura lógico-objetiva de la autoría: el dominio. Así, la teoría del dominio sobre el fundamento del resultado constituye una tipología más general que abarca todas las formas de intervención delictiva —para los delitos comunes, especiales, comisivos y omisivos— que mantiene la unidad categórica del concepto de autor y respeta los límites ontológicos establecidos por la realidad.

En ese orden de ideas, si bien los delitos de omisión (impropios) son diferentes a los delitos de comisión, o que los delitos especiales (delitos funcionariales) son distintos a los delitos comunes; esto no significa que deba realizarse un apartamiento radical del criterio de imputación material del dominio.

Aun en los delitos comunes los criterios de atribución para determinar la intervención delictiva son distintos pero tipológicamente comparables, porque resultaría un disparate considerar que el dominio de la acción en la autoría directa sea el mismo que el dominio de la voluntad en la autoría

(25) Universal en términos hegelianos.

mediata; sin embargo, ambos mantienen un aspecto en común: el control del hecho tienen en su dominio el control acontecer típico; configuran el hecho de manera positiva y tienen el poder de interrumpirlo cuando quieran. En síntesis, son tipológicamente comparables y pertenecen a un concepto más amplio: el dominio.

La teoría de los delitos de infracción de deber conduce a la remisión a normas no penales o a «instituciones positivas» para la determinación de la autoría; empero, Schünemann sostiene que para la determinación de la autoría «el criterio decisivo es el dominio y no la forma de un área del derecho extrapenal. Así, las posiciones de garante en los delitos impropios de omisión es incuestionable, en tanto que la asunción efectiva ha reemplazado a la categoría del contrato»(26). De este modo, por ejemplo, el caso del salvavidas, cuyo su contrato de trabajo establece su horario laboral hasta las 5:00 p. m. Empero, a las 5:01 p. m. se ahoga una persona, en virtud de la responsabilidad por un deber que emerge de una norma extrapenal (el contrato) no respondería como autor, sin embargo, lo importante es el dominio actual que aún mantuvo el salvavidas en el suceso en virtud a la asunción de custodia que todavía cuenta a raíz de su posición de garante, por lo que, independientemente de su horario laboral establecido en su contrato el salvavidas responderá como autor de homicidio en comisión por omisión. En ese orden, «el criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado del mismo modo, no en la infracción de un deber forma extrapenal; sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comprable con el dominio del hecho en los delitos de comisión»(27).

Los delitos contra la Administración pública (funcionariales) son la expresión por excelencia de los delitos especiales, se concluye con solidez y consistencia que la responsabilidad del autor no nace en virtud de la infracción de un deber —como lo afirma la jurisprudencia y doctrina peruana dominante—; sino del control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia funcional, en razón del poder estatal del que dispone.

En los delitos contra la Administración pública, Schünemann sostiene que existe una «proximidad fáctica del sujeto con el bien jurídico, posición

(26) SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, p. 295.

(27) Ibídem, p. 295.

que le viene dada de un acto ajeno de confianza»[28]. En consecuencia, los delitos especiales constituyen en realidad delitos de dominio (*Herrschaftdelikte*), pues «la posición de autor en todos los delitos especiales [...] presupone nada más y nada menos que un dominio sobre la protección de la vulnerabilidad del bien jurídico»[29].

¿Cómo se explica materialmente esta relación fáctica del sujeto con el bien jurídico que le otorga un dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico?

La respuesta a esta interrogante toma en cuenta necesariamente las distinciones existentes entre los delitos comunes y los delitos especiales. Así, como lo afirma Gracia Martin[30] resulta un hecho innegable que por la sola existencia y la forma de vida de una comunidad social, el hombre cuenta, en cuanto tal, con un cúmulo de posibilidades de acción, por un lado y, además, es portador de un conjunto de bienes que le acompañan inseparablemente allí donde se encuentre. Puesto que esas posibilidades de acción inseparables al hombre por el mero hecho de serlo pueden ser puestas en práctica con la consecuencia de que resulte daño para aquellos bienes de los que es portador otro hombre por el mero hecho de existir; puede apreciarse que dichos bienes, entre los que cuentan como más importantes la vida, la integridad corporal y la libertad, se encuentran expuestos a la agresión de todos. Normalmente las acciones adecuadas para lesionar o poner en peligro tales bienes pertenecen al círculo de posibilidades de acción de todos.

---

(28) GRACIA MARTÍN, Luis. *El Actuar en Lugar de Otro en Derecho Penal. Teoría General*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1985, p. 342.

(29) Para Schünemann, el dominio sobre el fundamento del resultado se clasifica en a) el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (con las posiciones de garante, en particular, de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de vigilancia), y b) el dominio sobre una causa esencial del resultado (dentro del cual se encuentra, en primer lugar, el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión y, más allá, en los delitos de omisión las posiciones de garante, en particular, de los deberes de tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, dominio sobre personas o instalaciones peligrosas y, finalmente, la responsabilidad de quien dirige la empresa).

A su vez, esta clasificación del dominio se corresponde con las siguientes posiciones de garantes que puede asumir el autor: a) la posición de garante en virtud de la defensa en torno al bien jurídico; b) la posición de garante en virtud del control de una fuente de peligro. En *Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, pp. 296-297.

(30) GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 350.

La realidad empírica antes descrita debe de ser tomada en cuenta para determinar la relevancia penal de determinadas conductas, por lo que, no debe de sorprender que los tipos penales que establezcan como requisito la afectación de dichos bienes se dirijan hacia todas las personas como potenciales sujetos activos. Estos tipos delictivos deben de ser considerados como «delitos de dominio» porque el criterio de atribución delictiva que rige para ellos es el del «dominio del hecho», pues «la realidad tomada por el tipo penal se reconduce a la necesaria idea que todo individuo ponga en práctica su poder de realizar aquellas acciones que cuentan en el ámbito de posibilidades de acción de todo hombre por el mero de hecho de serlo(31).

Por otro lado, existen bienes o aspectos de los mismos de los que no es portador cualquier individuo por el mero hecho de existir además de los bienes jurídicos supraindividuales. Centrémonos en los primeros, se trata de bienes jurídicos cuyo sustrato material, con frecuencia, es ya un mero producto de la organización sociopolítica de una comunidad determinada (piénsese, por ejemplo, en la propiedad privada). A esto debe añadirse que algunos bienes jurídicos existen únicamente en el seno de determinadas estructuras sociales en las que o bien cumplen su función social o bien es la función que se desempeña en la propia estructura la que tiene como misión su fomento y desarrollo para alcanzar determinados fines, sociales o individuales(32). Véase, por ejemplo, el bien jurídico Administración pública entendido como el «correcto y normal funcionamiento de la Administración pública». Si se observa con detenimiento cuáles son las acciones mediante los cuales puede ser lesionado este bien jurídico, se puede determinar que el ámbito de posibilidades de acción no le pertenece a cualquier persona, sino que están únicamente dentro de las posibilidades de algunos sujetos de la sociedad que se encuentran especialmente caracterizados. De ahí que la apropiación de caudales públicos, la derivación de fondos a otra actividad pública o la concertación con algún postor en un proceso de contratación estatal puedan ser realizadas básicamente por funcionarios públicos y por nadie más. En efecto, estas posibilidades de acción de determinadas personas se debe principalmente al acceso privilegiado que tienen estos al bien jurídico «Administración pública», en razón de su título habilitante ya sea mediante

(31) *Loc. cit.*

(32) Ibídem, p. 351.

selección, designación o elección, y lo que se hace mediante la tipificación de la conducta es tomar esta realidad de limitación del círculo de autores en razón de sus posibilidades de acciones lesivas del bien jurídico.

Siguiendo el hilo argumental, el criterio de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, además de ser un criterio delimitador de la tipificación dirigida hacia el legislador para tomar en cuenta a los potenciales autores cualificados, también constituye un criterio dirigido hacia los jueces para la determinación de quién en el caso concreto contó, específicamente, con el dominio efectivo y actual del hecho.

En ese sentido, el extremo formalista y unilateral de la teoría de la infracción del deber extrapenal o institucional es asumida, en su justo límite, solo como correlato de lo fundamental: el poder factual. En efecto, en el correlato poder-deber, lo esencial es el poder como dominio, que puede o no tener su correlato en un deber extrapenal. Esta teoría sí permite una respuesta con datos de la realidad a supuestos como el caso de los «Diarios Chicha».

Si se es consecuente con la fundamentación antes descrita, no cabe dudas que lo relevante son las relaciones materiales que tiene el sujeto activo con el bien jurídico, que le permite un dominio sobre la situación de vulnerabilidad del mismo. Ahora bien, en la Administración pública, sin lugar a dudas, existe una relación jerarquizada entre funcionarios de nivel inferior y superior, cuestión que crea una relación de poder dentro de la institución administrativa, pues coloca a los primeros en una situación de subordinación sobre los segundos, subordinación que no se limita a las actuaciones establecidas por ley, sino a una subordinación producto de las relaciones intersubjetivas que permiten actuaciones que escapan a la formalidad legal. De tal manera que en varias ocasiones el superior jerárquico puede, en virtud de su poder, ejercer de facto; es decir, materialmente las funciones del subordinado para la comisión de un hecho delictivo. En ese orden, el funcionario superior jerárquico accede al ámbito de la función específica del subordinado y, por lo tanto, tiene un dominio fáctico, efectivo y actual sobre la situación de desamparo del bien jurídico, por lo que sin ningún problema puede ser considerado como autor.

En el caso Diarios Chicha, el expresidente Fujimori habría obrado mediante un reparto de roles con el asesor presidencial para la sustracción de los fondos del Estado. En ese sentido, el expresidente tuvo un dominio sobre dichos fondos que se materializó al dirigir los fondos del Ministerio de De-

fensa y del Ministerio del Interior al Servicio de Inteligencia Nacional. Para luego situar de facto al asesor presidencial Vladimiro Montesinos como jefe del SIN y, así, poder sustraer los fondos desviados para el financiamiento de los ya conocidos diarios.

El expresidente Fujimori, en virtud de su potestad jerárquica, ejerció de facto en conjunto con el asesor presidencial las labores del director de la Oficina Técnica Administrativa del Servicio de Inteligencia Nacional, pues ambos administraron materialmente los fondos del SIN. En efecto, la desviación de los fondos de los dos Ministerios hacia el SIN para su posterior sustracción demostraría que ellos tuvieron acceso al bien jurídico «Administración pública» en el ámbito específico de sus subordinados y, en consecuencia, ambos poseían el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. La administración pasa a ser «razón de su cargo» de Fujimori, no en virtud de un específico deber especial derivado de una norma extrapenal que lo vincule, sino por la invasión de las funciones de los que sí tenían formalmente en «razón de su cargo» la administración de los caudales, que en el caso concreto se concretiza en la Oficina Técnica Administrativa del Servicio de Inteligencia Nacional.

La corrección del fundamento material de la teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico hace consistente la atribución de autoría a quienes en realidad ejercen un dominio factual (poder, etc.), y deja de lado el correlato periférico del deber extrapenal que puede ser un indicador, pero no el fundamento material de la autoría.

LA IMPUNIDAD DEL COMPRADOR DE HUMOS (EL TERCERO INTERESADO)

A la luz del Acuerdo Plenario 3-2015/CJ-116

Alonso R. Peña Cabrera Freyre(*)

SUMARIO: I. Conceptos preliminares. **II.** La penalización del tipo penal de tráfico de influencias. Fundamentos de política criminal. **III.** La participación delictiva en el tráfico de influencias: cómplice primario. 3.1. La participación punible en los delitos de participación necesaria (de encuentro o convergencia). **IV.** La instigación punible en el tráfico de influencias.

JURISPRUDENCIA:
Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CJ-116

I. CONCEPTOS PRELIMINARES

La sanción de una norma es atribución exclusiva del Parlamento(1), según los dictados de un Estado de derecho; en el caso de la ley penal, la acri-

(*) Profesor de la maestría en Ciencias Penales de la UNMSM, docente de la AMAG, fiscal superior, jefe de la Unidad de Cooperación Judicial Internacional de la Fiscalía de la Nación, magíster en Ciencias Penales por la UNMSM, título en posgrado en Derecho Procesal Penal por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo-España), exasesor del Despacho de la Fiscalía de la Nación. Autor de obras de Derecho penal y Derecho Procesal Penal (*Derecho penal. Parte General. Teoría General del Delito, de la pena y sus consecuencias jurídicas; Derecho penal. Parte Especial.* 7 Tomos; *Exégesis al nuevo Código Procesal Penal*, 2 Tomos); *Derecho penal Económico; Delitos contra el patrimonio; Delitos contra el Honor y su conflicto con el Derecho a la Información.*

(1) En materia criminal, observamos que muchas de las modificaciones producidas en el Código Penal (leyes penales especiales) han sido emitidas por el Poder Ejecutivo, mediando la dación de decretos legislativos, mediando el otorgamiento de facultades por parte del Poder Legislativo en la lucha contra la inseguridad ciudadana que padece el Perú.

minación de una conducta humana, siempre y cuando sea portadora de una mínima dosis de lesividad social (principio de ofensividad)[2].

Luego, aparece otra labor estatal —no de menor relevancia— que es la interpretación normativa, que se encarga a los operadores jurídicos del sistema penal (jueces, fiscales y abogados); actividad encaminada a delimitar los alcances del precepto legal en cuestión, desentrañando la ratio de la misma, fijando el radio de acción de la norma. Importa, en otras palabras, fijar con toda corrección los supuestos de hecho que pueden ser encuadrados bajo la cobertura de la premisa normativa.

La tarea mencionada se vuelve más delicada en la esfera del derecho penal (concretamente en el proceso penal), al entrar en juego intereses jurídicos de primer orden: las libertades fundamentales de quien se le atribuye la comisión de un hecho punible (sea como *autor y/o partícipe*), por otro lado, el interés general de la colectividad en la persecución y sanción del delito, en específico del agente delictivo. Esto último adquiere mayor intensidad, en el contexto actual de las cosas, donde la descripción criminológica del país, genera percepciones ciudadanas de gran calado.

Lógicamente, la tarea interpretativa, esta misión de hermenéutica jurídica en derecho penal, no puede desbordar la literalidad normativa, el principio de legalidad *lex scripta,* so pena de ingresar al plano de la analogía, proscrita según lo reglado en el numeral III del Título Preliminar del CP. Lo que sí es válido —por tanto, legítimo—, es que la intelección interpretativa se realice conforme la teleología que inspira la intervención del derecho penal: protección preventiva de bienes jurídicos. Esta función es la que precisamente legitima la descarga punitiva en el contenido de los derechos fundamentales de los ciudadanos, acorde a los valores de una real democracia.

La política criminal, por tanto, sus derroteros han de encauzarse, según los fines tuitivos preventivos de intereses jurídicos dignos y merecedores de tutela penal. Coordenadas de política criminal que son alimentadas por la situación criminológica de nuestra sociedad; es la realidad social la que debe auspiciar el direccionamiento de la política penal, en respeto a los principios limitadores del *ius-puniendi* estatal[3].

---

(2) Numeral IV del Título Preliminar del CP.

(3) De fragmentariedad, subsidiariedad y de *ultima ratio*.

II. LA PENALIZACIÓN DEL TIPO PENAL DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS. FUNDAMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL

La corrupción es uno de los flagelos más graves de la sociedad actual; sus tentáculos se ramifican a todos los estamentos públicos sin excepción. Sus protagonistas pertenecen a todas las jerarquías de la Administración pública (ministros de Estado, parlamentarios, alcaldes, jueces, hasta presidentes), lo cual enrostra el nivel que ha tomado este fenómeno delictivo en los últimos tiempos. Acá, los sujetos púbicos se ven comprometidos en graves actos de corrupción, en cuanto a la prebenda de la actuación pública, motivados por la obtención de un beneficio patrimonial o de cualquier índole.

La corrupción hunde sus raíces de forma ramificada y profunda, además de ser fruto de patologías sociales y económicas —institucionalizadas formal o informal—, que dan vida a su capacidad de destrucción. Por ello, si se pretende combatirla cortando sus ramas, lo único que se consigue es que más adelante vuelvan a surgir con igual o más fuerza(4).

Si bien los actos descritos propician un estado de alarma en un grueso de la población, no es menos cierto que no son pocos los ciudadanos que toleran, consienten la corrupción política, lo cual da cuenta de la crisis de valores que atraviesa la sociedad peruana: «roba pero hace obras». Como se dice en la literatura, la ciudadanía acepta la corrupción a nivel personal, aunque la critique a nivel colectivo(5). Se mercantiliza de esta forma la función pública a todo postor que esté en condiciones de pagar el precio ofertado por el agente corrupto (licitaciones, obras públicas, contrataciones del Estado = cohecho y colusión ilegal).

Sin duda, la inseguridad ciudadana que padece nuestra sociedad se ve en parte ensombrecida por un aparato público infectado de personajes corruptos, por eso somos de la convicción que para combatir eficazmente la criminalidad violenta, se debe primero purgar todo rastro de corrupción, que justamente impide que esta delincuencia sea frenada en su actuación cotidiana.

---

(4) SEGURÓ, M. (Comp.). Presentación del libro *Hartos de Corrupción*, Herder, cit., p. 15.

(5) Ibídem, p. 22.

Detrás de esta estructura corrupta[6], se ubican en el escenario otros agentes, otros individuos, que pululan por todos los planos del sector púbicos, aquellos que cuentan con alguna clase de vinculación con un funcionario y/o servidor público. Es esta cercanía, esta relación con el sujeto público, que estos se valen para ofertar la venta de influencias en el mercado de litigantes, administrados, etc. Entonces, lo que hacen estos sujetos es invocar estas influencias (reales), para hacerse así de un beneficio, prebenda u otro tipo de ventaja indebida. Para que el vendedor de humos pueda obtener el provecho que persigue, requiere de un comprador de humos; es decir, aquel que está dispuesto a pagar un precio para así torcer la objetividad, imparcialidad y objetividad de la función público; si es que este usuario tiene contacto directo con el sujeto público encargado de resolver el asunto judicial o administrativo, y si este está dispuesto a negociar su actuación funcional, simplemente el acto es calificado como un delito de cohecho.

Estamos ante un circuito delictivo, donde la finalidad político criminal es evitar todo espacio de impunidad y, para esto, es necesario adelantar las barreras de intervención del derecho penal, a estadios muy lejanos de una verdadera lesión del bien jurídico; lo que penaliza el artículo 400 del CP es un acto preparatorio de un delito de cohecho, cuya materialidad sustantiva no está condicionada a la consumación de este último. Por tanto, el delito de Tráfico de Influencias guarda plena autonomía e independencia, con respecto del tipo penal de cohecho, en sus diversas variantes. Dicho a modo de ejemplo: si es que A (vendedor de humos) intercede efectivamente ante el funcionario público C, que está viendo el caso que interesa a B (comprador de humos), y le ofrece una determinada cantidad de dinero para resolver a favor del patrocinado de B (aceptando la propuesta el juzgador); A parte de ser autor de tráfico de influencias, responde también como autor del delito de cohecho activo, y C como autor del tipo penal de cohecho pasivo propio.

Fue por tales razones que se incorporó en el CP de 1991, el delito de Tráfico de Influencias, bajo la cobertura normativa del artículo 400 (*in fine*), entendiendo la necesidad político criminal de penalizar aquellos actos que

(6) Entendiendo la materialidad de los delitos de cohecho, como un injusto de naturaleza plurisubjetiva, protagonizada por el agente estatal y el particular, relativizada por la regulación de un cohecho de carácter monosubjetivo, conforme la modificación efectuada por la Ley N.° 28355.

toman lugar antes de los actos corruptos, pues promueven con un alto grado de probabilidad que se cometan actos de corrupción. Una penalización de tal envergadura ha sido objeto de duro cuestionamiento por parte de la doctrina, fundada en la lejanía de estos comportamientos conforme el principio de protección de bienes jurídicos. Así, en la doctrina española, al indicarse que con el castigo de la conducta recogida en el artículo 430 del CP[7] se adelantan de una manera excesiva las barreras de protección de los bienes jurídicos tutelados, lo que ha llevado a un amplio sector doctrinal a proponer su supresión[8]. Sin duda, estamos ante conductas muy distanciadas de una verdadera lesión y/o puesta en peligro de un bien jurídico, que para nosotros es el mismo que el tutelado en los delitos de cohecho, pero que por su realidad criminológica merecen un tratamiento político criminal de tal calibre. Como bien lo sostiene la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Lima (Exp. N.° 00193-2012-9-1826-JR-PE-03): «El tráfico de influencias es un delito de peligro abstracto, para el cual es irrelevante que se verifique si se ha producido o no la influencia efectiva sobre los funcionarios públicos; basta que los intervinientes en el hecho punible tengan la capacidad material para perturbar los principios de imparcialidad y objetividad del funcionario que tiene conocimiento del caso judicial o administrativo, pues lo que se pretende es bloquear los comportamientos riesgosos de ataque o lesión a dichos bienes jurídicos institucionales»[9]. Como lo hemos venido enfatizando, el cumplimiento de la promesa efectuada por el vendedor de humos, es un factor a incidir en orden a verificar un probable delito de cohecho, pero no para acreditar la materialidad del delito de Tráfico de Influencias. La Segunda Sala Penal Transitoria, en el R. N. N.° 1406-2007-Callao, afirma lo siguiente: «El cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, en el cual el funcionario público acepta o recibe un bien para sí o para tercero, a fin de cumplir, omitir o retardar un acto propio de su cargo, existiendo una relación de finalidad entre la aceptación del bien y el acto que se espera sea ejecutado, omitido o retardado. Solo el acuerdo de voluntades configura el tipo penal, no siendo

(7) Conforme el CP español de 1995.

(8) VIZUETA FERNÁNDEZ, J. Delitos contra la Administración Pública. En *Tutela Penal de las Administraciones Públicas*. Juan Manuel Lacruz López y Mariano Melendo Pardos (coordinadores), cit., pp. 260-261.

(9) En *Gaceta Penal y Procesal Penal*, tomo 79, 2016, p. 201.

necesario el cumplimiento del pago, de la promesa o del acto indebido, ya que el bien jurídico protegido es la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos»(10). Mientras que la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en la resolución recaída en el Exp. N.° 00087-2013-15-1826-JR-PE, indicó que: «El encausado, en los procesos ante la Fiscalía y el Jurado Nacional de Elecciones, no realizo realmente una defensa de la exalcaldesa, solo se limitó a invocar influencias ante ella, jactándose de su amistad con los magistrados y prometiendo favorecerla a cambio de 60 mil nuevos soles. Su conducta no corresponde al ejercicio regular de la abogacía, pues con su actuación (visitas, supuestas gestiones ante los magistrados, alardes de amistad) ha quebrantado los bienes jurídicos protegidos (la imparcialidad, objetividad, independencia y buena imagen de la administración)»(11).

Situación parecida observamos en el delito de sicariato, que merced a la dación del Decreto Legislativo N.° 1181 significó la inclusión del artículo 108-D, donde se penaliza la conspiración y la proposición (ofrecimiento), a la comisión de tal delito como sucede también en los tipos penales de TID, terrorismo, etc. Por tanto, la vigencia de este tipo legal en la codificación punitiva es imprescindible, cuya aplicabilidad fue puesta en marcha con la portentosa criminalidad que se puso a la luz en la década de los noventa en el país.

Sobre la penalización de esta figura delictiva, Carlos Mir Puig indica que ello pone de manifiesto la gran sensibilización ante el tema de la corrupción por parte de la sociedad y de los propios grupos políticos, que ha llevado a lo que se ha llamado expresivamente una «huida al derecho penal», teniendo la incriminación del referido precepto —y de los propios del tráfico de influencias— un importante valor simbólico, buscando completar una función pedagógica y de recordatorio de la relevancia penal de comportamientos anclados en nuestros usos sociales. Tal vez la realidad no ha puesto de relieve que esta decisión político-criminal no ha supuesto tanto la aplicación de estas nuevas figuras delictivas como una mayor sensibilidad frente a los delitos preexistentes que normalmente contienen

(10) Gaceta Penal y Proceso Penal, Tomo 2, 2009, p. 229.

(11) Gaceta Penal & Procesal Penal, N.° 72, 2015, p. 164.

comportamientos más disvaliosos que los contenidos sobre los preceptos de nueva intervención[12].

El tema en discusión es la participación del comprador de humos, del tercero interesado, en que se resuelva a su favor un caso que está conociendo un caso judicial, fiscal y/o administrativo, que de plano ingresa a un ámbito de indiscutible ilicitud, y esto lo decimos cuando se le pretende revestir de impunidad, cuando se postula que aquel que negocia la torcedura de la voluntad de la Administración pública y el vendedor de humos no cumple con el trato, es víctima del delito de estafa. Un planteamiento inconcebible, entendiendo que solo aquellos actos y/o negocios jurídicos que tienen un fin lícito[13], puede ser objeto de amparo legal y no aquel que se encamina en desviar los fines jurídico-constitucionales de la función pública.

El tema pasa entonces por definir del grado de participación delictiva del tercero interesado —del comprador de humos, dependiendo de su posición en el escenario delictivo, sea como cómplice primario o como instigador—; para ello, analizaremos los fundamentos expuestos por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.° 03-2015, conforme nuestros propios planteamientos.

III. LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA EN EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS: CÓMPLICE PRIMARIO

Detrás de los autores del delito, de quienes se cuentan con el dominio del hecho, están los partícipes, conforme a un concepto restrictivo de autor y de acuerdo con el principio de «accesoriedad en la participación». Se trata de individuos que aportan, colaboran o dígase prestan una contribución para que el autor pueda perfeccionar la realización típica del delito en cuestión.

La necesidad político-criminal de distinguir e identificar a los diversos protagonistas del evento delictivo, de acuerdo con la propiedad jurídica de autores y partícipes parte de los principios de culpabilidad, lesividad y

(12) MIR PUIG, C. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*, p. 261.

(13) Como apunta Torres Vásquez, el acto jurídico es lícito si es conforme con el ordenamiento jurídico e ilícito cuando es contrario a normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres. *Código Civil*. 6.ª ed. IDEMSA, p. 126.

proporcionalidad, según el listado de valores consagrados en el ordenamiento jurídico nacional.

Peña Cabrera apunta que los instigadores y cómplices reciben el nombre de partícipes (en sentido estricto), debido al carácter accesorio de sus acciones en relación con los autores y coautores que reciben el nombre de ejecutores directos por cuanto realizan la acción delictiva directamente(14); llevada dicha idea a las siguientes palabras: autor será, por lo general, aquel que emprende de forma personal el injusto penal, cabiendo una instrumentalización del ejecutor inmediato, cuando el hombre de atrás ejerce una suerte de dominio sobre el curso causal del evento típico.

Es partícipe aquel que contribuye a la realización del hecho delictivo de otro. Es quien convence a otro para que cometa un delito que no tenía pensado realizar, o quien proporciona los medios o cualquier tipo de colaboración para que otro lleve a cabo un hecho delictivo(15). La teoría de la participación descansa sobre dos presupuestos: el principio de la unidad en el título de imputación y el principio de la accesoriedad(16).

En el fundamento 7 del AP, el análisis de este punto debe partir necesariamente del principio de accesoriedad de la participación, que no es sino una concreción del concepto restrictivo de autor. Según este principio, el partícipe ocupa un lugar accesorio respecto del protagonista del delito, esto es, el autor. La participación significa una intervención en un hecho que pertenece al autor, quien tiene el dominio del hecho de participar en un evento cuyo desarrollo y desenlace depende exclusivamente al autor; de ahí que su punición esté subordinada a que su colaboración sea empleada por el autor de manera efectiva.

En tal sentido, debe quedar claro que el partícipe desarrolla un papel facilitador de la ejecución del delito y no el rol de ejecutor dueño y señor del hecho. El aporte del partícipe en este sentido, ya sea en fase de preparación o de ejecución, supone un involucramiento en el hecho típico y, por tanto, lo hace penalmente competente por el mismo. Es decir, su prestación debe expresar el sentido de facilitar o posibilitar la ejecución del delito, configuran-

(14) PEÑA CABRERA, R. *Tratado de Derecho penal.* Vol. I, p. 319.

(15) FERRÉ OLIVÉ, J. C. y otros. *Derecho penal Colombiano. Parte General,* p. 517.

(16) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. y otro. *Derecho penal. Parte General,* p. 806.

do uno o más de sus componentes típicos [...]. El partícipe colabora, ayuda, coadyuva al autor, para que este último pueda ejecutar la conducta típica, *v. gr.*, Pedro presta el arma a Juan para que pueda matar a su padre Alex; la secretaria de un empresario que presta información a los secuestradores de la ruta que aquel toma para ir a su casa; aquella persona que presta alojamiento a aquel que va a ultrajar sexualmente a su víctima; el individuo que recibe el celular por quienes acaban de sustraerlo del sujeto pasivo. Como bien se argumenta coincidentemente en la doctrina, el aporte del partícipe, la colaboración del cómplice puede tomar lugar en la etapa preparatoria o ejecutiva del delito, cuando se da en esta última no puede tener un control en el dominio del decurso de la conducta típica, pues sería en todo caso un coautor. En la hipótesis de que la prestación delictiva tome lugar en sede preparatoria, la conducta del cómplice no se adecúa formalmente a uno de los componentes de la tipicidad penal, *v. gr.*, la adquisición del arma de fuego, entregar los planos del lugar donde se producirá el atentado terrorista, en mayor medida cuando se trata de una complicidad omisiva, la madre que consciente que su menor hija sea ultrajada sexualmente por su pareja. En estos supuestos, la facticidad no encuentra reflejo con la descripción típica[17], y no por ello la contribución del cómplice deja de ser punible.

3.1. La participación punible en los delitos de participación necesaria (de encuentro o convergencia)

Una serie de supuestos de hechos típicos describe comportamientos en los que la participación de varias personas es un requisito o, por lo menos, prácticamente constituye el caso normal[18]; por participación necesaria se entiende —dice Mezger— la circunstancia de que ciertos hechos punibles requieren, con arreglo a su tipo, la participación de varias personas[19].

La intervención delictiva del partícipe debe medirse conforme el injusto penal que ejecuta el autor, conforme el bien jurídico —objeto de tutela—[20];

---

(17) De la formalidad literal.

(18) STRATENWERTH, G. *Derecho penal. Parte General*, p. 281.

(19) MEZGER, E. *Derecho penal.* Parte *General*, p. 323.

(20) Cuando se trata de un interés jurídico corpóreo, de entidad material como la vida, el cuerpo y la salud, distinto de uno de naturaleza inmaterial o dígase espiritual, como lo es la Administración pública, considerando que su afectación puede tomar lugar

pongámoslo con el siguiente ejemplo: el delito de Colusión ilegal requiere necesariamente de la intervención del *extraneus*, quien se colude, conjuga voluntades con el intraneus cualificado para defraudar los intereses del Estado, conforme se describe en el artículo 384 del CP. ¿Cuál es el aporte que realiza el representante de la persona jurídica para que el funcionario público, que dirige la licitación pública, pueda favorecer a la empresa en el proceso de contratación pública administrativa? En realidad, no es que él le entregue un aporte al sujeto público para que este pueda emprender la conducta típica (de diseñar las bases de contratación conforme la línea empresarial de la proveedora), sino que al tratarse de un delito de «participación necesaria», su confluencia criminal con el *intraneus cualificado* resulta indispensable para torcer los principios jurídico-constitucionales que sostienen la contratación pública administrativa[21]; es decir, la relevancia jurídico-penal de la conducta solo puede alcanzarse bajo la sumatoria de ambas intervenciones (así superar la barrera del *riesgo permitido*). Cuestión similar se da en el delito de Tráfico de influencias, al constituir un delito de participación necesaria[22]; el injusto es producto de la suma de dos intervenciones: del vendedor de humos con el comprador de humos. En opinión de la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Lima (Exp. N.° 00193-2012-9-1626-JR-PE-03): «El tráfico de influencias es un delito de intervención necesaria y de encuentro, pues requiere la concurrencia de dos sujetos: el traficante y el interesado (aunque pueden concurrir otros intervinientes). La complicidad es posible. El sujeto interesado puede ser cómplice en este delito, pero para ello no solo debe aceptar la invocación de la influencia y el ofrecimiento de interceder

---

desde adentro y desde afuera, el primero por quienes se encuentran investidos de la función pública; el segundo, por los particulares conforme el estatus que adquieren en determinados planos de la vida social.

(21) Máxime si los deberes jurídico-públicos inherentes al cargo solo pueden ser contravenidos por el *intraneus*, y no por el *extraneus*, sin que ello de entender que se trate de un injusto funcional cuya materialidad solo puede ser explicada bajo la teoría de la *infracción del deber*.

(22) Como anota Rueda Martín, ante los «tipos de participación necesaria «[...] además de requerirse una conducta activa por parte del autor del delito es necesario que otro sujeto lleve a cabo una "acción positiva" para su apreciación, como sucede en el delito de tráfico de influencias [...]». Reflexiones sobre la participación de Extraños en los delitos contra la Administración Pública. En *Delitos contra la Administración Pública*, p. 142.

por parte del traficante, sino que también debe comprar estos mediante un pago o promesa de donativo»[23].

Fundamento 8 del AP. El cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad: por ejemplo, «A» tiene un proceso civil en el Despacho del juez «B»; «C» le dice a «A» que tiene gran amistad con «B» y, por tanto, puede influir en este pero a cambio de solucionar su problema deberá entregarle mil nuevos soles; en la conversación interviene «D» que reafirma la amistad entre «B» y «C» y la influencia de este sobre aquel. En el ejemplo citado se advierte, pues, que «C» es autor y «D» cómplice del delito de tráfico de influencias, pues ayudó en la invocación de las mismas realizadas por «C», sin embargo, el «comprador o solicitante de influencias» [en este caso «A»] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25 del CP, como la persona que auxilia colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al «vendedor de influencias» en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia.

No somos partidarios de este criterio interpretativo tanto por motivos dogmáticos como de político criminal; conforme lo primero, se está dejando de lado que el delito de Tráfico de influencias es en esencia uno de «participación necesaria[24]», donde la intervención del comprador de humos es imprescindible para que se pueda configurar el tipo penal en cuestión, si es que aquel no está dispuesto a pagar el precio que le solicita el vendedor de humos, simplemente no hay delito alguno[25]. ¿El vendedor de «humos» requiere necesariamente de un tercero para poder llegar al acuerdo con el comprador de humos? Definitivamente, no basta que haga uso de ciertos

---

(23) *Gaceta Penal y Procesal Penal*, tomo 79, 2016, p. 201.

(24) Con ello no queremos decir que este sea el planteamiento fundamental, para sustentar la acriminación participativa del comprador de humos.

(25) La punibilidad o no del tercero interviniente debe medirse, según ciertos criterios, en cuanto a la naturaleza del bien jurídico (objeto de tutela), el sujeto pasivo del delito como lo que necesario que esta resulta para que el mismo pueda sufrir algún tipo de afectación; variables, sin duda no pueden ser deducidas del tenor literal del precepto normativo, sino de la interpretación que solventemente pueda elucubrarse.

medios (de toda índole) para poder convencer al tercero interesado en pactar el acto ilícito. Por lo demás no se entiende cómo una conducta marginal, como es la del tercero que refuerza la pretensión del vendedor de influencias, sea más relevante que la del comprador de humos; en todo caso, su participación sería la de un cómplice «secundario». Como hemos sostenido, en esta clase de injustos, donde la tutela se orienta a un bien jurídico inmaterial (imparcialidad, objetividad y legalidad de la actuación pública), la punibilidad del participe no se mide conforme a la facticidad prevista en la literalidad normativa, sino de acuerdo con su grado de colaboración para colocar en riesgo la integridad del bien jurídico tutelado(26), en este caso, de un alto grado de abstracción. Así, cuando en la ejecutoria suprema contenida en el R. N. N.° 4097-2008-Santa: «La absolución del encausado por delito de tráfico de influencias no se encuentro arreglado a la ley. La no verificación de lo afirmado, ostentado y prometido por el encausado no convierte los hechos en atípicos, pues el referido delito es de peligro abstracto, que no exige lesionar efectivamente el bien jurídico, basta tan solo que se lo coloque en una posición de riesgo o peligro. Es un delito de mera actividad en el que se sanciona el simple comportamiento del agente, sin que sea relevante para su configuración que se produzca un resultado o si las influencias son reales o simuladas»(27).

Se diría que cuando el precepto legal no lo declara expresamente de forma literal, la participación del tercero no sería punible lo cual debe ser matizado conforme valoraciones, a tomar lugar de forma particular, de acuerdo con ciertos criterios a considerar(28). Como lo expresa Rodríguez Puerta, el problema se plantea cuando el partícipe necesario induce al otro a cometer el delito, en el que él también va a intervenir, o lleva a cabo una con-

(26) A decir de Jiménez N. *Al otro lado del camino:...*, cit., p. 217. «[...] lo relevante no es determinar si el aporte del cómplice ayuda o no, auxilia o no, a la materialización del injusto del autor, sino si crea un riesgo penalmente relevante a la materialización de la infracción a la vigencia de la norma». *Al otro lado del camino:...*, cit., p. 217.

(27) En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 15, 2010, p. 220.

(28) En posición de Jescheck, [...] de la sola falta de mención legal del partícipe necesario lo único que cabe deducir inequívocamente, es que el mismo no puede ser autor del delito, y no necesariamente que no pueda ser castigado como partícipe [...]. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Traducción de Muñoz Conde y Mir Puig, cit., p. 979.

ducta que va más allá de la prevista en la descripción típica[29]. Identificar la categoría del bien jurídico tutelado, quien es el sujeto pasivo y de qué forma se ataca al interés jurídico son aspectos que requieren ser dilucidados en la categoría dogmática de los delitos de «participación necesaria». Como bien lo afirma el autor citado, la clave para resolver esta cuestión se encuentra, sin duda en el bien jurídico. Así, mientras la mayor parte de los bienes jurídicos pueden ser lesionados o puestos en peligro a través de la conducta de una sola persona, en determinados supuestos esta lesión o puesta en peligro requiere la intervención conjunta de varios sujetos. En estos casos, el carácter del interés tutelado o la propia naturaleza de la conducta lesiva es la que determina la necesaria intervención de una pluralidad de sujetos activos que, pese a ser varios, lesionan o ponen en peligro una sola vez el bien jurídico[30].

Delitos como el analizado, la lesión —si bien lejana— al bien jurídico tutelado (imparcialidad, objetividad y legalidad de la actuación pública), no puede ser explicada al margen de la intervención del comprador de humos, por lo que su conducta debe ser necesariamente punible. La propia formulación del tipo legal es la que nos da la razón; es precisamente esta fundamentación que exige que la conducta incriminada sea examinada a la luz de la premisa fáctica descrita en la norma, atribuida al tercero interesado. Lo otro queda claro, que la premisa fáctica principal refiere estrictamente a la persona del autor[31]. Es por tales razones que se considera más adecuada la tipificación del delito de tráfico de influencias como pluripersonal, a la vista de que tanto el bien jurídico tutelado —el correcto desempeño de la función pública y, en concreto, el respeto del principio de imparcialidad— como la propia naturaleza de la acción lesiva —influir para acordar la adopción de una resolución— requieren la necesaria intervención de al menos dos personas, sin que ninguna de ellas sea ni víctima ni sujeto pasivo del delito[32]. Impor-

---

(29) RODRÍGUEZ PUERTA, M.ª J. *El delito de Cohecho: Problemática Jurídico-Penal del Soborno de funcionarios*, p. 96.

(30) Ibídem, p. 99.

(31) En el R. N. AV N.° 05-2008-10-Lima, la Sala Penal Transitoria expone que «invocar influencias es atribuirse para sí con relación a terceros, facultades de poder determinar o motivar comportamientos sobre otros, de modo tal que ello posibilite la consecución de propósitos buscados por el interesado [...]». *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 34, 2012, p. 227.

(32) RODRÍGUEZ PUERTA, M.ª J. *Op. cit.*, pp. 101-102.

tante lo que dice Rodríguez Puerta —líneas adelante—: no es correcto exigir una identidad estructural de las conductas de los distintos concurrentes. No solo no es necesario que la actividad llevada a cabo por los distintos autores presente una significación equivalente desde la óptica del bien jurídico, sino que tampoco es requisito indispensable que sea idéntica u homogénea(33).

En el tipo legal de tráfico de influencias, el vendedor de humos, su prestación es la de ofrecer interceder ante un funcionario público en un caso judicial y/o administrativo, invocando para ello sus influencias (reales) ante tal sujeto público en cuestión, por su parte, el comprador de humos, su prestación es de pagar el precio acordado con el autor del injusto penal(34). La posibilidad de verse afectado —distanciadamente—, el interés jurídico tutelado es la suma de ambas intervenciones: vendedor de humos y el tercero interesado. No puede configurarse este hecho punible sin la participación de este último(35), y al no ser víctima del mismo, no puede sustentarse válidamente su impunidad; siendo así, su intervención debe ser punible a título de cómplice primario(36). Cuando la iniciativa parte de este, escribe Vizueta Fernández, esto es, cuando es él quien ofrece la dádiva y el sujeto con capacidad de influir la recibe o acepta la promesa de su entrega futura, aquel responderá por inducción a un delito del artículo 430 del CP. Si la iniciativa, por el contrario, corre a cargo del que posteriormente ejercerá la influencia, el planteamiento debe ser distinto(37). En el R. N. N.°

---

(33) Rodríguez Puerta, Mª J. *Op. cit.*, p. 103.

(34) Para Jiménez N., [...] no se puede negar que al existir una acción de venta, también se encuentra presente una acción de compra, máxime si una de las circunstancias descritas es la de recibir, con la cual se estaría «cerrando el círculo» de la compraventa. Al otro lado del camino, el interesado en el delito de Tráfico de Influencias. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 38, 2012, p. 212.

(35) Lo cual es asumido por la Corte Suprema (Fundamento 9): «Aun cuando la intervención del tercero interesado en la fenomenología delictiva es indispensable para el hecho globalmente entendido como el comercio ilícito de influencias, resulta claro que su intervención no es propiamente de contribuir a la configuración de los elementos típicos centrales del delito de tráfico de influencias, tales como recibir o solicitar una ventaja indebida tras atribuirse la existencia de dichas influencias».

(36) Así, Mir Puig, C., al señalar que si el tercero acepta la solicitud del sujeto activo o autor del delito, aquel es un cooperador necesario del art. 430, en concurso ideal con el artículo 423.2 (cohecho activo de respuesta); *Los delitos contra la administración...*, p. 274.

(37) Vizueta Fernández, J. *Delitos contra la Administración Pública*, p. 262.

1552-2003-Santa, la Corte Suprema propone el siguiente argumento: «De autos se aprecia que el interesado, ante los problemas legales que tenía aceptó la propuesta de ir a entrevistarse con el encausado, el cual supuestamente tenía influencias sobre los magistrados de la Corte Superior de Justicia del Santa y podría solucionarle sus problemas; que, siendo así tanto el interesado como el intermediario habrían actuado como instigadores del delito de tráfico de influencias; declararon haber nulidad en la propia sentencia en cuanto se tiene como agraviado al interesado. En el delito de tráfico de influencias la víctima no es el funcionario público al que se buscar influenciar, sino el Estado; pues se afecta la Administración pública y su responsabilidad»[38].

En los delitos de cohecho, donde se exige la bilateralidad, sucede una cuestión análoga, no solo al ser también un delito de participación necesaria, puesto que el *extraneus* es en realidad un cómplice primario del delito de cohecho pasivo —atribuible al *intraneus*—, que por motivos de política criminal ha sido elevado al rango de «autoría»[39]. Esto lo decimos, en tanto la imparcialidad, objetividad y legalidad puede ser quebrantada únicamente por el funcionario y/o servidor público, de acuerdo con el grado de desvalor que se exige en estos injustos [...] la tipificación de este delito en preceptos distintos parece más bien responder a la necesidad de individualizar con claridad los comportamientos que debe llevar a cabo uno de los autores del delito[40]-[41]; desde el plano del marco imponible, la posibilidad de graduar la pena conforme el grado de culpabilidad de los sujetos intervinientes, que en el caso del cohecho pasivo es mucho mayor en comparación

---

(38) En SAN MARTÍN CASTRO, C. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*. Lima: Palestra, 2006, pp. 311-312.

(39) A decir de Reátegui Sánchez, al legislador ha querido ser expreso al reprimir este tipo de conducta activa dentro del proceso corruptivo, situación que no se presenta en algunos otros delitos considerados de participación necesaria dentro del mismo Código Penal [...]. *Delitos contra la Administración en el Código Penal*, p. 662; el hecho de que el tipo penal no señale de expresa su punición no quiere decir que la intervención de extraños o de funcionarios no calificados no sea objeto de sanción punitiva; para ello, se requiere de una interpretación sostenida justamente sobre los principios de la participación delictiva.

(40) RODRÍGUEZ PUERTA, Mª J. *Op. cit.*, p. 109.

(41) *Vid.* JIMÉNEZ, N. *Al otro lado del camino:...*, cit. p. 216.

del cohecho pasivo[42]. La eficaz salvaguardia del bien jurídico reclama la sanción también de aquellas conductas que sin lesionarlo, lo ponen en peligro de forma significativa. Este «adelantamiento de las barreras» requiere la expresa previsión de este tipo de acciones, pese a no ser *prima facie* suficientemente ofensivas, la voluntad del legislador las ha hecho merecedoras de una sanción penal[43]-[44]. El particular accede a este ámbito funcional[45], pero en grado mucho menor que el sujeto público; no en vano la penalidad adquiere contornos más leves de punición. Bajo la línea interpretativa esbozada por el Supremo Tribunal, la conducta del tercero interesado, del comprador de humos cae en un manto de inexplicable impunidad, lo cual resulta político criminalmente insatisfactorio.

La postura que se endilga al respecto no debe desdeñar las diversas formas en que se puede afectar un interés jurídico tutelado por la ley penal; esta afectación es principalmente el resultado de la conducta del autor, quien accede materialmente al ámbito de protección de la norma, pero en algunos casos ha de servirse de un tercero. Esto es transcendental e imprescindible para que la conducta del vendedor de humos pueda tener significancia penal, sin la presencia del comprador de influencias, por tanto, la punición de la conducta pierde todo sentido social y jurídico.

---

(42) En palabras de Díaz y García Conlledo, el menor desvalor de la conducta del *extraneus* se fundamenta por el hecho de que la falta de cualificación lo aleja o distancia (en caso de la participación *estricto sensu*) más que en los casos normales del ámbito de lo típico en los delitos especiales, es decir, su conexión con lo típico existe, pero es menor que en los casos normales, lo cual justificaría la no exclusión del *extranei* de la punición; *La autoría,* cit., pp. 161-162.

(43) Rodríguez Puerta, M.ª J. *Op. cit.*, p. 111.

(44) Si la finalidad del cohecho es luchar contra la corrupción en el seno de la Administración, apunta Feijoó Sánche, tanto en funcionario como el particular atentan contra la Administración pública como bien jurídico protegido; Delitos contra la Administración Pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. En *Delitos contra la Administración Pública,* Centro de Estudios Penales, Heyddeger y otro. Lima: Idemsa, cit., p. 49.

(45) En opinión de Rueda Martín, [...] como el funcionario público o Autoridad ejerce una función de dominio social en la estructura social en la que está involucrado el bien jurídico protegido en estos delitos, la acción del particular tiene un efecto lesivo o de puesta en peligro del bien jurídico porque accede al dominio social que ostenta el sujeto cualificado; *Reflexiones sobre la participación de...*, p. 143.

IV. LA INSTIGACIÓN PUNIBLE EN EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

La «instigación» supone la realización de un influjo psíquico por parte del inductor, creando en el inducido la voluntad de realización típica, esto es, importa una suerte de autor intelectual, de quien no participa en la realización del hecho punible, pero generador del dolo criminal en la mente del autor material del delito. La inducción implica necesariamente que el instigador tenga plena conciencia del hecho en el cual participa, por eso tiene que ser necesariamente dolosa, de ahí que se llamara autor intelectual, pues es quien ha concebido realmente el delito y se lo transmite a otra persona, el autor(46).

«Determinar» significa haber dado lugar en el autor a la decisión de cometer el hecho(47), es provocar una determinado comportamiento en el instigado, conforme un obrar antijurídico. La acción del instigador por sí misma no realiza el tipo escribe Gómez López, sino que es una labor final orientada a que se otro se decida al delito; de allí que quien realiza el tipo es el instigado, quien es el verdadero autor; hay un solo hecho con dos sujetos responsables: el instigador y el autor material, o sea el instigado, quien responde del mismo delito, salvo cuando el hecho realizado rebasa la instigación, hipótesis en la cual el instigador responde hasta donde alcanza su dolo [...](48). La persona que es objeto del influjo psíquico, determinado a delinquir puede ser cualquier individuo, a condición de ser portador de un mínimo de capacidad psicocognitiva, de poder conducirse conforme al sentido normativo; sabemos que en casos concretos, como el asesinato, existen pues agentes habituados a cometerlo, cuando de por medio está la obtención de una recompensa, lucro o cualquier tipo de beneficio. Son los denominados «sicarios» aquellos que ofertan sus servicios a todos aquellos que no están dispuestos de matar a la víctima de propia mano, por lo que se agencian del primero para ultimar al sujeto pasivo del delito. Así también, en el caso de aquellos que se dedican a traficar influencias en los pasillos del sistema judicial o de los estamentos públicos de la Administración. En este supuesto, lo que hace el tercero interesado es influir en la esfera decisoria del vendedor de humos para que este acepte el trato de interceder ante un funcionario y/o servidor público y, así, se tuerce la

(46) BUSTOS RAMÍREZ, J. Manual *de Derecho penal...*, p. 292.

(47) STRATENWERTH, G. *Derecho penal Parte General*, p. 264.

(48) GÓMEZ LÓPEZ, J. O. *El Homicidio*, T. I, p. 137.

voluntad legal de la Administración (expresada a través del *sujeto público*), y si es que el traficante de influencias llega a interceder ante el *intraneus* cualificado, ofreciéndole una dádiva estará incurso en el tipo legal de cohecho activo.

La intervención psíquica del interesado, debe ser eficaz, idónea y lo suficientemente intensa, para poder provocar una actitud delictiva en la persona del Inductor, en la medida que este aporte subjetivo haya sido el determinante para la comisión de este delito, pero no importa si tuvo que emplear muchas energías en persuadir al hombre de adelante, o si fue algo sencillo debido a la propensión del instigado a la comisión de delitos, su predisposición a delinquir (*propensión delictiva*). Así, la Corte Suprema en el AP —tantas veces mencionados— «[...] no basta cualquier tipo de acto persuasivo, sino que el comportamiento del instigador deber ser objetivamente idóneo para provocar en el instigado la decisión inequívoca de cometer el delito. De este modo, este acto comunicativo del instigador, no está referido a todas las acciones posibles que puede realizar este último para la comisión del delito, sino a aquellas acciones que necesariamente debe realizar para materializar dicho propósito delictivo» [Jakobs, Gunther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción a cargo de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). 2.ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, 22, num. marg. 22].

Líneas más adelante señala el Tribunal Supremo:

> [...] siendo el acto de determinación del tercero interesado el que activa el comercio ilícito de influencias o el que, en cualquier caso, permite o refuerza su efectiva continuación, no expresa socialmente un sentido de facilitación de la conducta típica (no contribuye a la invocación de influencias ni al acto de solicitar o recibir una ventaja indebida), sino el sentido de una determinación e impulso psíquico de cometer el delito. De este modo, el impulso psicológico del tercero interesado no constituye cualquier tipo de aporte para posibilitar el delito, sino que está orientado exclusivamente a la compra de las influencias del autor del delito, resultando así claramente determinante para su concreción. Por lo demás, por imperio del principio de accesoriedad, la punibilidad de la instigación está supeditada a la realización efectiva del injusto típico del delito de tráfico de influencias por parte del instigado o autor, esto es, del vendedor de las influencias.

En consecuencia, se expone en el Acuerdo Plenario 3-2015: «El comprador solicitante de influencias, o el interesado en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a este a cometer el delito. En síntesis, el «comprador solicitante de influencias». Es decir, «el interesado» en el delito de tráfico de influencias solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el «vendedor de influencias» mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida.

Quienes ofertan sus servicios a los postores, a los compradores de humos, interesados en que se tuerza la voluntad judicial y/o administrativa, son los vendedores de humo. ¿El hecho de que una persona sea proclive a cometer cierta clase de hechos punibles, los hace inmunes a la instigación? Por supuesto que no, para que tomen la decisión de delinquir, deben ser previamente motivados, determinados por la obtención de un beneficio; si es que el contratante (postulante a *Instigador*) no logra convencer al proclive a delinquir, por ser la suma ofertada irrisoria, simplemente este último no aceptará el encargo. Asimismo, es el dinero que le ofrece pagar el «tercero interesado» al vendedor de humos, lo que lo determina a formar parte del pacto ilícito y ulteriormente, a interceder ante un sujeto público que está conociendo o conocerá un caso judicial y/o administrativo[49].

En la Ejecutoria Suprema contenida en el R. N. N.° 1401-2003-Lima, se dice sobre la Instigación en el tipo penal *in examen* que:

> Desvirtuando los alegatos de inocencia de la procesada y su coprocesado en el sentido de no haber recurrido a su coprocesado para beneficiarse con la obtención de resoluciones judiciales que terminaron favoreciendo al hermano de la primera para acceder al beneficio penitenciario de semilibertad y al segundo en el proceso civil sobre ejecución de garantías seguido con el Banco de Crédito del Perú; argumentos que no resultan creíbles, como se verifica

(49) Cuya comprobación en los hechos no es necesario para dar por consumado el tipo penal en cuestión.

> de autos, ya que el procesado ha relatado detalladamente en su declaración instructiva la forma y circunstancias como los anteriores le solicitaron su intervención e influencia ante las autoridades que conocían dichos casos, versión ratificada con la declaración prestada con el jefe del SIN durante aproximadamente seis años, conocía las actividades de este último, a quien además conoció en el propio Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde ella trabajo y, por ende, era imposible que no estuviera al tanto de la reputación de dicha persona, y como era de conocimiento público de que era jefe de facto de la referida entidad estatales, por ello, que aprovechando la especial situación en la que se encontraba al ser conviviente del poderoso traficante de influencias, dolosamente lo determina e instiga para que ejercitando sus reales influencias pudiera obtener las resoluciones judiciales favorables a su hermano y su tío político y coencausado, lo que en efecto así sucedió(50).

Ese poderoso traficante de influencias, como se dice en la ejecutoria, hace alusión a una persona proclive a la realización de dichos actos; por tanto, de una fuerte propensión delictual, que conforme la postura adoptada en el AP, ya no sería punible la conducta de quien lo determina a desviar los cauces normales y constitucionales de la Administración pública.

Como se expone en la doctrina especializada, existe instigación cuando se propone la solicitada recompensa al sujeto que por sí mismo se había ofrecido a realizar el delito, concretándose la latente inclinación a la resolución criminal(51). Por tanto, no resulta admisible argumentar que en el caso del habitual o propenso a traficar influencias, no sea susceptible de ser instigado, pues justamente es el influjo psicológico que ejerce sobre él el comprador de humos, lo que lo lleva a invocar sus influencias y de comprometerse a interceder ante un funcionario público a fin de favorecer al interesado en un asunto litigioso que le interesa.

---

(50) En PÉREZ ARROYO, M. *La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005)*. T. III. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, Editorial San Marcos, 2006, p. 1522.

(51) Gómez López, quien cita a MAURACH. *El Homicidio...*, pp. 138-139.

EL TIPO PENAL DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Breves comentarios a partir del Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116(*)

Paul Mendoza Vaez(**)

SUMARIO: I. Bien Jurídico. **II.** Elementos objetivos y consumación del tipo penal. **III.** La intervención delictiva en el Tráfico de Influencias. **IV.** A manera de conclusión. **V.** Bibliografía.

JURISPRUDENCIA:
Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CJ-116

La interpretación de los elementos del tipo penal de tráfico de influencias ha generado interminables discusiones por parte de la academia de Derecho Penal, incluso, después de haberse emitido el Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116, de fecha 2 de octubre de 2015, que en apariencia da solución a dos puntos problemáticos: la discusión de la intervención del tercero interesado en este tipo penal y la legitimación de la modalidad del tráfico de influencias simuladas; consideramos que la dación de este Acuerdo Plenario ha generado más dudas que respuestas, sobre el primer punto problemático. Siendo que hoy en día, aun no es pacífica la cuestión de la interpretación de los elementos de este tipo penal, presentamos algunos breves apuntes que más que zanjar el tema de discusión, pretende poner en evidencia que aún

(**) Artículo publicado en *Jurisprudencia Penal Comentada. Comentarios a la jurisprudencia penal vinculante y relevante del año 2016*. Editores del Centro, 2018.

(*) Asociado en Cortez, Massa & Bello Abogados. Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal, con especialización en cumplimiento penal normativo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, cursa estudios en el máster en Cumplimiento Normativo en materia penal por la Universidad de Castilla, La Mancha (España).

hay muchos puntos que no han sido desarrollados con el rigor necesario y no se han tejido propuestas sólidas en todas sus aristas. Queremos, entonces —con ánimo de provocación—, continuar con el debate que consideramos aún tiene para largo recorrido.

Comenzamos señalando que el tipo penal de tráfico de influencias se encuentra regulado en el artículo 400 del Código Penal, con el siguiente tenor literal:

> **Artículo 400.** ***Tráfico de influencias***
>
> El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial, o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.
>
> Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Algunos de los puntos que aún no han encontrado consenso en el análisis del tráfico de influencias son i) el bien jurídico protegido y la legitimación de la modalidad de tráfico de influencias simuladas; ii) los elementos objetivos del tipo penal y el momento de su consumación y iii) los distintos supuestos de intervención delictiva y el título de intervención del tercero interesado.

I. BIEN JURÍDICO

El tráfico de influencias es un tipo penal situado en el capítulo de los delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos[1], por ende, de manera genérica, se trata de evitar que con los actos de

---

(1) Ubicación que consideramos errada, dado que el tipo penal regula el comportamiento del traficante de influencias que puede ser cualquier persona, no necesariamente un funcionario o servidor público.

ejercicio de influencias se ponga en peligro el correcto funcionamiento de la Administración pública. Sobre este punto no hay mayor disenso, siendo lo discutible determinar cuál es el ámbito de la Administración pública que, en concreto, se afecta o pone en peligro.

Una primera opinión considera que el bien jurídico protegido en específico es la imparcialidad u objetividad en el ejercicio de las funciones públicas dentro del marco de un bien jurídico más general de correcto funcionamiento de la Administración pública(2).

Por otro lado, una segunda opinión refiere que es de considerar como bien jurídico protegido la preservación del prestigio y el regular el funcionamiento de la Administración pública y, específicamente, de la administración de justicia jurisdiccional-administrativa(3).

Somos de la opinión que el bien jurídico específico que se protege en el tipo penal de tráfico de influencias es el prestigio que posee y debe mantener la Administración pública y Administración de justicia. Cuando el traficante de influencias ofrece o acepta al interesado, interceder ante un funcionario público a cambio de una ventaja; lo que está haciendo es afirmar que la Administración pública y de justicia son entidades en donde los procesos judiciales o administrativos pueden solucionarse sin necesidad de recurrir a la vía legal, sino que también se pueden solucionar mediante vínculos de amistad, familiaridad, políticos o de cualquier otra índole, incluso, con actos de corrupción, que excluyen el correcto procedimiento legal, en definitiva, se da el mensaje de que la Administración pública y de justicia son entidades que se pueden comprar, no necesariamente con dinero, sino también con influencias o a cambio de favores.

Ahora bien, uno puede preguntarse ¿acaso en nuestra realidad judicial no existen actos de corrupción, acaso no se han detectado procesos judiciales o administrativos que intentaron resolverse por medio del pago de coimas o prebendas? ¡Claro que existen! No pretendemos hacer un análisis de espalda a la realidad. Entonces, aun siendo conscientes de ello, ¿por qué sostenemos que el bien jurídico es el prestigio y buena imagen de la Administración pú-

---

(2) HERRERA GUERRERO, Mercedes. El delito de tráfico de influencias simuladas. Comentarios a la Casación N.° 374-2015/Lima. *Actualidad Penal, N.° 19*. Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 90.

(3) ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los Delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Editorial Nomos & Thesis EIRL, 2016, p. 370.

blica y de Justicia? La respuesta es sencilla, aun cuando el prestigio de nuestra Administración Pública no es el mejor modelo a seguir; creemos que no debe lucrarse u obtenerse cualquier tipo de beneficio a costa de manchar el nombre de la Administración pública y de Justicia. Una cosa es afirmar que en nuestro país la Administración pública y de justicia no tienen la mayor aceptación ni son las más prestigiosas entidades, y otra distinta es sacar provecho de esa situación. El vendedor de influencias con su accionar no solo afirma que la Administración pública no tiene un buen prestigio, sino que, además, banaliza a esta institución y hace pasar como algo normal el hecho de que se puedan resolver los procesos judiciales y administrativos, por medio del ejercicio de las influencias. El vendedor de influencias lucra u obtiene un beneficio a costa del nombre de la Administración pública y de Justicia, justamente, con la posición que asumimos pretendemos que se evite ver a la Administración Pública como un ente endeble, transable y vendible.

Si bien la ocurrencia de actos aislados de corrupción afecta o lesiona el normal funcionamiento de la administración de justicia, ello no significa que desaparezca el interés fundamental de pretender preservar el prestigio y normal desenvolvimiento de la administración de justicia. Si no se trata de preservar y cautelar este aspecto fundamental en la organización estatal, no hay Estado democrático de derecho. La preservación de este interés es connatural al mantenimiento del Estado democrático de derecho[4].

Respecto de la tesis de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública como posible bien jurídico a proteger, creemos que resulta incorrecta esta idea, dado que el tipo penal se consuma mucho antes de que el traficante de influencias interceda ante un funcionario o servidor público. Si bien se argumenta que el tráfico de influencias es un tipo penal de peligro abstracto[5],

---

(4) SALINAS SICCHA, Ramiro. Tráfico de influencias y la Casación del caso Aurelio Pastor. *Actualidad Penal*, N.° 19. Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 44.

(5) Para Reaño Peschiera, el objeto de protección ha de concretarse en la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de funciones públicas, interés vinculado con el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Sin duda, este bien jurídico es tutelado a través de un delito de peligro abstracto, en el que la criminalización del tráfico de influencias importa el adelantamiento de barrera punitiva a un estado previo a la lesión del bien jurídico, pues su consumación no exige la materialización de la intercesión. *Vid.* REAÑO PESCHIERA, José Leandro. 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 *Temas de Derecho Penal*. Lima: Ediciones Legales, 2012, p. 311.

por lo que no sería necesario afectar directamente la imparcialidad de la función pública, sino solo ponerla en peligro, creemos también que cuando este tipo penal se consuma ni siquiera llegado a este estadio se pone en peligro a la imparcialidad de la Administración pública.

Es cierto también que cuando el traficante de influencias ofrece al interesado para interceder ante un funcionario o servidor público, lo que está haciendo es afirmar que ese funcionario o servidor público con quien tendría una supuesta influencia es un sujeto que potencialmente estaría dispuesto a quebrantar su imparcialidad al momento de resolver o emitir opinión en un proceso, con esto podría pensarse que sí se pone en peligro la imparcialidad de los funcionarios o servidores públicos. No obstante, lo correcto es valorar qué bien jurídico se afecta o pone en peligro en el momento en que se consuma un tipo penal, por lo que los actos de ofrecimiento que el traficante de influencias realiza y que se consuma con la mera obtención de la promesa o recibimiento de la ventaja que entrega el interesado, no afectan ni ponen en peligro *per se* a la imparcialidad de los funcionarios públicos podrían ponerse en peligro si quiera cuando el traficante de influencias comienza a realizar los actos de intercesión ante el funcionario o servidor público, no así con la mera invocación de sus influencias. Entonces, si el traficante comienza a poner en marcha su intercesión ante un funcionario o servidor público, sea mediante entrevistas o cualquier tipo de interacción, solo a partir de ahí podría ponerse en peligro a la imparcialidad de los funcionarios y servidores públicos; sin embargo, estos actos serían posconsumativos, los cuales resultan irrelevantes a efectos de configurar el tipo penal de tráfico de influencias.

Por otro lado, con la posición que asumimos da lo mismo si el traficante de influencias tiene realmente las influencias o no, por lo que, incluso, tanto en la modalidad de tráfico de influencias reales como simuladas el bien jurídico es el mismo. Rechazamos de esta manera aquella posición que señala que el tráfico de influencias simuladas no debería ser punible(6). Entendemos que esa opinión se esboza a partir de creer que el bien jurídico en

(6) Esta posición señala que en el delito de tráfico de influencias simuladas no hay una referencia clara, directa, perceptible al bien jurídico de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas dentro del marco del correcto funcionamiento de la Administración pública, de tal suerte que nos encontramos frente a una modalidad ilegítima, que no supera los baremos que impone el principio de lesividad. *Vid.* HERRERA GUERRERO, Mercedes. *Op. cit.*, p. 92.

el tráfico de influencias es la imparcialidad de los funcionarios o servidores públicos, la cual rechazamos.

Al respecto, sobre el bien jurídico en el tráfico de influencias simuladas, el Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116 ha referido que:

> 16. No existe, entonces, ningún inconveniente para defender el carácter punible, esto es, la relevancia jurídico-penal de la modalidad de tráfico de influencias simuladas del artículo 400 del Código Penal. El invocar influencias simuladas es acorde con el principio de lesividad; su castigo a nivel penal no es una medida legislativa desproporcionada, en la medida que desde una perspectiva ex ante en el caso concreto la conducta de invocar sea objetivamente idónea, tanto para poner en riesgo el bien jurídico protegido, como para lesionar el bien jurídico prestigio y buen nombre de la administración pública, que en buena cuenta garantizan la credibilidad de la administración pública [...].

En consecuencia, no se ha considerado oportuno destipificar la «venta de humo», pues, desde una perspectiva de prevención general positiva, esta medida fraudulenta de tráfico mantiene importancia en el ámbito social. Asimismo, se esclarece la idea de que el núcleo de la conducta es la solicitud o recepción de una ventaja o beneficio de cualquier orden, asociado con la «contraprestación» real o ideal del ofrecimiento de interceder ante el funcionario que haya conocido, conozca o vaya a conocer un asunto administrativo o judicial[7].

Consideramos correcta la posición asumida por la Corte Suprema en este punto, pero agregaríamos también que incluso en la modalidad de tráfico de influencias reales, se protege el prestigio y buen nombre que tiene y debe mantener la Administración Pública y de Justicia[8]. «Invocar influencias reales o simuladas con el ofrecimiento serio o no de interceder ante un fun-

---

(7) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2.ª ed. Lima: Jurista Editores, segunda edición, 2017, p. 981.

(8) Así también la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación N.° 734-2015-Lima, de fecha 11 de noviembre de 2015 «Caso Aurelio Pastor»; en su fundamento décimo quinto establece lo siguiente: «De ahí que el bien jurídico de este tipo penal no podría ser el normal desarrollo o correcto funcionamiento de la Administración pública ni la imparcialidad de esta. Lo más correcto es que protege la imagen y prestigio de la Administración pública y de forma mediata su regular funcionamiento [...]».

cionario o servidor público supone hacer comprender al tercero que este es corruptible y, de esta manera, se menoscaba la credibilidad de la Administración pública»[9].

Existe una posición que considera que lo que realmente se protege en el tráfico de influencias es la institucionalidad de la Administración pública. Así, refieren que la norma penal del artículo 400 del CP sanciona la lesión efectiva de la «institucionalidad de la administración pública», definida como el interés estatal en prevenir conductas que muestren a la administración pública como un ente endeble e influenciable, y se trata de un interés acorde con el modelo de organización social propio de un Estado constitucional de derecho[10].

Esta última posición guarda coherencia y semejanza con la idea de prestigio y buena imagen que posee la Administración pública, en tanto se le busca evitar ver como una entidad susceptible de ser comprada o influenciada; no obstante, su contenido es mucho más amplio y etéreo, casi equiparable al concepto de correcto funcionamiento de la Administración pública como bien jurídico genérico. Es por ello que, a fin de delimitar el objeto de protección específico, reafirmarnos nuestra posición de que el bien jurídico que debe protegerse en el tráfico de influencias es el prestigio y la buena imagen que posee y debe mantener la Administración Pública y de Justicia.

II. ELEMENTOS OBJETIVOS Y CONSUMACIÓN DEL TIPO PENAL

El tráfico de influencias, de acuerdo con su redacción legal, es un tipo penal que a pesar de tener varios verbos rectores y posibles formas de configuración, es muy limitado en su interpretación y aplicación; esto, desde luego, obedece a una mala técnica legislativa[11].

---

(9) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 43.

(10) GUIMARAY MORI, Erick. El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad. En *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 108.

(11) Hurtado Pozo señala que a la imprecisión del lenguaje hay que agregar el hecho de que la vida social es mucho más fecunda en la producción de comportamientos y relaciones que la imaginación del más previsor de los legisladores. Así, la comprensión de la norma y la determinación de los hechos que se han de juzgar no corresponden al tradicional silogismo jurídico, utilizado para explicar la aplicación de la ley a un

El comportamiento típico se encuentra medianamente delimitado, lo que no se encuentra exento de dudas es el momento en que se produce la consumación. Si analizamos el tipo penal, observaremos que solo se regula el comportamiento del traficante de influencias, no así el comportamiento del tercero interesado; no obstante, nada impide que a este último se le pueda sancionar con atención a las reglas de la parte general.

De esta manera, en apariencia, el tráfico de influencias podría darse desde dos direcciones: la primera, cuando es el traficante quien ofrece al interesado para interceder ante un funcionario o servidor público a cambio de la entrega o promesa de una ventaja o beneficio; la segunda, cuando es el tercero interesado quien ofrece al traficante para que interceda ante un funcionario o servidor público a cambio de la entrega o promesa de una ventaja o beneficio.

A partir de esta posibilidad de configuración en dos direcciones, se analiza el comportamiento del traficante en específico; al respecto, el tipo penal contiene los siguientes verbos rectores:

- Invocar o tener influencias;
- Recibir, hacer dar o prometer;
- Ofrecimiento de interceder.

En relación con los primeros verbos «invocar» o «tener influencias», se refiere que el agente cita o aduce tener influencias con la finalidad de que el tercero interesado le entregue o le realice la promesa de entregarle un donativo, o cualquier otra ventaja, o beneficio a cambio. Es irrelevante penalmente si la influencia que invoca el sujeto activo es real o simulada. En ambos casos, se evidencia la conducta típica. Basta que haya invocado o aducido tener influencias para lograr que el tercero interesado le entregue donativo u otra ventaja o le prometa hacerlo en un futuro cercano. De igual modo, basta

---

caso concreto. El deficiente entendimiento del artículo 400 —como si previera un solo comportamiento delictuoso— muestra el descuido con el que son analizadas este tipo de disposiciones legales. No se trata de un tipo de tráfico de influencias, sino de varias formas de puestas en el mismo nivel de represión. HURTADO POZO, José. Delito de tráfico de influencias: artículo 400 CP del Perú. En *El sistema de control penal. Derecho penal parte general y especial, política criminal y sanciones penales*. Lima: Instituto Pacífico. 2016, p. 632.

que el agente haya hecho uso de la influencia que tiene o evidencia tener para lograr que el tercero interesado le entregue donativo u otra ventaja, o le prometa hacerlo en un futuro cercano(12).

Una cuestión que debe quedar en claro es que el traficante que «invoca las influencias» actúa por iniciativa propia; es decir, el traficante de influencias pone en conocimiento del interesado las influencias que realmente o aparentemente tiene. Distinta es la alusión del verbo «tener influencias»; en este supuesto, no necesariamente es el traficante quien actúa por su propia iniciativa, aquí puede darse el caso en que el interesado que ya tiene conocimiento de las influencias que posee el traficante, le propone usar dichas influencias.

En relación con los verbos «recibir, hacer dar o prometer», no se encuentra ningún problema de análisis. Mediante el uso del verbo recibir, el legislador ha pensado, en primer lugar, que la iniciativa proviene generalmente del tercero que da la ventaja [...] *hacer dar* se traduce en el hecho de que el agente-traficante, invocando tener influencias, logra que el tercero interesado le dé —o facilite— un donativo u otra ventaja o beneficio [...]. En cambio, la modalidad materializada por el verbo prometer significa que el agente, invocando tener influencias, logra que el tercero interesado le ofrezca, proponga, pacte o prometa la entrega de un beneficio patrimonial o de cualquier otra índole en un futuro cercano(13).

En esta perspectiva, se puede entender el artículo 400, en el sentido de que, por un lado, el agente recibe del tercero la ventaja para su beneficio personal y, por otro, hace que el tercero dé a otra persona la ventaja o que prometa conceder una ventaja a otra persona (no puede pensarse que se trate de hacer prometer que haga una promesa de dar a un tercero); segundo, en el sentido de que la acción de recibir también está relacionada con la expresión «para sí o para otro», lo que significa, entonces, que el agente puede recibir la ventaja tanto para su beneficio personal como para entregarla a un tercero. Sin embargo, en ese caso no aparece claro que el agente se haga dar por el tercero la ventaja a sí mismo, pues no es diferente de que la reciba (primera forma verbal)(14).

---

(12) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 28.

(13) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 2014, p. 591.

(14) HURTADO POZO, José. *Op. cit.*, p. 614.

De no producirse la entrega del donativo o la prestación de la ventaja o la dación de promesas, los actos de invocación de influencias y el ofrecimiento de interceder, así se lleve a la práctica este último, no adquirirán la relevancia penal requerida por el delito de tráfico de influencias, ya que se trata de un delito de corrupción donde la compra de la influencia es determinante para radicar tipicidad(15). La intercesión gratuita ante un funcionario o servidor público no es punible, necesariamente, debe darse o prometerse una ventaja o beneficio que tampoco es necesario que tenga connotación económica.

Respecto del comportamiento del traficante al que se refiere la frase «con el ofrecimiento de interceder», estimamos que con esta redacción se genera un serio problema de aplicación del tipo penal, esto porque corta con la configuración bidireccional al cual hicimos referencia, pues el «ofrecimiento de interceder» solo puede ser realizado por el traficante.

El ofrecimiento de intercesión lo hace el traficante al interesado a fin de obtener de este una ventaja o beneficio. De esta manera, es impensable que el tercero interesado proponga al traficante el ofrecimiento a sí mismo de interceder ante un funcionario o servidor público. Lo que puede hacer el interesado es ofrecer al traficante que interceda ante el funcionario o servidor público, con lo que el traficante se limitaría a aceptar o rechazar tal proposición; esto trae problemas a nivel de instigación, como más adelante explicaremos.

De esta manera, la frase «con el ofrecimiento de interceder» corta el carácter bidireccional, esto es, en definitiva, el tráfico de influencias tal cual se encuentra regulado; solo es posible que se configure cuando es el traficante de influencias quien desde un inicio ofrece al interesado interceder ante el funcionario público, limitación que se hubiese superado si el tipo penal dijese «con el ofrecimiento o aceptación de interceder».

Ahora bien, la intercesión que ofrece el traficante puede versar sobre pretensiones absolutamente justas o sobre gestiones manifiestamente ilegales, pues no se sanciona la efectiva influencia; de ahí que pueda hablarse de un «tráfico de influencias propio» (cuando el traficante se compromete a influir sobre una pretensión ilegal) y de un «tráfico de influencias impropio»

(15) ROJAS VARGAS, Fidel. Tráfico de influencias y la posibilidad del agente de interceder a cambio de medio corruptor. En *Derecho Penal práctico procesal y disciplinario. Dogmática y argumentación*. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 353.

(cuando el traficante se compromete a influir en un funcionario sin hacerlo declinar de sus deberes)[16].

El tráfico de influencias va más lejos de la afección (efectiva) del ejercicio funcionarial, pues para el injusto punible (la venta o la compra de posibilidades de influjo en un funcionario público) no se necesita ni la realización efectiva de una actividad del funcionario a favor del comprador ni tampoco el conocimiento del funcionario público respecto del tráfico realizado[17]. En ese sentido, estimamos que el momento consumativo del tipo penal sucede cuando el interesado acepta el ofrecimiento que le realiza el traficante y le entrega o promete dar un donativo, ventaja o beneficio de cualquier índole[18].

En lo que respecta a la modalidad agravada del tráfico de influencias, cabe resaltar que el sujeto activo, a diferencia de la modalidad básica, tiene una especial vinculación con el bien jurídico protegido, pues se encuentra dentro de la estructura de la administración pública, lo cual le da acceso especial para perturbar el bien jurídico[19]. No obstante, cabe aclarar que esta vinculación que puede tener el funcionario o servidor público con el bien jurídico no cambia en nada la estructura del tipo penal, que en esencia es un delito de dominio u organización.

Entonces, un funcionario o servidor público —que si bien puede tener notables influencias dentro de la Administración pública y de justicia— no

---

(16) GUIMARAY MORI, Erick. *Op. cit.*, p. 109.

(17) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca del merecimiento de pena del tráfico de influencias. En *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública.* Lima: Editorial Grijley, 2014, p. 809

(18) De igual parecer es Reaño Peschiera, para quien el tráfico de influencias debe considerarse consumado en el momento de conclusión del acuerdo de intercesión, esto es, cuando el interesado acepta el ofrecimiento del traficante y entrega la ventaja pactada como contraprestación, o bien promete entregársela, pues en dicho instante se defraudan las expectativas institucionalizadas en el precepto normativa. *Vid.* REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias.* Lima: Jurista Editores, 2009, p. 71.

(19) MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual sobre delitos contra la administración pública.* Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015, p. 143.

actúa en infracción del ejercicio de sus funciones o cargo, sino que lo hace como si fuese un particular más. Entendemos que la agravante se fundamenta en tanto su condición de funcionario o servidor público tiene más facilidades para influir en otros funcionarios. Con todo, consideramos que el tipo penal debería ser dividido en dos partes, dependiendo de la calidad del traficante de influencias, siendo que si se trata de un particular debería tipificarse una primera modalidad ubicada en el capítulo de delitos cometidos por particulares, manteniéndose solo el comportamiento del funcionario o servidor público en el artículo 400 del Código Penal.

III. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Antes de entrar al tema de la intervención del tercero interesado en el tráfico de influencias, queremos exponer brevemente los distintos supuestos de intervención delictiva que pueden darse en este tipo penal. En principio, autor de tráfico de influencias puede ser cualquier persona, dado que la redacción típica comienza con el genérico «el que». De esta manera, el traficante de influencias puede ser un funcionario público o un particular, por lo que se trata de un delito de dominio[20], en donde el fundamento de incriminación radica en el quebrantamiento de un deber general negativo, que podría traducirse en «no lesionar o poner en peligro el prestigio de la Administración pública».

Por otro lado, es posible que en la configuración del tráfico de influencias intervengan tres o más sujetos. Pueden darse supuestos de autoría cuando exista pluralidad de traficantes de influencias, *vgr.*, dos o más personas actúan de manera conjunta en la invocación de influencias y logran convencer al interesado para interceder ante un funcionario o servidor público a cambio de obtener una ventaja o beneficio. En este supuesto, creemos que se daría una coautoría si es que se cumplen con los requisitos mayoritariamente aceptados por la doctrina y jurisprudencia: i) el acuerdo

(20) Para Hurtado Pozo, ninguna de las hipótesis contenidas en el artículo 400 la comisión del delito supone la violación de un deber especial de función. Sin embargo, si se trata de un funcionario, este no debe actuar en el ejercicio de sus funciones, sino como un particular cualquiera; en caso contrario, incurrirá en un delito contra los deberes de función y, según las circunstancias, en concurso con lo previsto en el artículo 400. *Vid.* HURTADO POZO, José. *Op. cit.*, p. 615.

de un plan común y ii) la distribución de funciones y aporte esencial de los intervinientes[21].

En relación con los actos de participación, creemos que es posible que se den supuestos de complicidad como de instigación. Un primer supuesto de complicidad puede darse en la persona que ayuda al traficante de influencias a invocar ante el interesado tener dichas influencias con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público y, de esta manera, obtener la entrega o promesa de una ventaja o beneficio. Si es que no se cumplen con los requisitos de la coautoría, el tercero, en tanto ayude al vendedor de influencias a obtener la entrega o promesa de un beneficio, podrá ser considerado cómplice.

Un segundo supuesto de complicidad, consideramos que se da en la persona del tercero interesado y, con esto, entramos en el tema de discusión. Nuestra posición es que el tercero interesado en el tráfico de influencias debería ser sancionado a título de complicidad. Antes de exponer nuestros argumentos, queremos citar lo recogido en el Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116, en donde, contrariamente a lo que expondremos, se ha señalado lo siguiente:

> 10. [...] En consecuencia, «el comprador solicitante de influencias», o «el interesado» en el delito de tráfico de influencias, será instigador cuando no encontrándose el instigado propenso o proclive a actos de corrupción, le haya convencido a este a cometer el delito. En este caso, como el «solicitante comprador de influencias» habrá hecho nacer del todo la resolución criminal en el autor, no habrá entonces duda alguna sobre su rol de instigador. Ahora bien, en el supuesto de que el autor esté ya decidido a vender las influencias al «comprador o solicitante de influencias», pudiendo aparecer mínima la aportación de este último, inclusive en este caso él es instigador, pues habrá reforzado la resolución criminal del autor.

(21) Cada vez es mayor la opinión de que no es necesario que cada coautor ejecute los actos que integran el elemento central del tipo, siempre que mantenga el codominio funcional del hecho. Así, las sentencias recaídas en el R. N. N.° 1317-2012-Lima, de fecha 14 de setiembre de 2012, Sala Penal Permanente; R. N. N.° 2957-2009-Lima, de fecha 15 de enero de 2010, Ejecutoria Suprema.

11. En síntesis, el «comprador o solicitante de influencias», es decir, «el interesado» en el delito de tráfico de influencias, solo podrá ser considerado instigador siempre y cuando sus actos en fase previa a la ejecución hayan creado o reforzado la resolución criminal en el «vendedor de influencias» mediante un influjo psíquico. Naturalmente, en el caso concreto deberá probarse que efectivamente el interesado hizo surgir la resolución criminal del traficante de influencias o reforzó la resolución criminal preconcebida. Por tanto, si la solicitud de influencias del interesado no generó ni fortaleció la resolución criminal del autor, la conducta de aquel deviene en impune, en la medida en que el tipo penal no abarca a otra forma de participación para dicho interviniente.

Desde antes de que se emitiera el presente Acuerdo Plenario, ya un sector importante de la doctrina afirmaba que el tercero interesado podía ser sancionado con el título de instigador e incluso como cómplice. Así, para Reaño Peschiera, el interesado también puede ostentar la calidad de instigador del delito de tráfico de influencias. Efectivamente, ello ocurre cuando se solicita la intercesión del titular de las influencias, a sabiendas del dominio material que este ejerce en determinado ámbito público. La consideración del interesado como instigador, en estos casos, no implica desconocer que solo el comportamiento del traficante es idóneo para cumplir el requisito de lesividad(22).

De distinta opinión, Rodríguez Delgado refiere que en este tipo de delitos no puede haber un cómplice, lo único que puede presentarse como forma de responsabilizar a una persona que no sea el traficante es cuando realice actos de instigación, la misma que deberá establecer la determinación del instigador sobre el instigado, sin la cual este último no hubiese realizado la conducta ilícita(23). Este autor refiere que en el tráfico de influencias, al tratarse de un delito de encuentro, el comportamiento del interesado no debería ser punible, en tanto dicho comportamiento es necesario para la

(22) REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*, p. 318.

(23) RODRIGUEZ DELGADO, Julio. El solicitante en las influencias traficadas, ¿todos son culpables?. En *Temas de Derecho Penal*. Lima: Ediciones Legales, 2012, p. 345.

configuración del tipo penal, cuyo núcleo esencial ya se encuentra abarcado por el comportamiento del traficante de influencias. No obstante, señala que la regla general de impunidad del partícipe contiene dos excepciones, la primera, cuando el solicitante se excede en el rol que el tipo le asigna (su intervención se transforma en innecesaria) y, la segunda, cuando dicho comportamiento es previsto por el legislador expresamente como punible. En el caso de nuestro texto legal, el legislador no ha castigado expresamente el comportamiento del partícipe necesario como punible, a pesar de que para otro grupo de delitos lo ha establecido de forma expresa(24).

Por nuestra parte, consideramos que el interesado no puede ser instigador por los siguientes motivos: primero, que la instigación supone hacer nacer la idea criminal en el ejecutor del delito, pero el comportamiento típico de esta ejecución, no puede recaer en la persona misma del instigador, *vgr.*, nadie puede instigar a otra persona a que le robe a sí mismo. Siguiendo esta lógica, el vendedor de influencias invoca estas influencias precisamente ante el tercero interesado, luego, este último no podría instigar al traficante de influencias para que le invoque sus influencias a sí mismo. Segundo, tampoco el interesado podría instigar a que el traficante de influencias le ofrezca interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. El ofrecimiento de interceder debe ser a iniciativa del traficante de influencias, de lo contrario, si es el interesado quien propone al traficante de influencias la intercesión ante un funcionario o servidor público, el traficante solo se limitaría a aceptar o rechazar la proposición, en definitiva, ninguno de estos comportamientos es equivalente a un acto de ofrecimiento.

Mayor cuestionamiento merece la opinión de la Corte Suprema cuando considera como instigación los casos en que el autor ya se encontraba decidido a vender las influencias al tercero interesado, y este último se limitara a reforzar la resolución criminal del autor. Con este razonamiento termina desnaturalizándose la institución de la «instigación» que, en esencia, significa determinar o hacer nacer la idea criminal en el autor; de ninguna manera esto puede equipararse a «reforzar» una decisión preconcebida.

---

(24) RODRIGUEZ DELGADO, Julio. El final de la historia: ¡el interesado en el tráfico de influencias es impune! En *Temas de Derecho Penal*. Lima: Ediciones Legales, 2012, p. 382.

Con esto, llegamos a la conclusión de que la instigación por parte del tercero interesado es materialmente imposible que se dé, dada la manera en que ha sido redactado el tipo penal. Si bien el interesado puede determinar al traficante de influencias para que interceda ante un funcionario o servidor público, esto termina siendo insuficiente, pues del análisis del tipo penal «a manera de candado» se desprende como elemento objetivo que esta intercesión sea por el ofrecimiento del traficante de influencias, esto es, a iniciativa suya.

Ahora bien, si el interesado no puede ser instigador, ¿cabría afirmar que puede ser cómplice? Estimamos afirmativa esta interrogante. El fundamento es el siguiente: el tercero interesado no puede ayudar al traficante de influencias a «invocar sus influencias» ni tampoco a «ofrecerse a interceder ante un funcionario público», pero sí puede ayudar a «recibir, hacer dar o prometer», para sí o para un tercero, un donativo, promesa o cualquier ventaja o beneficio.

En efecto, a diferencia de los verbos «invocar», «ofrecer» o «interceder», los cuales solo puede realizar el vendedor de influencias por sí mismo, los verbos «recibir, hacer dar o prometer» deben materializarse de manera bilateral, esto es, el vendedor de influencias debe realizar cualquiera de estos comportamientos, pero solo podrá realizarlo en tanto también intervenga el interesado; de esta manera, el traficante de influencias solo puede recibir el beneficio en tanto el interesado le entregue o prometa entregar ese beneficio. Entonces, el acto de complicidad o ayuda por parte del interesado no es realizar los verbos rectores por sí mismo, pues lógicamente estos comportamientos están pensados para el autor, sino en tanto tales comportamientos tengan una extensión contraria o negativa «como dos caras de la misma moneda» que inevitablemente se traducirá en la configuración de tales verbos rectores por parte del autor.

Entonces, ya sea que el tercero interesado es quien solicita al traficante de influencias o acepta la proposición de este para interceder ante un funcionario o servidor público a cambio de la entrega o promesa de una ventaja, el título de imputación que debe atribuírsele es el de complicidad. Rechazamos la instigación, porque dada la regulación del tipo penal, es manifiestamente imposible que el tercero interesado determine al traficante a que le invoque a sí mismo interceder ante un funcionario o servidor público. En consecuencia, aun cuando sea el interesado quien ofrezca al traficante la intercesión,

este deberá ser computado como cómplice, en tanto con su comportamiento ayuda «dando o prometiendo» un beneficio o ventaja económica al traficante.

De manera similar, aunque limitándolo a los casos en que el interesado es quien acepta la proposición de interceder del vendedor de influencias, Salinas Siccha refiere que si el tercero interesado acepta la propuesta del traficante, se convierte automáticamente en un cómplice primario, debido a que sin su aporte no se podría cometer el delito, o mejor, no podría llegar la conducta a su grado de consumación(25). En la misma línea, Arismendiz Amaya considera que el interesado en el delito de tráfico de influencias deberá responder como cómplice primario en la medida que haya aceptado la oferta del traficante de influencias, ya sea en su vertiente real o simulada, por cuanto su aporte es necesario en la medida que su accionar está vinculado con los medios corruptores, dádiva, ventaja o beneficio(26). Incluso, quienes consideran que el bien jurídico es la imparcialidad de la Administración pública aceptan que el interesado puede ser cómplice(27).

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En estos breves apuntes, hemos intentado cuestionar algunas ideas que se tenían por válidas en el delito de tráfico de influencias, tales como que el bien jurídico protegido es la imparcialidad de la función pública, que es posible la configuración del tipo penal cuando es el tercero interesado quien ofrece al traficante interceder ante un funcionario o servidor público a cambio de la entrega o promesa de una ventaja, o que el tercero interesado debería ser sancionado a título de instigación.

Desde luego, no pretendemos imponer que la interpretación que aquí realizamos sea tomada como una verdad incuestionable, pues, estamos con-

---

(25) SALINAS SICCHA, Ramiro. El delito de tráfico de influencias y el Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ - 116. *Actualidad Penal*, N.° 26. Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 166.

(26) ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. La intervención delictiva del interesado a título de cómplice primario A propósito del Acuerdo Plenario N.° 03-2015/CIJ-116P. *Actualidad Penal*, N.° 26. Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 198.

(27) Reaño Peschiera refiere que, en todo caso, el interesado que acepta la oferta es cómplice primario del traficante de influencias, cuyo comportamiento coloca en situación de riesgo la imparcialidad u objetividad de la Administración Pública en la medida en que dichas influencias sean reales. *Vid.*, REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Op. cit.*, p. 317.

vencidos de que la doctrina penal se desarrolla en cuanto las ideas sean confrontadas entre sí, debiendo mantenerse la interpretación más razonable y fundada en derecho. Por nuestra parte, estimamos que en el delito de tráfico de influencias, a pesar de haberse emitido distintos pronunciamientos de la Corte Suprema, el debate sobre sus elementos típicos aún se encuentra abierto a discusión y posible de desarrollarse nuevas interpretaciones.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Acerca del merecimiento de pena del tráfico de influencias. *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Grijley, 2014.

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. La intervención delictiva del interesado a título de cómplice primario. A propósito del Acuerdo Plenario N.° 03-2015/CIJ-116P. *Actualidad Penal*, N.° 26, 2016.

GUIMARAY MORI, Erick. El delito de tráfico de influencias. Algunos apuntes sobre su tipicidad. En *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

HERRERA GUERRERO, Mercedes. El delito de tráfico de influencias simuladas. Comentarios a la Casación N.° 374-2015/Lima. *Actualidad Penal*, N.° 19, 2016.

HURTADO POZO, José. Delito de tráfico de influencias: artículo 400 CP del Perú. En *El sistema de control penal. Derecho penal parte general y especial, política criminal y sanciones penales*. Lima: Instituto Pacífico, 2016.

MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro. 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 *Temas de Derecho Penal*. Lima: Ediciones Legales, 2012.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima: Jurista Editores, 2009.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. 2.ª ed. Lima: Jurista Editores, 2017.

RODRIGUEZ DELGADO, Julio. El solicitante en las influencias traficadas, ¿todos son culpables? En *Temas de Derecho Penal*. Lima: Ediciones Legales, 2012.

RODRIGUEZ DELGADO, Julio. El final de la historia: ¡el interesado en el tráfico de influencias es impune! En *Temas de Derecho Penal*. Lima: Ediciones Legales, 2012.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Editorial Nomos & Thesis EIRL, 2016.

ROJAS VARGAS, Fidel. Tráfico de influencias y la posibilidad del agente de interceder a cambio de medio corruptor. En *Derecho Penal práctico procesal y disciplinario. Dogmática y argumentación*. Lima: Gaceta Jurídica, 2012.

SALINAS SICCHA, Ramiro. Tráfico de influencias y la Casación del caso Aurelio Pastor. *Actualidad Penal*, vol. 5, N.° 19, 2016.

SALINAS SICCHA, Ramiro. El delito de tráfico de influencias y el Acuerdo Plenario N.° 3-2015/CIJ-116. *Actualidad Penal*, N.° 26, 2016.

SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Editorial Grijley, 2014.

EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO A EFECTOS PENALES

José Luis Rímac(*)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Sobre el funcionario público. **III.** El concepto de funcionario a efectos penales. **IV.** Concepto de funcionario público en el Código Penal peruano. **V.** El concepto de funcionario público en las convenciones internacionales contra la corrupción. **VI.** Reflexión final.

JURISPRUDENCIA:
Casación N.° 634-2015-LIMA

I. INTRODUCCIÓN

La Administración pública supone el servicio público que desarrolla el Estado a través de sus funcionarios y servidores públicos, a fin de que se concreten sus fines estatales y el de sus diversas entidades públicas. Esto es, la actividad ejercida por los agentes públicos, los cuales tienen como propósito poner en marcha el funcionamiento del aparato estatal, encaminándolo a que se cumpla con los fines y funciones del servicio público para la sociedad a la que el Estado sirve(1).

Así, la Administración pública puede ser entendida como un sistema vivo y dinámico(2) que se encuentra en constante interrelación con diversos

---

(*) Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción (DEPEC). Adjunto de docencia del curso de Delitos contra la Administración Pública en la PUCP.

(1) *Cfr.* SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública.* Lima: Grijley, 2011, p. 4.

(2) URQUIZO OLAECHEA, José. Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la administración pública. *Revista peruana de Ciencias Penales,* Año VII-VIII, N.°

actores, a través de su participación activa en la vida social, estableciendo múltiples relaciones entre las entidades estatales, paraestatales, entidades particulares o con los propios ciudadanos. En este sistema existe la posibilidad latente de sufrir lesiones que perturben su organización o normal desarrollo de sus actividades en el proceso; por ello, la Administración pública es manifiestamente objeto jurídico de tutela penal ante la inminente posibilidad de sufrir atentados y lesiones que impidan o perturben su organización y normal desarrollo de las actividades de los distintos órganos públicos en el ejercicio de sus funciones.

En tal sentido, lo que se pretende proteger en el derecho penal es el normal o correcto desenvolvimiento de la Administración Pública, tal como lo señala Asua Batarrita, al indicar que el objeto de protección consiste en «la preservación de la forma de la actuación de la administración conforme a sus fines y en el sometimiento a aquellos principios que informan el procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia»(3). De tal manera, que ese constituiría el bien jurídico genérico tutelado en la Administración pública, siendo esta idea la más acorde con el concepto de Estado social y democrático de derecho, entendida como la prestación de bienes y servicios que el Estado brinda a todos sus ciudadanos(4). Cabe señalar que, conjuntamente al bien jurídico general protegido penalmente en los delitos contra la Administración pública, existe un bien jurídico específico abocado a proteger concretamente cada uno de los comportamientos delictivos tipificados en la norma penal, con lo cual cada conducta delictiva descrita en el cuerpo normativo deberá contar con un análisis particular.

En ese sentido, de acuerdo con la particularidad del bien jurídico tutelado en el ámbito de la Administración pública y por la naturaleza de sus principios(5), no cualquier persona podrá ser autor de los delitos contra

---

12. Lima, 2002, p. 235. En el mismo sentido, ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2007, p. 5.

(3) ASUA BATARRITA, Adela. *Op. cit.*, p. 21.

(4) En el mismo sentido, Reyna Alfaro considera que este bien jurídico se concreta atendiendo a los intereses de la ciudadanía y conforme a los principios constitucionales. En REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Jurista Editores, 2009, p. 247.

(5) *Cfr.* TORRES PACHAS, David. El Concepto de Funcionario Público y la Casación N.° 634-2015. En Anticorrupción y Justicia Penal, Boletín N.° 7-2016. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP.

la Administración pública; es decir, en este tipo de delitos especiales, solo un círculo determinado de sujetos que reúnan la cualidad exigida por el tipo penal —*intranei*—, podrán afectar el bien jurídico. Así, resulta necesario delimitar el concepto de funcionario público[6], a fin de que permita determinar su imputación penal a título de autor en los delitos contra la Administración pública.

II. SOBRE EL FUNCIONARIO PÚBLICO

Precisado los conceptos de Administración pública y el bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración pública, conviene ahora revisar los conceptos de funcionario y servidor público que se presentan en la dogmática penal. De este modo, podemos señalar que el funcionario público es la persona que se vincula a través de sus actividades con el Estado, ya sea por nombramiento, designación, delegación o elección popular; el cual, provisto de poder de decisión, ejecuta la voluntad estatal con fines de interés social[7].

De este modo, el funcionario público es el agente más importante dentro de la estructura jurídica estatal, el cual ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignado roles específicos que debe desempeñar y con relación a los cuales responde positiva o negativamente. En el primer caso, con la aprobación y el reconocimiento de la nación y la ciudadanía y, en el segundo, frente a los órganos de control del Estado[8].

Respecto del servidor público, podemos indicar que, al igual que el funcionario público, sirve al Estado al cumplimiento de sus fines. Sin embargo,

---

(6) Rojas Vargas señala que la delimitación del término funcionario o servidor público dotará de contenido formal-funcional al ilícito penal haciendo posible la imputación personal por el delito contra la administración al autor o coautores que hayan realizado u omitido las preconfiguraciones típicas. En *Diálogo con la jurisprudencia*, N.° 27, 2000, pp. 42-43.

(7) Rojas Vargas señala que la delimitación del término funcionario o servidor público dotará de contenido formal-funcional al ilícito penal haciendo posible la imputación personal por el delito contra la administración al autor o coautores que hayan realizado u omitido las preconfiguraciones típicas. En *Diálogo con la jurisprudencia*, N.° 27, 2000, pp. 42-43.

(8) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Grijley, 2007, p. 39.

no representa la voluntad estatal, ya que es un agente sin mandato, en relación de subordinación con los funcionarios públicos[9].

Además, respecto de lo último señalado, consideramos que no es tan cierta dicha diferencia conceptual, ya que en la práctica el servidor público también tiene un grado de decisión y dirección frente a la administración, ya sea derivada por una orden directa o indirecta de su superior jerárquico.

Por otro lado, es necesario indicar que esta distinción teórico-conceptual no tiene mayor relevancia para fines del derecho penal, ya que el régimen de responsabilidades penales no es distinta para uno u otro.

Finalmente, cabe precisar que el concepto de funcionario público usado por el derecho penal es distinto y autónomo del concepto utilizado por las otras ramas del derecho, tales como el derecho administrativo o el derecho laboral, los cuales no comparten los objetivos y fines que el derecho penal busca cumplir[10].

III. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO A EFECTOS PENALES

Si bien la doctrina se divide a la hora de precisar los elementos que deben integrar la condición de funcionario público para efectos penales, la doctrina mayoritaria se inclina por la posición que establece que la condición de funcionario público se encuentra integrada por dos elementos. El primero de estos es la existencia de un título que genere el vínculo entre el agente público y la administración (elemento subjetivo); mientras que el segundo elemento requiere la efectiva participación, ya sea directa o indirectamente, en la función pública (elemento objetivo). Esta postura es adoptada por nuestro sistema nacional, al requerir la concurrencia de ambos elementos, a fin de que exista relevancia jurídico-penal por parte de un funcionario público.

Para identificar a un funcionario público en términos penales se deberá constatar la existencia de las dos características enunciadas: la incorporación heterónoma a la función pública, a través de un acto de selección, designación o elección, con lo cual aluda a la existencia de un título legítimo,

---

(9) SALINAS SICCHA. *Op. cit.*, p. 8.

(10) RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Proyecto Anticorrupción. Boletín N.° 31, 2013, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP.

y la participación de la función pública, en la cual el agente tenga una posición de cercanía con el bien jurídico[11].

IV. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

En nuestro ordenamiento legal peruano no se encuentra una definición del concepto funcionario público, a diferencia de lo que sucede en legislaciones comparadas. No obstante, el artículo 425 del Código Penal peruano establece un listado genérico de niveles de funcionarios y servidores, el cual considera algunas de las formas en que un sujeto puede incorporarse y vincular al Estado a través de sus actos.

De ese modo, el artículo 425 del Código Penal expresa un catálogo *numerus apertus* de sujetos, quienes podrían ser considerados funcionarios o servidores públicos a efectos penales, sin que ello signifique que la citada norma nos proporcione un concepto inequívoco del mismo. A continuación, revisaremos la citada normar:

> Artículo 425. Son funcionarios o servidores públicos:
>
> 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
> 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
> 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
> 4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por una autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
> 5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

---

(11) *Cfr.* MONTOYA DE VIVANCO, Yvan y otros. *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, 2013.

6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política o por la ley.

En tal sentido, el artículo 425 del Código Penal ha recogido una amplia lista casuística y, además, una cláusula abierta descrita en el numeral 7, la cual permite ampliar los casos a todos aquellos funcionarios o servidores públicos que la Constitución y la ley considere como tal. Por ello, se puede colegir que el referido artículo no nos ofrece definición alguna del término funcionario público, siendo tarea de los operadores del sistema de justica determinar en qué casos estamos frente a un funcionario público.

V. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN

Actualmente, existen dos instrumentos internacionales en materia de lucha contra la corrupción que nos brindan definiciones de funcionarios públicos. Por una parte, en el contexto de la Organización de Estado Americanos (OEA) contamos con la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997, la cual indica en su artículo 1 que:

> Para los fines de la presente Convención, se entiende por:
>
> «Función pública», toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
>
> «Funcionario público», «oficial gubernamental» o «servidor público», cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos [...].

De otro lado, en el escenario de las Naciones Unidas (ONU) contamos con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC), ratificada el 16 de noviembre de 2014, la cual indica en su artículo 2 que, a efectos de la presente convención:

a) Por «funcionario público» se entenderá:

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

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

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

En esa línea argumentativa, las definiciones de funcionario público otorgadas por los tratados internacionales guardan estricta concordancia con los fines perseguidos por el derecho penal. Por ello, el listado referencial descrito por el artículo 425 del Código Penal debe coincidir con las características brindadas por dichos instrumentos internacionales, a fin de considerarse el concepto de funcionario público. Por ejemplo, que cuente con un título habilitante de incorporación a la función pública, que desempeñe una función o servicio público, la irrelevancia de la denominación o *nomen iuris* utilizado, la irrelevancia del nivel de jerarquía, la irrelevancia del nivel de antigüedad, la irrelevancia del carácter temporal o permanente del cargo o la irrelevancia del carácter remunerado u honorifico del cargo[12].

Para ello, se debe tener en cuenta que los tratados internacionales son normas de derecho internacional público y, por tanto, fuentes de derecho. Adicionalmente, se debe considerar que las normas internacionales referi-

(12) RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. *Op. cit.*, p. 14.

das forman parte de nuestro ordenamiento jurídico; lo cual, se encuentra estipulado en el artículo 55 de nuestra Constitución, al señalarse expresamente que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Esto deja en claro el carácter autoaplicativo de estas normas; es decir, que no requieren de acto legal alguno para desplegar sus efectos. Ello es complementado, además, con lo establecido en el numeral 7, del artículo 425 del Código Penal, el cual señala que se considerará funcionario público, a los demás indicados en la Constitución y en la ley.

Sin perjuicio de lo mencionado, cabe indicar que el artículo 27 de la Convención de Viena estipula que los Estados parte «no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Por lo que, los Estados parte se encuentran obligados a cumplir de buena fe el contenido de dichos instrumentos internacionales.

Así pues, teniendo en cuenta las diferencias teóricas y la problemática que se suscita al momento de establecer un concepto de funcionario público a efectos penales, surgen los instrumentos internacionales; los cuales colaboran con la persecución y sanción de los delitos de corrupción, permitiendo dotar de mayor amplitud al concepto de funcionario público y ajustándose a las necesidades del derecho penal.

Nuestra jurisprudencia se ha ido decantado por esta línea argumentativa del concepto de funcionario público a efectos penales. De ese modo, se ha establecido algunos de los lineamientos analizados en el presente artículo, en sentencias como las siguientes:

- La emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la sentencia recaída en el expediente N.° 0148-2012, del 28 de octubre de 2013, en la cual se resolvió confirmar la resolución que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción solicitada por la defensa de Walter Aliaga Jacinto en el proceso penal que se le siguió por la comisión de delito de colusión.
- La emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Lima, en la Casación N.° 634-2015, la cual interpretó el concepto de funcionario público a la luz de los instrumentos internacionales mencionados en el presente trabajo, reconociendo la autonomía funcional del derecho penal respecto de otros órdenes jurídicos.

- La emitida por la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la sentencia recaída en el expediente N.° 032-2006, en el proceso seguido por el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios, por la comisión de delito de colusión.

VI. REFLEXIÓN FINAL

En el presente trabajo, hemos revisado cómo la Administración pública es un ente dinámico que interactúa continuamente con diversos sujetos, tales como ciudadanos, entidades estatales o paraestatales, etc. Asimismo, vimos que el bien jurídico categorial en los delitos contra la Administración pública es el normal o correcto funcionamiento de la Administración pública, entendido como el rol legal y prestacional con el que cuenta el Estado para cumplir con sus fines constitucionales.

El artículo 425 del Código Penal no brinda un concepto inequívoco de funcionario público a efectos penales, por lo que los operadores de justicia deberán recurrir al uso de los instrumentos internacionales para determinar en cada caso en concreto cuándo estamos frente a un funcionario público a efectos penales.

Por tales consideraciones, compartimos que la línea argumentativa a seguir es la expuesta en el presente trabajo, a fin de interpretar correctamente el concepto de funcionario público a efectos penales. La cual, además, deberá ser usada por los operadores de nuestro sistema de justicia para establecer en cada caso en concreto cuándo nos encontramos frente a un funcionario público, de acuerdo con la concepción del derecho penal.

LA MALVERSACIÓN (EL PECULADO) Y EL NUEVO DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL EN LA REFORMA DE 2015 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Carlos Mir Puig(*)

SUMARIO: I. Consideraciones generales. **II.** El nuevo artículo 432 en la reforma de 2015. **III.** El artículo 433. **IV.** El artículo 433 bis. **V.** El artículo 434. **VI.** Artículo 435. **VII.** La nueva redacción del artículo 438. **VIII.** El nuevo artículo 445. **IX.** Bibliografía.

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto el estudio de la nueva regulación en derecho español de los delitos de malversación (peculado en el derecho peruano) efectuada en la nueva LO 1/2015, 30 de marzo de reforma del Código Penal, en relación a los artículos 432 a 435, dando también una nueva regulación del artículo 438 del Capítulo VIII del Título XIX del Libro II del Código Penal y del nuevo artículo 445. Debe destacarse que en el artículo 432 se regulan dos modalidades de malversación, la primera contenida en el número 1 de dicho precepto remite en su tipificación al nuevo artículo 252 que regula *ex novo* el delito de administración desleal genérico, expresando que es sobre el patrimonio público; la segunda, por remisión al nuevo artículo 253 que regula el delito de apropiación indebida de cosa mueble, expresando que es sobre el patrimonio público. Así, se amplía de modo muy importante el tipo del delito de malversación, en comparación con la regulación anterior, lo cual era necesario para la lucha contra la corrupción si bien deberán establecerse criterios restrictivos para impedir una excesiva amplitud contraria al principio de legalidad penal.

Palabras clave: malversación, administración desleal, apropiación indebida, patrimonio público, peculado, tipo de abuso, tipo de infidelidad.

ABSTRACT

This article studies the new regulation of embezzlement offences (peculation in the Peruan Law) effected in the new Spnish Law LO 1/2015, of Mars

(*) Prof. A. Derecho Penal de Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España). Magistrado de la Audiencia Provincial de Barcelona.

30, 2015, in relation to the articles 432, 433, 434 and 435, also giving a new regulation of article 438 of Chapter VIII of Title XIX of Book II of Criminal Code, and article 445. It should be highlighted that in the article 432 two modalities of embezzlement are regulated, the first one contained in the number 1 from said precept remits in its typification to the new article 252 that regulates ex novo the offence of generic dishonest appropriation of the proceeds of a trust expressing that it is about public estate; and the second for remission to the new article 253 that regulates the offence of misappropriation of movable matter, expressing it is about public estate. As a result, the offence of embezzlement critically expands in comparison whith the previous regulation, which was necessary to fight against corruption, although restrictive criteria must be established to hinder an excessive scope contrary to the principle of legality in criminal proceedings.

Keyswords: embezzlement, doshonest appropriation of the procedes of a trust, misappropriation, public etate, peculation, abuse offence, infidelity offence.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La LO 1/2015, de 30 de marzo, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015 ha modificado sustancialmente los delitos de malversación al sustituir la descripción de las tres conductas típicas de sustracción con ánimo de lucro de fondos públicos por parte del funcionario público o autoridad —o consentir que otro los sustraiga con el mismo ánimo—, de destino a usos ajenos a la función pública de dichos caudales públicos, pero sin intención de reincorporación patrimonial, y de aplicación privada de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a las Administraciones Públicas con grave perjuicio para la causa pública, contenidas en los anteriores artículos 432, 433 y 434 del CP 95, por una expresa remisión del nuevo artículo 432.1 al nuevo delito genérico de administración desleal (art. 252) y del nuevo artículo 432.2 al delito de apropiación indebida del nuevo artículo 253 del CP.

Debe advertirse, en primer lugar, que el texto inicial de la reforma de los delitos de malversación de los artículos 432 a 435 en el Anteproyecto de 2012 fue modificado en abril de 2013, tras haberse producido los informes del Consejo General del Poder Judicial y de la Fiscalía General del Estado, por el propio prelegislador, probablemente asumiendo algunas de las críticas efectuadas por dichos informes preceptivos, pero no vinculantes. Y, el Consejo de Estado evacuó su Dictamen sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013, en fecha 27 de junio de 2013, que tiene su importancia. Además, el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal, aprobado

por el Gobierno el 21 de setiembre de 2013 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados en fecha 04-10-13, N.° 66-1) volvió a modificar dicho Anteproyecto, haciendo caso al Informe de la Fiscalía General del Estado, modificando las penas del inicial artículo 432 que se han elevado ostensiblemente. También, alteró el nuevo artículo 252.1 y suprimió el apartado segundo del artículo 433, así como dio nueva redacción al artículo 438 del CP, eliminando el supuesto de apropiación indebida de funcionario público con abuso del cargo evitando así los graves problemas concursales casi irresolubles entre este último delito y el delito de malversación en la redacción dada por la reforma, expresados en el Informe del C. G. P. J. de 16 de enero de 2013. Sobre la redacción inicial de los nuevos artículos 432 a 435 de malversación se han producido, además, algunos estudios como son, a título de ejemplo, los trabajos de Roca Agapito, L.(1), de Manzanares Samaniego, J. L.(2), y de Castro Moreno, A. y Gutiérrez Rodríguez(3), que han sido considerados en este trabajo.

El objeto de nuestro estudio se refiere a la redacción definitiva de los delitos de malversación y del nuevo delito de administración desleal operada por la LO 1/ 2015, de 30 de marzo de 2015 que entró en vigor el 1 de julio de 2015.

Comoquiera que la reforma de la malversación se efectúa mediante una remisión expresa a los artículos 252 (en que se regula por primera vez el delito de administración desleal en sede patrimonial) y 253 (en que se mantiene con algunas modificaciones el artículo 252 del CP 95 relativo al delito de apropiación indebida), aparte de dar nueva redacción al artículo 254, inevitablemente nuestro estudio también deberá versar sobre dichos preceptos, que la reforma de 2015 mantiene en lo esencial, salvo la importante eliminación del N.° 2 del artículo 252 en la redacción del proyecto (que incluía el llamado

---

(1) ROCA AGAPITO, L. Delitos de malversación: artículos 432 y ss. En *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012.* ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; DOPICO GÓMEZ, J.; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. Valencia: Ed. Tirant lo Blanc, 2013.

(2) MANZANARES SAMANIEGO, J. L. «La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, N.° 8104, Sección Doctrina, 2013, Año XXXIV, Ed. La Ley. LA LEY 3031/2013.

(3) CASTRO MORENO, A y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado. En *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012.* Coord. Álvarez García, F. J.; Dopico Gómez, J; Díez Ripollés, J. L. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2013.

tipo de infidelidad)[4], pasando a regularse en el actual N.° 2 del artículo 252 un delito leve de administración desleal, si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediera de 400 euros y suprimiéndose el N.° 3 del artículo 252 en la redacción dada por el proyecto.

La opción del prelegislador ha sido mantener los delitos de malversación bajo el Título XIX «Delitos contra la Administración Pública», sin que haya optado por trasladarlos al Título XIII «Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico», como preconizaba un sector de la doctrina al entender la malversación como un delito estrictamente contra el patrimonio público, calificado por el sujeto activo que debe ser un funcionario público y por el objeto, que es el patrimonio público, siguiendo dicho sector el ejemplo alemán en que se tipificaba al inicio autónomamente la malversación como apropiación indebida de funcionario público en los parágrafos 350 y 351 —*Amtsunterschlagung*— del Código Penal de 1871 (también en el Anteproyecto de Código Penal alemán de 1909 en su parágrafo 209), hasta que a partir de la Ley de 2 de marzo de 1974 se destipificó como figura autónoma pasando a ser sancionada la malversación a través de los tipos comunes de apropiación indebida —*Unterschlagung*— (parágrafo 246 del StGB) y de gestión desleal de negocios ajenos —*Untreue*— (parágrafo 266 del StGB). Sin embargo, el prelegislador español ha optado por un punto intermedio: por un lado, llevar al concepto de malversación la administración desleal referida al patrimonio público; pero, por otro lado, exigir que el sujeto activo sea un funcionario público y entender los delitos de malversación como delitos contra la Administración Pública, entendida por la doctrina mayoritaria en su vertiente objetiva como función pública o servicio público, en la relación Administración-ciudadano y no Administración-funcionario. También, en los derechos franceses e italianos se regula específicamente la malversación como delito contra la Administración Pública. Así, ocurre en el artículo 432-15 del *Code Pénal*, que regula *la soustraction et le détournement de biens*, como delitos contra la Administración Pública. Y en el Código Penal italiano en el artículo 314, que se regula el *peculato*, y en el artículo 316 en que se regula

(4) El artículo 252.2 del proyecto disponía: «Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar».

el *peculato proffitto dell'errore altrui*, que constituyen los dos únicos preceptos a los que se reduce la incriminación de los delitos que en España se conocen como malversación, debiéndose aclarar que la *malversazione a danno dello Stato*, regulada en el artículo 316 bis equivale al fraude de subvenciones del Código Penal español.

No obstante, al remitir en la configuración de la malversación el ahora artículo 432 en su número primero al artículo 252 relativo a la administración desleal patrimonial, y en su número segundo al artículo 253 que regula la apropiación indebida, se ha acentuado todavía más el carácter patrimonial de los delitos de malversación, aunque sin perder su consideración como delitos contra la Administración pública(5).

Es importante destacar que en la reforma se configura la malversación, o al menos alguna de sus modalidades sin carácter apropiativo, como una verdadera *administración desleal patrimonial específica*, que ya algún autor había puesto de manifiesto respecto de las conductas de desvío o distracción

(5) Un sector de la doctrina importante mantiene que el delito de malversación tiene como exclusivo bien jurídico el patrimonio público, de modo que el deber de fidelidad del funcionario respecto de la Administración forma parte solo del medio comisivo de la acción pero no del bien jurídico. *Vid.* NIETO MARTÍN, A. *El delito de administración fraudulenta*, pp. 240-241. Así, literalmente dice: «En realidad, los delitos de malversación no tienen otro bien jurídico que el patrimonio público», citando a DE LA MATA/ETXEBARRIA. *Malversación y lesión del patrimonio público*, pp. 79 y ss. Y, luego, dice: «El incluir un deber de fidelidad, con el fin de explicar el bien jurídico de los delitos de malversación supone un error semejante al que cometía la doctrina alemana de los años 30, cuando creía ver la esencia del delito de *Untreue* en la ruptura de un deber de lealtad. Igual que en este delito el deber de fidelidad en los tipos de malversación no es sino el medio comisivo característico para producir la lesión patrimonial, que ha de utilizarse además para trazar el círculo de *intraneus*. Y es este especial desvalor de la acción, que no la existencia de un bien jurídico adicional, lo que justifica la mayor pena que se asocia a la malversación»; igualmente, FEIJOO SÁNCHEZ, B. *Delitos contra la Administración Pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas*. En *La Ley*, Diarios 4250 y 4251 de 17 y 18 de marzo de 1997, en la nota 44, al folio 1691, afirma que «el bien jurídico protegido en el delito de malversación es solo el patrimonio público. Lo que sucede es que en el delito de malversación se protege el patrimonio público mediante un "delito de deber". Si una persona que no está especialmente obligada a proteger el patrimonio público sustrae bienes, efectos o caudales públicos, realizará un delito común: un delito patrimonial». Parece seguir la teoría de los «delitos de deber» de Roxin, que cita al inicio de dicha nota.

de efectos o caudales públicos de los artículos 433 (destino a usos ajenos a la función pública, pero sin intención de incorporación patrimonial) y 434 (aplicación privada a bienes muebles e inmuebles pertenecientes a la Administración pública con grave perjuicio para la causa pública) del CP 95[6]. En la reforma cabe distinguir entre la modalidad de malversación como conducta de apropiación —artículo 432.2 y 3 que remite al artículo 253 que castiga la apropiación indebida, cuyo bien jurídico entendemos es la propiedad— y la modalidad de malversación como conducta de administración desleal —artículo 432.1 y 3 y 433 ap. segundo, cuyo bien jurídico es el patrimonio público—.

La reforma mantiene la desincriminación de la modalidad imprudente, que se castigaba en el artículo 395 del ACP de 1973 y que desincriminó el CP de 1995, y no hace referencia expresa a la aplicación pública diferente de aquélla a que estuvieren destinados los caudales públicos, que se castigaba en el artículo 397 ACP, que también fue desincriminada por el CP 95.

---

(6) *Cfr.* CASTRO MORENO, A y GUTIERREZ RODRIGUEZ, M. Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado. En *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, p. 782. Dice así: «En realidad, la actual regulación del delito de malversación ya contiene una modalidad de administración desleal de patrimonio público, en el art. 433 CP vigente». Asimismo, Bacigalupo Zapater ha afirmado en síntesis en la administración desleal en el nuevo Código penal. En *La Administración desleal, Cuadernos de derecho Judicial*, 1999, pp. 195 y ss., que la distracción de dinero del art. 252 del CP es una administración desleal, tipo diferente e independiente del tipo de la apropiación indebida, que es un delito contra la propiedad, mientras que el de administración desleal es un delito contra el patrimonio. Dice así literalmente: «Estructuralmente el tipo de distracción de dinero responde al llamado "tipo de la infidelidad", es decir, una de las alternativas típicas de la figura genérica de la administración desleal», p. 201. Y así se ha sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la importante sentencia 224/98 (caso Argentia Trust), 26-02-98, en que se recogen como precedentes las SSTS de 7 y 14-03-94 y la de 30-10-97. En dicha sentencia, el TS ha sostenido que el tipo de infidelidad contenido en la «distracción de dinero: «1. Tiene la finalidad de «proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador. 2. Que la disposición sin razones que lo justifiquen consuma el delito y que no es necesario el enriquecimiento del autor, y 3. Que no es necesario el *animus rem sibi habendi*», dado que este solo tiene razón de ser en los tipos de apropiación. Y lo mismo puede decirse de las conductas de distracción de los artículos 433 y 434 del CP 95, que constituyen una administración desleal del patrimonio público y no una verdadera apropiación indebida.

Hay autores que reivindican que es necesario que se castigue dicha conducta de distracción de los bienes o efectos públicos a otra finalidad pública de la asignada legalmente, al menos de darse un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados, como hizo la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983 en su artículo 412. Este es el caso de Manzanares Samaniego, J. L., y Roca Agapito, L., entre otros. El primero[7] afirma que «el error del Proyecto de 1980 y del Código Penal de 1995 —que destipificaron dicha conducta— fue no reparar en que la vía sancionadora administrativa, eficaz tal vez en los escalones inferiores de la Administración, es por completo inoperante cuando aquel cambio en el destino de los dineros públicos se realiza al más alto nivel, con un ministro, por ejemplo, como autor del desvío. Sería interesante saber si tales prácticas, más o menos habituales a lo largo de las últimas décadas, han sido sancionadas administrativamente en alguna ocasión, pese a que por ellas ha transitado buena parte de la corrupción hoy poco menos que institucionalizada a la sombra de los poderes públicos. Los euros previstos para construir una carretera pueden destinarse a un informe sobre el medio ambiente en relación con las emisiones de anhídrido carbónico en las autopistas alemanas. No pasará nada porque el gasto habrá tenido oficialmente una finalidad pública con o sin concurso. Además, esta impunidad tiene la ventaja de que se puede beneficiar al familiar, amigo o compañero de partido con cifras astronómicas de euros a cambio de tres folios que, cogidos de Internet, no servirán para nada (tal y como se sabía de antemano) [...] y así sucesivamente». El segundo[8] autor citado más arriba dice que «sería conveniente volver a tipificar la aplicación de los caudales a fines públicos, pero distintos de los que tuvieren legalmente asignados, si bien limitando la figura a solo los supuestos en que con ello se cause un grave daño al servicio a que tales caudales estuvieren destinados». En mi opinión, en los casos de no darse dicho grave daño al servicio público debería sancionarse dicha conducta como infracción administrativa por aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal, principio que fundamentó la desincriminación de la referida conducta en el Proyecto de 1980 y en el CP 1995. Debe señalarse que en el Código Penal peruano se incrimina dicha conducta en su artículo

---

(7) MANZANARES SAMANIEGO, J. L. La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal. *La Ley*, N.° 8104, 2013, p. 1.

(8) ROCA AGAPITO, L., en sus conclusiones de su libro monográfico *El delito de malversación de caudales públicos*. Ed. JM Bosch, 1999, p. 368.

389 con la pena privativa de libertad de 1 a 4 años, estableciendo un tipo agravado en el apartado segundo de dicho precepto si el dinero o bienes que administra el funcionario o servidor público corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales, afectando al servicio, castigado con la pena privativa de libertad de 3 a 8 años.

En la reforma no se hace mención expresa al «ánimo de lucro», aunque inicialmente el Anteproyecto de 2012 lo contemplaba, con pena más grave en el número 2 del artículo 432 estableciendo que: «Si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro propio o ajeno, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años». Sin embargo, dicha redacción del número 2 del artículo 432 se eliminó. En el Código Penal de 1995 ya se introdujo «el ánimo de lucro» en los artículos 432 —modalidad de malversación de carácter apropiativa— y 434 —aplicación privada a bienes muebles e inmuebles—, lo que fue interpretado como una acentuación del carácter patrimonial del objeto protegido de dichos delitos, reduciendo el alcance de la malversación tradicional que no exigía dicho ánimo de lucro expresamente en el artículo 394 del CP 73. En la doctrina, Roca Agapito critica la inclusión del ánimo de lucro en el delito de malversación «porque lo importante del delito de malversación no es que el funcionario se lucre o trate de beneficiar a un tercero, sino el perjuicio que causa al patrimonio público y la infidelidad para con la Administración y los ciudadanos a que sirve [...]. Además, con respecto de la malversación impropia del artículo 435.3 del CP 95, tampoco tiene ningún sentido el exigir el ánimo de lucro»[9]. Nosotros pensamos que en la modalidad de administración desleal la malversación no exige ánimo de lucro y no es un delito de enriquecimiento. En efecto, dicha modalidad de malversación es un delito de daño patrimonial, a diferencia de la estafa o la extorsión que son tipos de enriquecimiento, mostrándose la doctrina alemana claramente partidaria de la punibilidad de los casos de dolo eventual (así, Otto, Hubner, Shönke-Schroeder) [10], y en la modalidad apropiativa debe concurrir el *animus rem sibi habendi*. En la doctrina, hay un sector doctrinal que entiende que dicho ánimo es distinto del ánimo de lucro —entendido en su concepción económica subjetiva de

(9) ROCA AGAPITO, L. Delitos de malversación: artículos 432 y ss., p. 924. En *Estudio Crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*.

(10) NIETO MARTIN, A. *El delito de administración fraudulenta*, p. 34.

propósito de obtener un provecho económico contemplado desde la perspectiva del sujeto—, *sin perjuicio de que puedan coexistir ambos o darse por separado*[11], de modo que cabe ánimo de apropiación sin darse el ánimo de lucro y viceversa, darse ánimo de lucro sin ánimo de apropiación de hacer suya la cosa. En cambio, otro sector doctrinal identifica el ánimo de apropiación con el ánimo de lucro, partiendo de la concepción económica objetiva[12] que entiende por ánimo de lucro el ánimo de obtener una ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico. Finalmente, puede entenderse que el ánimo de lucro es un concepto más amplio que el *animus rem sibi habendi*, de modo que este último implícitamente contiene ínsito en la acción de apropiación el ánimo de lucro, pero no todo ánimo de lucro contiene el ánimo de apropiación[13]-[14].

---

(11) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. *El hurto propio*. Madrid: Ed. Ministerio de Justicia y CSIC, 1946, pp. 154-157 y 194-195. Dicho autor maneja una concepción económica subjetiva de ánimo de lucro como propósito del sujeto de obtener un beneficio económico contemplado desde el punto de vista del sujeto. También, ANTÓN ONECA, J. Estafa. En *NEJ Seix*. Tomo 9. Barcelona 1958, pp. 56 y ss. Partiendo de dicha orientación, ROCA AGAPITO, L. *Op. cit.*, pp. 197-198. Este autor sostiene que el ánimo de lucro no se exigía tradicionalmente en el delito de malversación, exigiéndose específicamente, en cambio, en la Propuesta de Anteproyecto de Código penal de 1983, art. 409 y en el CP de 1995, en los artículos 432.1 y 434.

(12) BAJO FERNÁNDEZ, M. Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago. *ADPYCP*, 1975, p. 369. Este autor considera que el «ánimo de hacerse pago» aparece como una modalidad de ánimo de lucro. ZUGALDÍA ESPINAR. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso*, pp. 45-46. Madrid: Ed. Akal, 1988. DE LA MATA BARRANCO. Los delitos de malversación. *Revista aragonesa de Administración Pública*, N.° 11, 1997, p. 451. ETXEBBARRIA ZARRABEITIA, X. Malversación de caudales públicos. En *Delitos contra la Administración Pública*». Bilbao: Ed. Instituto vasco de Administración Pública, 1997, pp. 179 y ss. FEIJOÓ SÁNCHEZ, B. *Op. cit.*, p. 1687. También, STS 9 de diciembre de 1997. En la doctrina alemana, el ánimo de apropiación equivale al ánimo de lucro, según afirma Bajo en Ánimo de lucro..., pp. 362 y 366.

(13) *Cfr.* SAINZ PARDO CASANOVA, J. A. *El delito de apropiación indebida*, 1978, p. 139. Dicho autor dice que así puede darse ánimo de lucro en la apropiación indebida de uso en que no hay ánimo de apropiación definitiva de la cosa. En el mismo sentido, SUÁREZ MONTES. Robo y hurto de uso de vehículos de motor. *RGLJ*, 1970, pp. 115-116, quien señala que «a la voluntad de uso pertenece de modo inmanente el ánimo de obtener un provecho o lucro, consistente en el disfrute temporal del vehículo».

(14) SILVA CASTAÑO, M.ª. L. *El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno*, prólogo de Enrique Bacigalupo, defiende que el delito de apropiación

Un caso a resolver en la práctica es si el acreedor que se apodera de bienes del deudor con el ánimo de hacerse pago actúa o no con ánimo de lucro. En el ámbito de la malversación, cabe entender que el ánimo de hacerse pago desplaza al ánimo de lucro, y si se afirma que esta exige ánimo de lucro, aunque sea de manera ínsita a la apropiación, procede la absolución de dicho acreedor-funcionario público, como hizo la STS (RA 1354), de 29 de febrero de 1988, ponente D. Manuel García de Miguel en el caso de un Secretario de Ayuntamiento que en tres ocasiones recibió diversas cantidades de dinero de personas que eran deudoras del Ayuntamiento, y que después de contabilizar debidamente dichas cantidades en los libros correspondientes del Ayuntamiento, se apoderó de tales con designio único de hacerse pago a cuenta de la cantidad muy superior que el Ayuntamiento le estaba adeudando. En cambio, otras sentencias del Tribunal Supremo (SSTS 3-4-1940 y 28-3-1957) han castigado esa misma conducta al entender que la malversación no exige ánimo de lucro[15]. Y también podría argumentarse que aunque la malversación exigiera ánimo de lucro, debería condenarse; pues el ánimo de hacerse pago aparece como una modalidad del ánimo de lucro, como sostiene Bajo.

La reforma debe ser analizada también desde el punto de vista de las penas que ahora se imponen en los artículos 432 a 435. Parece adecuado efectuar una comparación con las impuestas en otros derechos, como en el derecho penal francés, italiano y alemán, y especialmente con las impuestas en el Código de 1995 y concretamente en el artículo 438 CP 95. Así, en el derecho francés, el artículo 432-15 del *Code pénal* que entró en vigor el 1 de marzo de 1994, bajo la Sección Tercera dedicada a las faltas al deber de probidad (Des manquements au devoir de probité), bajo el Capítulo II (*Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique*), bajo el Título III (Des atteintes à l'autorité de l'état) castiga «la soustraction et détournement de biens» con una elevada pena de diez años y multa. En el derecho italiano, el artículo 314 del CP tipifica el *peculato*. En el primer párrafo, incrimina la apropiación de dinero u otra cosa mueble ajena por parte del funcionario público o encargado de un servicio

---

indebida no es un delito de enriquecimiento, sino solo un delito de apropiación, que no requiere ánimo de lucro, bastando exclusivamente el dolo, que puede ser eventual (pp. 202 y 152 y ss).

(15) En este sentido, SUÁREZ MONTES, F. El delito de malversación de caudales públicos. En *RGLJ*, 1966, p. 865.

público que tuviera su posesión o disponibilidad por razón de su función o servicio, castigándose la conducta con reclusión de 3 a diez años. Y, en el párrafo segundo, incrimina el supuesto de uso momentáneo de la cosa por parte del sujeto activo que restituye, castigándose con una reclusión de seis meses a tres años. En el derecho penal alemán, que se caracteriza por la ausencia de incriminación expresa de la apropiación o desviación de caudales públicos, omitiendo una regulación específica para la protección del patrimonio público, desde que por la ley de 2 de marzo de 1974 se derogaron los epígrafes 350 (*einfache Amtsunterschlagung*) y 351 (*schwere Amstsunterschlagung*) StGB, incluidos en los delitos de la función pública, es de aplicación el actual parágrafo 246 referido a la apropiación indebida común (*Unterschlagung*), que castiga con la pena de privación de libertad hasta tres años o multa o hasta cinco años o multa. En cambio, el parágrafo 266 del StGB castiga la administración desleal con la pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa y en los casos especialmente graves con la pena privativa de libertad de uno a diez años.

En el derecho penal peruano, se castiga el peculado doloso cometido por el funcionario o servidor público, tanto en la modalidad de apropiación como de uso, con las penas de 4 a 8 años de pena privativa de libertad (art. 387 del CP peruano), y se establece un tipo agravado por la cuantía de lo apropiado o utilizado —cuando exceda de diez unidades impositivas tributarias— que castiga con las pena privativa de libertad de 8 a 12 años. En caso de peculado culposo la pena es de 3 a 5 años de privación de libertad.

En el CP de 1995, anterior a la reforma de 2015, se castigaba la malversación apropiativa del artículo 432.1 con la pena de 3 a 6 años de prisión e inhabilitación absoluta de 6 a 10 años, castigándose el tipo agravado de revestir la malversación de especial gravedad, atendiendo el valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio, o si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, con las penas de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años. Y, se preveía un tipo atenuado con penas de 6 meses a 3 años de prisión, multa superior a 2 y hasta 4 meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta 3 años si la cantidad sustraída es inferior a 4000 euros. Finalmente, se castigaba el artículo 433 del CP 95, constitutivo de la malversación de uso, con las penas de multa de 6 a 12 meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 3 años, si se da el reintegro de lo dis-

traído, y de no darse con las penas de 3 a 6 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a diez años. En cambio, el Anteproyecto de 2012 castigaba tanto la malversación en su modalidad de administración desleal como en su modalidad apropiativa, con las penas de 1 a 4 años de prisión e inhabilitación especial para el cargo o empleo público por tiempo de 4 a 10 años, y solo en el tipo agravado por haberse causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público o el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50 000 euros, se castigaba con las penas de 2 a 6 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 a 10 años, previendo un tipo superagravado si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250 000 euros, que se castigaba con las penas de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años.

Como puede verse, las penas previstas en el Anteproyecto —no así en el Proyecto, como se verá más adelante— eran sensiblemente inferiores a las señaladas en el CP 95, lo que se agravaba al introducir un nuevo artículo 434 en que permite a los tribunales imponer la pena inferior en uno o dos grados si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos. La pena resultante podía pues llegar a ser irrisoria. El Anteproyecto parecía haberse olvidado del artículo 438 del CP, que no derogaba, que castigaba a la autoridad o funcionario público que con abuso de su cargo cometiere algún delito de estafa o de apropiación indebida, con las penas respectivamente señaladas a estos, en su mitad superior e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años. Así, podía ocurrir que la pena impuesta por el artículo 438 del CP fuera de tres años y seis meses a seis años, en el supuesto de que la apropiación indebida se castigara con la pena del artículo 250 del CP, mientras que la malversación por funcionario público se castigara con la pena de 2 a 6 años en el tipo agravado, cuando se había entendido siempre que el artículo 438 CP debería ser de menor gravedad —y castigado menos— que el delito de malversación en su modalidad apropiativa, ya sea por el objeto material protegido, que es el patrimonio privado de los particulares y de los entes públicos a diferencia de la malversación que es el patrimonio público, ya sea por faltar el requisito de la tenencia a cargo del funcionario «por razón de

sus funciones»[16], debiendo la malversación, en cambio, castigarse más. Además, como quiera que el artículo 250 CP también se modifica en la reforma al establecer una pena de 4 a 8 años y multa de 12 a 24 meses cuando el valor de la defraudación supere los 250 000 euros, resultaría que de aplicarse el artículo 438 del CP correspondería en dicho caso una pena más grave de 6 a 8 años de prisión y de 18 a 24 meses de multa, mientras que en el caso de malversación la pena para el tipo superagravado de exceder el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados de 250 000 euros, la pena a aplicar sería de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

El Proyecto de LO de Código Penal actual vino, sin embargo, a subsanar ese déficit punitivo al castigar el delito de malversación del artículo 432.1 y 2 tanto en su modalidad de administración desleal como en su modalidad apropiativa, con las penas de *dos a seis años de prisión* —en vez de prisión de 1 a 4 años— e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años. Y, también el tipo agravado del artículo 432.3 se castigaba más, con las penas de *cuatro a ocho años de prisión* —en lugar de 2 a 6 años de prisión— e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. Y, asimismo, el tipo superagravado del artículo 432.3 *in fine* se castigaba más que en el anteproyecto, al imponer la pena «en su mitad superior», lo que significaba que la pena de prisión era de 6 años y un día a 8 años, y la de inhabilitación absoluta de 8 a 10 años, «pudiendo llegar hasta la superior en grado», o sea, pena de prisión de 8 años y un día a 12 años e inhabilitación absoluta de 10 a 15 años. Finalmente, en la nueva redacción dada al artículo 438 del CP, en que desaparece la apropiación indebida de funcionario público se añade que la pena imponible puede «llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código».

En la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, se mantienen las penas de prisión del proyecto, si bien con la salvedad de *añadir*, junto a la pena de inhabilitación especial para cargo o empleo público, la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo

(16) ROCA AGAPITO, L. *Op. cit.*, pp. 345 y 367. *Vid.* también MIR PUIG, C. Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código penal. Ed. JM Bosch Editor, pp. 349 a 352. También, el mismo autor en *Comentarios al Código Penal*. Reforma LO 5/2010 Directores Mirentxu Corcoy y Santiago Mir Puig, p. 958.

de seis a diez años (actual artículo 432.1). En cambio, en el tipo agravado, la inhabilitación absoluta es por tiempo de diez a veinte años. Y, en el tipo superagravado, se señala la pena «en su mitad superior», lo que significa una pena de prisión de 6 años y un día a 8 años e inhabilitación absoluta de doce años y seis meses y un día a veinte años, «pudiendo llegar hasta la superior en grado», o sea la pena de 8 años 6 meses y un día a 12 años de prisión e inhabilitación absoluta hasta 30 años.

Debe destacarse que la pena de prisión del tipo base del actual artículo 432.1 y 2 es de 2 a 6 años —rebajándose el límite mínimo que en el CP anterior a la reforma era de 3 años—, lo que permite, de imponerse una pena concreta de dos años, la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la pena (art. 80 del CP).

II. EL NUEVO ARTÍCULO 432 EN LA REFORMA DE 2015

El nuevo artículo 432 dice así:

1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.
2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.
3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:
   a) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o
   b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50 000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250 000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado[17].

[17] El artículo 432 en la redacción dada por el proyecto de 2013 decía así:

A) Ubicación sistemática y bien jurídico protegido

La reforma de 2015 sigue manteniendo los delitos de malversación bajo el Capítulo VII «De la malversación» del Título XIX: «Los delitos contra la administración pública».

Dicha ubicación permite mantener que con los delitos contra la administración pública se persigue el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en su vertiente objetiva de función pública o servicio público (artículo 103 CE), es decir, en la relación de funcionario público-ciudadanos, y no tanto en la relación de funcionario-administración, que es relevante en el ámbito del derecho administrativo disciplinario. Y, dicha función pública puede ser atacada *desde dentro* por los funcionarios públicos (en la malversación propia del artículo 432) o *desde fuera* por los particulares, en el caso de la malversación impropia del artículo 435, asimilados legalmente a funcionarios públicos. A su vez, el interés jurídico concreto protegido en la malversación lo constituye la correcta gestión del patrimonio público en sentido funcional para posibilitar la prestación de los servicios públicos, y la confianza del público en el manejo honesto del patrimonio público, siendo objeto material del delito de malversación el patrimonio público a diferencia de los delitos contra el patrimonio o la propiedad privada que se regulan en el Título XIII del Código Penal. Puede, por ello, mantenerse la naturaleza dual de dicho delito, de delito contra la función pública y a la

---

«1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de *dos a seis* años e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de cuatro a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de *cuatro a ocho años* e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

   a) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

   b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50 000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250 000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la superior en grado».

vez contra el patrimonio, *acentuándose* todavía más en la reforma la tendencia de los últimos años de entender como bien jurídico de la malversación el patrimonio cada vez con mayor exclusividad, afirmándose por algunos que el medio comisivo lo constituye la infracción del deber de fidelidad del funcionario público[18]. Y se acentúa más el carácter patrimonial al remitir el legislador, en la tipificación de los delitos de malversación (art. 432.1), al artículo 252 del CP, que a su vez ha sido objeto de *nueva* redacción[19] —siguiendo en parte al Anteproyecto de 2013 y al proyecto de 2013—, introduciendo el nuevo delito de administración desleal del patrimonio privado ajeno, como **tipo genérico**, y derogando en el ámbito societario el delito de administración fraudulenta del artículo 295 del CP en la Disposición Derogatoria Única 2. Y al remitir el legislador a la tipificación de la malversación apropiativa al artículo 253 del CP, nuevo precepto en que se regula el tradicional delito de apropiación indebida —antes artículo 252 del CP 95— en que se han eliminado los términos «distracción» y «administración», así como «activo patrimonial» y reaparecen a última hora como objeto el «dinero, efectos, valores», que el Proyecto había eliminado. Parece ser que la voluntad del prelegislador era pasar la modalidad de distracción al delito de administración desleal del nuevo artículo 252, al haber entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en el artículo 252 del CP 95 se regulaban dos tipos: por una parte, conductas apropiativas propiamente dichas y por otra parte, conductas de administración desleal[20]. Así lo corrobora la Exposición de Motivos del Proyecto XVII. Decía lo siguiente:

---

(18) Así NIETO MARTÍN, A. *Op. cit.*, p. 240, y BARJA DE QUIROGA, J. L. *Op. cit.*, p. 142, quien dice: «El medio comisivo exigirá que el autor quebrante el deber de fidelidad para con la Administración, pero ello no será la base del tipo ni del bien jurídico protegido, pues, como dijimos, la esencia de este delito se encuentra en que se trata de un supuesto de administración desleal y se compendia en la producción de un perjuicio al patrimonio público (frustrando los fines asignados) cuya protección tiene conferida».

(19) La reforma a partir del Dictamen de la Comisión de justicia del Congreso decide eliminar el N.° 2 del art. 252 en la redacción dada por el proyecto, suprimiendo el llamado tipo de infidelidad, que se recogía en dicho número.

(20) *Vid.* la importante sentencia del TS N.° 224/1998 de 26 de febrero de 1998, (caso Argentia Trust) en que se recogen como precedentes las SSTS de 7 y 14-3-94 y la de 30-10-97.Vide también SSTS 27-11-98, 21-07-2000, 2-11-01, 18-4-02, 30-09-02, 841/2006 de 17-7, etc.

Se introduce, dentro del Capítulo VI del Título XIII, una nueva sección 1 bis «de la administración desleal», en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva. El Código Penal de 1995 había optado por tipificar la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que tiene por sujeto pasivo a cualquier persona. De hecho, la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o «distracción» de dinero o valores patrimoniales, que debía ser diferenciado: apropiación indebida, «cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio», y administración desleal, «cuando se le da la cosa recibida un destino distinto al pactado», supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal, y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo. La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas: quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie (arg. artículo 1753 CC). En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado (de nuevo, *vid.* art. 1753 CC), por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal. Por ello, quien hace suya la cosa que había recibido con la obligación de devolverla, comete un delito de apropiación indebida, y quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal [...].

Esta nueva regulación de la administración desleal motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación. Los delitos de apropiación indebi-

da son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad, según se trate de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas a sin quebrantamiento del deber de custodia, en este último grupo de casos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos. La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos. De este modo, se incluyen dentro del ámbito de la norma, junto con las conductas de desviación y sustracción de los fondos públicos (pues también administra deslealmente o malversa los fondos ajenos administrados quien se enriquece con ellos), otros supuestos de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público. Al igual que en el caso de los particulares, la apropiación indebida de bienes por parte del funcionario es sancionada con una pena equivalente a la de la gestión desleal [...].

En el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo no se contiene explicación alguna a por qué se han vuelto a introducir como objeto del delito de apropiación indebida al *dinero, efectos o valores,* que normalmente son cosas fungibles. Pero puede obedecer a las fuertes críticas de la doctrina dominante que sostiene la posibilidad de la apropiación indebida del dinero, aunque sea cosa fungible, cuando se infringe una *obligación* concreta sobre el bien *de entregarlo o devolverlo,* a diferencia de los casos en que el sujeto activo tiene *un marco de gestión* con validez jurídica sobre él[21]. Así, siguiendo los ejem-

(21) *Vid.* GILI PASCUAL A. Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP). En *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015.* Director González Cussac. Valencia, 2015.

plos de Nieto Martin, si A entrega a B 1000 euros para comprar acciones de la empresa X y se queda B el dinero para pagar una deuda personal, comete apropiación indebida; pero si A entrega a B 1000 euros para que los invierta en Bolsa en la sociedad que considere más rentable, y B compra acciones de una empresa en que tiene intereses y no es rentable, comete un delito de administración desleal. Y el administrador de un patrimonio puede realizar ambas modalidades de conducta.

El Preámbulo de la LO 1/2015 tampoco dice nada sobre la supresión del N.° 2 del artículo 252 en la redacción dada por el Proyecto, que elimina el llamado tipo de infidelidad[22]. Sin embargo, ello obedece, sin duda, a las críticas formuladas en la doctrina alemana al parágrafo 266 que contiene en la segunda frase dicho tipo de infidelidad, por la falta de taxatividad.

B) Sujeto activo

El sujeto activo en los delitos de malversación propia del artículo 432 es al igual que en la regulación anterior un funcionario público o autoridad a efectos penales, a diferencia de los delitos de malversación impropia, en que el sujeto activo puede ser un particular asimilado legalmente al funcionario como ficción jurídica (artículo 435 que sigue en vigor, referido a las diversas conductas de malversación). La reforma ha añadido un N.° 4 al artículo 435, en que se refiere expresamente a los administradores concursales, con relación a la masa concursal.

En consecuencia, la malversación sigue siendo un delito especial, al ser limitado el círculo de posibles autores del delito. Por ello, deberá acudirse al concepto de funcionario público y autoridad a efectos penales que ofrece el artículo 24 del CP que no se modifica en la reforma[23]. Así, pues en el concepto de funcionario público se exige un doble requisito: por una parte un título

---

(22) Dicho N.° 2 decía: «Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza y, con ello, cause un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar».

(23) El artículo 24.2 establece: «Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas»

de habilitación, que puede ser cualquiera de los tres expresados en el artículo 24.2 del CP y, por otra parte, el ejercicio de funciones públicas. Si falta cualquiera de esos dos requisitos, no estaremos ante un funcionario público a efectos penales. El concepto que facilita el CP es un concepto autónomo, exclusivo y funcional que no coincide con el concepto administrativo o fiscal de funcionario, siendo mucho más amplio al acoger, por ejemplo, a los políticos elegidos —«por elección», así como a los contratados laborales por un ente público «por nombramiento de autoridad competente»—[24]. Debe resaltarse que el concepto penal de funcionario público no acompaña al sujeto como si se tratara de un estatuto personal, sino que tiene un aspecto «funcional», no debiéndose tener en consideración la cualidad de funcionario público si este interviene como un particular más. El CP también establece un concepto de autoridad en el artículo 24.1[25]. Es importante retener que para ser autoridad previamente se debe ostentar la condición de funcionario público a efectos penales, de modo que el concepto de autoridad es más específico que el de funcionario público, que es más genérico.

C) Relación entre el sujeto activo y el patrimonio público

No dice nada el precepto del artículo 432 sobre qué relación debe existir entre el funcionario público y el patrimonio público, a diferencia del CP95 que exigía que el funcionario tuviera los caudales o efectos públicos «a su cargo por razón de sus funciones», lo que se interpretaba restrictivamente por la doctrina y un sector de la jurisprudencia, en el sentido de exigir al funcionario una competencia específica sobre los caudales, un deber especial de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas[26]. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mayoritaria-

---

(24) MIR PUIG, C. *Op. cit.*, pp. 20-29.

(25) El art. 24.1 del CP establece lo siguiente: «A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal».

(26) Así, SUÁREZ MONTES. *El delito de malversación de caudales públicos*, p. 837. *Vid.* también ROCA AGAPITO, L. *El delito de malversación de caudales públicos*, p. 357. DE LA MATA BARRANCO. *Op. cit.*, p. 449. DIAZ PALOS. Malversación de caudales públicos. *NEJ*

mente optaba por una interpretación amplia entendiendo «por razón de sus funciones» que el funcionario tenga los caudales públicos «con ocasión de» o «en consideración a sus funciones», es decir, bastando que el funcionario tenga la disponibilidad de hecho de los caudales(27). El término *por razón de sus funciones* se introdujo en el CP de 1870, desapareciendo en el CP de 1928, pero volviendo de nuevo en los posteriores códigos penales. Ahora, sin embargo, se suprime dicha expresión en la reforma, como ya sucedía en el proyecto y en el anteproyecto.

¿Cómo debe interpretarse dicha supresión?

Podría decirse que al remitir el artículo 432.1 al artículo 252 —que castiga la administración desleal patrimonial o sea la infracción por el sujeto activo del deber de lealtad referido a la extralimitación de las facultades de administración de un patrimonio ajeno que causa un perjuicio del patrimonio administrado (tipo de abuso de poder de representación)— y el artículo 432.2 al artículo 253 que regula el delito de apropiación indebida, en que también se presupone en la mayoría de los casos la infracción de un deber de fidelidad por parte del sujeto activo, la situación, en realidad no habría cambiado nada, pudiéndose seguir manteniéndose, dada la semejanza o similitud existentes entre el funcionario público y el administrador, la exigencia de una competencia específica del funcionario respecto del patrimonio público(28). Pero también puede sostenerse que basta una competencia *genérica* del funcionario respecto del patrimonio público como ha hecho mayoritariamente

---

Seix. Tomo XV. Barcelona: Seix Barral, 1972, p. 819. ETXEBARRIA ZARRABEITIA. *Op. cit.*, p. 192. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial*. Valencia, 1996, p. 872., etc. El Tribunal Supremo ha seguido una línea oscilante aplicando la interpretación restrictiva en algunas sentencias como SSTS 13-06-84, 4-12-85, 06-06-86, 16-12-87, 29-02-88, 12-03-94, 22-02-95, etc.

(27) Así, en las SSTS 06-05-1992, 05-02-93, 22-04-94, 25-05-95, 31-01-96, 10-01-97, 13-02-97, 22-07-97, etc. Esta parece ser la posición mayoritaria del TS.

(28) NIETO MARTIN, A. *Op. cit.*, p. 241, tras referirse a las «semejanzas» existentes entre la posición del funcionario público y el administrador, que constituye el centro de una corriente político criminal, presente en países como Italia o Austria dice que el «entendimiento de los delitos de malversación como delitos de administración infiel de caudales públicos, debiera servir para proceder a una interpretación restrictiva del número de funcionarios públicos que pueden ser autores y, tal como hacía la doctrina jurisprudencial más antigua, entender [...] que el autor ha de situarse respecto de los bienes en un «especial deber de conservación, custodia o inversión para fines y en condiciones determinadas».

el Tribunal Supremo al interpretar el artículo 432 del CP 95, bastando que el funcionario actúe «con ocasión de» o «en consideración a sus funciones», interpretación que se habría reforzado con la eliminación del «tener a cargo los caudales por razón de sus funciones» por parte del Proyecto. Habrá que esperar cómo la doctrina y la jurisprudencia interpretan la eliminación de la expresión «a su cargo por razón de sus funciones» por parte de la reforma. En la jurisprudencia alemana, son autores típicos los funcionarios que tienen encomendada la custodia de caudales públicos, si bien la relación típica de confianza va más allá de una relación de custodia.

En sede de malversación deben tenerse en cuenta, a título de ejemplo, importantes leyes como la Ley 33/2003 del Patrimonio de las Administraciones Públicas y reglamento aprobado por Real Decreto 1373/2009, 28 de agosto; la Ley de Transparencia 19/2013, 9 de diciembre; Real Decreto Legislativo 5/2015, 30 octubre que aprueba el Texto refundido de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley Orgánica 2/2012, 27 de abril, Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones Públicas, la Ley 47/2003, 26 de noviembre, General Presupuestaria; texto refundido de la Ley de Haciendas Locales real Decreto Legislativo 2/2004, 5 de marzo; Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007; la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (LOTCu) 2/1982,12 mayo; la Ley 7/1988, 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, etc.

D) Conductas típicas de la malversación propia

En el artículo 432 de la reforma, cabe decir que se incluyen dos grandes modalidades de malversación: a) por un lado una conducta de administración desleal del patrimonio público por parte de la autoridad o funcionario público (art. 432.1); y b) por otro lado, una conducta apropiativa del patrimonio público (art. 432.2). Asimismo, en el artículo 445 del CP se contempla expresamente la conspiración, proposición y provocación para cometer el delito de malversación, castigando con la pena inferior en uno o dos grados. Debe de aclararse que la remisión que hace el artículo 432.1 al «delito del artículo 252», debe referirse en realidad exclusivamente al número 1 del artículo 252, y no al número 2, que es un delito leve, atenuado de administración desleal. Igualmente, la remisión que efectúa el artículo 432.2 al «delito del artículo 253» debe referirse exclusivamente al número 1 del artículo 253 y no al número 2 de

dicho artículo, que es también un delito leve, atenuado de la apropiación indebida. Y, ello porque en los delitos de malversación ya se tipifican unos propios tipos atenuados en los artículos 433 y 434, que son de aplicación preferente.

Además, se incluye en el precepto reformado un tipo agravado de ambas modalidades de malversación (art. 432.3) de concurrir la causación de un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o bien si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50 000 euros[29]. Y en el artículo 432.3 *in fine* se introduce también para ambas modalidades de malversación un tipo súper agravado: «Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250 000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado».

Finalmente, junto a la malversación propia, está la malversación impropia regulada en el ar6t. 435 que establece que» las disposiciones de este Capítulo (artículos 432 a 434) son extensivas» a los supuestos que enumera, lo que se verá al tratar el artículo 435.

a) Conductas de administración desleal

a.1.) Tipos objetivos

El nuevo artículo 252 ubicado en la nueva Sección 2.ª del Capítulo VI del Título XIII, establece:

> 1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para *administrar*[30] sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado[31].

---

(29) Obsérvese que en el artículo 432.2 del CP 95 ambos requisitos debían darse conjuntamente, pues el texto decía: «Si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público».

(30) La cursiva es nuestra y se efectúa para destacar que dicho termino *administrar*, lo utiliza ahora novedosamente la reforma de 2015, siguiendo en esto al proyecto, porque en el anteproyecto de 2013 se utilizaba el término *disponer*.

(31) Se elimina a última hora el N.° 2 del artículo 252 contenido en el proyecto, que decía: «Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intere-

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses[32].

Debe destacarse que el Dictamen del Consejo de Estado de fecha 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto, de 3 de abril de 2013, decía que «debería reconsiderarse el uso de los verbos que tipifican la acción delictiva pues, en el primer caso, (excederse de las facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno) el abuso de las facultades no solo existe mediante la realización de actos de enajenación, sino que puede ser más amplia, por lo que se sugiere la sustitución de la expresión "facultades para disponer" por "facultades para administrar" u otra similar».

Y, la reforma de 2015 y el proyecto han seguido a raja tabla la sugerencia del Dictamen del Consejo de Estado, sustituyendo la expresión «facultades para disponer», que venía en el Anteproyecto, por «facultades para administrar».

Se dice por un sector de la doctrina, que ahora en el artículo 252.1 del CP se regula solo el llamado tipo de abuso, contenido en el parágrafo 266 del StGB alemán, al haberse eliminado el «tipo de infidelidad», que se contenía en el N.° 2 del artículo 252 del proyecto, de modo que ahora se seguiría más bien el modelo del Código Penal austriaco[33].

En realidad, los dos primeros números del artículo 252 del Proyecto coincidían esencialmente con lo establecido en el actual parágrafo 266 del Có-

---

ses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar».

(32) El texto definitivo de la reforma de 2015 también ha eliminado el N.° 3 del art. 252, contenido en el proyecto que decía: «Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se consideraran de escasa gravedad los casos en los que el perjuicio al patrimonio fuera superior a 1000 euros».

(33) El parágrafo 153.1 del CP austríaco dispone que «el que tenga atribuida por ley, por encargo de la autoridad o por un negocio jurídico la facultad de disponer sobre un patrimonio ajeno o de obligar a otro y, a sabiendas, abusa de la misma, causando al otro un perjuicio patrimonial, es punible con pena privativa de libertad hasta seis meses o con multa de hasta 360 días».

digo Penal alemán, vigente desde la Ley de 26 de mayo de 1933, bajo el nombre de *Untreue* (Infidelidad), sucesor del parágrafo 266 del StGB de 1871 que establecía una lista del círculo de autores del delito. En su redacción actual dice así: «1. El que abusa de las facultades que le han sido conferidas por una ley, mandato de la autoridad o por un negocio jurídico, para disponer sobre un patrimonio ajeno o para obligar a otro, o al que está obligado por ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza, y ocasiona de esta forma un perjuicio a los intereses que le han sido confiados, será castigado con la pena privativa de libertad de hasta cinco años y multa. 2. En los casos especialmente graves la pena privativa de libertad será de uno a diez años»(34).

Dicho precepto alemán contiene dos tipos, el llamado «tipo de abuso» (*Missbrauchtatbestand*) y el «tipo de ruptura de la confianza» o de infidelidad» (*Treubruchtatbestand*), correspondientes a las dos teorías elaboradas por la doctrina alemana(35). Debe de dejarse claro que tanto en uno como en otro tipo es necesario que exista una obligación de cuidado patrimonial, en el sentido de que el autor quede obligado a preocuparse por el correcto desarrollo de los intereses patrimoniales ajenos. El tipo de abuso regula la causación de un daño al patrimonio confiado a través del abuso del poder de representación que ostenta el autor para realizar negocios jurídicos en nombre del perjudicado(36); es decir, se refiere al abuso del poder de disposición, de las facultades de disposición, que el autor tiene para realizar negocios jurídicos con terceros en nombre del propietario del patrimonio (relación externa del representante con terceros)(37). El segundo tipo de infidelidad o ruptura de

(34) El texto en alemán es el siguiente: «Untreue. I. Wer vorsätzlich die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu cerfüngen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetbes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eine Reueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunchmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat. Nachteil zufügt, wird wegen Untreue mit Freiheitsstrafe bi zu fúnf Jahren und mit Geldstrafe bestraft. 2. In besonders schweren Fäallen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren und Geldstrafe».

(35) O sea, la «Missbrauchtheorie» (teoría del abuso) y la «Treubruchtheori» (teoría de la ruptura de la confianza).

(36) El principal defensor de la teoría del abuso fue Binding.

(37) Un mérito indudable de este tipo es que se deslinda con claridad la Untreue de la apropiación indebida. El mandatario no comete este delito cuando causa una lesión

la relación de confianza —que nació para colmar las lagunas de punibilidad del anterior tipo y bajo el nacionalsocialismo— que es más amplio que el anterior al permitir incluir en el tipo a autores que no necesariamente han de poseer poder para disponer u obligar el patrimonio ajeno, regula la lesión del patrimonio ajeno mediante la violación o infracción del deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, mandato de la autoridad, negocio jurídico o una relación de confianza. Inicialmente, si bien por la doctrina alemana se consideraban ambos tipos independientes, finalmente, se entendió que el tipo de abuso es un mero ejemplo del tipo de infidelidad[38]. Se ha criticado mucho por la doctrina alemana la excesiva indeterminación del tipo de infidelidad contraria al principio de taxatividad del derecho penal, de ahí que la doctrina se haya esforzado por concretar el alcance de dicho tipo con propuestas de modificación como las efectuadas en el Proyecto oficial alemán de 1962 en el parágrafo 263 (Mayer), precepto recomendado también por los autores del proyecto alternativo de 1966, y la propuesta efectuada por LABSCH[39].

Al trasladar el prelegislador español en el proyecto la regulación alemana del tipo de infidelidad al delito de administración desleal, se producen los mismos problemas de indeterminación que rozan el principio de legalidad, de modo que la doctrina y jurisprudencia española deberían hacer la misma labor de concreción que ha efectuado la doctrina y jurisprudencia alemanas. Y, para evitar tal indeterminación, es lo que ha llevado muy probablemente al legislador español en la reforma de 2015 a suprimir el N.° 2 del artículo 252 en la redacción contenida en el proyecto.

Debe remarcarse, además, que la necesidad por parte del legislador alemán de introducir un delito de administración desleal como genérico, aplicable también a los funcionarios públicos sobre el patrimonio público —nuestro delito de malversación— se debió en parte al concepto restringido del delito de apropiación indebida del parágrafo 246 de StBG, tal como es

---

patrimonial abusando de la capacidad de disposición que el propietario le ha conferido. *Vid.* Binding, *Lehrbuch*..., p. 398.

(38) Una importante sentencia del BGH excluyó de la Untreue el abuso de tarjetas de crédito por clientes en perjuicio del banco. En dicha sentencia, se señaló que el tipo de abuso requiere también la ruptura de una obligación de guarda patrimonial.

(39) *Vid.* al respecto NIETO MARTÍN, A. *Op. cit.*, pp. 23-26.

entendido por la doctrina y la jurisprudencia alemanas, que solo contempla como objeto material «la cosa corpórea» mueble, dejando fuera los «derechos» o deudas, salvo que estas se materialicen en algún tipo de documento. Así, Nieto Martin pone el ejemplo de que «no comete apropiación indebida, sino *Untreue*, quien administra una cuenta corriente ajena y retira una serie de cantidades para aplicarlas a fines propios, pues se entiende que en este supuesto el administrador no se apropia de ninguna cosa corpórea, sino tan solo abusa de un derecho de crédito contra el banco que pertenece al propietario de la cuenta, en virtud del cual le deben ser reintegradas las cantidades previamente depositadas»(40).

Pasando a examinar el nuevo artículo 252.1 del CP, que es un delito especial, que solo puede cometer quien tiene facultades de administración de un patrimonio ajeno (un tutor, un curador, un albacea, un gerente, un administrador social o no, como de una comunidad de propietarios, sin que existan las limitaciones del anterior artículo 297 CP95) se observa que no se ha dado la misma redacción que en el parágrafo 266 del Código Penal alemán, pues se refiere ahora al que tiene facultades para administrar un patrimonio ajeno —así un tutor, un curador, un albacea, un gerente, un asesor de inversiones, etc.—, que son más amplias que las facultades para disponer, y se excede en el ejercicio de las mismas, ya no dice abusa de ellas. Dicho cambio de redacción ha sido visto por un sector doctrinal, como una manera de resucitar el supuestamente eliminado «tipo de infidelidad»(41).

---

(40) *Cfr.* NIETO MARTIN, A. *Op. cit.*, pp. 19-20.

(41) Así por Jacobo López Barja de Quiroga, en *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal y las insolvencias punibles*, Thomson Reuters, 2015. Dicho autor en la página 85 dice: «La cuestión se centra en la interpretación que se le dé al infringir las facultades para administrar. Es posible concretarlo en contraer obligaciones o realizar actos de disposición que vayan más allá de las facultades conferidas, que sería el estricto tipo de abuso, "equiparando" facultades a "poderes". Pero también puede pensarse que existen otras formas de excederse en las facultades conferidas, pues no debemos restringir "facultades" a "poderes"; así, pues, existe exceso en las facultades en todos los supuestos en los que con facultades de administrar actúa de manera contraria a como lo haría un ordenado comerciante/empresario, o a como lo haría un ordenado administrador, pues en estos casos también existe un exceso en el ejercicio de las facultades conferidas, dado que lo fueron para que se comportara como un ordenado administrador, estos supuestos serían los que abarca el tipo de infidelidad. De manera que en el artículo 252 del CP podemos distinguir un tipo de abuso y un tipo de infidelidad». El Tribunal Supremo al interpretar el hoy derogado

Sin embargo, parece que la voluntad del legislador ha sido claramente la supresión del tipo de infidelidad, al eliminar el N.° 2 del artículo 252 contenido en el proyecto, que se refería a dicho tipo de infidelidad, precisamente para evitar la indeterminación y falta de taxatividad con que critica la doctrina dicho tipo de infidelidad en el derecho penal alemán, debiendo la jurisprudencia alemana restringir por vía de interpretación su contenido. La jurisprudencia de los tribunales españoles deberá concretar los comportamientos típicos que se contienen en el nuevo artículo 252 del CP.

Ahora bien dicho esto, cabe interpretar, como hacen Pastor Muñoz/Coca Vila que el artículo 252 recoge un único injusto y una modalidad comisiva (infracción por quien las ostenta de las facultades de administración del patrimonio ajeno que se basan en un poder jurídico de actuar en la esfera administrativa, no en un mero poder fáctico de incidir en una esfera patrimonial ajena, siendo las fuentes de dicho poder jurídico: *la ley, el encargo de autoridad, o el negocio jurídico*). En efecto, el injusto de la administración desleal consiste en la lesión del patrimonio ajeno cometida «desde dentro» *ad intra* de la esfera de la víctima. Y ello solo sucede cuando exista una relación interna entre autor y víctima cuyo eje es el deber de velar por los intereses ajenos,[42]

---

art. 295 del CP ha llegado a afirmar que cobija no solo un tipo de abuso, sino también un tipo de infidelidad (SSTS. 949/2004, 26 de julio y 402/2005,10 de marzo). Gili Pascual, A. admite que el tipo objetivo del nuevo art. 252 del CP contiene «margen hermenéutico para ensanchar la tipicidad, a supuestos en los que más allá de los supuestos de disposición o contracción de obligaciones jurídicamente válidas, se desatienden también los deberes de velar por los intereses administrados (art. 1889 del CC) o, en el ámbito societario, de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 127 de la Ley Sociedades de Capital). Así, entrarían en el tipo la vulneración de las obligaciones de no competencia contraídas por el administrador o, en fin, en el tratamiento de comportamientos omisivos, como la no evitación de lesiones al patrimonio, la omisión de los deberes de vigilancia por parte de quienes ostenten facultades de organización y control, dentro de una persona jurídica, el no ejercicio de acciones administrativas o judiciales de las que se derive la pérdida de derechos económicos para el administrado o el desaprovechamiento de posibilidades ciertas de incrementar el patrimonio. Sin duda, alguna de ellas pueden ser igualmente merecedoras del reproche penal» (*Vid. Administración desleal genérica…*, pp. 774-775).

(42) *Vid.* los importantes trabajos de Pastor Muñoz, N./ Coca Vila, I. en El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de Reforma del Código penal. *Revista Iuris*, N.° 194, 2013, editorial La Ley, p. 4, y en ¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? InDret, 2015, p. 15.

deber de lealtad que deriva del artículo 1889 del CC de gestión de negocios ajenos como un buen padre de familia o de los artículos 227 y 228 de la Ley de Sociedades de Capital en su nueva redacción dada por la Ley 31/2014. A ello puede añadirse, en mi opinión, que el artículo 252 del CP se sitúa bajo la única Sección 2.ª, intitulada «De la administración desleal».

Dicho deber de administración leal, para que nazca la posición de garantía penal del administrador, debe ser asumido mediante un acto de asunción jurídico-penal por parte del administrador o sujeto activo para poder ser autor idóneo del delito del artículo 252 del CP, y debe actuar con cierta autonomía, en la configuración de la esfera patrimonial ajena, de manera que el titular del patrimonio se «retire» de la gestión y el administrador asuma la responsabilidad por la correcta administración. Por ello, no es autor idóneo del delito del artículo 252 del CP el mero ejecutor de órdenes concretas (ejemplos: quien solamente transmite una declaración de voluntad enteramente formada, o quien lleva a cabo actos puramente mecánicos como el recadero o el camarero), pues carece de «autonomía de gestión (no puede ni fijar precios ni decidir con quien contrata)[43].

La conducta típica consiste en infringir las facultades de administración, excediéndose en su ejercicio, siendo tal conducta ex ante idónea para perjudicar el patrimonio administrado. El artículo 252 CP abarca cualquier conducta que constituya un «exceso en el ejercicio de las facultades de administración», lo cual incluye: 1) los actos de disposición del patrimonio administrado; 2) la contracción de obligaciones del patrimonio ajeno frente a terceros; 3) las omisiones (no ejercitar un derecho de crédito del patrimonio administrado) que puedan entenderse como un ejercicio de las facultades que ostenta el administrador, y 4) las conductas de administración que generen riesgo previsible de sanciones o de responsabilidad patrimonial para el patrimonio administrado (ejemplo: la comisión de un delito fiscal por parte del administrador de la sociedad, relativo al Impuesto de Sociedades implica un riesgo de multa penal para la sociedad administrada).

Caben a título de ejemplo como supuestos clásicos de administración desleal: préstamos a los administradores sociales o a sus sociedades vincula-

---

Vid. también La Administración desleal (art. 252). En *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial* (Dir. Silva Sánchez, J.) 4.ª ed., pp. 268 y ss. Atelier, 2015.

(43) *Cfr.* PASTOR MUÑOZ/COCA VILA. *Op. cit.*, p. 270.

das, concesión de créditos sin garantías a cargo del patrimonio social, disposición de recursos sociales para atender gastos personales de los administradores, contrataciones con sociedades vinculadas por precios superiores a los de mercado, distribución de dividendos ficticios no distribuibles, remuneraciones abusivas de los administradores, inversiones irracionales, normalmente motivadas por el pago de un soborno o comisión secreta (Kick Back) o, en general, cualquier disposición de los bienes sociales sin una justificación social de la misma(44).

También caben, en general, aquellas actuaciones patrimoniales no autorizadas al administrador y realizadas por este abusando del poder concedido. Supuestos en que el administrador va más allá de las instrucciones recibidas del titular del patrimonio, negocios de riesgo acometidos sin autorización expresa por el titular del patrimonio.

La conducta del administrador es *atípica* cuando puede calificarse de riesgo permitido, de un riesgo de perjuicio patrimonial que tiene *ex ante* sentido económico, racionalidad económica (expectativas de ganancias a corto y largo plazo, el plan global del autor en la gestión del patrimonio, gastos de publicidad, etc.).

También, es *atípica* la conducta del administrador cuando el titular del patrimonio presta su consentimiento a la conducta perjudicial de quien gestiona sus intereses, pues en los delitos patrimoniales el consentimiento del titular del patrimonio es causa de atipicidad. En los negocios lícitos, en los patrimonios sociales, es necesario el consentimiento de la mayoría, y en los ilícitos es preciso el consentimiento de todos los socios(45).

Finalmente, el resultado típico lo constituye el perjuicio patrimonial, cuyo alcance concreto depende del concepto de patrimonio que se utilice, siendo el dominante en la doctrina el concepto económico-jurídico. Así, deberá tenerse en cuenta el perjuicio económicamente evaluable (anterior artículo 295 del CP) el principio del saldo, debiéndose producir una disminución patrimonial o falta de incremento, debiéndose efectuar una comparación antes y después de la conducta típica en la situación patrimonial, de-

(44) *Cfr.* GILI PASCUAL, A. Administración desleal genèrica. Incidencias en la apropiación indebida y otras figures delictives (arts 252 y ss. del CP). En *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 768.

(45) *Cfr.* PASTOR MUÑOZ/COCA VILA. *Op. cit.*, p. 270.

biendo tener en cuenta las expectativas de ganancia a largo plazo, al igual que los pronósticos de pérdidas a largo plazo. Pero además deberá exigirse un reconocimiento jurídico, de modo que quien entrega dinero administrado en un pago de corrupción genera un perjuicio patrimonial. Sin embargo, modernamente se abre paso cada vez más el concepto personal de patrimonio, que lo considera como una unidad personal, en que se tiene en cuenta el uso de la cosa por parte del sujeto, de modo que existirá perjuicio patrimonial cuando se frustren los fines perseguidos por el titular de la cosa en la operación realizada por el administrador, aunque el valor económico no cambie. (Ejemplo: el administrador del patrimonio ajeno adquiere cosas inútiles para la empresa que administra, aunque tengan valor monetario; A quiere comprar una máquina ordeñadora con la que puede ordeñar diez vacas al mismo tiempo. A recibe una máquina capaz de ordeñar solamente a tres. La máquina que recibe vale el precio pagado por A, si bien el valor monetario del patrimonio de A antes y después de la compra es idéntico, hay perjuicio porque ya que con la compra A no ha conseguido el fin económico que perseguía a través de la misma)[46]-[47].

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha aplicado la concepción personal del patrimonio en la importante STS de 23 de abril de 1992, relativa a la «sentencia de la colza» (se entregó aceite de colza industrial por aceite de oliva de consumo humano). En dicho caso, alguna de las defensas había alegado que no existía daño patrimonial, pues los adquirentes no habían recibido a cambio nada de menor valor que el correspondiente al precio pagado por el aceite, y el TS dijo que «en la doctrina moderna el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirva al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para

---

(46) Este último ejemplo es de Otto, recogido por Zugaldía en *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*,1988, p. 55.

(47) La concepción personal del patrimonio ha sido elaborada por Bockelmann («Der Unrechsgehalt des Betruges», *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlin, 1944, p. 239 y ss.; y en «Zum Begriff der Vermögenschadens beim Betrug», *Juristenzeitung*, 1952, pp. 461 y ss. Ha sido recientemente reimpulsada por OTTO «Die Struktur des Srtrafrechtlichen Vermögensschützes», Berlin, 1970, p. 26 y ss., y «Grundkurs Strafrecht». AT, Berlin, 1976. En España es defendida por ROMERO («Los elementos del tipo de estafa». Buenos Aires, 1985, pp. 251 y ss. También, Elguero y Merino («La estafa de seguro»). Madrid, 1988, p. 60.

determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con este, también se debe tomar en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente, en los casos en los que la contraprestación, no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial». «En el caso que ahora se juzga no cabe duda que la contraprestación ha resultado inservible en relación al fin contractualmente perseguido por los compradores del aceite, toda vez que estos pretendían adquirir un comestible, pero a cambio recibieron un producto cuyo valor puede haber sido equivalente al precio pagado, pero que no era comestible. Desde el punto de vista del criterio objetivo-individual para la determinación del daño patrimonial, en consecuencia, el daño producido a los compradores del aceite es también patrimonial en el sentido del delito de estafa». Otras sentencias son la 195/1996, 4 de marzo, la 841/2006, 17 de julio —referida al caso de jubilaciones millonarias del BSCH— y la 374/2008, 24 de junio, etc.

La Exposición de Motivos del proyecto, XVII, ya citada con anterioridad, decía:

> La reforma supera además la referencia a un «perjuicio económicamente evaluable» que contenía el derogado artículo 295 del CP, y que había sido en ocasiones interpretada en el sentido propio de un concepto económico de patrimonio: lo determinante para la existencia del perjuicio patrimonial es, en realidad, el valor del patrimonio administrado valorado los fines personales a que el mismo está orientado. Existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo (por ejemplo, cuando sin autorización o de forma contraria al interés del administrado el administrador deja prescribir los créditos frente a terceros que debió haber cobrado); sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los

> titulares de dichos bienes o patrimonio (por ejemplo, mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio, mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limita las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado) [...].

Sin embargo, en el Preámbulo de la LO 1/2015 de 30 de marzo ya no aparece dicho texto, por lo que muy probablemente deba acudirse, restrictivamente, al concepto económico-jurídico de patrimonio.

En cuanto al patrimonio público, debe estarse a un concepto funcional propio del derecho penal, entendiéndose por él todo el conjunto de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquiera de las Administraciones Públicas o a los organismos autónomos de las mismas, tal como hacía el artículo 434 del CP 95[48].

En cuanto al tipo subjetivo, basta el dolo, sin que se exija ánimo de lucro. La comisión imprudente es atípica. El dolo debe abarcar la existencia del deber de velar por los intereses ajenos y la causación del perjuicio patrimonial.

En principio, puede decirse, como hace también Roca Agapito[49], que debe valorarse positivamente la configuración de la malversación como una administración desleal de patrimonio público. Como dice dicho autor: «Esto va a permitir castigar conductas que causan perjuicio al erario público, pero que no podían ser calificadas como malversación, como, por ejemplo, la venta de bienes públicos por debajo de su valor (STS 1026/2009, 16-10)».

Es decir, la configuración de la malversación como una administración desleal amplía los supuestos que pueden incriminarse, que antes con la re-

---

(48) *Vid.* MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C. *El delito de malversación» en Comentarios a la reforma Penal de 2015.* Parte Especial XLII.

(49) *Vid. Delitos de malversación,* artículos 432 y ss. En *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012,* p. 923.

dacción anterior no podían ser incriminados como malversación. Entendemos que al referirse el texto al patrimonio público y no solo a los *caudales o efectos públicos*(50), puede ser objeto del delito no solo los bienes muebles, sino también los *inmuebles*, así como los activos patrimoniales, que también

(50) El carácter público del caudal o efecto viene determinado, en principio, por la *pertenencia* de los bienes muebles a la Administración pública (la Estatal, Autonómica, Local) o a sus organismos públicos, que engloba tanto a los organismos autónomos como a las Entidades Públicas empresariales- Agencia estatal de Administración Tributaria, Autoridades Portuarias, etc. —*vide* la LOFAGE, Ley 6/97,14 abril—). La jurisprudencia ha negado el carácter público de los caudales de la administración corporativa, colegios profesionales (STS 2273/93, 15 de octubre). La consideración de caudales públicos no requiere siempre la efectiva *incorporación* al patrimonio de la Administración Pública de los caudales o efectos, bastando la idea de destino o adscripción al erario público *a un fin público* para que los caudales o efectos puedan considerarse públicos, siempre que la Administración mantenga un legítimo *derecho expectante* sobre ellos porque el funcionario los haya recibido por razón de sus funciones, bastando la entrega al funcionario con *destino* al erario público. Se considera que el funcionario es solo un mandatario del ente jurídico y un mero servidor de la posesión, es simple instrumento perceptor y transmisor, y surge en el ente público un *derecho expectante* a que se dé al caudal tal destino, suponiéndose integrados los bienes en el patrimonio público a partir de que aquel se hiciera cargo de los mismos (SSTS 257/95, 22-2, 1151/94, 30-5, 1237/93, 27-5, etc.), lo que ha llevado a considerar caudales públicos, por ejemplo al dinero percibido por un administrador de loterías por la venta de tales billetes (SSTS 208/07, 14-3, 2631/92, 4-12) o al importe de las multas percibidas por los agentes encargados de la seguridad en el tráfico (SSTS 786/95, 14-6). También, se incluyen dentro del concepto de caudal público aquellos fondos que tienen una titularidad privada pero se depositan en el funcionario por razón de sus funciones, de modo que los fondos son privados de origen y destino, pero en los que ese tránsito se produce a través de un organismo público, en cuyo momento son apropiados por el funcionario que los tiene a su cargo, como ocurre con dinero de los giros postales (STS 1937/06,21-9). En cuanto a las llamadas sociedades mercantiles de capital público, debe decirse que —cuando menos— en aquellas en las que el capital social es íntegramente de titularidad pública, los caudales son incuestionablemente caudales públicos (STS 7-10-14). En cambio, no podrá afirmarse el carácter público de aquellas sociedades en que participen tanto Administraciones Públicas como entidades privadas, desde el momento en que se confunden las aportaciones de todas ellas. La referida sentencia afirma que «dentro de las empresas públicas, las que tienen participación pública mayoritaria o no —junto a la privada— no integran una base apta para hablar de fondos públicos». Alguna sentencia del TS ha incluido en el concepto de caudales públicos «los medios personales», en casos de utilización de un empleado público en horas en que debía prestar sus servicios a la Administración, en beneficio particular (STS 20.3.92).

forman parte del patrimonio público. Estarán abarcadas en este precepto las conductas de distracción a fines distintos de la función pública (los anteriores artículos 433 y 434 del CP 95)(51)-(52).

(51) La doctrina y jurisprudencia ha distinguido la malversación del artículo 432.1 del CP 95 de la del artículo 433 del CP 95 por exigir el primero un *animus rem sibi habendi* ánimo de apropiación definitiva, mientras que el artículo 433 del CP 95 solo exige un *animus utendi* ánimo de uro temporal y el reintegro de los caudales públicos en tiempo hábil. El artículo 434 del CP 95 también tipifica una conducta de distracción de dar una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier administración, aunque exige ánimo de lucro propio o ajeno y un grave perjuicio para la causa pública.

(52) Compartimos, en parte las críticas efectuadas por Cristóbal MARTELL PÉREZ-ALCALDE (El delito de malversación. En *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, pp. 693 y ss.) respecto de la modalidad de malversación construida sobre la remisión a la administración desleal. En sentido parecido, JJ Queralt, quien llega a firmar la falta de aplicabilidad de la malversación configurada en dicha modalidad, porque la concreta configuración típica legal introduce notables distorsiones por no ser de ningún modo equiparables las finalidades, contornos y limitaciones de la gestión del patrimonio público y privado. Y, añade que «el nuevo tipo de malversación y su correlato en el ámbito privado se construye para ambos sectores público y privado, sobre la infracción de facultades de administración que se dice producida por exceso en su ejercicio, causando un perjuicio al patrimonio. Sin embargo, esa estructura común resulta inapropiada para ámbitos tan heterogéneos, señaladamente en lo referido a las profundas diferencias que presentan las facultades de administración en que destaca en lo público una profusa y exhaustiva regulación para el funcionario público en su actividad de administración, como distintos son también las finalidades que ambas actividades persiguen, así como los sujetos que están llamados a determinar y fijar esas finalidades. En efecto, la gestión y administración del patrimonio público se concreta con el régimen jurídico del gasto público, su presupuestación y ejecución en la consecución de finalidades y políticas de interés general. La disposición o el gasto en el ámbito privado sobre el patrimonio administrado se conecta con el beneficio. Se pretende obtener de los bienes otros bienes con mayor valor y así se entiende el proceso productivo. Cuando del proceso de producción se obtiene un bien de menor valor se producirá, contrariamente, una pérdida en sentido económico. Sobre ese esquema resultará sencillo en lo privado construir el perjuicio típico. Y, no solo si se parte de un concepto económico de patrimonio que esté al concepto de saldo y la constatación de haberse sufrido una disminución económicamente evaluable como consecuencia del comportamiento. También, si atendemos a la teoría personal del Patrimonio [...] resulta una estructura típica satisfactoria pues de si lo que se trata es de atender a que la actuación del administrador no frustre el fin perseguido por el titular de la cosa, las ideas de conducta infractora de las facultades y perjuicio conectan en perfecta línea de coherencia pues, precisamente las facultades del administrador

quedan acotadas por las finalidades de quien ostenta el señorío del activo. Mayores dificultades presenta esa estructura típica en el ámbito de la Administración Pública en que el administrador mismo es quien fija la dirección, funcionalidad y finalidad del gasto, pudiendo resultar en términos democráticos dificultoso un control externo y *ex post* acerca de la adecuación del gasto a los fines perseguidos. Si advertimos que la legislación del gasto público es profusa y exhaustiva es fácil entender que en el plano de la acción la infracción de facultades de administración resulta sencilla y hasta habitual. De modo tal que el tipo puede presentar una vocación expansiva alarmante, si, cual es el caso, la conducta típica de infracción de facultades no se encuentra limitada por su gravedad o flagrancia, lo que hace absolutamente necesario un concepto del elemento de resultado consistente en perjuicio que venga a limitar la amplitud con que se muestra la acción típica. Y esa limitación habrá de buscarse en el concepto económico de patrimonio que atiende —como dijimos— a la constatación de un decremento antes y después de la realización del comportamiento enjuiciado. Y volviendo sobre la amplitud de la acción típica, recordemos que la dinámica del gasto público comporta el desenvolvimiento de una serie de actos que principian en la dotación presupuestaria; es decir, en la definición de créditos presupuestarios como asignaciones de gastos a disposición de los centros gestores para la cobertura de las necesidades para las que han sido aprobados. A continuación, se desarrolla un procedimiento de ejecución del gasto que sujeta al reconocimiento de la obligación y a la ordenación del gasto a estrictas reglas de legalidad presupuestaria. Tanto la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera de las Administraciones Públicas, como la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria formulan un arsenal de reglas y principios de programación presupuestaria, gestión presupuestaria y gestión económica financiera que contemplan desde objetivos de política económica y formulaciones abstractas de principios hasta concretos mandatos regulatorios sujetos al estricto principio de legalidad. Unos y otros pueden ser objeto de un riguroso juicio de contradicción y ello va a bastar para colmar la dimensión objetiva de la acción típica. El tipo además no distingue entre infracciones graves y leves a esos cuerpos normativos extraordinariamente complejos. Además, la propia dinámica de ejecución presupuestaria en ocasiones precisa alterar el presupuesto en su cuantía y finalidad, a fin de paliar insuficiencia de créditos de partidas presupuestarias concretas mediante las figuras de ampliaciones, generaciones, suplementos de crédito, créditos extraordinarios y transferencias preñadas también de gran complejidad en su tramitación, y que sirven —como decíamos— a la naturaleza viva y dinámica de la ejecución presupuestaria en función de necesidades que pueden ser cambiantes. La complejidad misma de estos expedientes queda de manifiesta si recordemos la previsión legal de los «anticipos de tesorería» que suponen una autorización provisional y excepcional habilitadora de salida de fondos entre tanto se modifique el presupuesto. Y, recuérdese que esa jungla normativa y esas necesidades de modificación se producen señaladamente en el ámbito local cuyo marco regulatorio del texto Refundido de la Ley de haciendas Locales, Real Decreto-Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, está adornado de idéntica

En mi opinión, también caben bajo el actual artículo 432 de la reforma de 2015, las lesiones patrimoniales causadas en *comisión por omisión*, al tener el funcionario una posición de garante respecto del patrimonio público: así, el supuesto de consentir o permitir el funcionario que un tercero utilice el bien público siquiera temporalmente. También, la celebración por el funcionario de contratos sin contraprestación o a precios superiores a los reales o creación de fondos ocultos de efectivo sustraído al control de la administración, con riesgo de pérdida del mismo. También supuestos de utilización del patrimonio público sin habilitación presupuestaria; gastos desmesurados en bienes y servicios que no se llegan a prestar o que eran innecesarios; utilización de recursos públicos para fines diversos de los autorizados; asunción de gastos u obligaciones cuando no se dispone de crédito suficiente para su pago, etc.

a.2.) Tipo subjetivo

Estamos ante un delito de daño patrimonial y no de enriquecimiento, sin que sea necesario el ánimo de lucro. Basta el dolo eventual. No se incrimina la imprudencia, no habiéndose tipificado desde que el artículo 395 del CP 73 fuera derogado por el CP 95, lo que ha sido criticado por algún autor que reivindica que vuelva a ser tipificado el comportamiento del funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos (MANZANARES).

a.3.) Perjuicio como resultado del delito

Parece adecuado, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el concepto económico-jurídico de patrimonio, según el cual el patrimonio se encuentra integrado por bienes valorables económicamente —concepción económica de patrimonio—; pero, al tiempo, se establecen restricciones de carácter jurídico exigiendo que la posesión de dichos bienes revista apa-

---

complejidad al modelo estatal» Dicho autor también se refiere al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, art. 35. Asimismo, cita la heterogeneidad de los fines públicos y privados y hace referencia a los llamados «gastos de transferencia», es decir, pagos a los ciudadanos sin contrapartida de estos (así, subvenciones a la enseñanza o a la sanidad).

riencia jurídica[53]. Tal concepción implica la limitación de los bienes y derechos patrimoniales a los económicamente evaluables y exige, por otra parte, que sean poseídos por el sujeto en virtud de una relación reconocida por el Ordenamiento jurídico. La evaluación del daño, al igual que en el delito de estafa, se realiza según el denominado principio del «saldo» (Saldierungsprinzip) que determina el daño patrimonial comparando el valor del patrimonio antes y después de la realización del hecho típico[54]. Así debe entenderse por «perjuicio» cualquier menoscabo patrimonial verificado según el criterio del «saldo total», esto es, la comparación entre el estado patrimonial anterior a la acción delictiva y el estado patrimonial posterior. El criterio del saldo global es completado y matizado a través del criterio más específico de la «influencia individual del daño» que atiende al aspecto ulterior del valor de la utilidad individual del elemento patrimonial para determinar si ha existido un perjuicio típico desde la perspectiva de los delitos patrimoniales[55].

b) Conductas de apropiación

El artículo 432.2 de la reforma de 2015 establece que: «Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público».

El artículo 253 de la reforma regula el delito de apropiación indebida y queda redactado de la siguiente manera:

1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de *dinero, efectos o valores*

---

(53) LÓPEZ DE BARJA QUIROGA, J. *Op. cit.*, pp. 128-132. También, NIETO MARTIN, A. *Op. cit.*, pp. 26 y ss. DE LA MATA BARRANCO. Perjuicio patrimonial sin menoscabo económico (disminución monetariamente evaluable) en el delito de estafa. *Poder Judicial*, N.° 34, 1994, p. 295. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. I. Infracciones de uso*. Madrid, 1988.

(54) *Cfr.* HÚBNER, LK, parágrafo 266, marg. 90. LABSCH. Untreue (parágrafo 266) *Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Dutung*, 1983, p. 318.

(55) *Vid.* MARTOS NUÑEZ. El perjuicio patrimonial en el delito de estafa. Madrid, 1990. FARALDO CABANA, P. *Los delitos societarios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

o cualquier otra cosa mueble que hubieran recibido en depósito, comisión o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido[56].

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediera de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

La modalidad de malversación apropiativa relativa al patrimonio público tiene que consistir en una conducta apropiativa, por parte del funcionario público a efectos penales —equivalente a la del artículo 432.1 del CP 95—. Como puede observarse, el nuevo delito de apropiación indebida al que remite el artículo 432.2, se configura de manera restringida, de modo que se suprimen los términos: «distracción», «activo patrimonial» y «administración» como medio de recibir el dinero o cosa, todo lo cual se intenta trasladar a la administración desleal. Así, se mantiene la apropiación del dinero, aunque sea cosa fungible, si se infringe una obligación concreta de entregarlo o devolverlo. No obstante, la doctrina considera desafortunada la eliminación del «activo patrimonial», que permitía la apropiación de un inmueble.

b.1.) Tipo objetivo

El artículo 253 utiliza ahora solo dos verbos —el verbo distraer ha sido eliminado— para expresar la acción que debe de realizar el sujeto activo; estos son «apropiarse» y «negar haber recibido», pero la acción básica consiste en el apropiarse. En esta acción queda incluido el negar haber recibido. El legislador presupone *iuris et de iure* que al negar haber recibido una cosa mueble por título que obliga a entregarla o devolverla, se la ha apropiado indebidamente[57]. La negativa exterioriza el ánimo de apropiársela; ahora

---

(56) El artículo 252 del CP 95 dice así: «Serán castigados con las penas del artículo 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable».

(57) *Cfr.* RODRIGUEZ DEVESA. *Derecho Penal Español. Parte Especial.* 5.ª ed. Madrid, 1976, pp. 357-358.

bien, si concebimos la apropiación como disponer de la cosa ajena como propia, esta segunda variante del apropiarse es necesaria, aunque sea como dato objetivo externo que pueda determinar la presunción de la misma.

Los títulos de recepción de una cosa mueble son de carácter ejemplificativo: «depósito», «comisión» o «custodia» —este último término nuevo añadido—, lo importante es que «el título produzca la obligación de entregarla o devolverla» —en el precepto se dice: «entregarlos o devolverlos»—. Dichos títulos de recepción de la cosa mueble constituyen relaciones jurídicas caracterizadas por una especial relación de confianza del que deposita en manos de otro, da en comisión o en custodia; expresan el quebrantamiento de una relación de confianza por parte del sujeto activo del delito respecto del sujeto pasivo. Así, la afirmación de «cualquier título que genere la obligación de entrega» no puede hacer referencia a toda obligación de entregar o devolver asumida contractualmente, ya que no se trata de criminalizar los simples incumplimientos de contratos, para los que ya el Código Civil establece sus sanciones. La finalidad de la apropiación indebida está en sancionar aquellos incumplimientos que importen, por encima de su aspecto contractual, el quebrantamiento de una relación de confianza análoga a la que motiva el depósito, la comisión y la custodia. El legislador no hubiera mencionado estos supuestos, si ellos no fueran necesarios para interpretar la fórmula general que completa la descripción típica. Por tanto, existirá título que produzca la obligación de entregar o devolver, tal y como se describe en el artículo de la apropiación indebida, «cuando las cosas hayan sido confiadas a otro para que las tenga en su posesión y se comporte respecto de ellas como lo haría el dueño de las mismas. Tal es, en efecto, el contenido de una relación de depósito, de comisión o de custodia, en la que el depositario, el comisionista, el que tiene la custodia reciben las cosas para sustituir a su titular en la custodia o la percepción de las mismas[58].

---

(58) *Cfr.* STS 3-12-1990. En el mismo sentido, STS 9-11-1993. La jurisprudencia viene admitiendo como títulos válidos: el comodato (artículo 1740 del CC), el transporte, la prenda (arts. 1857 y 1863 del CC), la aparecería, el arrendamiento (art. 1543 del CC), el contrato de obra (art. 1544 del CC), cuando el comitente proporciona los materiales, contrato de servicios, cuando se produzca una apropiación de los medios normales para el desarrollo del servicio o trabajo; sociedad, compraventa a plazos con pacto de reserva de dominio por parte del vendedor, por lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 50/1965 de 17 de julio de venta a plazos. Sin embargo, el TS en algunas sentencias posteriores, siguiendo a un sector de la doctrina, como Muñoz Conde y

Se ha suprimido como título de recepción «la administración». Pienso que ello es un error pues deben distinguirse aquellos supuestos en que se concede un poder de disposición al autor por parte del mandante o del propietario del patrimonio y el administrador abusa de sus facultades, de aquellos otros supuestos en que el propietario o mandante no da ningún poder de disposición al autor sobre el patrimonio del primero, sino que este solo puede efectuar actos de administración ordinaria que no incluyen actos de disposición que le están vedados y que le están reservados en exclusiva al propietario. Los primeros supuestos encajan dentro de la administración desleal, pero los segundos si se produce un acto de apropiación por parte del administrador, deben ser subsumidos en el delito de apropiación indebida, pues el administrador dispone entonces de la cosa como si fuera propia. En efecto, el delito de apropiación indebida consiste precisamente en que el autor poseedor legítimo de la cosa, dispone de ella —cambia su función económica— ilegítimamente, ejerciendo una facultad que solo corresponde al propietario, privando a este duradera o definitivamente de su derecho a gozarla (STS 27-12-86, 13-07-88, 12-11-90, 07-02-91)[59]. De todos modos, puede defenderse que el título «administración» pueda seguir siendo utilizado en el delito de apropiación indebida, pues tales títulos como se ha dicho son meramente ejemplificativos, siendo lo importante y relevante que el título obligue a entregar o devolver la cosa.

La apropiación indebida cuenta en su estructura típica con dos momentos diferentes. El primero hace referencia a una posesión inicial legítima de la cosa por parte del sujeto activo, recibida en virtud de un título que obliga posteriormente a devolver aquello que inicialmente se ha entregado. El segundo momento lo constituye una apropiación ilegítima de aquello que inicialmente se entregó, no devolviéndolo o negando haberlo recibido[60].

Castiñeira Palou —que sostenían que a través de dicho contrato se transmite la propiedad y, por eso, no cabía el delito de apropiación indebida—; así, la STS 28-11-1992. En cambio, están excluidos del delito de apropiación, según la jurisprudencia, la compraventa, el préstamo o mutuo, porque transmiten la propiedad de la cosa mueble, el depósito irregular, que se equipara al préstamo mutuo, el contrato de cuenta corriente *y* el contrato de *leasing*.

(59) En el mismo sentido del texto, *vide* CASTRO MORENO, A y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M. *Apropiación indebida y administración desleal del patrimonio público y privado*, p. 775.

(60) En este sentido, siguiendo la jurisprudencia RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*. Madrid, 1997, pp. 37 y ss.

El delito de apropiación indebida debe entenderse como un delito contra la propiedad que requiere «el quebrantamiento de la especial relación de confianza, con base en la cual la cosa entra en el ámbito del dominio del autor» (STS 3-12-1990). En la doctrina alemana es unánime la consideración de la acción del tipo de apropiación indebida, como la «apropiación» que realiza el autor de un bien mueble ajeno, basándose en la propia redacción del parágrafo 246: «I. El que teniendo en posesión o custodia un bien mueble ajeno, se lo apropia ilegalmente, será castigado con una pena privativa de la libertad de hasta 3 años o multa, y si la cosa le fue confiada, con pena privativa de la libertad de hasta 5 años o multa. II. La tentativa es punible». El contenido material del término «apropiación», se refiere a la usurpación de una posición similar a la del propietario, desplazando al anterior titular permanentemente de su posición, incorporando la cosa al patrimonio del autor. El concepto de «apropiación» *Zueignung* está constituido por dos elementos: 1. La apropiación en sentido estricto *Aneignung*, que ha de ser al menos transitoria y consiste en que el sujeto se atribuye un poder de disposición igual que el del propietario, y 2. La «expropiación del titular» *Enteignung*, que ha de ser permanente. Existe consenso en la doctrina en que el delito de apropiación indebida es un delito de resultado, que se consuma con la expropiación del bien mueble del titular, exigiendo algunos la causación de un perjuicio patrimonial(61).

A diferencia de la apropiación indebida debe resaltarse que, como dice FERNÁNDEZ BAUTISTA, S., «las conductas de administración fraudulenta no implican la apropiación de aquellos bienes recibidos, precisamente, porque el administrador que se enriquece con la administración fraudulenta de la sociedad no recibe los bienes en virtud de un título que obligue a devolverlos. Es más, el administrador no suele recibir nada. El sujeto activo de este delito únicamente ostenta un nombramiento formal en el caso del administrador de derecho —o un poder fáctico— en el caso del administrador de hecho — que le habilita para la gestión del patrimonio social—. Lo único que recibe el administrador, por tanto, es *confianza*, basada en la presunción de que su gestión será llevada a cabo con la diligencia debida (art. 127 LS.A)»(62).

---

(61) *Vid.* SILVA CASTAÑO, M.ª L. *Op. cit.*, pp. 93 y ss.

(62) *Cfr.* FERNÁNDEZ BAUTISTA, S. Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 del CP). En *Derecho Penal de Empresa*, 2002, p. 110.

El bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida es, según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, la propiedad.

b.2.) Tipo subjetivo

Toda la acción típica debe ser abarcada por el dolo y, además, debe concurrir el elemento subjetivo del injusto del *animus rem sibi habendi*, es decir, del ánimo de apropiación definitiva por parte del sujeto activo. Precisamente este ánimo de apropiación definitiva es lo que distingue los comportamientos apropiatorios de la malversación de los comportamientos en que solo concurre un *animus utendi*, como es el caso de la distracción a finalidades ajenas a la función pública (arts. 433 y 434 del CP 95) del patrimonio público, que deben subsumirse en la administración desleal.

b.3.) Penalidad

En la reforma de 2015, se castiga igual el delito de administración desleal que el delito de apropiación indebida, remitiéndose ambos preceptos a las penas de la estafa (arts. 249 o 250), pudiendo dar a entender el legislador que punitivamente ambos tipos son de la misma gravedad. Sin embargo, se constata que en el artículo 269 del CP se regula la conspiración, proposición y provocación para cometer, entre otros, el delito de apropiación indebida; mientras que ello no ocurre respecto del delito de administración desleal, lo que podría dar argumentos para pensar que en realidad la apropiación indebida es algo más grave que la administración desleal como ya ha sostenido un importante sector doctrinal.

E) Tipos agravados

El número 3 del artículo 432 del CP en la reforma de 2015 establece expresamente que: «Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido *alguna* de las circunstancias siguientes: a) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50 000 euros».

Debe destacarse que ahora las circunstancias a tener en cuenta son de carácter alternativo, basta que concurra cualquiera de las dos, ya no es nece-

sario que deban concurrir conjuntamente como exigía el artículo 432.2 del CP 95 al utilizar una «y» en vez de una «o».

Se ha suprimido la referencia a cosas malversadas de valor histórico o artístico, así como a efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública, que se contenían en el artículo 432.2 CP 95.

Finalmente, se prevé en un apartado *in fine* un tipo superagravado, castigado con pena —en su mitad superior— penas de prisión de 6 años y un día a 8 años y de inhabilitación absoluta por tiempo de 15 a 20 años —pudiéndose llegar hasta la superior en grado—, 8 años y 1 día a 12 años de prisión e inhabilitación absoluta de 20 a 30 años, para el supuesto de que el perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250 000 euros.

Debe de aclararse que dichos tipos agravados son aplicables tanto a la malversación configurada como administración desleal, como a la malversación configurada como apropiación indebida, es decir a los dos número: 1 y 2 del artículo 432.

III. EL ARTÍCULO 433

La reforma de 2015 dispone:

Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses y, en todo caso, inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4000 euros.

Estamos ahora ante un tipo atenuado de malversación, tanto de la malversación configurada como administración desleal (art. 432.1) como la malversación de carácter apropiativa (art. 432.2), cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4000 euros.

IV. EL ARTÍCULO 433 BIS

Dicho artículo introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal, dice así:

1. La autoridad o funcionario público que, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa,

y fuera de los supuestos previstos en el artículo 390, falseare su contabilidad; los documentos que deban reflejar su situación económica o la información contenida en los mismos, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público, que de forma idónea para causar un perjuicio económico a la entidad pública de la que dependa, facilite a terceros información mendaz relativa a la situación económica de la misma o alguno de los documentos o informaciones a que se refiere el apartado anterior.
3. Si se llegare a causar el perjuicio económico a la entidad, se impondrán las penas de prisión de uno a cuatro años, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a diez años y multa de doce a veinticuatro meses.

Dicho precepto no ha sido derogado por la Disposición Derogatoria Única del Proyecto, por lo que debe entenderse que se mantiene, salvo en lo que pudiera oponerse al Proyecto.

Por tanto, formando parte del CP y no habiendo sido modificado en la reforma, no procede en este momento ocuparnos de él.

V. EL ARTÍCULO 434

Dicho precepto dispone:

> Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.

Se introduce en este precepto por primera vez en sede de malversación una semiexcusa absolutoria o atenuante específica por razones político-criminales. La primera razón de ellas, el objetivo pretendido por el legislador de obtener la reparación efectiva e íntegra del perjuicio causado al patrimonio

público por el sujeto activo del delito. La segunda es obtener la colaboración activa del autor con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

Nos recuerda a lo establecido en el artículo 305.6 del CP, relativo al delito fiscal, número 6 introducido por la LO 7/2012, de 27 de diciembre por la que se modifica la LO 10/1995 de Código Penal[63], y también a lo establecido en el artículo 579.4 del CP, relativo a los delitos de terrorismo[64].

En este precepto, deben distinguirse tres conductas distintas:

a) Que el sujeto activo del delito de malversación haya reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público.

b) Que haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables.

c) Que haya colaborado activamente con las autoridades y sus agentes para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos.

Y, puede verse favorecido por dicha atenuante específica cualquier sujeto activo de los hechos tipificados en el Capítulo VII; por consiguiente, también los autores de malversación impropia del artículo 435 en relación con los anteriores preceptos.

---

(63) El artículo 305.6 del CP establece: «Los jueces o tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito».

(64) El artículo 579.4 del CP señala: «En los delitos previstos en esta sección, los jueces y tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y, además, colabore activamente con estas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables».

Comprendemos el objetivo perseguido por el legislador en la conducta a) de obtener la reparación íntegra de lo malversado, máxime en una situación de crisis económica como la que soporta nuestro país desde hace ya unos años. Y, la persecución de dicho objetivo no deja de ser una decisión político-criminal.

Debe destacarse que en el apartado a) no se exige el requisito temporal, como en la circunstancia atenuante 5.ª del artículo 21 del CP de reparación del daño, con la que se solapa al menos parcialmente, de que la reparación se efectúe con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

En la conducta b), se echa de menos que la colaboración sea eficaz, lo que no se exige, así como que no se haga referencia la propia obtención de pruebas.

En la conducta c), tampoco se exige que el tal esclarecimiento se obtenga(65).

El informe de la Fiscalía General del Estado recaído sobre el Anteproyecto afirma que se crea «una sensación de condescendencia con las funciones públicas, muy perniciosa para la confianza de los ciudadanos en el Derecho».

ROCA AGAPITO, L. afirma, refiriéndose al Anteproyecto, que «esta atenuante específica para los funcionarios malversadores resulta inaceptable tanto desde un punto de vista político, como jurídico. Políticamente no resulta coherente con el mensaje de tolerancia cero que se quiere dar hacia este tipo de conductas corruptas. Jurídicamente tampoco resulta aceptable, pues si a la atenuante específica le sumamos un posible pacto de conformidad, al final un funcionario que se ha aprovechado de su cargo para llevarse el dinero público puede ser condenado a una pena ridícula. Por ejemplo, la pena prevista para los casos más graves de malversación es de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años. Si por efecto de la atenuante se rebaja en dos grados, aquella pena quedaría reducida a prisión de 1 a 2 años menos un día e inhabilitación absoluta de 2 años y seis meses a 5 años menos un día [...]» (66). Dicho autor sigue diciendo: «Esto es inadmisible tanto desde el punto de vista preventivo de la pena, como desde la retribución. Además,

(65) *Cfr.* MANZANARES SAMANIEGO. *La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal para la reforma del Código penal*, p. 7.

(66) *Cfr.* ROCA AGAPITO, L. *Op. cit.*, p. 927.

esta atenuante específica no añade nada a las atenuantes previstas ya con carácter general de confesión y reparación del daño en los artículos 21.4 y 21.5 del CP. Por otra parte, la atenuante específica solo piensa en la reparación del daño al erario público, pero no dice nada acerca del perjuicio que se haya podido causar a la prestación del servicio público. Lo único que cuenta es que se reintegre el dinero malversado, pero nada más. Para esto ya está previsto el comiso y la responsabilidad civil»[67].

Esta crítica ha perdido algo de virulencia ahora al haber el proyecto y la reforma de 2015 aumentado, como se ha visto con anterioridad, las penas imponibles a los delitos de malversación, que pueden llegar a un máximo de 12 años de prisión y a 30 años de inhabilitación absoluta, en el supuesto de que el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250 000 euros.

Debe remarcarse, además, como ha puesto de manifiesto Manzanares, con referencia al Anteproyecto, que dicho precepto podría tener efecto retroactivo al ser favorable al reo ex artículo 2.2 del CP con lo que de mantenerse podría beneficiar a muchos malversadores que están cumpliendo condena por delito de malversación[68]. Dicha crítica puede sostenerse incluso ahora, con referencia a la reforma de 2015, puesto que se señalan las penas de 2 a 6 años de prisión para los supuestos de malversación como administración desleal y apropiativa, cuando el artículo 432.1 del CP 95 castiga la apropiativa con las penas de 3 a 6 años de prisión.

Finalmente, también ha puesto de manifiesto dicho autor que cabe la posibilidad de que se aplique la atenuante específica del artículo 434 por conductas de colaboración activa y, luego, se aplique la circunstancia atenuante genérica de reparación del daño del artículo 21.5 del CP.

Todo ello nos lleva a mantener —incluso con la referida agravación de las penas imponibles— una posición crítica sobre dicho precepto, máxime en un momento en que es necesario más que nunca la lucha contra la corrupción de forma eficaz, y preceptos como este puede diluir o debilitar todos los esfuerzos realizados al efecto.

---

(67) Ibídem, p. 927.

(68) *Cfr.* MANZANARES SAMANIEGO. *Op. cit.*, p. 7.

VI. ARTÍCULO 435

Dicho precepto añade un nuevo N.° 4 al artículo 435:

> 4. A los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se altera el orden de pagos de los créditos establecidos en la Ley.

La reforma de 2015, como ya hacía el proyecto y el anteproyecto, añade un número más al artículo 435 del CP. En dicho precepto se regula en general la malversación impropia, llamada así la malversación por la mayoría de la doctrina(69), si bien algunos autores optan por dar dicha denominación a las conductas de distracción en que no se da ánimo de apropiación definitiva (por ejemplo, la del artículo 433 del CP del 95), así Queralt Jiménez, Ortiz de Urbina Gimeno(70).

La malversación impropia se diferencia respecto de la malversación propia en que el sujeto activo no es un funcionario público a efectos penales, sino un particular al que la ley penal le asimila al funcionario de modo que solo es funcionario de modo ficticio. Asimismo, en el número 3 del artículo 435 se da una doble ficción; pues, además de ser el sujeto activo un funcionario ficticio, el objeto material del delito tampoco es un bien o efecto público, sino privado, pero se le considera como si fuera público a efectos de este delito. Además, las conductas de apropiación o de administración desleal o de distracción a otros fines diferentes a la función pública de los artículos 432 y ss., les son aplicables extendiéndoles las penas señaladas en dichos preceptos.

El artículo 435 CP 95 viene regulado así:

---

(69) Así, ROCA AGAPITO, L. *Op. cit.*, pp. 281 y ss., y nota 5, p. 25. SUÁREZ MONTES. *Op. cit.*, pp. 832 y ss. MIR PUIG, C. *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código penal*. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Tomo III. Madrid, 1990, p. 390, nota 296, etc.

(70) *Cfr.* QUERALT JIMÉNEZ, JJ. *Derecho penal español. Parte especial*. Barcelona, 1996, p. 673. También, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. La malversación. En *Lecciones de derecho penal*, 2011, p. 343.

Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas.
2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.
3. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

Es importante aclarar que las conductas de administración desleal o de apropiación en que puede consistir la malversación, reguladas en los artículos anteriores, son extensibles a sujetos que no son funcionarios públicos a efectos penales, debiéndose imponer las mismas penas que las señaladas en dichos preceptos.

En los dos primeros números el sujeto activo es un particular asimilado legalmente al funcionario, mientras que el objeto es siempre un bien o efecto público.

En el N.° 1, es nuclear el verbo «encargar», que debe entenderse como *encomienda específica sobre unos determinados bienes* y con un alcance delimitado. El encargo podrá tener como contenido la gestión, la administración, la custodia o la inversión de caudales públicos. Por cualquier concepto, debe entenderse cualquier título de los referidos (también el mandato, el depósito, la comisión, etc.). Y, dicho encargo debe ser efectuado por autoridad o funcionario público competentes. Así, pueden ser sujetos activos a título de ejemplo particulares titulares de agencias ejecutivas de recaudación, contratado laboral de empresa pública que prestaba sus servicios como encargado de confeccionar nóminas de los empleados y de llevar la contabilidad de la sociedad, que se apoderó de los cheques que tenía a su cargo ingresando en su cuenta corriente el importe de los mismos (STS 5-2-1993); el vigilante de un museo que se halla encargado de custodiar determinados bienes de una sala, una auxiliar de caja en las oficinas de recaudación municipal, cuyo concesionario era un particular (STS 14-5-1990); titular de una Administración de Loterías que se apropia de la liquidación de varios sorteos (SAP Santa Cruz Tenerife 28-5-1997), personal de las entidades bancarias colaboradoras en el cobro de impuestos y tributos, etc.

En el N.° 2, el sujeto activo es un particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos. No se trata de unos depositarios cualquiera, sino que deben estar «legalmente designados»; es decir, la designación debe constar en una norma jurídica, que es lo que distingue este supuesto del N.° 3 del artículo 435 en el, basta la designación por autoridad pública.

Es el caso del habilitado-graduado social que es depositario administrador *ex lege* de pensiones a él remitidas para que las pague a sus respectivos perceptores (STS 30-11-92).

En el N.° 3, el sujeto activo es un particular administrador o depositario de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, de propiedad privada.

Este es el supuesto más evidente de malversación impropia al darse la doble ficción de funcionario y de bien público, cuando el sujeto no es ni un funcionario ni los bienes son públicos, pero el CP los asimila a funcionario y efectos públicos.

Es el llamado «quebrantamiento de depósito» que ha dado lugar a numerosas jurisprudencias. En realidad, late la idea de desobediencia a la autoridad, y algún autor considera que dicho precepto debe ser trasladado junto a los delitos de alzamiento de bienes, por ser el bien jurídico protegido los intereses de los acreedores[71]. El supuesto más común es el nombramiento por autoridad pública (p. ej., un juez) del deudor de los bienes propios embargados como depositario, de modo que si enajena dichos bienes embargados incurre en este delito de malversación impropia.

Pues bien, tras examinar someramente los 3 números del artículo 435 CP 95, ahora nos corresponde examinar el nuevo número 4 añadido por el Anteproyecto y mantenido por el Proyecto y por la reforma de 2015.

Un sector de la doctrina[72], así como el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto, consideran que el nuevo número 4 es innecesario, al entender que en el N.° 3 ya tienen cabida los administradores, y el administrador concursal es un administrador. El referido informe señala lo siguiente:

---

(71) Así, ROICA AGAPITO, L. *Op. cit.*, p. 928. Dicho autor dice también que así, con el desplazamiento del precepto a los delitos de alzamiento de bienes, se gana que la malversación quede circunscrita a conductas que recaen exclusivamente sobre el patrimonio público.

(72) *Vid.* ROCA AGAPITO, L. *Op. cit.*, p. 928.

Hay que recordar que el nombramiento de un administrador concursal por la autoridad judicial tiene como finalidad principal asegurar los bienes de la masa de cara a la satisfacción de los créditos, y que con la aceptación del cargo el administrador concursal asume obligaciones específicas de administración y custodia del patrimonio a él confiado, por lo que no hay duda de que los bienes que gestiona se encuentran bajo depósito judicial o secuestro. No hay que olvidar que el artículo 1785 del Código Civil establece que el aseguramiento de los bienes acordado por la autoridad judicial es una forma de depósito judicial o secuestro. Por tanto, los administradores concursales lo son respecto de bienes secuestrados por autoridad pública, como ya dispone el artículo 435.3 del CP vigente, lo que hace inexplicable la necesidad del supuesto que el Proyecto, siguiendo el Anteproyecto, pretende introducir. De hecho, la jurisprudencia ha aplicado el delito de malversación impropia del artículo 435.3 del CP a los administradores judiciales (STS N.° 2395/2001, 12-12) [...][73].

VII. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 438

En el Código Penal de 1995, bajo el Capítulo VIII «De los fraudes y exacciones ilegales», dentro del Título XIX «Delitos contra la Administración Pública», se incluye el artículo 438 que establece que «la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a estos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

En el Anteproyecto no se tuvo en cuenta para nada dicho precepto, sin que se efectuara esfuerzo alguno o se diera explicación alguna para ajustar la reforma a dicho precepto o resolver el posible concurso con el artículo 432, lo que fue criticado por el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 16 de enero de 2013, que llegó a decir que «Da toda la impresión de que el Anteproyecto ha olvidado, simplemente, que existe en el Código Penal

(73) El Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013 sobre el Anteproyecto de 3 de abril de 2013 dice al referirse al artículo 435.4 que «su tratamiento penal se basa en las funciones de índole pública que les están legalmente encomendadas en determinados ámbitos, lo que en criterio de este Consejo justifica que queden incluidos en el ámbito de aplicación del referido delito».

vigente el delito de apropiación indebida cometido por funcionario público en el ejercicio de su cargo, que es un tipo separado del de malversación y, por tanto, ha ignorado los problemas concursales que el mismo puede presentar con la nueva regulación. De modo que ha creado un galimatías en el que resulta imposible otorgar coherencia a la integración del Anteproyecto con las disposiciones vigentes que se mantienen inalteradas».

La reforma de 2015, al igual que el proyecto, modifica el artículo 438 que queda redactado como sigue:

> La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o de fraude de prestaciones del Sistema de Seguridad Social del artículo 307, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a estos, en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y *para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo* por tiempo de *tres a nueve* años, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en algún otro precepto de este Código.

Así, pues, la reforma de 2015 siguiendo al proyecto, al suprimir el delito de apropiación indebida del artículo 438, resuelve de un plumazo todos los problemas, a veces irresolubles, planteados por la nueva configuración del delito de malversación.

De este modo, el funcionario público que cometa una apropiación indebida que afecte a la propiedad o patrimonio privado ajenos deberá ser castigado por el artículo 253 o en su caso por el artículo 252 si es un supuesto de administración desleal, con aplicación —en su caso— en ambos casos de la agravante genérica del artículo 22.7 de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, mientras que si dicha apropiación indebida afecta al patrimonio público cometerá un delito de malversación del artículo 432.1 o 2.

VIII. EL NUEVO ARTÍCULO 445

Dicho precepto ubicado bajo el Capítulo X del Título XIX del CP, titulado: «Disposición común a los Capítulos anteriores» dispone: «La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este Título se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados».

Y, como quiera que el delito de malversación, en cualquiera de sus dos modalidades de administración desleal y apropiativa, forma parte de los delitos previstos en el Título XIX, a ella también le es aplicable dicha disposición que amplía enormemente el alcance de dicho delito, debiéndose aplicar las normas generales de dichos actos preparatorios expresamente previstos y castigados en el Código Penal.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN ONECA, J. *Estafa.* En *NEJ Seix.* Tomo IX. Barcelona, 1958.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. La administración desleal en el nuevo Código Penal. En *La Administración desleal. Cuadernos de Derecho Judicial.* Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *La realización arbitraria del propio derecho.* Editorial Civitas S. A., 1976.

IDEM. Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* 1975.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López Barja de Quiroga. La malversación como delito de administración desleal. En *La Administración desleal, Cuadernos de Derecho Judicial,* VII. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.

CASTIÑEIRA PALOU, M.ª Teresa. *Ventas a plazos y apropiación indebida.* Barcelona: Bosch, Casa Editorial S. A., 1983.

CASTRO MORENO, Abraham y Gutiérrez Rodríguez, María. Apropiación indebida y administración desleal de patrimonio público y privado. *En Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012.* Coord. Álvarez García, F. J., Dopico Gómez,J., Díez Ripollés, J. L. Editorial Tirant lo Blanc, 2013.

DE LA MATA, Norberto J. y Etxebarria, Xabier. *Malversación y lesión del patrimonio público.* Barcelona: J. M. Bosch Editor, S.A., 1995.

FARALDO CABANA, Patricia. *Los delitos societarios.* Valencia: Tirant lo Blanc, 1996.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Delitos contra la administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. *La Ley Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía.* Jurisprudencia 2 de 1997.

FERNÁNDEZ, Bautista, Silvia. Aproximación al delito de administración fraudulenta (art. 295 del CP). En *Derecho penal de la Empresa.* Pamplona, 2002.

GILI PASCUAL, A. Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (art. 252 y ss. del CP). En *Comentarios a la reforma Penal de 2015*, Dir. González Cussac. Valencia, 2015.

IDEM. Pago de comisiones en el ámbito de los negocios y Kick-backs: entre la administración desleal, la apropiación indebida y la corrupción privada. *Cuadernos de Política criminal*, N.° 109, 2013.

GÓMEZ-JARA DÍEZ. C. *La administración desleal de los órganos societarios*. Barcelona, 2008.

IDEM. Crisis financiera y retribución y retribución de directivos. En *InDretPenal* 2/2009.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José. Apropiación indebida de dinero. En *La Administración desleal. Cuadernos de Derecho Judicial*, VII. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1999.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. *La reforma de los delitos económicos. La administración desleal, la apropiación indebida y las insolvencias punibles*. Thomson-Reuters, 2015.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. La malversación en el anteproyecto de octubre de 2012 para la reforma del Código Penal. *Diario la Ley*, N.° 8104, Sec. Doctrina, 13 junio 2013, año XXXIV, La Ley 3031/2013.

MARTELL PÉREZ-ALCALDE. El delito de malversación. En *Comentarios a la reforma penal de 2015. Parte Especial*, Dir. Gonzalo Quintero Olivares, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida. En *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015.

MIR PUIG, Carlos. *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2000.

IDEM. *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010* artículos 432 y ss. pp. 938-953. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

IDEM. Sobre la reforma de los delitos de malversación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 2013. En *ADPYCP*, Tomo LXVI, MMXIII. Madrid, 2014.

IDEM. Los delitos contra la Administración Pública. En *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. Dir. Mirentxu Corcoy Bidasolo y Santiago Mir Puig. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. *El delito de administración fraudulenta.* Editorial Praxis, 1996.

PASTOR MUÑOZ Vila Coca. El nuevo delito de administración desleal en el Anteproyecto de reforma del Código Penal. *IURIS*, N.° 194, 2013.

IDEM. ¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado? En *InDret*, 1/2015.

IDEM. *La administración desleal* en Lecciones de Derecho Penal, Dir. Silva Sánchez. Atelier, 2015.

QUERALT JIMÉNEZ, JJ. Malversación del patrimonio público (arts. 432-435). En *Derecho penal Español. Parte especial.*

ROCA AGAPITO, Luis. *El delito de malversación de caudales públicos.* Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999. IDEM. Delitos de malversación artículos 432 y ss. En *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, pp. 921-928. Coord. Álvarez García, F. J.; Dopico González, J.; Díez Ripollés, J. L. Editorial Tirant lo Blanch, 2013.

RODRÍGUEZ DEVESA J.M. *El hurto propio.* Madrid. Ed. Ministerio de Justicia y CSIC, 1988.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa. La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios. *Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 1. N.° 2, 1998. Madrid: Editorial McGraw-Hill, 1997.

SAINZ-PARDO CASANOVA, José A. *El delito de apropiación indebida.* Barcelona: Bosch, casa editorial S. A., 1978.

SILVA CASTAÑO, María Luisa. *El delito de apropiación indebida y la administración desleal del dinero ajeno.* Dykinson, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa.* Madrid: Edisofer S. L., 2013.

VALEIJE ÁLVAREZ, I. Malversación (artículos 432, 433, 434 y 435). En *Comentarios a la reforma del CP de 2015.* Dir. González Cussac.

ZUGALDÍA ESPINAR. *Delitos contra la propiedad y el patrimonio. Infracciones de uso.* Madrid: Ed. Akal, 1988.

LA CONDENA NO PRONUNCIADA

¿No pagar reparación civil dentro del plazo genera revocatoria de la pena suspendida?

Aldo Calcina Hancco(*)

SUMARIO: I. Generalidades. **II.** Requisitos para considerar a la sentencia como no pronunciada. 2.1. Periodo (plazo) de prueba. 2.2. No volver a cometer un nuevo delito doloso ni infringir de manera persistente y obstinada las reglas de conducta. **III.** La autonomía de la condena no pronunciada. **IV.** Condena no pronunciada. **V.** Reparación civil como regla de conducta. **VI.** Integración de ideas finales. **VII.** Conclusiones. **VIII.** Bibliografía.

JURISPRUDENCIA:

Casación N.° 656-2014- Ica.
Recurso de Nulidad N.° 2356-2014-El Santa
Recurso de Nulidad N.° 2476-2005-Lambayeque
Recurso de Nulidad N.° 1592-2012-Piura

RESUMEN

La institución de la condena no pronunciada es aplicable a aquellos casos en los que el sentenciado condenado a pena privativa de libertad de carácter suspendido ha ejecutado su condena. Y, durante el periodo de prueba establecida no ha vuelto a cometer un nuevo delito doloso ni ha infringido las reglas de conducta establecidas en la sentencia, además de cumplir con el pago de la reparación civil del daño ocasionado por el delito; por lo que su incumplimiento implica una revocatoria de la pena condicional.

MARCO NORMATIVO

Código Penal: artículos 58, 59, 60 y 61.

(*) Abogado por la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez (Puno).

PALABRAS CLAVES

Delito continuado; periodo de prueba; reparación civil; revocatoria de pena; pena suspendida.

I. GENERALIDADES

De acuerdo con la interpretación del artículo 61 del Código Penal (en delante, CP), claramente redactada, se entiende e interpreta de manera gramatical y funcional preliminarmente, por aquella persona que ha sido sentenciada condenatoriamente a una pena privativa de libertad de carácter suspendida (*suspensión de la ejecución de la pena*), la misma que implica que esta persona sentenciada debe cumplir a cabalidad (*debe ejecutarla*) las determinadas normas —reglas de conductas—, impuestas por el juez de origen en la sentencia condenatoria, por un determinado plazo o periodo de prueba. Tal vez, el fin determinado de esta institución como carácter previo tenga en aquella oportunidad que el Estado le dé a la persona sentenciada una pena privativa de libertad de carácter suspendida, a efectos de que en este periodo-plazo de tiempo pueda entender de aquellos actos —hechos típicamente antijurídicos— que le permitieron la imposición de esta pena de cara a facilitar la indemnización a las víctimas del delito y de darle una oportunidad para resocializarse sin ir a un centro penitenciario (descongestionando las cárceles).

Con ello queda claro que el sentenciado no será recluido a un centro penitenciario para cumplir su condena fijada por el juez. El sentenciado queda en libertad, pero es sometido a un determinado régimen de reglas de conductas y, además, a la obligación de no cometer delitos dolosos nuevamente ni infringir de manera persistente y obstinada aquellas reglas de conductas establecidas en la sentencia para su fiel cumplimiento.

Si al transcurrir el tiempo después de la condena y si el comportamiento de esta persona resulta ser *positivo* —cumpla tal cual lo ha señalado el juez en la sentencia sobre las reglas de conducta— y cuando esta misma persona sentenciada no haya cometido un nuevo delito doloso durante el periodo o plazo de prueba determinado por el juez en la sentencia, si lo indicado anteriormente fuera cumplido en cabalidad por la persona sentenciado, entonces solo así esa sentencia que se dio se considerará como olvidada o, en otras palabras, será como si nunca hubiera existido.

II. REQUISITOS PARA CONSIDERAR A LA SENTENCIA COMO NO PRONUNCIADA

Son requisitos esenciales que exige el artículo 61 del CP, a efectos de que la sentencia se dé como no pronunciada; pero antes de ello debe verificarse **a)** el periodo de plazo de prueba y **b)** no volver a cometer un nuevo delito doloso ni infringir de manera persistente y obstinada las reglas de conducta. En ese mismo sentido también se ha pronunciado la Corte Suprema mediante la ejecutoria [R. N. N.° 2476-2005, Lambayeque] como precedente vinculante.

2.1. Periodo (plazo) de prueba

El referido artículo 61 del CP, en comento, exige como un requisito primordial que haya trascurrido, pasado el periodo de prueba y se haya cumplido como tal. Y siendo así —*expirado* el periodo de prueba— la misma está supeditada al tiempo; por lo que corresponde aplicar el artículo 61 del CP. Por ello, la condena se considera como no pronunciada, es decir, como si nunca hubiera existido dicha condena por haber trascurrido el plazo de prueba.

2.2. No volver a cometer un nuevo delito doloso ni infringir de manera persistente y obstinada las reglas de conducta

Otro requisito exigido por el artículo 61 del CP es que el condenado, durante el tiempo establecido como periodo de prueba en la sentencia condenatoria, no vuelva a cometer un nuevo delito doloso ni infrinja de manera *persistente* y *obstinada* las reglas de conducta establecidas en la sentencia. De esta manera, la condena quedará «como no pronunciada», lo que a la vez hace entender la desaparición (*extinción*) de la pena aplicada.

Si el imputado durante el periodo —tiempo de prueba— que esté sometido infringe alguna regla de conducta, se aplicarán las sanciones establecidas por incumplimiento de reglas de conducta, artículo 59 del CP[1]. La

---

(1) Así el artículo 59 del Código Penal Peruano de 1991 señala:
«Si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el juez podrá, según los casos:
1. Amonestar al infractor;
2. Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de 3 años, o

misma que debe dejarse a criterio del magistrado para que pueda evaluar cada caso en concreto a efectos de que determine qué sanción debe aplicar de acuerdo al artículo 59 por incumplimiento de reglas de conducta y no de manera correlativa como está redactado dicho artículo. En ese sentido, la Corte Suprema, mediante la Sala Penal Permanente, fijó como doctrina jurisprudencial la **Casación N.° 656-2014-Ica** en su fundamento jurídico décimo quinto:

> [...] La aplicación de los efectos de incumplimiento de regla de conducta, previsto en el artículo 59 del Código Penal, debería darse conforme a la propia norma de manera discrecional por el Juez. **Es decir, según el caso concreto está en la decisión del Juez Penal optar por cualquiera de los tres supuestos, sin la necesidad de la que se siga una secuencia prelativa** [...] (las negritas son nuestras).

III. LA AUTONOMÍA DE LA CONDENA NO PRONUNCIADA

El artículo 61 del CP (*condena no pronunciada*) es independiente respecto del artículo 59 del CP y no se contrapone a lo que disponga este (*incumplimiento de las reglas de conducta*), la misma que otorga el juez, las funciones para que pueda a) amonestar al infractor, b) prorrogar el periodo de la suspensión y c) revocar la suspensión de la pena. Por otro lado, la Corte Suprema, mediante la Sala Penal Permanente **[R. N. N.° 2476-2005, Lambayeque]**, ha indicado:

> La inaplicación del artículo sesenta y uno del Código Penal porque se infringió las reglas de conducta no significa que el imputado siempre tendrá inscrita la sentencia, **sino únicamente que no opera esta causa excepcional de extinción de la responsabilidad penal.** En San Martin Castro, 2006, p. 178 (las negritas son nuestras).

Si nadie (víctima y agraviado) ha hecho efectivo, teniendo conocimiento de que el sentenciado haya infringido alguna de las reglas de conducta establecidas en la sentencia para el cumplimiento en el periodo de prueba y, después del plazo del periodo de prueba, solicita alguna de las sanciones

---

3. Revocar la suspensión de la pena».

por incumplimiento de reglas de conducta este ya no será aplicable, y solo podrá hacer efectiva la solicitud de las sanciones dentro del plazo determinado de periodo de prueba. Si este plazo venciere y después recién solicitarían la revocación de la pena suspendida o la ampliación del plazo de prueba, esta ya no operará. En consecuencia, vencido el plazo de periodo de prueba, cesa la posibilidad de amonestación y se tendrá por efectiva el cumplimiento de aquellas reglas de conducta que el juez haya considerado en la sentencia como la misma que importe la reparación efectiva del daño conforme al artículo 58 del CP (*al suspender la ejecución de la pena, el juez impone las siguientes reglas de conducta que se han aplicables al caso*), lo único que impediría ello sería la institución de la prescripción de la ejecución de la pena.

IV. CONDENA NO PRONUNCIADA

El artículo 61 del CP es una especie de doble beneficio para el sentenciado que, en consecuencia, se fundamenta en la primera premisa que este sea condenado a una pena privativa de libertad de manera suspendida, y en cuanto a la ejecución de la pena, esta deberá cumplir las reglas y requisitos que emanan del artículo 61 del CP. El primer benéfico se fundamenta por ser el primer delito que cometa el sentenciado y este a la vez al no ser un delito grave, y segundo es que este sentenciado sea premiado por el hecho de cumplir todos los presupuestos para considerarse una sentencia no pronunciada, de ese fiel cumplimento de los requisitos de por sí lo hace merecedor de este beneficio que el CP lo contempla como una prerrogativa.

A ello, como requisito, se le debe adicionar el fiel cumplimiento de las reglas de conductas impuestas por el juez en la sentencia para el periodo de prueba. El condenado no debe haber cometido un nuevo delito doloso ni infringido de manera obstinada y persistente las reglas de conducta plasmadas y establecidas en la sentencia. Cumplido solamente ello se entenderá que la persona ha quedado completamente resocializado y ha interiorizado todas las normas que se encuentran reguladas en el marco normativo. En este sentido también se pronunciado la Corte Suprema mediante la Sala Penal Permanente, en el [R. N. N.° 338-2004, Huánuco]:

> Conforme lo dispuesto en el artículo sesenta y uno del Código sustantivo, «la condena se considera como no pronunciada si trascurre el plazo de prueba sin que el condenando cometa un

> nuevo delito doloso [...], supuesto que se ha verificado en el caso de autos; por lo que la rehabilitación dispuesta a favor del sentenciado se encuentra conforme a ley , **sin que ello importe una limitación de derecho de la parte agraviada a la exigencia de su pago. En todo caso, para su materialización, es pertinente utilizar los mecanismos procesales de carácter civil**». En Avalos/Robles, 2005, p. 195 (las negritas son nuestras).

Además, el juez debe verificar para asegurar el cumplimiento de ellos con total cabalidad, de tal manera esta persona pueda ser nuevamente integrada a la sociedad y que la sociedad también le acepte para que pueda nuevamente desarrollarse como si nunca hubiera cometido el delito. Con este panorama explicado, se espera del sentenciado una conducta intachable lo que hace que su sentencia a la vez no sea sentencia (la condena sea como no pronunciada) por beneficio del ordenamiento jurídico, transcurrido y vencido el pazo del periodo de pruebas sin que el sentenciado haya incumplido las reglas establecidas o no haya vuelto a delinquir. En consecuencia, corresponde rehabilitar automáticamente y extinguir la pena y eliminar la condena de todos los registros. El hecho de la rehabilitación automática por transcurrir el tiempo es autónomo de cualquier otra consecuencia jurídica como la reparación civil, así lo establecido por el TC en el Exp. N.° 2263-2002-HC-TC, 2002.

V. REPARACIÓN CIVIL COMO REGLA DE CONDUCTA

En aplicación de los artículos 57 y 58 del CP, el juez discrecionalmente —tomando en cuenta las circunstancias del hecho y del autor—motivadamente puede suspender la ejecución de la pena por un periodo de uno a tres años, siempre que se cumplan determinados requisitos, quedando supeditado al fiel cumplimiento de las reglas de conductas impuestas expresamente en la sentencia condenatoria. Entonces, el juez puede decidir condenar en su sentencia una pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por un periodo de tiempo, debiendo cumplir ciertas reglas de conducta, entre ellas, el pago de un determinado monto económico como reparación civil. La reparación civil de los daños ocasionados es una regla de conducta establecida en nuestro CP, en su artículo 58, apartado 4, sustentada en reparar los daños causados por el delito cometido. Asimismo, el pago debe realizarse en el trascurso del periodo de prueba establecido ya sea en su totalidad o fraccionadamente.

Y si no paga la reparación civil dentro del plazo, ¿genera revocatoria de la pena suspendida? Sí, se genera revocatoria de la pena siempre en cuando el sentenciado no haya cumplido en cabalidad con las reglas de conductas establecidas en la sentencia —reparación civil—; en mérito a los mecanismos de revocación de la condena condicional están contemplados en los artículos 59 y 60 del CP, el juez de investigación preparatoria puede hacer efectiva la revocatoria de la pena suspendida. En consecuencia, el juez puede ordenar una pena efectiva o dictar las medidas que considere pertinentes, por lo que no cabe el argumento de que por «deuda no hay detención» (art. 2, inc. 24, acáp. C de la Constitución Política); en ese mismo sentido se ha pronunciado el TC, en el Exp. N.° 02454-2016-PHC-Tacna.

El incumplimiento del pago de la reparación civil como regla de conducta puede solicitarse o hacerse efectivo dentro del plazo/periodo de prueba establecido como regla de conducta. En ese mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema mediante la Sala Penal Transitoria [**R. N. N.° 2356-2014, El Santa**]:

> [...] El pago se hará necesariamente antes del plazo de suspensión, cuyo incumplimiento determinará los efectos estatuidos por el artículo 59 del Código Penal, lo que no podría hacerse de esperar la fecha de vencimiento del mismo.



En ese mismo sentido se ha pronunciado la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Lima en el Exp. N.° 5555-98, indicando:

> Estando la pretensión solicitada, por la parte agraviada, de revocación de la pena condicional y que se haga efectiva por no haber pagado la reparación civil, la misma está supeditada al transcurso del tiempo. Se tiene que con fecha 22 de julio del 2000 se ha extinguido el plazo de prueba establecido mediante sentencia de fecha 24-09-98, confirmada por esta Superior Sala, periodo de prueba prorrogada por el pazo de seis meses, con fecha 15 de octubre del 1999; fundamentos por los cuales confirmaron la resolución que declara improcedente la revocatoria de la condicionalidad de la pena, con lo demás que contiene declararon fenecido el periodo de prueba impuesto al sentenciado. En Rojas Vargas, 2002, p. 326.

También, se ha vuelto a pronunciar en la misma línea la Corte Suprema mediante la Sala Penal Permanente, en el **[R. N. N.° 1592-2012, Piura]** en su considerando tercero.

> [...] Que, impuesta la reparación civil como regla de conducta, en causas con pena privativa de libertad suspendida, la misma puede ser reclamada bajo los efectos revocatorios de suspensión de efectividad mientras esté vigente el plazo legal de prueba (lo cual no es arbitrario, sino proporcional); dado que vencido el plazo de prueba corresponde, por expreso mandato de la ley, tener la condena por no pronunciada, **ello en razón de que la duración de las medidas no privativas de libertad no superará el plazo establecido por la norma legal** (las negritas son nuestras).

VI. INTEGRACIÓN DE IDEAS FINALES

Esta figura beneficiaria al sentenciado tiene un sustento, además de lógico, más practico, toda vez que política criminalmente «con el deseo de evitar la carcelería efectiva de aquellas personas que se resocialicen», con la condición de verificar el comportamiento del sentenciado en un determinado periodo de prueba, lo que implica tener por no pronunciada la condena. La lógica es como si se hubiera cumplido y efectivizado la condena en todos sus extremos (extinción de la pena), y el Estado debe reaccionar ante ello cancelando los antecedentes de la condena.

Es así que el juez verificando todos los requisitos de la *condena no pronunciada* debe extinguir la pena aplicada al condenado. En otras palabras, vencido el periodo —plazo establecido como periodo de prueba— el juez no lo extingue, sino la pena se extingue automáticamente.

VII. CONCLUSIÓN

La condena no pronunciada se aplica cuando el condenado-sentenciado ha ejecutado la pena en el tiempo establecido como periodo de prueba, cumpliendo con no volver a cometer un nuevo delito doloso ni infringiendo de manera persistente y obstinada las reglas de conducta es-

tablecidos en la sentencia y, en consecuencia, corresponde aplicar la condena no pronunciada.

La fijación de la condena a la pena privativa de libertad condicional es un criterio discrecional jurisdiccional que el juez puede aplicar de acuerdo con cada caso evaluando los hechos concretos y el autor debidamente motivados, por lo que no es de estricta aplicación literalmente de la norma.

La reparación civil del daño ocasionado por el delito es una regla de conducta establecida por el propio código penal, y su incumplimiento genera la revocatoria de la pena condicional, por otro que el juez estime razonable, por lo que no necesariamente debe aplicar en orden numeral.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Casación N.° 656-2014- Ica. Publicado el dieciocho de mayo del dos mil dieciséis. Ponente: Josué Pariona Pastrana.

Recurso de Nulidad N.° 2356-2014/El Santa, publicado el once de julio del dos mil dieciséis. Ponente Cesar San Martin Castro.

Recurso de Nulidad N.° 2476-2005, Lambayeque. Publicado veinte de abril de dos mil seis. En SAN MARTIN CASTRO, C. (2006). *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema. Lima: Palestra.

Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.° 2263-2002-HC-TC, fecha 10 de diciembre del 2002 (caso Luis Cáceres Velásquez).

Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.° 02454-2016-PHC-Tacna de fecha 6 de marzo del 2018 (caso Ghenry Leandro Apaza).

Recurso de Nulidad N.° 338-2004, Huánuco. En AVALOS/ROBLES (2005). *Modernas tendencias de dogmáticas en la Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*. Lima: Gaceta Jurídica.

Recurso de Nulidad N.° 1592-2012, Piura. Publicado veintinueve de mayo de dos mil trece.

Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Lima del 27 de setiembre de 2000, Exp. N.° 5555-98. En ROJAS VARGAS (2002). *Jurisprudencia Penal y procesal penal*. Lima: Idemsa.

LA IMPUTACIÓN POR COLUSIÓN A LUIS NAVA, ALAN GARCÍA Y OTROS EN EL CASO METRO LIMA-ODEBRECHT

Godofredo André García León(*)

SUMARIO: I. Introducción: el Caso Metro de Lima-Odebrecht. **II.** Aspectos esenciales del delito de colusión. 2.1. Bien Jurídico. 2.2. Sujeto pasivo-sujeto activo (razón de su cargo, intervención directa e indirecta). 2.3. Verbos típicos: concertación y defraudación. 2.4. Modalidades: colusión simple y colusión agravada. 2.5. La complicidad en el delito de colusión y la llamada co-complicidad. 2.6. La Complicidad por omisión en el delito de colusión. **III.** La imputación por colusión en el caso Metro de Lima- Odebrecht. 3.1. La imputación por colusión a Alan García Pérez. 3.2. La imputación por colusión a Luis Nava Guibert. 3.3. La imputación por colusión a Oswaldo Plasencia Contreras. 3.4. La imputación por colusión a Jorge Luis Menacho Pérez. 3.5. La imputación por colusión a Raúl Antonio Torres Trujillo. **IV.** Conclusiones. **V.** Bibliografía.

Palabras Clave: colusión simple; colusión agravada; Odebrecht; caso Metro de Lima.

I. INTRODUCCIÓN: EL CASO METRO DE LIMA-ODEBRECHT

Luego del lamentable suicidio del expresidente Alan García, la colectividad ha puesto sus ojos en el caso que se investigaba al fallecido expresidente: el Caso Metro de Lima-Odebrecht (llamado también Caso Tren Eléctrico).

Este caso tiene su origen en el acuerdo de culpabilidad suscrito el 21 de diciembre de 2016 entre el Departamento de Justicia de Estados Unidos y

(*) Abogado con estudios de maestría en Derecho Penal y Ciencias Criminológicas por la Universidad Nacional de Trujillo. Director del área penal en EP Consultores Legales & Contables. Ha sido consultor del Programa de las Naciones Unidas para la Seguridad Humana y docente de Derecho Penal en la Universidad Nacional del Santa y en la Universidad Privada de Trujillo. Presidente fundador de la Asociación Civil Inquisitio Essentia Ius.

ODEBRECHT, donde la empresa brasilera confesó que entre los años 2005 y 2014 se hicieron pagos corruptos por la suma de 24 millones de dólares con el fin de obtener contratos por obras públicas[1].

Posteriormente, Carlos Antonio Nostre Junior, funcionario de Odebrecht, en su declaración de 25 de enero de 2019 afirmó que para el tramo 1 del Metro de Lima se pagaron 7 millones de sobornos; para el tramo 2, 17,4 millones. Asimismo, indicó que a Jorge Luis Cuba Hidalgo (ex viceministro de Transportes y Comunicaciones), Edwin Luyo Barrientos, Mariella Janette Huerta Minaya y Santiago Andrés Chau Novoa (miembros del Comité Especial de Contrataciones del Metro de Lima) se les había pagado en total 9,7 millones de dólares[2].

La parte de la historia que involucraría al expresidente Alan García, Luis Nava Guibert, Oswaldo Plasencia Contreras y a Jorge Luis Menacho Pérez, en la presunta comisión del delito de colusión, partiría de la conversación que tuvieron Jorge Barata con el expresidente Alan García en el avión presidencial el 20 de febrero de 2009, durante el viaje de Lima a Cuzco, fecha en la que se inauguraba un tramo de la Carretera Interoceánica, donde se habló del Metro de Lima.

Ese mismo día el expresidente convocó a una sesión de Consejo de Ministros, donde se aprobó el Decreto de Urgencia 032-2009 para encargar la ejecución del Metro de Lima al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC). Ese mismo día el exalcalde de Lima, Luis Castañeda Lossio, en sesión de consejo aprobó la celebración de un convenio con el MTC para la viabilidad de la concesión de la obra. El 28 de febrero de 2009 se publicaba en el diario oficial el Decreto de Urgencia 032-2009, con el que se transfiere al MTC como la entidad a cargo de la ejecución del Metro de Lima.

Luis Nava Guibert, exsecretario general de la Presidencia de la República, habría canalizado una parte importante de supuestos sobornos de Odebrecht de la Obra Metro de Lima, que tendrían como destino al expresidente.

---

(1) Exp. N.° 00043-2008-3-Nacional. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios. Resolución N.° 2. Lima, 23 de abril, 2019; FJ 2.1, p. 3.

(2) Exp. N.° 00043-2008-3-Nacional. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios. Resolución N.° 2. Lima, 23 de abril, 2019; FJ 2.1 p. 3, FJ 2.2, p. 3.

El sustento técnico de la adecuación del marco legal, para la ejecución del Metro de Lima, estaría a cargo de Oswaldo Plasencia Contreras, quien fuera asesor del despacho presidencial, ocupó el cargo de director ejecutivo de la Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico (ATTE), firmando el contrato de concesión por el cual se adjudicó la buena pro al Consorcio Tren Eléctrico al que pertenecía Odebrecht(3).

Así también Jorge Luis Menacho Pérez, quien era la persona de confianza de Enrique Cornejo Ramírez, exministro de Transportes y Comunicaciones y secretario general de este Ministerio, designaba a los miembros de todos los comités especiales convocados por Provias Nacional y Provias Descentralizado(4), y Raúl Antonio Torres Trujillo, exdirector ejecutivo de Provias, instruía a las diferentes unidades del área legal que generen documentación e informes técnicos y legales, que sustenten el proceso(5).

Si bien es cierto a algunas de estas personas la Fiscalía les imputa el delito de lavado de activos, como es el caso de Nava Guibert, y a todos se les imputa también el delito de organización criminal en la hipótesis de que en el nivel o liderazgo político de la organización se encontró el expresidente Alan García, el exministro Enrique Cornejo y Luis Nava Guibert, y en el nivel técnico se encontrarían a Oswaldo Plasencia, Jorge Menacho y Raúl Torres. Nos centraremos en el análisis de la subsunción típica de la imputación en el delito de colusión, para ello, revisaremos algunos conceptos esenciales de este delito a continuación:

II. ASPECTOS ESENCIALES DEL DELITO DE COLUSIÓN

El delito de colusión es uno delitos que registra mayor incidencia entre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú(6). Se encuentra previsto

---

(3) Exp. N.° 00043-2008-3-Nacional. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios. Resolución N.° 2. Lima, 23 de abril, 2019, FFJJ 16, 17, 18 y 19.

(4) Exp. N.° 00043-2008-3-Nacional. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios. Resolución N.° 2. Lima, 23 de abril, 2019, FFJJ 22, 23, 24.

(5) Exp. N.° 00043-2008-3-Nacional. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios. Resolución N.° 2. Lima, 23 de abril, 2019, FFJJ 22, 23, 24.

(6) Según la Procuraduría Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios, entre abril de 2014 hasta abril de 2017, el delito de colusión es el segundo delito que registra

en el artículo 384 del Código Penal[7]. Entre sus aspectos esenciales a conocer para comprender su configuración típica tenemos los siguientes: i. Bien jurídico; ii. Sujetos (agente y pasivo); iii. Verbos típicos; iv. Elementos normativos del tipo, y v. Modalidades.

2.1. Bien jurídico

No existe consenso sobre cuál es el objeto de protección penal en este delito, sin embargo, existen tres líneas divisorias que denominaremos: i. Concepciones institucionalistas, ii. Concepciones Administrativistas y iii. Concepciones Patrimonialistas y/o de corte mixto-patrimonial

En las concepciones que denominamos institucionalistas, encontramos las posturas que señalan que el bien jurídico en el delito de colusión es la expectativa del cumplimiento de los deberes positivos especiales que tiene el funcionario o servidor público[8] en las contrataciones u operaciones públicas en las que interviene en razón de su cargo.

Esta idea parte del entendimiento que el delito de colusión es un delito de competencia institucional en el que el agente se encuentra revestido por

---

mayor incidencia, mientras que para el Ministerio Público, entre el año 2016 a 2018, es el tercer delito que registra mayor incidencia. *Vid.* CHANJAN DOCUMET, Rafael, SOLIS CURI, Erika y PUCHURI TORRES, Flavio Cesar. *Sistema de Justicia, Delitos de corrupción y lavado de activos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2018, pp. 17, 18, 19.

(7) Artículo 384 del Código Penal: el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años, inhabilitación, según corresponda, en conformidad con los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

(8) *Cfr.* GARCÍA CAVERO, Percy. Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En: *El delito de colusión*. García Cavero, Percy & Castillo Alva, José Luis Lima: Grijley, 2008, pp. 21-22-23. MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. El estado actual del delito de colusión, Comentarios a propósito de la Casación N.° 661-2016, Piura. En: Gaceta Penal &Procesal Penal. Tomo 101. Lima, 2017, p. 16. MENDOZA VAEZ, Paul El tipo penal de colusión. El elemento de contextualización y la probanza de la concertación y del perjuicio patrimonial. En: Gaceta Penal &Procesal Penal. Tomo 101, Lima, 2017, p. 50.

roles o deberes especiales que derivan de instituciones, tales como la familia, la administración de justicia, la confianza especial o, en este caso, la administración pública. Entonces, según esta línea, el agente que comete el delito de colusión, infringe un deber positivo con la administración pública, específicamente, derivado de la normativa existente para el desarrollo y cumplimiento funcional que le prohíbe que abusando de su cargo concierte ilegalmente con los interesados en el proceso de contratación pública.

Por otro lado, se considera también que en este delito se protege «la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la administración pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos»(9).

En este mismo orden de ideas, se encuentran las posturas que entienden que el bien jurídico del delito de colusión busca «garantizar la intangibilidad de los roles especiales inherentes a la función pública y asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional»(10) o los deberes de «lealtad, probidad y legalidad del funcionario público»(11) y «la imparcialidad del funcionario público que debe guiar sus actuaciones cuando intervenga en un contrato u operación económica»(12), así como su «idoneidad, objetividad con el Estado y la eficiencia ante la ciudadanía»(13).

---

(9) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2011, p. 265.

(10) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2007, p. 192. BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERÓN VALVERDE, Leonardo Benavente Chorres, H y Calderón Valverde, L. *Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 143.

(11) PARIONA ARANA, Raúl. *El Delito de Colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 25; ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto Pacífico, 2018, p. 444. CARRIÓN DÍAZ, Juan, y CÁCERES JULCA, Roberto. *El delito de colusión: aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Idemsa, 2011, p. 29.

(12) *Cfr.* ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. 2.ª ed. Lima: Palestra, 2001, p. 445. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. La intervención delictiva en el delito de colusión ilegal. *Actualidad Penal*, vol. 30, 2016, p. 151. El autor señala que el bien protegido en el delito de colusión es «la legalidad, imparcialidad y objetividad en el desarrollo de los procesos de contratación pública».

(13) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico, 2016, p. 296.

Estas posturas parten del entendimiento de «defraudación al Estado» destilándole su contenido patrimonial, puesto que es en la colusión agravada que encontramos en específico la expresión «defraudare patrimonialmente al Estado», lo que haría denotar que no fue la finalidad del legislador regular en la colusión simple una defraudación de naturaleza patrimonial, como sí en la colusión agravada.

Así, también, estas posturas echan mano de la evolución legislativa de este delito, donde encontramos la declaración de inconstitucionalidad de la expresión «defraudare patrimonialmente» de la Ley N.° 29703, el 10 de junio 2011, que introdujo el término: «patrimonialmente» en el delito de colusión. El Tribunal Constitucional en la STC Exp. 00017-2011-PI/TC, del 3 de mayo de 2012, señaló en su fundamento jurídico 29 que la expresión *defraudare patrimonialmente* «puede direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que en puridad lo que se ha perjudicado es el patrimonio del Estado y no los principios constitucionales que rigen la contratación pública y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción»; pues esta, en su artículo 3, refiere que no será necesario «que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado».

A partir de allí, el legislador diseccionó en dos párrafos el tipo penal de colusión (art. 384 del Código Penal) en lo que se llama ahora *colusión simple* (1.er párrafo del artículo 384) y colusión agravada (2.o párrafo del artículo 384).

Las posturas administrativistas parten de que el objeto de protección penal en el delito de colusión es la contratación estatal o contratación administrativa[14], en cuanto esta se erige como el mecanismo por excelencia para cumplir los fines de alcanzar el bienestar común del Estado hacia la ciudadanía.

En esta medida refieren «que se pretende proteger la actividad contractual del Estado en sí misma», pues constituye «un mecanismo para la satisfacción de necesidades sociales a las que cada institución del Estado debe responder»; ya que «si solo se valorara la consecución del interés público y no los medios por los cuales es obtenido»[15], se legitimarían o justificarían las prácticas corruptas, legales y parcializadas.

---

(14) Castillo Alva, José Luis. *El Delito de Colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 117.

(15) Díaz Castillo, Ingrid. *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis Doctoral en Derecho Penal por la Uni-

Otra postura que denominaremos de *corte administrativista* es la que señala que lo que se tutela en este delito es «la asignación eficiente de recursos del Estado»; esta idea tiene su basamento legal en la normativa de contrataciones del Estado cuando señala como objetivo «maximizar el valor del dinero del contribuyente [...] bajo las mejores condiciones de precio y calidad». Entiende, además, que este bien jurídico conforma el pilar «legal» que cohesiona con el pilar «prestacional» (bienestar general al servicio de la ciudadanía) y el pilar de objetividad (imparcialidad) de la administración pública. Es así que en el delito de colusión el Estado como ente *regulador*, interviene *ex ante* en la búsqueda de asignación eficiente de recursos e interviene *ex post* cuando es elegido el agente en el mercado y le compete las funciones de control y sanción(16).

En cuanto a las posturas patrimonialistas parten de la idea de que es más bien el patrimonio el bien jurídico protegido tanto en la colusión simple como en la agravada(17); en la colusión simple se trataría de la protección de una puesta en peligro idónea para lesionar el patrimonio, y en la colusión agravada, la efectiva lesión patrimonial.

---

versidad de Salamanca, Salamanca, 2016, pp. 186, 195 y 197. En sentido similar pero señalando que se tutela «el interés del Estado que se manifiesta en cada contratación» que se da en «la búsqueda del menor precio posible para la mejor prestación y viceversa», p. 14. VIDAL CÓRDOVA, Elí Selah. *La Ilegitimidad de la Colusión*. Tesis para optar el grado de maestro en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

(16) GIMARAY MORI, Erick. Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión. *Revista de Derecho Themis*, vol. 68, 2015, pp. 133 y 136. Esta idea ha sido plasmada también en MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual sobre Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2015, p. 137.

(17) GONZÁLES ORBEGOSO, Alexander. El delito de colusión ilegal: comentarios a la Casación N.° 661-2016, Piura En *Gaceta Penal &Procesal Penal*. Tomo 101. Lima, 2017, pp. 40-41. Otro sector de la doctrina reconoce los deberes de lealtad, probidad, objetividad, legalidad e imparcialidad como bien jurídico, pero también al patrimonio, entre ellos, tenemos a: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Op. cit.*, p. 309; ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, p. 192; SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, pp. 273-274; PARIONA ARANA, Raúl. *Op. cit.*, p. 89. Anteriormente era de esta postura CASTILLO ALVA, José Luis. Colusión Ilegal. En *El delito de colusión*. García Cavero, Percy y Castillo Alva, José Luis. Lima: Grijley, 2008, p. 79.

Esta postura ha sido reconocida en la interpretación de la configuración del delito de colusión simple en la Casación 661-2016, Piura, que señala en su fundamento jurídico vinculante 16, que para la configuración del delito de colusión simple se requiere de no solo la concertación entre el funcionario público y el interesado, sino también el «peligro potencial para el patrimonio estatal» entendiendo que esta peligrosidad sea «típica o idónea para producir» el perjuicio patrimonial estatal.

Esta es la postura asumida en este trabajo, que consideramos más adecuada en cuanto permite un mayor respeto de los principios de mínima intervención o carácter fragmentario del derecho penal, el principio de subsidiariedad o derecho penal como última ratio, y el principio de protección de bienes jurídicos penales, puesto que el entendimiento de afección al bien jurídico como infracción de deberes de lealtad carece de sustrato o contenido material que dote de consistencia al tipo penal para distinguirla del derecho administrativo, y permita esbozar con claridad el límite entre lo no penalmente punible o lo administrativo.

El contrato administrativo es más bien el objeto donde recae la acción típica de concertar, pero no el bien jurídico del delito de colusión y, precisamente, es en la contratación estatal o actividad contractual del Estado donde subyacen los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia que buscan dotar de condiciones a la actividad del funcionario para lograr una asignación eficiente de recursos, el mismo que muy bien puede ser sancionado por un actuar negligente o disciplinariamente, o con la nulidad, resolución contractual; lo que aún no llena de contenido a la prohibición penal en el delito de colusión.

2.2. Sujeto pasivo-sujeto activo (razón de su cargo, intervención directa e indirecta)

El sujeto pasivo es el Estado, específicamente, la entidad que en el caso concreto se ve perjudicada por el indebido actuar funcionarial y de los particulares, como lo puede constituir una Municipalidad, un Gobierno Regional o un institución adjunta a un Ministerio.

2.2.1. Interviene por razón de su cargo

El sujeto agente o sujeto activo es el funcionario o servidor público en razón de su cargo, esto se denomina nexo o vínculo funcionarial; es decir, el

funcionario o servidor público debe tener competencia específica, poder de decisión en la contratación u operación estatal, la misma que se debe encontrar regulada positivamente.

A partir de ello, se señala que el funcionario en razón de su cargo se refiere a «quienes se relacionan con el objeto material del delito, por razones exclusivamente derivadas del cargo o comisión especial»[18], cuestión que «implica una intervención en el proceso de selección o en la ejecución de los contratos celebrados para las adquisiciones públicas»[19]. Sin embargo, «no se requiere que el funcionario posea de manera general un poder de decisión o forme parte de la alta estructura organizativa de la entidad estatal correspondiente»[20].

2.2.2. Intervención directa o indirecta. Cualquier etapa de la contratación

La intervención directa o indirecta tiene dos sentidos interpretativos: como intervención directa o indirecta en la concertación, y como intervención en cualquier etapa de las modalidades contratación pública.

En cuanto a la intervención directa o indirecta en la concertación, se parte de que habrá intervención indirecta cuando el funcionario público interviene desde la sombra, pero a través de un delegado, una interpósita persona, a través de un intermediario[21].

La intervención directa o indirecta en cualquier etapa de las modalidades de contratación pública parte también de dos sentidos[22]: el primero, para que la intervención del funcionario en razón de su cargo sea típica, tenga que darse en la etapa de la suscripción del contrato; el segundo sen-

---

(18) REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos Contra La Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista, 2015, p. 377.

(19) GARCÍA CAVERO, Percy. Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En *El delito de colusión*. García Cavero, Percy & Castillo Alva, José Luis. Lima: Grijley, 2008, p. 33.

(20) CASTILLO ALVA, José Luis. Colusión Ilegal. En *El delito de colusión*. García Cavero, Percy y Castillo Alva, José Luis. Lima: Grijley, 2008, p. 91.

(21) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 277; PARIONA ARANA, Raúl. *Op. cit.*, p. 52.

(22) CASTILLO ALVA, José Luis. *El Delito de Colusión, Op. cit.*, pp. 315, 316, 317.

tido importa si esta intervención comprende otras etapas en las modalidades de adquisición o contratación estatal[23]. Lo correcto es decantarse a que el funcionario o servidor público que actúa en su razón de su cargo puede intervenir en cualquier etapa (actos preparatorios, selección del proveedor, consultor o postor y ejecución del servicio u obra). Un detalle importante es que esta intervención en alguna de las etapas de la contratación estatal no solo comprende a los funcionarios con el poder último de decisión en estas etapas, como lo sería el comité en la selección del ganador de la buena pro, o el alcalde, o gerente en la suscripción del contrato, o el jefe de obras en la liquidación de la obra, sino también esta interpretación comprende a otros funcionarios que intervienen emitiendo informes, conformidades, opiniones, vistos buenos, en estas etapas, cuyo poder de influencia también tiene relevancia penal y cuando no es así: defraudatoria.

Sin embargo, nos es preciso hacer una disquisición: los autores no han reparado si el tipo penal podría tener una interpretación más, es decir, si el tipo puede comprender al funcionario que sí interviene en alguna de las etapas de la contratación, pero se concierta en una etapa en la que no tiene el poder de decisión, con lo que podría decirse que su intervención no es directa en esa etapa, pero sí: indirecta.

Creemos que por la forma como esta descrito el tipo penal: «El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o *indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones [...]*», imputarle el título de autor al funcionario por su intervención indirecta en una etapa de la contratación, donde no tiene poder decisión, podría ser la finalidad del legislador; sin embargo, la idea del nexo o vínculo funcionarial implica el abuso de poder, derivado del poder de decisión, y si un funcionario no tiene el poder de decisión en dicha etapa, no puede ser autor, pero sí partícipe del delito.

2.3. Verbos típicos: concertación y defraudación

2.3.1. Concertación

Se entiende por concertación, en el delito de colusión, como «un acuerdo entre dos o más personas para conseguir un fin ilícito, mediante la traición

(23) Martínez Huamán, Raúl Ernesto. *Op. cit.*, p. 33.

a la confianza o la elusión de la actividad legitima de terceros»[24]. En este sentido, esta concertación debe «suponer acuerdos perjudiciales y no autorizados entre el negociador estatal y los interesados que contratan o negocian con él»[25]. De allí que se señale que el tipo penal de colusión «requiere, además, que el acuerdo entre el funcionario público y el particular resulte defraudatorio de los intereses del Estado»[26].

La concertación importa un pacto ilícito por su naturaleza defraudatoria, es decir, se busca defraudar a la entidad a través de este acuerdo regular. En otras palabras, fijar las condiciones más desventajosas y perjudiciales para el estado, sobrevaluación de precios, menos calidad y cantidad de productos, postores sin los requisitos técnicos mínimos, entre otros.

2.3.2. Defraudación

Tanto la doctrina nacional[27] como la doctrina española están en sentido unánime, identifican a la defraudación con el perjuicio económico[28].

Es así cuando el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal (colusión simple) se alude a la expresión «para defraudar», se integra a la idoneidad, a la inminencia, a la potencialidad de afectar patrimonialmente al Estado.

En el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal (colusión agravada) se alude a la expresión «defraudare patrimonialmente al Estado». Aquí nuevamente la defraudación tiene, incluso, un expreso sentido patrimonial, el cual implica ya no un «peligro concreto de afectación patrimonial», sino, más bien, una «lesión efectiva al patrimonio estatal».

---

(24) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Fecaat, 2011, p. 213.

(25) ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Nomos & Thesis, 2016. p. 197.

(26) GARCIA CAVERO, Percy. *Op. cit.*, p. 40.

(27) HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *Delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública: Análisis sistemático de los tipos delictivos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 80; PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. 2.ª ed. Lima: Portocarrero, 1997, p. 156.

(28) DÍAZ CASTILLO, Ingrid. *Op. cit.*, p. 285.

2.4. Modalidades: colusión simple y colusión agravada

2.4.1. Colusión simple

Se configura a partir de la concertación entre un funcionario con competencia específica (*intraneus*) en cualquier etapa de una contratación estatal con un tercero interesado (*extraneus*) para defraudar al Estado.

La expresión «para defraudar» para un sector de la doctrina encarnaría un elemento subjetivo del injusto «un elemento subjetivo de tendencia»[29], puesto que el agente no solo tendría el conocimiento de que está concertando, sino que buscaría, además, una finalidad adicional (una ultrafinalidad).

Se hablaría, entonces, de un delito de resultado cortado si al concertarse el agente funcionario ya estaría defraudando sin necesidad de hacer algo más, o de un delito mutilado de dos actos cuando al concertarse el agente funcionario busca realizar un acto adicional, que no es necesario que se dé para que se consuma el delito[30].

Si asumimos que la expresión «para defraudar» solo tiene incidencia en el tipo subjetivo, la defraudación pierde contenido en el tipo penal de colusión; puesto que la «defraudación» quedaría reducida a una ultrafinalidad interna del o de los agentes. Entonces, con ello sería poco posible hablar siquiera de la naturaleza defraudatoria de la concertación en sí misma, pues no serían necesarios los ejemplos clásicos de colusión simple: i. Sobrevaloración de precios; ii. Adquirir productos de mala calidad; iii. Comprar productos en menor cantidad, etc., todo quedaría en la psiquis del autor.

Por ello, consideramos que la colusión simple necesita para su configuración de dos elementos: i. Concertación y ii. Concertación con inminencia defraudatoria; es decir, la concertación debe tener objeto defraudar al Estado, esto es, pactar las condiciones más desventajosas, menos desfavorables para la entidad —para su patrimonio— de modo que la defraudación no tendría un sentido de «deslealtad, parcialidad, ilegalidad, objetividad» por existir un concierto, sino que su naturaleza es defraudadora por el pacto perjuicio a los intereses patrimoniales al Estado. Por tanto, es para nosotros

---

(29) García Cavero, Percy. *Op. cit.*, p. 48.

(30) García León, Godofredo André. Cuatro problemas jurisprudenciales en el delito de colusión. En: *Gaceta Penal &Procesal Penal*. Tomo 114. Lima, 2018, p. 32.

la colusión un delito de peligro concreto y no un delito de peligro abstracto, como advierten algunos sectores de la doctrina.

2.4.2. Colusión agravada

La colusión agravada parte de dos núcleos fundamentales: la concertación como un acuerdo de naturaleza defraudatoria y la producción de la defraudación; aquí no solo se requiere la existencia de un contubernio entre el funcionario y un tercero, sino que exista, además, como consecuencia de esta concertación: la defraudación, esto es, el perjuicio patrimonial efectivo para el Estado. Por ejemplo, el funcionario se concierta para pagar y, efectivamente, paga una obra que aún no se ha concluido; se cancela una consultoría que nunca se llegó a realizar; se liquida y, por tanto, se devuelve la carta fianza a la empresa contratista por la construcción de una obra que se cae o desploma al día siguiente de su inauguración; se paga por un servicio incompleto, entre otros.

Existe aquí un debate en la doctrina de si es posible la tentativa en la colusión agravada.

Por un lado, se señala que no es posible la tentativa de la colusión agravada en cuanto esta tentativa constituye ya el delito de colusión simple(31). Consideramos que esta idea es correcta si partimos del mismo bien jurídico para la colusión simple como para la colusión agravada: el patrimonio estatal.

No obstante, para los autores que parten de que el bien jurídico en la colusión simple son los deberes de lealtad, sin necesidad de la puesta en peligro del patrimonio para que se configure la colusión simple, es natural que sí sería posible la tentativa en la colusión agravada, pues, la puesta en peligro del patrimonio no podría ser de ningún modo colusión simple. Es así que se señala: «Si el acuerdo se ejecuta y solamente se genera un peligro concreto de afectación patrimonial al Estado, entonces, esta conducta se castiga como delito de colusión desleal agravada en grado de tentativa»(32).

---

(31) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Op. cit.*, p. 289.

(32) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial.* Vol. II. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 1116.

Otras razones para admitir la tentativa en la colusión agravada son las siguientes: i. La colusión simple tiene una configuración típica independiente; ii. La colusión simple tiene una sanción punitiva autónoma, y iii. Los tipos tentados no se estructuran en forma independiente a su forma agotada(33).

Sin embargo, también hay autores que parten del patrimonio como bien jurídico tanto en la colusión simple como en la colusión agravada, y señalan que sí es posible la tentativa en la colusión agravada, pues «luego de la materialización del acto administrativo, se desarrollan sucesos inequívocos que en un plano normativo son autónomos para lesionar el patrimonio del Estado(34)». Se tiene, además, que «en estos casos, la materialización de la concertación denota una entidad suficiente de relación de dependencia en el que solo se espera el conducto regular que se desprende del acto materializado» (tentativa de colusión agravada).

2.5. La complicidad en el delito de colusión y la llamada co-complicidad

Un importante sector de la doctrina nacional cuestiona, en principio, la naturaleza de «cómplice» del tercero interesado que se concierta con el funcionario con competencia especial en la contratación, señala pues: i. El cómplice interesado no coadyuva ni auxilia al funcionario, sino, más bien, comete conjuntamente el delito, ii. Por el principio de accesoriedad, la autoría es independiente de la complicidad, es decir, no se necesitaría del cómplice para ser autor, cuestión que no ocurre en el delito de colusión; iii. La complicidad del interesado no se erige, por tanto, ni en complicidad secundaria ni en complicidad primaria, sino su aporte es fundante del delito de colusión(35).

A partir de este esbozo interesante de ideas, considero que si ya es cuestionable que el «cómplice interesado» sea realmente un cómplice en el delito de colusión, «la responsabilidad del mensajero o representante del interesado supondría cuestionamientos mayores»(36).

---

(33) NUÑEZ RODRÍGUEZ, Segundo Conversión. Reflexiones actuales en torno a la configuración típica del delito de colusión simple ¡Andando a contracorriente! *Actualidad Penal*, vol. 43, 2018, p. 171.

(34) GONZÁLES ORBEGOSO, Alexander. *Op. cit.*, p. 41.

(35) PARIONA ARANA, Raúl. *Op. cit.*, pp. 121-122.

(36) Ibídem, p. 124.

Entre los cuestionamientos de este importante autor, encontramos que señala: «estaríamos ante un caso de *complicidad de complicidad*» siendo una solución «la reforma legislativa que tipifique como delito el comportamiento del interesado (colusión activa) para que «la acción desplegada por el interesado se sancionaría legítimamente como complicidad del delito de colusión activa cometida por el interesado»(37).

En el ámbito jurisprudencial, la Casación 661-2016, Piura, nos deja entrever esta situación específica prevista por este sector de la doctrina, pero al seguir la línea jurisprudencial del fundamento jurídico 28 de la Casación 841-2015, Ayacucho, que señala que solo puede ser cómplice de un delito de infracción de deber como el delito de negociación incompatible, aquellos que estén comprendidos expresamente en la redacción típica. A partir de ello, la Casación 661-2016, Piura, entiende que solo pueden ser cómplices del delito de colusión, el cómplice interesado que se concierta con el funcionario.

En este orden de ideas, la Casación 661-2016, Piura, descartaría, al igual que este sector de la doctrina, la posibilidad de que el cómplice del cómplice pueda responder penalmente.

No compartimos la postura de este muy importante sector de la doctrina nacional ni de la Casación 661-2016, Piura, en cuanto la co-complicidad o el aporte del cómplice del cómplice que se concierta fenomenológicamente si constituye un aporte o contribución causal- individual al tercero interesado; pero que tiene una finalidad común a este delito: facilita la concertación. Es decir, coadyuva a la ejecución de la acción, por tanto, es un auxilio, una colaboración delictiva, por ello, en doctrina se señala que «el cómplice se limita a ayudar en el hecho principal»(38).

El aporte del cómplice mensajero o representante es a todo el injusto de colusión; no se pueden partir los aportes de los cómplices del funcionario en razón de su cargo, por un lado, y los aportes de los cómplices del tercero interesado, por otro. Por algo, se entiende que ambas voluntades conciertan o concretan un solo injusto, por tanto, el cómplice mensajero o representante

(37) Ibídem, p. 125.

(38) WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner, y SATZGER, Helmut. *Derecho Penal Parte General: El delito y su estructura.* Lima: Instituto Pacífico, 2018, pp. 403-404.

lo será del delito de colusión, no cómplice del cómplice interesado[39]; puesto que «todo aporte que pretenda ser calificado como acto de complicidad debe ser causal al hecho principal»[40], esto es, en delito de colusión el aporte debe facilitar la concertación.

En este sentido, también un autor ha manifestado su disensión a la tesis de la «co-complicidad» al señalar que esta interpretación no permite «captar el injusto del delito en su conjunto: concertación. Elemento que no depende —únicamente— del actuar interesado»[41].

Por ello, consideramos que no es correcta la Casación 661-2016, Piura, en este punto, puesto que la complicidad no solo se limita a las personas que en la redacción típica indica el artículo 384 CP. Se entiende que será cómplice siempre el *extraneus* que se concierta, pero ello no limita o cierra las posibilidades que existan otros agentes, funcionarios y particulares *extraneus*, que participen primaria y secundariamente para favorecer el delito.

2.6. La complicidad por omisión en el delito de colusión

La posibilidad de cometer el delito de colusión por omisión impropia o comisión por omisión, en principio, parte de la discusión de si el funcionario o servidor público interviene por razón de su cargo en cualquier etapa de contratación estatal al no realizar —omitir— actos de su competencia puede responder como autor de delito de colusión. Es decir, si la omisión dolosa de actos propios de su función equivaldría a una manifestación positiva de concertación con los interesados.

La doctrina ha señalado que no es posible concertarse por omisión. Así, se señala que «el agente necesariamente y de manera activa debe concertar o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado, pues no es posible que actos omisivos impliquen o representen concertación alguna»[42].

---

(39) García León, Godofredo André. *Op. cit.*, p. 37.

(40) Caro Coria, Carlos y Reyna Alfaro, Luis. *Derecho Penal Económico: Parte General*. Tomo I. Lima: Jurista Editores, 2016, p. 583.

(41) Martínez Huamán, Raúl Ernesto. *Op. cit.*, p. 28.

(42) Salinas Siccha, Ramiro. *Op. cit.*, p. 268.

Se ha señalado también que la «concertación» solamente puede realizarse de manera comisiva, pues «no es posible una "concertación" o colusión mediante una "omisión"»(43), pues los actos típicos de defraudación colusoria requieren de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, de sobrevaluar los precios ofertados, así como de las sumas acordadas, entre otros(44).

Se considera, además, que «resulta realmente difícil de encontrar una actuación omisiva que pueda corresponderse con el elemento de la concertación exigido en el tipo penal de colusión desleal»(45).

Sin embargo, un sector muy importante de la doctrina nacional no ha descartado la posibilidad de que el agente pueda responder como autor del delito de colusión, por omisión, es así que este autor señala: «Lo que se niega o viola por parte de los sujetos activos con su comportamiento, que puede ser activo u omisivo, es la necesaria parcialidad estatal en la gestión [...], lo cual es incompatible en el cargo o comisión, y que implica afectar los intereses económicos del Estado»(46).

Esto ha llevado a autores que niegan la posibilidad de la comisión por omisión en delito de colusión a no negar la posibilidad «que se pueda presentar un acto concluyente que permita afirmar la existencia de una concertación; en estos casos, no hay propiamente una omisión, sino una conducta comisiva»(47).

A su turno, la jurisprudencia en cierto sentido ha dado luces favorables para la admisión de la comisión por omisión en el delito de colusión. Es así que en el Recurso de Nulidad N.° 72-2012, Cuzco, la Corte Suprema señala en su fundamento jurídico 52 que «el deber del delegante respecto de la salvaguarda de los bienes jurídicos no desaparece, sino que se transforma en un deber residual de control, supervisión y vigilancia de aquello que también responsablemente realizan los delegados».

---

(43) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 311.

(44) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Op. cit.*, p. 298.

(45) GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*, p. 50.

(46) ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, p. 411.

(47) GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*, p. 51.

En otro pasaje de la Casación se señala: «En el presente caso correspondía al presidente regional de Cuzco velar porque el patrimonio de la entidad pública, de la que era titular, pero, pese a que tenía conocimiento de las subcontrataciones de sus funcionarios de las que no asumían medidas correctivas, aprobó la intervención económica de la obra, con el que consentía el actuar ilícito del contratista y sus socios».

Se tiene, además, que el Recurso de Nulidad N.° 1903-2009, que en su fundamento jurídico 6 señala: «Los propios encausados manifestaron, cada uno en su oportunidad, que una de sus funciones dentro del municipio era fiscalizar los actos de los servidores ediles, por tanto, su sola presencia otorgaba visos de legalidad a los acuerdos alcanzados en el seno del Comité, por lo que tanto de forma omisiva —al no efectuar decididamente ninguna acción tendiente a impedir el resultado lesivo o verificar los alcances del acta que antecedió al último proceso de selección— como comisiva al suscribir el acta que otorgaba la buena pro y con ello dar fe de la legalidad del acto, su responsabilidad está plenamente acreditada».

Esta situación hizo eco en la doctrina, donde una voz autorizada se hizo la siguiente pregunta: ¿puede equipararse la omisión del funcionario público perteneciente al comité de selección que no hace nada ante licitación amañada por otros miembros del comité a la concertación realizada por este funcionario público con los terceros interesados?(48)

Un importante sector de la doctrina es tendiente a admitir la coautoría por omisión impropia del funcionario silencia y no evita los actos defraudatorios de los otros funcionarios(49), mientras que el autor de esta interrogante y otro sector autorizado de la doctrina se decantan a entender que «el funcionario omitente podrá ser responsable por omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales, pero no de un delito de colusión desleal»(50).

Se señala además que estaríamos ante un caso de complicidad omisiva, pues se entiende que «el guardar silencio no es equivalente desde el punto de vista normativo y estructural a la conducta prohibida por el tipo penal: de concertar que es una acción inminentemente activa. En efecto, quien guarda

(48) Ibídem, p. 51.

(49) ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, pp. 408-409.

(50) GARCÍA CAVERO, Percy, Colusión, *Op. cit.*, p. 51.

silencio no obra en concierto para perjudicar al Estado, pues simplemente realiza un comportamiento omisivo, facilitador del delito»[51].

Sin embargo, han aparecido recientes planteamientos a esta interrogante, que la han denominado «concertación u autoría por adhesión». Estos autores parten de 2 ideas fundamentales: i. No es necesaria la concertación causal-ontológica o natural del funcionario con el tercero para hablar de colusión[52] y ii. La concertación cobra efectividad[53] cuando se dispone o aprueba el acto favorecedor o acto defraudador.

Estos autores entienden que la interpretación de la concertación debe realizarse en clave normativa, es decir, a partir de una valoración o sentido para el derecho de la palabra «concertar» parte de una especie de adhesión de voluntades como concertación.

Asimismo, consideran que no basta para que el tipo se consuma en la colusión simple con la simple concertación, sino para que esta tenga contenido penal debe ser una concertación definitiva, y la misma se dará cuando el funcionario finalmente emita la decisión respectiva que va a defraudar al Estado.

En este sentido, sí sería lógica esta postura, puesto que si los funcionarios son los miembros de un comité especial de selección, que finalmente favorecerán al postor aunque no se hayan concertado todos con la estampa de su firma en el acta de otorgamiento de buena pro, se entiende que en las primeras reuniones para concertar, aunque no estuvieron presentes, esas conductas no tenían la entidad delictiva que recién toman peso cuando el funcionario les transmite el mensaje, y deciden administrativamente defraudar al Estado.

Esta idea fue esbozada anteriormente por otro autor que señaló: «Aunque no todos los funcionarios intervengan activamente del acuerdo realizado con el *extraneus*, bien puede reputarse a los mismos actos de autoría en tanto tengan conocimiento de las circunstancias que motivan el favorecimiento, consientan tal acto o motiven su actuación en base a ese conoci-

---

(51) CASTILLO ALVA, José Luis. *Op. cit.*, p. 298.

(52) JIMÉNEZ N, Sergio. ¿Qué es concertarse? A propósito del tipo del delito de colusión. En *Gaceta Penal &Procesal Penal*. Tomo 114. Lima, 2018, p. 14.

(53) MÁRQUEZ ALVIS, Jorge Eduardo. ¿Es posible imputar como autor de colusión al funcionario que fácticamente no interviene en el pacto colusorio? En *Gaceta Penal &Procesal Penal*. Tomo 91. Lima, 2017, p. 159.

miento»[54]. Sin embargo, la base de su planteamiento fue el entender que en algunos casos este delito puede observar plurisubjetividad en forma de convergencia en forma adicional a la intervención por encuentro.

En cambio, la postura antes señalada tiene su base en la necesidad de un acuerdo definitivo, pues señala: «Si aún falta la aprobación de un miembro del Comité Especial de Selección, no podrá considerarse plena la manifestación de voluntad de quien celebró el acuerdo[55]».

El funcionario o servidor público que por razón de su cargo en cualquiera de las etapas de la contratación pública no interviene en la concertación, pero tiene conocimiento de actos defraudatorios de otros funcionarios, responde penalmente. Sin embargo, para delimitar su responsabilidad penal tenemos que delimitar algunos puntos previos: i. Si el delito de colusión simple es entendido como un delito de mera actividad o no; ii. Si el conocimiento fue previo o posterior a la concertación defraudatoria, iii. Si su aporte omisivo facilitó el perfeccionamiento y/o consumación del acuerdo defraudatorio, y iv. Si la omisión se produjo en un delito de colusión simple o colusión agravada.

El tener claro si el delito de colusión simple es un delito de mera actividad o no importa mucho para poder interpretar la intervención omisiva del funcionario. Si el delito de colusión es un delito de mera actividad, solo bastaría el acto de pactar o convenir condiciones defraudatorias en la compra, adquisición, prestación de servicios, o selección del proveedor, consultor o ejecutor para entender consumado el delito.

Es decir, no sería necesario siquiera que este acto realmente se plasme en un acto o decisión administrativa, como sería el otorgamiento de la buena pro, la adenda al contrato, la autorización para la emisión del adelanto, el informe que exhorta a no aplicarles penalidades a la empresa, etc.

En la práctica, pareciese que el delito de colusión simple no sería de ningún modo, un delito de mera actividad en razón de que encontramos varias decisiones o actos administrativos que favorecen indebidamente al tercero interesado, con el que se colige que tuvo que haber contubernio o pacto

---

(54) DÍAZ LAZO, David César. Comisión por Omisión en los delitos de peculado y colusión desleal. *Actualidad Penal*, vol. 14, 2015, p. 216.

(55) MÁRQUEZ ALVIS, Jorge Eduardo, *Op. cit.*, p. 160. «Este acto se prolonga en tanto no exista un acuerdo definitivo que signifique una plena manifestación de voluntad de quienes tengan competencia para ello» (p. 162).

defraudatorio para su emisión: 1. Direccionamiento de las bases; 2. Descalificación indebida de postores competidores; 3. Otorgamiento de la buena pro con el mayor puntaje; 4. Suscripción del contrato sin los documentos completos; 5. Pago adelantado sin haberse previsto contractualmente; 6. Informes favorables para pagos, sin que la obra se encuentre concluida.

Sin embargo, procesalmente somos de la idea de que el delito de colusión debería interpretarse como un conjunto de actos complejos, que tienen una misma unidad de acción, pero siempre atendiéndose al caso concreto, pues, si en un caso concreto con la tecnología que existe en la actualidad no estaría alejado de la realidad descubrir un acuerdo defraudatorio aun cuando no se ha decidido en documentos su perfeccionamiento; por tanto, el delito de colusión sería más que todo un delito de mera actividad.

Ahora bien, si el conocimiento fue anterior a la realización del acuerdo defraudatorio y le era posible impedirlo, el funcionario responderá a título de complicidad por omisión(56) en razón de ostentar una posición de garante de evitar el acto defraudatorio (resultado) no pudiendo ser autor porque su «omisión» no equivale normativamente al actuar positivo de concertar y, por ende, tampoco puede ser coautor por no ostentar los requisitos de la coautoría: a) decisión común: división del trabajo o distribución de roles; b) aporte esencial: funcionario que actúa u omite en razón de su cargo, y c) tomar parte en la fase de ejecución, en la cual cada sujeto coautor tiene un dominio parcial del acontecer delictivo(57).

Ahora bien, si el conocimiento se produce después de la realización del acuerdo defraudatorio no se puede hablar de complicidad, porque estaríamos ante una complicidad posconsumativa. En este sentido, la doctrina señala que la complicidad siempre es «de carácter previo o concomitante al suceso y aun posterior, con la condición de que medie promesa anterior a este»(58), cuestión

(56) «La complicidad también puede prestarse por omisión en la medida en que el cómplice esté vinculado por un deber de garante». JESCHECK H. y WEIGEND T. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 1040.

(57) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 7.ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 390. ROXIN, Claus. Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión. Traducción a cargo de M. Castiñeira Palou. En *Sobre el estado de la teoría del delito*, edición a cargo de Jesús María Silva Sánchez. Madrid: Civitas, 2000, p. 173. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ara, 2004, p. 472.

(58) VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: Temis, 2004, p. 464.

que no se da en el presente caso; por tanto, al tener conocimiento del acuerdo defraudatorio consumado, el agente puede ser objeto de investigación por el delito de omisión de denuncia.

Por otro lado, si el aporte omisivo del agente facilitó el perfeccionamiento y/o consumación del acuerdo defraudatorio, es decir, que si a pesar de no denunciar el hecho el agente omisivo colabora con los otros funcionarios que se concertaron —por ejemplo, firmando el otorgamiento indebido de buena pro— cometería el delito de negociación incompatible tipificado en el artículo 399 del Código Penal, porque su decisión es una manifestación de un interés indebido en provecho de un tercero (particular *intraneus*).

Finalmente, será importante delimitar si la omisión se produce en el contexto de un delito de colusión simple o agravada, puesto que el natural ámbito de aplicación de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión es precisamente en los delitos de resultado, y partiendo de que el delito de colusión agravada es interpretada como un delito de lesión o resultado cabría perfectamente el análisis de imputación objetiva en la evitación o no del resultado: defraudación o perjuicio patrimonial.

Es decir, con un ejemplo, si el agente que conoce del acuerdo defraudatorio para aprobar indebidamente la ampliación y, por ende, el adelanto de un pago para la ejecución de una obra —y está en sus manos impedir la realización de este pago, observando los informes, para que finalmente el monto no se inserte en el sistema de tesorería para el depósito a la cuenta del contratista— interviene como cómplice primario. Si no observa los informes, interviene como autor del delito de negociación incompatible; si a sabiendas de la irregularidad emite un visto bueno o un informe de viabilidad del pago —sin embargo en casos de que se le haya exigido un informe para realizar o no el pago a este funcionario y este habría omitido dolosamente realizarlo—, tendría que analizarse si esa negativa constituye una facilitación al delito (complicidad) o no (omisión de actos funcionales).

III. LA IMPUTACIÓN POR COLUSIÓN EN EL CASO METRO DE LIMA-ODEBRECHT

3.1. La imputación por colusión a Alan García Pérez

Se le imputó al expresidente fallecido Alan García Pérez el delito de colusión agravada, en razón de que se habría concertado con Jorge Simoes

Barata para que se le adjudique la obra del Metro de Lima a su empresa Odebrecht, habiendo influenciado para que se logre la adecuación normativa especial para el proceso, dando instrucciones a otros funcionarios como el exministro, Enrique Cornejo Ramírez, la intervención del expresidente se habría realizado en los actos preparatorios del proceso de contratación.

Para el análisis, partiremos del tipo penal aplicable al tiempo de ocurrido los hechos: febrero 2009 (aprobación de Decreto de Urgencia) al 23 diciembre 2009 (firma del contrato con Consorcio Tren Eléctrico que conformaba Odebrecht). El tipo penal aplicable al tiempo de realizado los hechos es el siguiente:

> Artículo 384. El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.

El primer elemento a delimitar si Alan García tuvo, en el tiempo de los hechos con el tipo penal aplicable, competencia funcionarial, el tipo penal de aquella época no es tan específico como el actual que señala que la intervención del funcionario o servidor público debe ser «directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado».

Otra cuestión es que el tipo penal detalla el espacio de concertación, el mismo que se dará en «los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros».

La hipótesis fiscal para subsumir los hechos imputados al expresidente tuvo que partir de que la concesión que se le hizo a Odebrecht partía de cuando el tipo penal señala: «O cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo».

Además, tendría que asimilar que la concertación en los actos preparatorios para adecuar el marco legal especial para Odebrecht debería asimilarse a concertarse en los «convenios» o «ajustes», lo que parece muy dudoso, pues los ajustes están más ceñidos a los términos contractuales que ya son parte del inicio de la última etapa de la contratación que es la ejecución contractual;

además, la argumentación debería integrar el concepto de convenio muy similar a la del contrato a los actos preparatorios previos, incluso, a la selección del postor ganador de la buena pro.

Si bien es cierto no podemos interpretar cerradamente que los convenios se relacionan estrictamente con su firma, podríamos llevar la interpretación a su preparación, sin embargo, si se tiene en cuenta que se estructuró un marco legal previo, que «aparentemente» tendría sustento legal, la subsunción típica en el delito de colusión sería débil.

Más propiamente estos hechos se subsumirían en el delito de negociación que en el tiempo de los hechos señalaba en el artículo 399 del Código Penal:

> El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta, o por acto simulado, se interesa —en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene— por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Cabría con mayor precisión: «El funcionario público que indebidamente en forma simulada se interesa, en provecho de tercero por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo».

3.2. La imputación por colusión a Luis Nava Guibert

Se le imputa el delito de colusión agravada, pues, en su calidad de secretario de la presidencia, habría realizado actos colusorios con funcionarios de la empresa Odebrecht defraudando al Estado, determinado con el expresidente, la modificación del marco legal previo establecido para la ejecución del Metro de Lima[59].

La imputación penal por colusión en Luis Nava no nos parece adecuada en razón de que el ser secretario de la presidencia no lo hace funcionario que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas

---

(59) Exp. N.° 00043-2008-3-Nacional. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios. Resolución N.° 2. Lima, 23 de abril de 2019, FJ. 5.

o cualquier otra operación semejante intervenga por razón de su cargo o comisión especial.

Además, propiamente él canalizó la entrega de sobornos, que más propiamente encuadraría en un delito de cohecho pasivo propio.

3.3. La imputación por colusión a Oswaldo Plasencia Contreras

Se le atribuye a Duver Oswaldo Plasencia Contreras, en calidad de exasesor del Despacho del Ministerio de MTC, el delito de colusión agravada porque habría realizado actos colusorios con funcionarios de la empresa Odebrecht, teniendo un rol determinante en la materialización del pacto colusorio, pues habría tenido participación activa en la concretización de la elaboración del marco que favorecería las condiciones para que Odebrecht pudiera ejecutar la obra: aprobaba las adendas, los adicionales, todas las unidades que opinaban sobre el tren eléctrico le remitían informas; además, encargó a Garnica Arenas para que sustente legalmente la viabilidad de la ejecución del Proyecto del Tren Eléctrico Tramo 1 para que se inaugure dentro del mandato del expresidente, así como propuso y gestionó el DS N.°262-2010-EF, que otorga un marco legal especial a la referida obra[60].

Una cuestión a determinar sería comprender el sentido de «pacto colusorio» para el Ministerio Público, si el pacto colusorio comprendía también la adecuación legal especial del proceso para adjudicarle el Metro Lima a Odebrecht.

Pues si solo el pacto colusorio integraba la adjudicación de la Obra, las cuestiones previas que comprendían la adecuación de un marco legal propicio o especial para allanarle el camino a Odebrecht encuadrarían más bien en el delito de negociación incompatible: «El funcionario público que indebidamente en forma simulada se interesa, en provecho de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo».

Entendemos que el interés sería «simulado» porque aparenta no tener un interés indebido al realizar todas sus actuaciones dentro del marco legal, contando con requerimientos previos, con informes de sustento técnico-legal y dispositivos legales que amparan sus decisiones, facultades y actuaciones.

---

(60) Exp. N.° 00043-2008-3-Nacional. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios. Resolución N.° 2. Lima, 23 de abril, 2019, FFJJ 16, 17, 18 y 19.

Una opción viable sería imputar complicidad primaria del delito de colusión para facilitar la adjudicación en favor de Odebrecht, sin embargo, la propia Corte Suprema en la Casación 661-2016, Piura —siguiendo lo referido en el fundamento jurídico 28° de la Casación 841-2015- Ayacucho— refiere que en el delito colusión solo puede ser cómplice el tercero interesado.

3.4. La imputación por colusión a Jorge Luis Menacho Pérez

Se le imputa el delito de colusión en calidad de exsecretario general del MTC, por haber realizado actos colusorios con Odebrecht, habiendo desempeñado un rol importante en la materialización del pacto colusorio, dado que nombraba a los miembros de los comités especiales, removió del cargo a un presidente de comité que cuestionó los procedimientos del proceso; asimismo, habría participado en una reunión con el exministro Enrique Cornejo Ramírez, Jorge Cuba y Raúl Torres para un control de daños sobre los documentos que habría el presidente del comité antes referido(61).

La imputación a Menacho Pérez tiene mayor incidencia que los anteriores en razón de que su labor se enmarca en una fase determinante: la selección. Sin embargo, en la imputación se aprecia su participación en pactos o reuniones, pero con los propios funcionarios, mas muy poco con los funcionarios interesados.

De acuerdo con las especificaciones que se realizarán en la investigación, su imputación se adscribe a una complicidad primaria por colusión o autoría del delito de negociación incompatible en razón de que existe un interés indebido, contrario a sus funciones, un desdoblamiento por interés particular en favor de Odebrecht para favorecerlo con su selección.

3.5. La imputación por colusión a Raúl Antonio Torres Trujillo

Se le atribuye el delito de colusión agravada en su calidad de exdirector ejecutivo de Provias; él habría realizado actos colusorios con funcionarios de la empresa Odebrecht, defraudando al Estado con la finalidad de que se le adjudique la buena pro, habiendo realizado un rol determinante en la materialización del pacto colusorio, teniendo participación activa en el marco legal que favoreció las condiciones para que la empresa Odebrecht pudiera

(61) Exp. N.° 00043-2008-3-Nacional. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios. Resolución N.° 2. Lima, 23 de abril, 2019, FFJJ 22, 23, 24.

ejecutar el proyecto, firmó con posterioridad el contrato de concesión por el cual se adjudicó la buena pro al Consorcio Tren Eléctrico al que pertenecía Odebrecht; además, instruía a las diferentes unidades del área legal que generen documentación e informes técnicos y legales, que sustenten el proceso, haciendo suyo todos los documentos técnicos y legales elaborados por las unidades orgánicas, dando el visto bueno a las resoluciones para aprobar el expediente de contrataciones y de designación del comité especial(62).

La imputación a Raúl Antonio Torres es más propiamente de negociación incompatible, porque la participación activa en el marco legal que favoreció las condiciones para que la empresa Odebrecht pudiera ejecutar el proyecto importa un interés indebido en favor de dicha empresa, importa volcarse a un negocio particular, favorecer las condiciones legales especiales para la adjudicación de la obra.

La complicidad primaria por colusión tendría sentido si las condiciones legales que sustentaban documentos o dispositivos legales posteriores eran ciertamente determinantes en vista de que existió todo un entramado legal complejo de la ejecución de la Obra del Tren Eléctrico.

En este sentido, sería mucho más difícil vincular cada informe legal, opinión técnica, visto bueno, dispositivos legales en cadenas secuenciales que den lugar a la facilitación del pacto colusorio, que identificar que en cada acto existía un favorecimiento e interés indebido.

IV. CONCLUSIONES

1. El delito de colusión simple importa un peligro potencial para el patrimonio del estado, es decir, un delito de peligro concreto; el delito de colusión agravada importa la defraudación patrimonial a través de la concertación entre un funcionario con competencia específica en una contratación estatal y un tercero *extraneus* es un delito de lesión. El cómplice del cómplice interesado es cómplice del delito en su conjunto, porque favorece la concertación y el delito. El funcionario que silencia ante la concertación de otro funcionario que interviene en la misma etapa de contratación u operación estatal, por razón de su cargo, responde como cómplice por omisión,

(62) Exp. N.° 00043-2008-3-Nacional. Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios. Resolución N.° 2. Lima, 23 de abril, 2019, FFJJ 22, 23, 24.

pues aquí el funcionario tiene una específica posición de garante y su silencio contribuye omisivamente al delito.

2. Se imputó a Alan García, Luis Nava, haberse concertado con la empresa Odebrecht para adjudicarle la obra Metro de Lima o Tren Eléctrico; asimismo, también se les imputó a los funcionarios Oswaldo Plasencia, Jorge Menacho y Raúl Torres el delito de colusión agravado en razón de haber desarrollado un marco legal adecuado y especial en los actos preparatorios de la obra para materializar el pacto colusorio que era adjudicar la obra en favor de Odebrecht. Nuestra postura es que la intervención de Alan García se ajustaba más al delito de negociación incompatible. En el caso de Luis Nava, más propiamente, sus actos se encuadrarían en cohecho y en los investigados Oswaldo Plasencia, Jorge Menacho y Raúl Torres los hechos se subsumen más propiamente en el delito de negociación incompatible que cómplices primarios del delito de colusión.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. 2.ª ed. Lima: Palestra, 2001.

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu. *Manual de delitos contra la administración púbica*. Lima: Instituto Pacífico, 2018.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ara, 2004.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert y CALDERÓN VALVERDE, Leonardo Benavente Chorres, H y CALDERÓN VALVERDe, L, *Delitos de Corrupción de Funcionarios*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.

CARO CORIA, Carlos y REYNA ALFARO, Luis. *Derecho Penal Económico: Parte General*. Tomo I. Lima: Jurista Editores, 2016

CARRIÓN DÍAZ, Juan, y CÁCERES JULCA, Roberto. *El Delito de Colusión: Aspectos Sustantivos y Procesales*. Lima: Idemsa, 2011.

CASTILLO ALVA, José Luis. *El Delito de Colusión*, Lima: Instituto Pacífico, 2017.

CASTILLO ALVA, José Luis. Colusión Ilegal. En *El delito de colusión*. García Cavero, Percy y Castillo Alva, José Luis. Lima: Grijley, 2008.

CHANJAN DOCUMET, Rafael; SOLIS CURI, Erika y PUCHURI TORRES, Flavio Cesar. *Sistema de Justicia, Delitos de corrupción y lavado de activos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2018.

DIÁZ CASTILLO, Ingrid. *El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano*. Tesis doctoral en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2016.

DÍAZ LAZO, David César. Comisión por Omisión en los delitos de peculado y colusión desleal. *Actualidad Penal*, vol. 14, 2015.

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Fecaat, 2011.

GARCÍA CAVERO, Percy. Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En: *El delito de colusión*. García Cavero, Percy & Castillo Alva, José Luis Lima: Grijley, 2008.

GARCÍA CAVERO, Percy. Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal. En *El delito de colusión*. García Cavero, Percy & Castillo Alva, José Luis. Lima: Grijley, 2008.

GARCÍA LEÓN, Godofredo André. Cuatro problemas jurisprudenciales en el delito de colusión. En *Gaceta Penal &Procesal Penal*. Tomo 114. Lima, 2018.

GIMARAY MORI, Erick. Sobre la captura del regulador y el injusto penal de colusión. *Revista de Derecho Themis*, vol. 68, 2015.

GONZÁLES ORBEGOSO, Alexander. El delito de colusión ilegal: comentarios a la Casación N.° 661-2016, Piura. En *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 101. Lima, 2017.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge. *Delitos cometidos por funcionarios contra la Administración Pública: análisis sistemático de los tipos delictivos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000.

JESCHECK H y WEIGEND. T. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Lima: Instituto Pacífico, 2014.

JIMÉNEZ N, Sergio. ¿Qué es concertarse? A propósito del tipo del delito de colusión. En: Gaceta Penal &Procesal Penal. Tomo 114, Lima, 2018.

MÁRQUEZ ALVIS, Jorge Eduardo. ¿Es posible imputar como autor de colusión al funcionario que fácticamente no interviene en el pacto colusorio? En *Gaceta Penal &Procesal Penal*. Tomo 91. Lima, 2017.

MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl Ernesto. El estado actual del delito de colusión, Comentarios a propósito de la Casación N.° 661-2016, Piura. En *Gaceta Penal &Procesal Penal*. Tomo 101. Lima, 2017.

MENDOZA VAEZ, Paul. El tipo penal de colusión. El elemento de contextualización y la probanza de la concertación y del perjuicio patrimonial. En *Gaceta Penal &Procesal Penal*. Tomo 101. Lima, 2017.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 7.ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

MONTOYA VIVANCO, Yvan. *Manual sobre Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), 2015.

NUÑEZ RODRÍGUEZ, Segundo Conversión. Reflexiones actuales en torno a la configuración típica del delito de colusión simple ¡Andando a contracorriente! *Actualidad* Penal, vol. 43, 2018.

PARIONA ARANA, Raúl. *El Delito de Colusión*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico, 2016.

PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. 2.ª ed. Lima: Portocarrero, 1997.

REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Delitos Contra La Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista, 2015.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Nomos & Thesis, 2016.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2007.

ROXIN, Claus. Las formas de intervención en el delito: Estado de la cuestión. Traducción a cargo de M. Castiñeira Palou. En *Sobre el estado de la teoría del delito*. Edición a cargo de Jesús María Silva Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. La intervención delictiva en el delito de colusión ilegal. *Actualidad Penal*, vol. 30, 2016.

SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. 3.ª ed. Lima: Grijley, 2011.

VELASQUEZ, Fernando. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: Temis, 2004.

VIDAL CÓRDOVA, Elí Selah. *La Ilegitimidad de la Colusión*. Tesis para optar el Grado de Maestro en Derecho Penal por la PontificIa Universidad

EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Análisis de la Casación N.° 23-2016-Ica

Jorge Luis Mayor Sánchez(*)

SUMARIO: I. Introducción. 1.1. La indebida declaración del proceso de exoneración por situación de emergencia y la cancelación de la Licitación Pública N.° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL. 1.2. El Proceso de Exoneración N.° 06-2011-GRA-sede central. 1.3. nulidad del Proceso de Exoneración N.° 06-2011-GRA-sede central. **II.** Análisis de la Casación Exp. N.° 023-2016-ICA. 2.1. De la admisión de prueba nueva en apelación-criterios. 2.2. Criterios de admisión de prueba producida en juicio en el procedimiento de apelación de sentencia. 2.3. El método necesario de valoración de la prueba para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia. 2.4. El Rol del particular en el delito de negociación incompatible, para la verificación del interés particular indebido de tercero. 2.5. La finalidad indebida como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo. 2.6. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración pública. 2.7. El significado del procedimiento de regularización de los defectos administrativos realizados en una contratación de emergencia. 2.8. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal. **III.** Conclusiones. **IV.** Bibliográfia.

JURISPRUDENCIA:

Casación N.° 23-2016 –Ica

(*) Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de maestría en Derecho Procesal por la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de maestría en Política Jurisdiccional por la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de doctorado en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca (España). Docente de Derecho en la Universidad Peruana de Las Américas.

RESUMEN

El presente artículo jurídico aborda los efectos de la sentencia analizada, en la que se ha establecido que, de conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos —en aplicación del principio de legalidad—, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal. Debemos indicar que si bien el artículo 56 (cuarto párrafo), de la Ley de Contrataciones con el Estado —vigente al momento de los hechos—, precisa que «en caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares»; en el mismo sentido, el artículo 44 de la actual Ley de Contrataciones con el Estado señala: «[...] cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumen responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato [...]».

La responsabilidad que recaería en el tercero sería una de carácter administrativo y autónomo. Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero contratado, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero. Lo señalado obedece en principio al cumplimiento cabal del principio de legalidad y, asimismo, a que el tercero que se beneficiará no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiado con este acto administrativo que perjudicase a la Administración Pública».

PALABRAS CLAVE:

Contratos; Administración pública; responsabilidad de los funcionarios y servidores.

Todo lo descrito con anterioridad fue corroborado al final en la sentencia expedida por la Sala Penal al declarar **FUNDADO** el recurso de casación por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; respecto de los extremos desarrollados en los apartados C, E, F y G e **INFUNDADO** el recurso de casación por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal; respecto de los extremos desarrollados en los apartados A, B, D, y H con el **voto discordante por el que se DECLARE INFUNDADO el recurso de casación,** por falta de acreditación de las causas de fundabilidad previstas en los incisos 1 y 3 del artículo 429 del Código Penal y **DISPONER** el archivo definitivo de lo actuado.

I. INTRODUCCIÓN

En la presente investigación, se pretende analizar los efectos y el impacto de la acusación fiscal que obra a fojas dos del tomo I, en donde se imputa a los recurrentes la comisión del delito de negociación incompatible contenido en el artículo 399 del Código Penal en virtud del Proceso de Exoneración N.° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL, el cual se configuró en tres momentos:

1.1. La indebida declaración del proceso de exoneración por situación de emergencia y la cancelación de la Licitación Pública N.° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL

El 29 de noviembre del 2011 se convocó al Proceso de Licitación Pública N.° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL para la adquisición de las maquinarias y equipos para el proyecto Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Servicio de Equipo Mecánico. Pese a existir este proceso, el gerente general del Gobierno Regional de Ayacucho, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco, mediante el Oficio N.° 0938-2011-GRA/PRES-GG del 12 de diciembre del 2011, solicitó ante el consejero delegado que se determine una situación de emergencia de atención del sistema vial de la región Ayacucho. Atendiendo a dicho pedido, que habría estado sustentado por estudios técnicos de personal del Gobierno Regional, los consejeros regionales Víctor De La Cruz Eyzaguirre, Sixto Luis Ibarra Salazar, Rosauro Gamboa Ventura, Walter Quintero Carbajal, Jhoan Pavel Rojas Carhuas, Alfonso Martínez Vargas, Eladio Huamaní Pacotaype y María del Carmen Cuadros Gonzales, mediante Acuerdo Regional N.° 109-2011-GRA/CR del 20 de diciembre del 2011, declararon en situación de emergencia la red vial de la región Ayacucho. La Fiscalía imputa la simulación de una situación de emergencia, para que se convoque irregularmente el proceso de exoneración por la suma de S/ 20 000 000, lo que habría generado que se cancele el Proceso de Licitación Pública N.° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL, permitiendo que el presidente del Gobierno Regional de Ayacucho Wilfredo Oscorima Núñez apruebe, mediante Resolución Ejecutiva Regional N.° 1409-2011-GRA-SEDE CENTRAL, la adquisición de las máquinas que iban a adquirirse en el Proceso de Licitación Pública N.° 13-2011-GRA-SEDE CENTRAL.

1.2. El Proceso de Exoneración N.° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL

El jefe de abastecimiento del Gobierno Regional de Ayacucho, Edwin Teodoro Ayala Hinostroza, fue designado como encargado de la adquisición

de las maquinarias del Proceso de Exoneración N.° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL, mediante el Memorándum N.° 2438-2011-GERA/PRES-GG del 21 de diciembre del 2011, que fue emitido por el gerente general del Gobierno Regional de Ayacucho, Tony Oswaldo Hinojosa Vivanco. Según la Fiscalía, Ayala Hinostroza habría realizado dicho proceso de exoneración sin cumplir con lo previsto en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado. La irregularidad consistiría en haber dado las condiciones para aparentar que se trataba de una licitación pública, sin serlo. Muestra de ello sería la exclusión de los postores Komatsu y Volvo, pues ya habría direccionado la buena pro. Así, se imputa a Hinojosa Vivanco el haber suscrito dicho contrato, pese a que habrían existido una serie de irregularidades, tales como haber realizado pagos a los ganadores, sin respetar el tipo de cambio previsto en la Superintendencia de Banca y Seguros, según lo señalado por el Informe Pericial Contable N.° 002-2013-MP-FEDCF-MBS/PAC.

1.3. Nulidad del Proceso de Exoneración N.° 06-2011-GRA-SEDE CENTRAL

El Organismo Supervisor de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (OSCE) mediante Oficio N.° E-067-2011/DSU-VVS del 28 de diciembre de 2011, requirió al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho Wilfredo Oscorima Nuñez para que deje sin efecto el procedimiento de exoneración supervisado, porque a su entender no existía situación de emergencia en dicha región. Asimismo, este mismo proceso de exoneración también fue observado por la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el Informe N.° 004-2012/EF63.01 del 5 de enero del 2012, que comunica que existen 23 observaciones al proceso de exoneración. Agrega que, pese a ello, el acusado presidente del Gobierno Regional de Ayacucho habría dispuesto continuar con este proceso de exoneración. Muestra de ello sería el haber presentado un recurso de reconsideración, con fecha 5 de enero del 2012, contra el oficio emitido por el OSCE, incumpliendo con dejar sin efecto dicho proceso de exoneración, permitiendo que se les pague a los proveedores en dicho proceso de exoneración observado.

El OSCE, mediante Oficio N.° E-021-2012/DSU-PAA del 19 de enero del 2012, comunicó al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho que subsistían las conclusiones señaladas en el Oficio N.° E-067-2011/DSU-VVS.

II. ANÁLISIS DE LA CASACIÓN EXP. N.° 023-2016-ICA

Contra la sentencia del 18 de noviembre del 2015 se interpusieron diversos recursos de casación, que fueron admitidos mediante la ejecutoria suprema del 4 de julio del 2016, que declaró bien concedido el recurso de casación excepcional para desarrollo jurisprudencial por las causales 1 y 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal. Así, conforme al fundamento jurídico 2.6 de la citada ejecutoria, los puntos de interés a resolver por La Suprema Corte a partir del caso concreto son:

2.1. De la admisión de prueba nueva en apelación-criterios

El primer punto se encuentra ligado a uno de los fines del proceso: el establecimiento de una verdad procesal. Si bien es cierto no es posible una reconstrucción exacta de lo sucedió en el pretérito, es posible aproximarse a la misma mediante la actividad probatoria. Por ende, es necesario realizar una doble diferencia cuando hablamos del concepto de verdad: la verdad en un sentido natural y la verdad procesal. Ambas tienen una característica en común, que se refieren a hechos sucedidos en el pasado, pero la diferencia está en el nivel de proximidad de dichos hechos. Por un lado, la verdad natural refleja fielmente los hechos sucedidos en el pasado, sin que algún detalle pueda escaparse a ella. Por otro lado, la verdad procesal es el acercamiento al hecho acaecido, el cual por su complejidad ya no puede ser totalmente reconstruido, sino que solo puede producirse una aproximación que intenta ser lo más cercana a él. El proceso no tiene como objeto buscar la verdad natural, pues ello no resulta posible. La aspiración de los órganos jurisdiccionales de justicia, entonces solo se circunscribe a la verdad procesal.

En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado con relación con el derecho a la prueba:

> [...] Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia [...][(1)].

(1) *Cfr.* STC Expediente N.° 6712-2005-HC/TC, caso *Medina Vela*, fj. N.° 15.

Asimismo, se entiende que:

> [...] el derecho a la prueba forma parte de manera implícita del derecho a la tutela procesal efectiva; ello en la medida en que los justiciables estén facultados para presentar todos los medios probatorios pertinentes, a fin de que puedan crear en el órgano jurisdiccional la convicción necesaria de que sus argumentos planteados son correctos(2).

Sin embargo, no podemos olvidar que, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba, también está sujeto a restricciones o limitaciones derivadas, tanto de la necesidad de que sean armonizadas con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión(3). A lo largo del Código Procesal Penal, podemos encontrar una serie de restricciones a este derecho fundamental, las cuales tienen diversos fundamentos.

En lo referente a la admisión de pruebas en segunda instancia, la disposición legal pertinente es el artículo 422 del Código Procesal Penal, que señala:

> [...] 2. Solo se admitirán los siguientes medios de prueba:
>
> a) Los que no se pudo proponer en primera instancia por desconocimiento de existencia;
> b) Los propuestos que fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna reserva;
> c) Los admitidos que no fueron practicados por causas no imputables a él [...].

Los límites que se precisan en el artículo precedente buscan evitar que las partes abusen del derecho, interpongan maliciosamente medios probatorios en segunda instancia que no puedan ser contradichos. Asimismo, si bien se permite la interposición de medios probatorios, ya propuestos que

(2) *Cfr.* Expediente N.° 01557-2012-PHC/TC, caso *Ninahuanca Sosa*, FJ N.° 2.

(3) *Cfr.* STC N.° 4831-2005-PHC/TC, caso *Curse Castro*, FJ N.° 4.

pudieron ser denegados indebidamente, ello se condiciona a la existencia de una reserva. Se entiende que, en tanto, exista una reserva, se garantiza el interés que se tiene sobre determinado medio probatorio y su importancia en el caso concreto. Y, por último, la norma procesal busca subsanar la omisión de actuación de prueba que no le es imputable al recurrente; ello en virtud del respeto al derecho de prueba del que este goza (derecho a que se actúen las pruebas).

Con los conceptos previos referidos a la prueba y su rango constitucional, cabe preguntamos si, en efecto, el cumplimiento del artículo 422, inciso 2, del Código Procesal Penal debe ser irrestricto; o si, por el contrario, merece una interpretación constitucional, que permitiría la flexibilización de la regla, a fin de admitir pruebas legales y pertinentes al proceso. Previo a resolver la interrogante planteada, cabe precisar que ya en otras oportunidades esta Corte Suprema ha mantenido una posición abierta respecto de superar formalidades que exige la ley en pos de una mejor resolución.

Sobre la base de las consideraciones pertinentes, corresponde a este supremo tribunal fijar una posición sobre si es o no posible la admisión de prueba en segunda instancia.

Con respecto del supuesto del literal a, del inciso 2 del artículo 422 del Código Procesal Penal, podemos observar que el mismo prevé la clásica excepción al principio de preclusión procesal: la existencia de una prueba nueva, que se configura como aquella que la etapa procesal precluyera, no existía o las partes no tuvieron conocimiento de su existencia. Así, la prueba nueva es la excepción, por excelencia, a las reglas de temporalidad de la admisión de un medio probatorio.

Respecto de la prohibición de admisión de medios probatorios indebidamente denegados, sin que exista una reserva formulada, este Tribunal considera que igual que en el punto precedente este artículo es ya una excepción en sí misma.

En el supuesto establecido en la norma procesal es que existen medios probatorios indebidamente denegados. Ergo, es la misma norma la que establece que existió una posibilidad de error por parte del juzgador de primera instancia en denegar dichos medios. Por ende, para evitar una situación en la cual la verdad procesal no sea debidamente alcanzada, se prevé como salida procesal que el error del juzgador de primera instancia sea subsanado.

Por último, es necesario abordar la causal referida a la admisión de medios probatorios no actuados por causas no imputables al recurrente. Constituye también una excepción a la preclusión de la admisión de la prueba.

En este caso, si fue el propio recurrente quien impidió o generó que dicho medio probatorio no se actúe, resulta claro que la consecuencia será la imposibilidad de que se produzca en segunda instancia. Sin embargo, aun en este supuesto es posible que el medio probatorio se actué nuevamente, considerando la prevalencia de la obtención de la verdad procesal; no obstante, la actuación se encuentra supeditada a situaciones mucho más restrictivas, como es el caso de una defensa técnica negligente.

Analizando el caso concreto, el juez de primera instancia, en su sentencia consideró como uno de los puntos centrales de su pronunciamiento que el Gobierno Regional no debió declarar la situación de emergencia y, posteriormente, las medidas adoptadas. Basa su pronunciamiento en las declaraciones del testigo Víctor Villanueva Sandoval, quien como miembro del OSCE (Organismo de Supervisión de las Contrataciones Estatales) consideró que no existía una situación de emergencia, pues la existencia de lluvias era considerada como una situación estacional o cíclica, y no se había precisado por qué era una emergencia en los informes sustentatorios de la exoneración.

Al respecto, la defensa técnica postuló como medios probatorios en segunda instancia lo que ha venido a denominar como testigos expertos en derecho administrativo y un testigo experto del Sinagerd de la región de Ayacucho. El objeto de los primeros fue acreditar distintos aspectos en torno a la materia antes señalada, como el ámbito de actuación del OSCE, y el objeto del segundo fue señalar por qué, en el presente caso, era necesario contar con el informe del Sinagerd, para decidir si se presentaba o no una situación de emergencia.

La Sala de Apelaciones, mediante la Resolución N.° 32, no admitió los medios probatorios por considerar que el expediente administrativo de declaración de situación de emergencia ya era conocido por las partes desde el inicio de juzgamiento.

Con respecto del medio de prueba señalado, no nos encontramos frente a un testigo experto, pues se trataba de órganos de prueba encargados de emitir un dictamen sobre aspectos jurídicos en torno a la aplicación de las normas del derecho administrativo al caso concreto, tienen la condición de

peritos. La segunda prueba postulada, efectivamente, se trató de un testigo experto; pues es una persona que aparentemente tuvo un contacto directo con el hecho imputado, ya que formaba parte del Sinagerd órgano encargado de la gestión de riesgos del Gobierno Regional de Ayacucho, creado mediante la Ley N.° 29664.

El objeto de ambos medios de prueba, sobre todo del segundo, era señalar la necesidad de utilizar la información técnica del Sinagerd, a efectos de determinar la existencia de una situación de emergencia. Planteado de esta manera, la necesidad de probar la utilidad de dicha información del Sinagerd ya era conocida antes de iniciar el juicio oral y pudieron ser postulados oportunamente. En consecuencia, no deberían de ser admitidos como regla general.

Ahora bien, los medios probatorios mencionados no buscan acreditar elementos fácticos, sino estrictamente jurídicos. En concreto, si es que el informe aludido debía o no servir para determinar la existencia de una situación de emergencia.

En sentido estricto, se ha entendido tradicionalmente que la parte jurídica no puede ser objeto de prueba, pues admitir la prueba sobre aspectos jurídicos podría ir contra la presunción de conocimiento del derecho por parte del magistrado. Sin embargo, dado el avance normativo actual y la alta especialización de los diversos sectores del ordenamiento jurídico, es posible admitir excepcionalmente informes de esta naturaleza, siempre que versen sobre instituciones, regulaciones o decisiones jurídicas en el ámbito comparado, en tanto que si se trata de informes jurídicos relacionados con interpretaciones de derecho nacional no podrían tener valor probatorio. En todo caso, puede considerárseles como argumentos de defensa y tienen un valor meramente referencial.

Por ende, en el caso concreto, consideramos que la no admisión de los medios de prueba antes señalados fue correcta, en la medida en que los dictámenes de este tipo no vinculan al magistrado, sino son solo mecanismos auxiliares que lo apoyan en la labor de interpretación de la norma.

Por los fundamentos precedentes, deviene en infundado el presente recurso de casación interpuesto, referido al pedido de admisión de medios probatorios ofrecidos por la defensa técnica de los recurrentes.

2.2. Criterios de admisión de prueba producida en juicio en el procedimiento de apelación de sentencia

Respecto de la prueba en segunda instancia en el inciso 5 del artículo 422 del Código Procesal Penal, se prevé que:

> También serán citados aquellos testigos —incluidos los agraviados— que han declarado en primera instancia, siempre que la Sala por exigencias de inmediación y contradicción considere indispensable su concurrencia para sustentar el juicio de hecho de la sentencia, a menos que las partes no hayan insistido en su presencia, en cuyo caso se estará a lo que aparece transcrito en el acta de juicio.

De la norma previamente citada se puede advertir que nuestro legislador solo ha previsto la actuación de ciertas pruebas de primera instancia a nivel de segunda. Uno de esos medios de prueba son las declaraciones testimoniales, cuya necesidad se sustenta en dos exigencias: inmediación, entendida como la vinculación entre el juzgador y el órgano de prueba, y de contradicción, sometimiento a un test de credibilidad por las partes.

Así, la citada norma se refiere a los testigos, precisando que también sean los agraviados; ello en razón al principio de inmediación y contradicción. Sin embargo, no se regula esta admisión en segunda instancia para pruebas de carácter pericial o documental, entendiendo que dichos medios probatorios pueden ser valorados nuevamente por el juzgador de segunda instancia, sin vulnerar el principio de inmediación.

El inciso 2, del artículo 425 del Código Procesal Penal, señala que «la Sala Penal Superior solo valorará independientemente la prueba actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas periciales, documental [...]».

Un análisis conjunto de la normativa procesal penal nos permite afirmar coherentemente que en principio la Sala Penal de Apelaciones está habilitada a una nueva valoración de la prueba pericial conforme al inciso 2 del artículo 425 del CPP; en ese sentido, implicará conforme al artículo 181 del CPP un examen o interrogatorio al perito, con la finalidad de obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto del objeto de la pericia, sobre los fundamentos, y la conclusión que se sostiene. El examen o interrogatorio del perito será de mayor necesidad si a nivel de

segunda instancia se presenta un medio probatorio nuevo que contradiga el peritaje realizado en primera instancia.

En consideración a lo señalado, se puede advertir que, en el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones rechazó el pedido de la defensa de interrogar a los peritos presentados en primera instancia por el Ministerio Público (Examen Pericial N.° 05-2012-2-5335, y el informe pericial del ingeniero del 30 de enero del 2013), al considerar que los citados exámenes periciales no adolecían de sensibles defectos legales o déficits de información que impidan el esclarecimiento de los hechos objeto de debate. Este Supremo Tribunal advierte que lo señalado por la Sala Penal de Apelaciones, en dicho extremo es correcto, en la medida que a su consideración no necesitaban del interrogatorio al perito por tener claro el informe pericial, siendo este suficiente, pues no existía medio probatorio nuevo que lo desacreditará a punto de que se necesite de una mejor explicación por parte del perito especialista.

Por las razones precedentes, los argumentos esgrimidos por los recurrentes en dicho extremo deben ser declarados infundados.

2.3. El método necesario de valoración de la prueba para demostrar el grave peligro como causa de declaración de situación de emergencia

La presente resolución amerita contar con ciertos conceptos del ámbito procesal como son el objeto de prueba y el medio de prueba. Como se desarrollará a continuación, en principio, el objeto de prueba definirá el medio de prueba idóneo a utilizar, y de este último dependerá la valoración probatoria a realizar.

Conforme al objeto de prueba lo regula el Código Procesal Penal en su artículo 156, en donde se señala lo siguiente: «Son [...] los hechos que se refieran a la imputación, la punibilidad y la determinación de la pena o medida de seguridad, así como los referidos a la responsabilidad civil derivada del delito».

El medio probatorio, como ya se señaló, el objeto de prueba es todo aquel hecho y/o realidad susceptible de ser probado. En ese sentido, el medio probatorio es todo aquello que sirve para probar determinado hecho. Así, respecto de los medios probatorios nuestro Código Procesal Penal, señala en su artículo 157, lo siguiente:

1. Los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por la ley. Excepcionalmente, pueden

utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren los derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por la ley. La forma de su incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo, de los previstos, en lo posible.

2. En el proceso penal no se tendrán en cuenta los límites probatorios establecidos por las leyes civiles, excepto aquellos que se refieren al estado civil o de ciudadanía de las personas.

3. No pueden ser utilizados, aun con el consentimiento del interesado, métodos o técnicas idóneos para influir sobre su libertad de autodeterminación o para alterar la capacidad de recordar o valorar los hechos.

El medio probatorio que se utilice para demostrar la configuración de determinado hecho necesario en juicio dependerá directamente del hecho a probar. Lo señalado permitirá la buscar la idoneidad del medio probatorio que generará el escenario perfecto para una correcta valoración probatoria.

Citado lo anterior, se puede afirmar que ante hechos complejos que se planteen demostrar en juicio, será de aplicar necesariamente el medio probatorio denominado pericia. Así, el Código Procesal Penal, en su artículo 172, establece que «la pericia procederá siempre que, para la explicación y mejor comprensión de algún hecho, se requiera conocimiento especializado de naturaleza científica, técnica artística o de experiencia calificada».

En ese sentido, si se pretende demostrar un desbalance patrimonial, más allá de las afirmaciones vertidas por testigos, se requerirá una pericia contable, que en efecto determine el citado desbalance. Asimismo, si hablamos de delitos contra el medio ambiente, en donde se aduzca contaminación sonora, se requerirá una pericia especializada que demuestre que los índices acústicos de determinada zona superan el límite legalmente permitido. Como se aprecia las situaciones planteadas son complejas, requieren conocimientos especializados, y en más de una ocasión nos remite a normativa sumamente detallada.

En el caso concreto, se ha de determinar la definición de grave peligro, en un contexto específico de declaración de situación de emergencia[4]. Es

(4) La declaración de la situación de emergencia es una decisión de una entidad de carácter particular que intenta proteger la continuidad de sus operaciones y/o servicios,

preciso señalar el contexto en el que se habla de un determinado tema, más aún de un concepto que descontextualizado suele ser muy subjetivo. En ese sentido, se advierte que, conforme al artículo 22 de la Ley de Contrataciones con el Estado, vigente en el momento de los hechos, la situación de emergencia es definida de la siguiente manera:

> Artículo 22. *Situación de emergencia*
>
> Se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro de necesidad que afecten la defensa nacional.
>
> En este caso, la entidad queda exonerada de la tramitación de expediente administrativo y podrá ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de la presente ley.
>
> El reglamento establecerá los mecanismos y plazos para la regularización del procedimiento correspondiente.
>
> El resto de la actividad necesaria para completar el objetivo propuesto por la Entidad ya no tendrá el carácter de emergencia y se adquirirá o contratará de acuerdo con lo establecido en la presente ley.

---

consecuencia directa del evento producido, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes. Posteriormente, deberá convocar los respectivos procesos de selección. Cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en el informe técnico legal respectivo se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva.

Toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra, incluyendo el proceso en el Plan Anual de Contrataciones de la Entidad, publicando la resolución o acuerdo correspondientes y los informes técnico-legales sustentatorios en el SEACE, debiendo remitir dicha información a la Contraloría General de la República, así como emitiendo los demás documentos contractuales que correspondan según el estado de ejecución de las prestaciones.

En ese sentido, es previsto por el artículo 128 del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones (D. S. N.° 084-2008-EF), vigente en la fecha de los hechos, el cual señala que:

> **Artículo 128.** ***Situación de Emergencia***
>
> En virtud de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o que afecten la defensa y seguridad nacional, la Entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos generados [...].

Conforme lo observado, en la normativa que regula la situación de emergencia no se define ni precisa qué se debe entender por grave peligro, dejando ello aparentemente a una libre interpretación. Sin embargo, siendo una cuestión de carácter jurídico, conviene verificar si existe alguna entidad u organismo que sea especializado en determinar un grave peligro que pueda generar una situación de emergencia.

El artículo 1 de la Ley N.° 29664 (Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres), publicada el 19 de febrero del 2011, establece lo siguiente:

> [Se crea] el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd) como sistema interinstitucional, sinérgico, descentralizado, transversal y participativo, con la finalidad de identificar y reducir los riesgos asociados a peligros o minimizar sus efectos, así como evitar la generación de nuevos riesgos, y preparación y atención ante situaciones de desastre mediante el establecimiento de principios, lineamientos de política, componentes, proceso e instrumentos de la Gestión del Riesgo de Desastres.

El Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (Senamhi)[5], es la institución encargada de determinar el riesgo de desastre generado por lluvias. En este punto, es necesario precisar que la OSCE no es la institución competente para afirmar o negar la existencia de un peligro grave que ge-

---

(5) Creado mediante el Decreto Ley N.° 17532, el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (Senamhi) es un organismo técnico especializado del Estado peruano que brinda información sobre el pronóstico del tiempo, así como asesoría y estudios científicos en las áreas de hidrología, meteorología, agrometeorología y asuntos ambientales.

nerará una situación de emergencia; asimismo, lo señala este organismo en repetidas opiniones técnica emitidas, como por ejemplo la Opinión N.° 084-2014/DTN que, en su fundamento N.° 2.1.1, señala que:

> En primer lugar debe indicarse que, conforme a lo señalado en los antecedentes de la presente opinión, las consultas que absuelve el Organismos Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) son aquellas consultas genéricas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, en esa medida, en vía de consulta, este organismo supervisor no puede determinar si una situación es especifico configuraría la causal de exoneración por situación de emergencia, pues ello contravendría el literal j del artículo de la ley.

Por lo que ante la necesidad de probar la idoneidad de una situación de emergencia corresponderá verificar a qué clase de grave peligro se refiere esta, y dependiendo de ello la institución u organismo encargado en determinar científicamente si es o no en efecto un peligro grave.

Ante dicho panorama, queda claro que el grave peligro sí era real, conforme lo venían sosteniendo los informes técnicos pertinentes, emitidos por la autoridad competente en la materia. Por dichas razones, se debe declarar fundado el recurso de casación, en dicho extremo, interpuestos por los recurrentes Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, De la Cruz Eyzaguirre e Ibarra Salazar.

2.4. El rol del particular en el delito de negociación incompatible para la verificación del interés particular indebido de tercero

Previo análisis de la cuestión planteada, amerita citar la regulación normativa referida al tipo penal de análisis: negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, previsto en el artículo 399 del Código Penal, que señala:

> **Artículo 399.** ***Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo***
>
> El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, **en provecho** propio o **de tercero**, por cualquier contrato u operación en que

> interviene por razón de su cargo, será reprimido con del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (el resaltado es nuestro).

Es una norma general de carácter subsidiario. Al no especificarse la naturaleza del contrato u operación es un tipo penal general, de amplio espectro que se asemeja al delito de colusión, diferenciándose en que en la negociación no es necesaria la concertación ni la existencia de perjuicio[6]. El bien jurídico que se busca proteger mediante la tipificación de la conducta antes señalada es el correcto funcionamiento de la Administración Pública frente al interés privado de sus agentes; es decir, los funcionarios o servidores públicos que pueden anteponer sus intereses al de la administración. El verbo típico en este delito es el interés que se define como la búsqueda inusitada del funcionario o servidor público en el resultado de un proceso o adquisición determinados.

Según la normativa vigente al momento de que los hechos fueron cometidos, el sujeto activo del delito de negociación incompatible, por imperativo normativo al tratarse de un delito especial propio, solo podía ser aquel que ostente la cualidad de servidor o funcionario público; siempre que se cumpla la relación funcional exigida en la norma. Así, la Casación N.° 841-2015, fundamento jurídico 30, precisa que:

> [...] la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, [...] No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria. La negociación incompatible se materializa independientemente de la voluntad del interesado.

Mediante la sentencia citada, se ha establecido que, de conformidad con la norma penal al momento de sucedidos los hechos en aplicación del principio de legalidad, la intervención del tercero no estaba sancionada penalmente, en tanto no es necesaria para la configuración del tipo penal. Debemos indicar que si bien el artículo 56 (cuarto párrafo) de la Ley de Contrataciones con el Estado, precisa que «en caso de contratarse bienes, servicios u

---

(6) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal de 1991*. 2.ª ed. Lima: Palestra, 2003, p. 510.

obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares». En el mismo sentido, el artículo 44 de la actual Ley de Contrataciones con el Estado señala lo siguiente: «[...] cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumen responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato [...]».

La responsabilidad que recaería en el tercero, sería una de carácter administrativo y autónomo. Sobre la base de esa premisa, se puede afirmar que la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, referida a la responsabilidad del tercero contratado, es aislada de la normativa penal; no resultando necesario comprobar una responsabilidad administrativa previa que demuestre la responsabilidad penal por un delito de negociación incompatible en provecho de tercero. Lo señalado obedece en principio al cumplimiento cabal del principio de legalidad y, asimismo, a que el tercero —que se beneficiará— no necesariamente debe ser la persona con la que se está realizando la contratación, sino que puede ser cualquier otro, que podría resultar beneficiado —de alguna manera— con este acto administrativo que perjudicase a la Administración Pública.

Por ello, en dicho extremo, los recursos de casación planteados por los recurrentes (Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, De La Cruz Eyzaguirre, e Ibarra Salazar) debe ser declarado infundado.

2.5. La finalidad indebida como elemento subjetivo del tipo penal de aprovechamiento indebido del cargo

El tipo penal de negociación incompatible presenta elementos objetivos y subjetivos que lo constituyen. Así, el interés indebido sobre un contrato u operación que debe estar a cargo del funcionamiento público, sintetiza la tipicidad objetiva. Por otro lado, la existencia de un interés del funcionario público debe traducirse en un provecho propio o de tercero. El agente despliega su actividad en el acto o proceso de adquisición que debe arribar a un resultado: el provecho propio o de un tercero.

Al respecto, conforme ya ha sido establecido en la Casación N.° 841-2015, en su fundamento jurídico trigésimo sexto, «el segundo elemento: búsqueda de un provecho propio o de un tercero, como consecuencia del quebrantamiento del deber institucional; además del dolo, para tener por acreditada la conducta típica, de presentarse este elemento subjetivo. Esta es la motivación por la cual el funcionario se interesa en el contrato [...]. El provecho implica el beneficio que va a recibir el funcionario público cuando es para sí, el tercero, o ambos, como consecuencia de la celebración del contrato o de la operación a cargo del funcionario».

En ese sentido, el provecho propio o de tercero, al ser un elemento del tipo penal del delito de negociación incompatible requiere —como cualquier otro elemento del tipo— ser materia de prueba dentro del proceso penal. Por ende, queda proscrita la presunción de su configuración, estableciéndose el deber del Ministerio Público de demostrar la existencia de este tipo penal y del juzgador de señalar por qué, a su juicio, el mismo se presenta o no en el caso concreto.

De la revisión de autos no se advierte una motivación suficiente que sustente la configuración de este elemento típico; esto es, si conforme a la acusación fiscal, se logró establecer el provecho indebidamente obtenido por el tercero, como consecuencia de la gestión interesada del agente. En otros términos, si producto del interés mostrado, de acuerdo con la acusación fiscal, las empresas contratadas fueron efectivamente e indebidamente beneficiadas. La Sala Penal de Apelaciones no establece de qué manera pudo configurarse la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, orientado a brindar un beneficio indebido a favor de un tercero particular, *máxime* si cuando en el presente caso los terceros fueron los proveedores Ferreyros SAA, Tracto Camiones USA, San Bartolomé SA y Unimaq SA fueron objeto de sobreseimiento definitivo, sin sanción penal ni inhabilitación alguna; es decir, obtuvieron un pronunciamiento judicial de que obtuvieron un provecho debido.

Cabe señalar que la Sala Penal de Apelaciones partió de la premisa que los imputados Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostroza, infringieron sus deberes especiales de función al desplegar las conductas ilícitas detalladas en la acusación, infiriéndose de ello un interés de beneficiar a los proveedores finalmente contratados tercero; sin embargo, por lo expuesto lo citado por la Sala Penal de Apelaciones no resulta ser suficiente a fin de demostrar este elemento típico.

En ese sentido, se advierte que la sala de mérito no estableció sólidamente de qué manera se configuró la finalidad indebida por parte del funcionario público en el presente delito, generando un provecho al tercero particular; por tanto, corresponde declarar, en dicho extremo, fundado los recursos de casación interpuestos por Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco y Ayala Hinostroza.

2.6. El principio de confianza como filtro de imputación objetiva en las estructuras organizadas de la Administración Pública

La atribución penal de una conducta a una persona ha partido, tradicionalmente, desde un mismo punto: la demostración de un nexo de causalidad entre su acción y la producción de un resultado lesivo a un bien jurídico penalmente relevante. No obstante, no toda causación de un resultado hace que una persona responda penalmente por dicha acción.

A través de la denominada teoría de la imputación objetiva, se determina cuándo una acción imputada es normativamente atribuible a una persona y, por tanto, la hace responsable de dicha acción. Para ello, la teoría de la imputación objetiva tiene cuatro instituciones, que sirven a dicho fin: 1) el riego permitido, 2) el principio de confianza, 3) la prohibición de regreso, y 4) la imputación de a la víctima. A continuación, para efectos de desarrollar el presente punto del recurso de casación, nos centraremos en analizar puntualmente lo que se entiende por principio de confianza y sus alcances, en el marco de estructuras organizadas de la Administración Pública.

Al respecto, Reyes Alvarado refiere que en las organizaciones «las labores individuales se deben desarrollar de acuerdo con una asignación de funciones preestablecidas, cada persona es responsable solamente por el correcto desempeño de las actividades que le han sido asignadas, y puede, por ende, confiar en que sus demás compañeros harán con las labores inherentes a sus cargos»[7].

La delimitación del ámbito de competencias permite al funcionario tener seguridad de cuándo su acción constituirá un riesgo penalmente relevante y cuándo ello no será así. De esta forma, nadie responderá penalmente por el correcto cumplimiento de las funciones asignadas a su persona. Incluso si su trabajo es instrumentalizado por un tercero y, con ello, se afecta un bien

(7) REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*, 1996, p. 153.

jurídico, carecerá de responsabilidad penal si es que se verifica que actuó dentro del contorno de sus funciones.

Por ende, si el funcionario público tuviera como exigencia permanente verificar que otro funcionario ubicado en un nivel jerárquicamente inferior o en un nivel horizontal al suyo cumple o no su función, no le quedaría lugar para cumplir sus propias labores. De ahí que se parte de una presunción: todo funcionario con el que se interactúa obra en cabal cumplimiento de sus funciones.

Cabe señalar que el principio de confianza encuentra ciertos límites, por ejemplo, cuando una persona sobre quien se tiene una ascendencia funcionarial no tiene capacidad para cumplir de manera responsable un rol designado[8]. Asimismo, el principio de confianza se restringe cuando existe un deber de garante[9] que impone la obligación de verificar el trabajo realizado. Por último, no se puede invocar el principio de confianza cuando se evidencie la falta de idoneidad de la persona en que se confiaba[10]. Entonces, toda conducta desplegada en el marco laboral dentro de una organización con división de roles, deberá ser analizada bajo el principio de confianza, salvo que se presente alguno de los supuestos citados.

Tradicionalmente, se suele considerar que la máxima autoridad de una institución tiene una posición de garante que lo hace responsable por todo acto que cometan sus subordinados.

La exigencia del deber de supervisión al titular de una institución, sin más fundamento que por ser el titular de la misma, podría menoscabar el desempeño de las funciones de la institución, pues dedicaría más tiempo a controlar al resto de funcionarios que a desempeñar sus propias funciones. Esta postura haría ineficaz la división del trabajo, sobretodo en órganos donde existen personas especializadas en dicha función. Y, si la atribución de responsabilidad penal solo se basa, sin más fundamento, en que por ser la máxima autoridad de la institución debe responder por los actos de cualquiera de sus subordinados, entonces, estaríamos ante una flagrante vulneración

---

(8) JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: UAM Ediciones y Editorial Civitas, 2007, p. 219.

(9) JAKOBS. *Op. cit.*, p. 220.

(10) *Loc. cit.*

del principio de culpabilidad, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que proscribe la responsabilidad objetiva. Precisamente, contra esta posibilidad de imputación de responsabilidad basada en el puro resultado, además del principio de culpabilidad, opera el principio de confianza, que brinda legítimamente al funcionario de alto nivel la posibilidad de confiar en quien se encuentra en un nivel jerárquico inferior, *máxime* cuando este último posee una especialización funcional. En el entendido de que el personal que labora en una institución es el adecuado, el principio de confianza, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se pueda atribuir mecánica y directamente a quien se encuentra en la cúspide funcionarial de la institución. De otro modo, el funcionario que se encuentre en dicho nivel no tiene deber jurídico alguno de ejercer un férreo y pormenorizado control de cada una de las tareas que son de exclusiva incumbencia de los niveles funcionariales subordinados a los que, en clave de reparto funcional, plasmados en el MOF y en el ROF, les son delimitadas sus competencias. A dicho funcionario le asiste la posibilidad de confiar en quien se ubica en un nivel jerárquico inferior, más aún si este posee conocimientos especializados, razón por la cual precisamente forma parte de dicho nivel funcionarial.

La excepción a este principio se da cuando el titular de la institución es quien quiebra su deber institucional y organiza los deberes de sus subordinados para ello. Lo señalado es una posición ya asumida por esta Suprema Corte, mediante el R. N. N.° 449-2009-Lima, emitida el nueve de julio de dos mil nueve(11).

Centrándonos en el análisis del caso concreto, en base a los conceptos jurídicos previos, cabe realizar la siguiente pregunta: ¿El principio de confianza permite excluir de responsabilidad penal al 1) presidente regional de Ayacucho, 2) gerente general, 3) jefe de abastecimiento, y demás consejeros regionales? Para poder dar una respuesta, resulta necesario establecer la participación que se imputa a cada uno de los citados involucrados en el delito de negociación incompatible. Asimismo, corresponde verificar si el órgano jurisdiccional de mérito hizo un adecuado análisis de la delimitación del ámbito de funciones que cumplían los antes señalados funciona-

(11) La Corte Suprema también ha resuelto conforme al principio de confianza los R. N. N.os 608-2004; 552-2004; 4631-2008; 1865-2010; 1449-2009.

rios, para lo cual debió basarse en el MOF y en el ROF de la citada entidad. Permitiéndonos ello verificar si los recurrentes, en sus diversos roles dentro de la organización, actuaron dentro de su rol jurídicamente establecido, en base al principio de confianza.

Se advierte conforme la acusación fiscal que la primera infracción que generaría la configuración del delito de negociación incompatible, sería la declaratoria de la situación de emergencia del sistema vial de la región Ayacucho, que la Sala Penal de Apelaciones estimó como falsa. En los hechos probados, se tiene que la declaratoria de la citada situación emergencia del sistema vial, fue solicitada por la gerencia de infraestructura al gerente regional, para lo cual se amparó en un informe técnico y jurídico. A su vez, el gerente general trasladó dicho pedido al órgano competente para aprobarlo: el Consejo Regional de Ayacucho. Conforme lo establecido en el artículo 37, numeral a, y el artículo 39 de la Ley N.° 27867 (Ley Orgánica de Gobiernos Regionales), el acuerdo regional fue adoptado y el Consejo Regional emitió el Acuerdo Regional N.° 109-2011-GRA/CR. En dicho acuerdo, el Consejo Regional ampara la solicitud de la Gerencia Regional y acuerda declarar la situación de emergencia del sistema vial de la región Ayacucho. Finalmente, es el Consejo Regional, como consta en el acuerdo regional antes mencionado, quien dispone la exoneración de los procesos de selección de las contrataciones y adquisiciones para afrontar la situación de emergencia previamente declarada.

Una vez que el acuerdo es adoptado, solo corresponde que el órgano ejecutivo del gobierno regional cumpla el mismo, pues se encuentra vinculado a dicho mandato. Así, tanto el presidente regional como el gerente regional y demás funcionarios integrantes del órgano ejecutivo del gobierno regional, se encontraron en la obligación de adoptar las acciones destinadas a cumplir dicho acuerdo. Finalmente, es necesario destacar que ello no significa dar una carta abierta a los funcionarios del Ejecutivo, pues sus actos son fiscalizados directamente por el Consejo Regional, quien —conforme también se dispuso en la mencionada resolución— conformó una comisión de fiscalización de las decisiones adoptadas por el ejecutivo.

Ahora bien, para aprobar dicha situación de emergencia mediante Resolución Ejecutiva Regional N.° 1409-2011-GRA- PRES, el presidente regional debió contar con las opiniones técnicas y legales que sustentaron el pedido, los cuales previamente pasaron por una línea de revisión. Al respecto, la

Sala Penal de Apelaciones no señala que el presidente regional haya obviado considerar los informes especializados, sino que supone que este tenía la obligación específica de verificar si el contenido era correcto; es decir, si los informes técnicos y legales analizaban correctamente la procedencia de la situación de emergencia.

En ese sentido, debemos afirmar que lo señalado resulta erróneo. La actuación del presidente regional, al igual que del gerente regional y de los funcionarios que directamente no opinaron sobre la existencia técnica o legal de la situación de emergencia, se enmarca dentro del principio de confianza, pues la normatividad que regula sus ámbitos de competencia no les impone el deber de garante de poseer conocimientos técnicos y especializados que les obligue a la verificación de cada una de las acciones de sus subordinados. Exigirles que desconfiaran de los informes técnicos que les presentaron sus subordinados no es un deber que se encuentra dentro de sus funciones. Por el contrario, el presidente regional solo cuenta con la obligación de verificar la existencia de informes especializados que sustenten el pedido razonablemente, mas no determinar si el contenido exacto de los mismos es o no correcto. Lo contrario implicaría exigir a dicho funcionario el deber de cumplir con la función de especialistas técnicos y legales, haciendo obsoleto e impracticable el proceso de división de trabajo. Ello resulta más evidente para el caso de los puestos más altos de la estructura, quienes no se encuentran en contacto directo con los especialistas.

Por otro lado, tenemos que una vez declarada la situación de emergencia, se continuó con el proceso de contratación de carácter excepcional, en el cual el presidente regional no intervino, pues correspondía a otros órganos de la entidad su realización (gerente general, el jefe de abastecimiento, entre otros). Sin embargo, conforme la acusación fiscal, el presidente regional vuelve a intervenir de manera delictiva al hacer caso omiso al oficio emitido por la OSCE N.° E-067-2011/DSU-VVS del 28 de diciembre del 2011, donde se recomendaba que deje sin efecto el procedimiento de exoneración supervisado por no existir tal situación de emergencia, y a las observaciones planteadas por la Dirección General de Política de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el Informe N.° 004-2012/EF63.01 del 5 de enero del 2012, que comunica que existen 23 observaciones al proceso de exoneración.

Al respecto, de la revisión de autos, esta Suprema Sala puede advertir que si bien el presidente regional continuó con un proceso observado, fue en

razón a que levantó dichas observaciones mediante un recurso de reconsideración con fecha 5 de enero del 2012 contra el oficio emitido por el OSCE, que contaba con sustento técnico y legal. Y si bien la OSCE, mediante Oficio N.° E-021-2012/DSU PAA del 19 de enero del 2012, comunicó al presidente del Gobierno Regional de Ayacucho que subsisten las observaciones; sin embargo, ello no generaba el cese de la situación de emergencia, pues las necesidades de las zonas afectadas se mantenían y más bien reclamaban la ejecución de acciones inmediatas destinadas a la atención del peligro grave generador del estado de emergencia ni del proceso administrativo correspondiente. En tanto, a consideración del procesado, se consideró que la OSCE no era el organismo competente que determinara una situación de emergencia, más aún si existía información consistente contrapuesta de carácter técnico que le permitía legítimamente proseguir con la adopción de las medidas urgentes y necesarias, al amparo al principio de confianza.

Por tanto, en el extremo antes señalado, consideramos que el presidente regional habría actuado en base al principio de confianza, sustentando su posición en argumentos elaborados por áreas especializadas de la entidad.

Como se puede advertir, el punto específico de análisis es determinar si el presidente regional, el gerente general, jefe de abastecimiento, y los consejeros actuaron bajo el principio de confianza; o si ellos tenían la obligación de verificar la correcta elaboración de los informes técnicos que sustentaron la idoneidad de la situación de emergencia y, por ende, desconfiar de los informes técnicos emitidos por los especialistas en prevención de riesgos.

No se puede afirmar que únicamente el estatus de presidente regional genera en quien lo ostenta el deber de garante sobre toda la información a detalle que le es alcanzada, incluso aquella que es de mero trámite. Al encontrarnos dentro de una organización de la complejidad de un Gobierno Regional, se puede advertir mediante la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N.° 27867, que existen diversos funcionarios que previamente a la intervención del presidente regional tienen una intervención. Así, se cuentan con diversas gerencias especializadas, por ejemplo: infraestructura, desarrollo social, económico, etc., que tienen como inmediato superior al gerente regional. A su vez, este tampoco es la persona encargada de determinar si es o no necesaria la declaratoria de la situación de emergencia, sino que son los técnicos especializados en la materia, quienes hacen dicha determinación sobre la base de esos criterios. Advirtiendo el despliegue de funciones, se puede

afirmar que en el caso concreto los informes técnicos y legales que arriben al presidente regional, al gerente regional y a los consejeros, serán documentos que reflejen una necesidad real de la declaratoria en situación de emergencia. Ninguno de los funcionarios antes señalados, de propia iniciativa, puede decidir la existencia o no de una situación de emergencia, pues ellos se amparan necesariamente en los informes técnicos. Por tanto, su conducta se enmarca dentro del principio de confianza.

En virtud de lo señalado, se advierte que la resolución de vista, en relación al presidente regional, rechaza la falta de imputación objetiva —principio de confianza—, por considerar que en el caso concreto el presidente regional contaba con un deber específico de supervisar los informes técnicos y jurídicos que sustentaban la situación de emergencia; sin embargo, como se explicó dicha obligación, como obligación jurídica específica, no existe.

Dicho razonamiento es igualmente aplicable a los otros intervinientes que, por la labor de su cargo, no fueron las personas que elaboraron los informes técnicos y legales pertinentes. Así, se tiene el caso del gerente general, como el caso de los consejeros regionales, pues ninguno tenía un deber de refutar la información establecida en los informes técnicos. En el primer caso, el gerente general tiene un ámbito de competencias vinculado a la gestión del ejecutivo, mas no a la emisión de criterios técnicos especializados. De igual manera, los consejeros regionales se encargan de la función legislativa, es decir, de emitir la declaración de situación de emergencia. Ellos tienen también una función fiscalizadora, pero que se circunscribe a parámetros políticos y no técnicos. Siendo la declaratoria de la situación de emergencia, motivada en criterios técnicos y no políticos.

Finalmente, en el caso del jefe de abastecimiento, el razonamiento es el mismo, pues a este se le encarga la adquisición de los bienes para paliar la situación de emergencia. En ningún momento él podía cuestionar o dudar de la existencia de dicha situación de emergencia, dado que su cargo se limitaba a decidir las adquisiciones, y no podía decidir si las mismas eran o no correctas.

Por estas razones, el presente extremo del recurso deviene en fundado, debiendo aplicarse el principio de confianza y, por tanto, declarar atípica la conducta imputada a los recurrentes Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype, y Cuadros Gonzales.

2.7. El significado del procedimiento de regularización de los defectos administrativos realizados en una contratación de emergencia

Para el desarrollo del presente tema, resulta necesario remitirnos al artículo 21 de la Ley de Contrataciones del Estado, vigente en el momento de los hechos, que para el presente caso fija la regla de la regularización de los defectos administrativos en los casos de situaciones de emergencia:

> **Formalidades de las contrataciones exoneradas:**
>
> Las contrataciones derivadas de exoneración de procesos de selección se realizarán de manera directa, previa aprobación mediante Resolución del Titular de la Entidad, Acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Concejo Municipal, según corresponda, en función a los informes técnico y legal previos que obligatoriamente deberán emitirse.
>
> Copia de dichas Resoluciones o Acuerdos y los informes que los sustentan deben remitirse a la Contraloría General de la República y publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), dentro de los diez (10) días hábiles de su aprobación, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Están exonerados de las publicaciones los casos a que se refiere el inciso d) del artículo 20 de la presente norma.
>
> Está prohibida la aprobación de exoneraciones en vía de regularización, a excepción de la causal de situación de emergencia.

Al respecto, es oportuno también considerar la Sentencia de Casación N.° 841-2015-Ayacucho, en la cual este Supremo Tribunal sienta como doctrina jurisprudencial, lo siguiente:

> Los defectos administrativos que pueden ser subsanados, vía regularización administrativa, carecen —por sí solos— de relevancia para el Derecho Penal. Ello porque si la norma administrativa posibilita la regularización de una contratación, el cual a su vez es materia de análisis de la Contraloría General de la República, entonces se trata de defectos que son posibles de ser subsanados. La razón detrás de esta interpretación, que no se presenta en el resto de casos de contrataciones con el Estado, es que —en

el marco de una contratación en una situación de emergencia— sea posible la comisión de defectos administrativos. En una contratación en situación de emergencia no se privilegia el cumplimiento de la formalidad administrativa, sino el cumplimiento de las necesidades de prevención de un riesgo o de atención de una determinada situación. Por ello, es que la norma prevé a este tipo de contrataciones como la única que admite la regularización administrativa. Estos efectos administrativos tendrán relevancia penal si vienen acompañados de otros actos que, distintos al proceso administrativo en sentido estricto, acrediten la comisión de un ilícito penal(12).

En el caso concreto, la Sala Penal de Apelaciones, al analizar la imputación por delito de negociación incompatible, parte de la premisa de que la declaración de situación de emergencia es falsa; así, cita demás defectos administrativos en el proceso de exoneración y contratación de maquinaria que demostrarían la configuración del ilícito.

Al respecto, debemos afirmar que dichos defectos administrativos dentro de un proceso de contratación en situación de emergencia, por sí solos no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes, sino que se requiere acreditar de manera indubitable un elemento externo al proceso de contratación. Asimismo, tal como lo hemos referido antes, siendo del caso de que no está probado que los funcionarios hayan obrado con la finalidad de favorecer a terceros, los defectos administrativos que determinó la juez no son suficientes para demostrar el delito y justificar la condena.

En ese sentido, esta Suprema Corte puede advertir que el órgano jurisdiccional de mérito, al partir del presupuesto de que la situación de emergencia era ficticia, no consideró que los defectos administrativos que señala fuera de la declaratoria de emergencia son defectos que no configuran por sí solos prueba suficiente del delito de negociación incompatible. Entonces, de comprobarse la idoneidad de la declaración de situación de emergencia no existiría pese a defectos administrativos en la contratación, el delito imputa-

(12) *Cfr.* Sumilla de la citada resolución, y para mayor detalle los fundamentos jurídicos del 12 al 23 y del 34 al 37, de la citada Ejecutoria Suprema.

do; por tales razones este extremo del recurso interpuesto por los procesados Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype, y Cuadros Gonzales es fundado.

2.8. El dolo como elemento subjetivo del tipo penal en el delito de negociación incompatible, y si dicha norma acoge la participación culposa de los cómplices como elemento subjetivo del tipo penal

Como se pudo apreciar en los fundamentos jurídicos precedentes, la tipicidad subjetiva del delito de negociación incompatible está constituida por dos elementos: 1) el dolo, y 2) el elemento de trascendencia interna. Así, en lo que se refiere al dolo, este es entendido normativamente en razón al rol que cumple el agente. No cabe duda que el delito analizado en el artículo 399 del Código Penal es de carácter doloso, donde se exige al funcionario o servidor público sujeto activo portador original del deber de lealtad y probidad de contratar, realizar operaciones en representación del Estado, voluntariamente ejecuta sus funciones, prevaleciendo en él un interés particular contrario al de la Administración Pública, buscando un provecho propio o de tercero.

Conforme a nuestra jurisprudencia (a nivel judicial y constitucional), nuestro sistema penal acoge las teorías restrictivas para determinar la autoría y participación en un hecho delictivo. Así, por ejemplo, contamos con la Sentencia N.° 1805- 2005-HC/TC-Lima, caso *Cáceda Pedemonte*, del 29 de abril del 2005, emitida por el Tribunal Constitucional donde se tomó una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, a partir de la teoría del dominio del hecho.

Conforme a la teoría del dominio del hecho es autor quien ostenta el dominio sobre el resultado del hecho, y es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho. En ese sentido, se advierte que la responsabilidad penal del partícipe reside en brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. En el mismo sentido, nuestro Código Penal reconoce dos formas de intervención delictiva: 1) la autoría y 2) la participación. Es pertinente resaltar que el partícipe no tendrá un injusto propio, sino que su intervención se encuentra supeditada a la acción del autor, a la cual accede[13]. Entonces, la complicidad es definida

(13) La posición aquí expuesta es sustentada con anterioridad por esta Suprema Corte, véase el recurso de Casación N.° 367-2011, del quince de julio del 2013.

como la contribución a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. La complicidad tiene dos niveles dependiendo de la importancia de la contribución en el hecho delictivo(14).

Conforme se ha señalado en la jurisprudencia precedente (Cas. N.° 367-2011), mediante el análisis subjetivo del tipo penal, se tiene que determinar si la conducta imputada al partícipe fue realizada o no de forma dolosa; en tanto, nuestro Código Penal solo admite la posibilidad de una participación dolosa. Por ello, necesariamente en la imputación subjetiva se tendrá que determinar si la persona tenía o no conocimiento de que el aporte (objetivamente típico) que estaba realizando, sea esencial o no esencial, servía para la comisión del delito. En ese entender, si el aporte realizado a la configuración típica fue accidental o se trata de una ayuda prestada ocasionalmente sin voluntad no es complicidad, y no cabe hablar de participación jurídicamente relevante en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el dolo del cómplice radica en el conocimiento de la clase del hecho al cual coopera, conocer que es un hecho injusto y la voluntad de prestar la colaboración.

En consideración de lo señalado, se puede afirmar que el tipo penal de negociación incompatible del delito de comisión exclusivamente doloso en principio admite participación, la cual para ser considerada tal conforme nuestro ordenamiento jurídico es necesariamente de carácter doloso. Es decir, los intervinientes considerados como cómplices del delito, deberán haber actuado con conocimiento de que se estaba anteponiendo los intereses particulares al de la Administración Pública en beneficio propio o de un tercero. El concepto de dolo que se considera a efectos de demostrar la imputación subjetiva sea del autor o cómplice es uno de carácter normativo; es decir, la prueba buscará determinar si el sujeto, según el rol que ocupaba en el contexto concreto, tenía o no conocimiento de que la acción que realizaba era constitutiva de un delito, si contribuía o no a la comisión de un ilícito.

En el caso de autos, se advierte que la sentencia que se dictó en primera instancia absolviendo a los imputados Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales, se sustentó considerando que su participación en el hecho delictivo se dio de manera culposa. Conforme a los considerados precedentes, efectivamente, de un análisis estricto de los térmi-

(14) Véase a más detalle la Sentencia de Casación N.° 367-2011, FFJJ N.os 3.10 a 3.12.

nos de la imputación, se aprecia que ellos habrían realizado un aporte que, casualmente, permitió celebrar los procesos de exoneración. Nos referimos a la emisión del Acuerdo Regional N.° 109-2011-GRA/CR.

Sin embargo, antes de analizar si la conducta es dolosa o culposa, es necesario hacer un análisis de la tipicidad objetiva de la misma. Dicho análisis ya fue realizado anteriormente, concluyéndose en que la conducta desplegada es atípica, en aplicación del filtro de la imputación objetiva denominado principio de confianza. Por ende, carece de relevancia penal el pronunciamiento sobre el lado subjetivo de la acción, cuando se ha acreditado la inexistencia del aspecto objetivo. Por las razones referidas, el presente extremo del recurso de casación es declarado infundado en lo presentado por Oscorima Núñez, Hinojosa Vivanco, Ayala Hinostroza, De La Cruz Eyzaguirre, Ibarra Salazar, Gamboa Ventura, Quintero Carbajal, Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales.

Cabe precisar que los procesados Rojas Carhuas, Martínez Vargas, Huamaní Pacotaype y Cuadros Gonzales interpusieron sus respectivos recursos de casación, de modo que al indicarse que la conducta desplegada es atípica, en aplicación del filtro de la imputación objetiva denominado principio de confianza; por ello, se debe confirmar la decisión emitida en primera instancia, en dicho extremo.

III. CONCLUSIONES

1. Al respecto, debemos afirmar que dichos defectos administrativos dentro de un proceso de contratación en situación de emergencia, por sí solos no resultan suficientes para acreditar la responsabilidad penal de los intervinientes, sino que se requiere acreditar de manera indubitable un elemento externo al proceso de contratación. Asimismo, tal como lo hemos referido antes, siendo del caso de que no está probado que los funcionarios hayan obrado con la finalidad de favorecer a terceros, los defectos administrativos que determinó la juez no son suficientes para demostrar el delito y justificar la condena.
2. En consideración de lo señalado, se puede afirmar que el tipo penal de negociación incompatible del delito de comisión exclusivamente doloso en principio admite participación, la cual para ser considerada tal conforme nuestro ordenamiento jurídico es necesariamente de carácter

doloso. Es decir, los intervinientes, considerados cómplices del delito, deberán haber actuado con conocimiento de que se estaba anteponiendo los intereses particulares al de la Administración pública en beneficio propio o de un tercero.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal de 1991*. 2.ª ed. Lima: Palestra, 2003.

Código Penal Decreto Legislativo N.° 635.

Código Procesal Penal Decreto Legislativo N.° 957.

Ley N.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado

Reglamento de la Ley N.° 30225, aprobado por Decreto Supremo N.° 350-2015-EF.

EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Un análisis crítico a través del delito de colusión en su modalidad simple

Daniel Simón Quispe Meza(*)

SUMARIO: I. Cuestiones generales. **II.** El delito de negociación incompatible: análisis del tipo objetivo. 2.1. Conducta típica: El interés indebido. 2.1.1. El interesarse indebidamente: ¿se requiere de la afectación patrimonial a la administración pública? 2.2. El funcionario público que actúa por razón del cargo: ¿vinculación material y genérica o vinculación formal y específica? 2.3. Las modalidades específicas de la negociación incompatible. 2.3.1. El interés indebido del funcionario de manera directa. 2.3.2. El interés indebido del funcionario de manera indirecta. 2.3.3. El interés del funcionario a través de acto simulado. **III.** El delito de colusión simple: análisis del tipo objetivo. 3.1. La conducta típica: concertarse con el interesado, ¿Acuerdo subrepticio? 3.1.1. Concertar para defraudar al Estado: ¿se requiere de afectación patrimonial? 3.2. El funcionario público que actúa por razón del cargo. **IV.** Similitudes y diferencias entre el delito de colusión simple y negociación incompatible. **V.** ¿Es necesario un tipo penal de negociación incompatible? El interés indebido como acto tentado del delito de colusión simple. **VI.** Conclusiones. **VII.** Bibliografía

I. CUESTIONES GENERALES

El presente artículo tiene como finalidad realizar un análisis crítico del delito de negociación incompatible. Para ello, se analizará también al delito de colusión simple, ya que ambos tipos penales tienen gran similitud en cuanto a su estructura típica. Como se expondrá, pese a ser el delito de nego-

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunto de docencia del curso Delitos contra la Administración Pública en la Facultad de Derecho de la PUCP (2019-1). Alumno del máster en Derecho Penal en la Universidad de Salamanca (España). Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Penal y Corrupción (DEPEC), adscrito a la Pontificia Universidad Católica del Perú y al Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP).

ciación incompatible residual respecto del delito de colusión simple, muchas veces se termina acusando y sancionando por el delito de negociación incompatible, lo cual genera la impunidad del *extraenus*.

Entonces, para resolver este problema se planteará la despenalización del delito de negociación incompatible, ya que es posible considerar a este tipo penal como un acto de tentativa del delito de colusión simple, debido a que forman parte de un mismo ítercríminis. Se parte de que el delito de negociación incompatible, al no ser un delito de encuentro y, por tanto, no requerir bilateralidad (expediente 183-2011, Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima), no se podría incorporar al proceso penal a un *extraneus*, como sí podría ocurrir si el *intraneus* es procesado por el delito de colusión. Por ese motivo, al despenalizar el delito de negociación incompatible, se abriría la posibilidad de ser más incisivos en las investigaciones, a fin de determinar el pacto —muchas veces— subrepticio del delito de colusión y, de esta manera, se lograría encontrar sanción para los cómplices de los funcionarios públicos en los procesos penales.

Resta señalar que con esta propuesta no se busca descuidar la sanción de conductas que afecten el correcto funcionamiento de la administración pública, ya que, como se sabe, el Perú ha ratificado la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción donde se señala en el artículo nueve que los Estados miembros deberán adoptar medidas para prevenir la corrupción en el marco de contrataciones públicas. Todo lo contrario, lo que se busca es que no queden impunes los actos de concertación de aquellas personas que no cumplen una función pública, como se explicará en las siguientes páginas.

II. EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE: ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO

2.1. Conducta típica: el interés indebido

El delito de negociación incompatible, regulado en el artículo 399 del Código Penal, sanciona al funcionario o al servidor público que indebidamente se interesa en forma directa o indirecta, o por acto simulado en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo. Este tipo penal sanciona la conducta típica de interesarse de manera indebida, por lo que, a efectos metodológicos, se desarrollará, en primer lugar, qué se entiende por «interesarse» y, posteriormente, se explicará qué se entiende por «indebido».

En primer lugar, «interesarse» supone «perseguir un interés distinto al de la administración y, en consecuencia, un interés contrario al fiel y debido desempeño de las funciones públicas que el sujeto cumple, de manera que su actuación no solo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad» (Hegglin, 2000, p. 212).

En esa misma línea, también se ha señalado que el interesarse implica la participación en un contrato o negocio en el que el funcionario público interviene por razón el cargo y se antepone una pretensión propia o particular, por lo que se logra un beneficio «a sí mismo» o a favor de un tercero (Reátegui, 2016, p. 37).

Por otro lado, se requiere que ese interés sea «indebido», lo cual implica un desdoblamiento en la actuación del funcionario público, toda vez que en el contexto de un contrato u operación, el agente actúa desde dos posiciones distintas: por un lado, como funcionario representante de la administración pública y, por otro, representa intereses particulares que pretenden sacar un provecho personal o a favor de un tercero, lo cual podría implicar una probable afectación al patrimonio de la administración pública (Salinas, 2011, p. 556). Al respecto, se ha criticado que este término resulta siendo muy amplio, por lo que el Juez Penal deberá considerar qué es considerado lícito e ilícito en cada caso concreto (Reátegui, 2016, p. 47).

Ahora bien, la conducta típica de «interesarse indebidamente» fue materia de una demanda de inconstitucionalidad que revisó la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia C.128/03. Se cuestionó que los delitos de «interés indebido en la celebración de contratos» y el delito de «interés ilícito en la celebración de contratos» establecen un derecho penal de autor y no de acto, pues el «interesarse» en provecho propio o de tercero penaliza su ánimo interior y no el haber materializado exteriormente ese pensamiento en perjuicio de la función pública e, incluso, se podría llegar a interpretar que el «interesarse» implica que se pueda sancionar cualquier conducta, incluso si la actuación del funcionario se ciñe estrictamente a mandatos constitucionales y legales, en beneficio de la administración. Se señala que, en consecuencia, se estarían penalizando las ideas e intereses del funcionario público.

Por otro lado, en esa misma línea se señaló también que se vulneraba el principio de legalidad, porque la norma no explica en qué consiste el interés indebido, pues solo limita a que sea en provecho propio o de un tercero, lo cual conlleva a que el juzgador pueda utilizar este término de manera discrecional o, como lo denomina la parte demandante, «al capricho del operador jurídico».

Al respecto, en relación con el primer cuestionamiento, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que el verbo «interesar» implica «dar parte a uno en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés», así como «hacer tomar parte o empeño a uno en los negocios o intereses ajenos como si fueran propios». Seguidamente, el pronominal «se» significa «adquirir o mostrar interés por alguien o algo», por lo que concluye que el tipo penal no sanciona los simples pensamientos, la personalidad o tendencias del servidor, sino el interés indebido que se manifiesta externamente a través de actuaciones concretas del servidor público (fundamento jurídico 3.4.2).

Adicionalmente, la Corte acota en el punto 4.1 que los tipos penales acusados no reprochan los pensamientos no exteriorizados del servidor público, sino el interés que esta muestra con sus actuaciones. También señala que, de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos corresponde asegurar, específicamente, a la administración, al proceso contractual en el que el servidor público interviene.

Por otro lado, en relación con el segundo cuestionamiento referido a la vulneración del principio de legalidad, en el punto 4.4 se indica que la norma debe considerarse en el contexto de los principios rectores del Código Penal y de los principios y normas que rigen la contratación administrativa. En este sentido, los principios constitucionales y las normas legales y reglamentarias que rigen la función pública, así como las normas de contratación son el marco estricto que debe consultar el juzgador para examinar la conducta del servidor referida al interés indebido.

De esta manera, la Corte llega a la conclusión de que el interés indebido a que aluden las normas resulta plenamente identificado, por lo que el examen que el funcionario judicial haga de la conducta del funcionario acusado, de interesarse indebidamente en provecho propio o de un tercero no se encuentra sujeto a su libre interpretación, sino al concreto marco al que se ha hecho referencia.

En el Perú, existió una situación similar, puesto que el delito de negociación incompatible sancionaba inicialmente el «interés». Este tipo penal se encontraba regulado en el artículo 397 del Código Penal, en el cual se sancionaba al funcionario o servidor público que, directa o indirectamente —o por acto simulado— se interesa en cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo. Como se aprecia, no se sancionaba el interés «indebido» y no fue hasta el 26 de marzo de 1999 que a través de la Ley 27074 se añadió este término que actualmente forma parte de la conducta típica.

De este modo, se ha indicado que esta modificación tuvo como objetivo establecer un límite a las conductas de funcionarios o servidores públicos que, siendo interesadas a primera vista, no formarían parte de la tipicidad objetiva del actual artículo 399 del Código Penal, toda vez que se trata de conductas que deben ser contrastadas con el sistema legal y reglamentario en el ámbito específico en el que se desempeñe el funcionario o servidor público (Reátegui, 2016, p. 74).

Lo antes expuesto guarda relación con lo señalado por la Corte Constitucional de Colombia, por lo que para sancionar la conducta de «interesarse indebidamente» debe exteriorizarse este interés y, además, la ilicitud de este interés debe ser contrastada con las normas correspondientes al sector en el cual se desempeña el funcionario. En buena cuenta, no existirá interés indebido si el funcionario realiza conductas que se encuentren, por ejemplo, dentro del cumplimiento del Manual de Organización de Funciones (MOF) o del reglamento sectorial, en donde participa de las negociaciones, en la medida en que no actúe con interés especial, directo o indirecto, por lo que no realizará el objetivo del delito de negociación incompatible, ya que habría cumplido el rol encomendado por el ordenamiento jurídico y actuado, de esta manera, dentro de los límites del riesgo permitido y, en consecuencia, su comportamiento sería atípico (Castillo, 2015, p. 56).

2.1.1. *El interesarse indebidamente: ¿Se requiere de la afectación patrimonial a la administración pública?*

La duda que debe surgir una vez delimitado lo que se entiende por «interés indebido» es si este debe tener un carácter patrimonial; es decir, si debe tener como finalidad perjudicar patrimonialmente a la administración pública. Al respecto, preliminarmente debe acotarse que en la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción en el inciso dos, del artículo tres, se señala que no será necesario que los delitos produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado, por lo que, en principio, el interés indebido en un contrato u operación no debe tener, necesariamente, carácter patrimonial.

Siendo esto así, el interés indebido puede manifestarse de diversas maneras, por lo que puede tratarse de un interés económico, social, político o de cualquier otra índole, toda vez que el único requisito para sancionar esta conducta típica es que sea incompatible con el ejercicio correcto de sus funciones (Castillo, 2015, pp. 52-53). A mayor abundamiento, Sancinetti (1986)

señala que basta cualquier interés, independientemente de su contenido, para la realización del tipo penal en comentario (p. 882), por lo que el interés indebido puede materializarse en la obtención de un puesto laboral para un familiar, en la participación en un proyecto de inversión privada o para ser incluido en algún proyecto político (Reátegui, 2016, p. 38), entre otros.

2.2. El funcionario público que actúa por razón del cargo: ¿vinculación material y genérica o vinculación formal y específica?

Finalmente, para la realización de la conducta típica se requiere que el funcionario actúe «por razón de su cargo». Según el Recurso de Nulidad N.° 253-2012 del 13 de febrero del 2013, «[...] no es suficiente para la configuración de este tipo penal que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o en las operaciones; es decir, posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De tal manera que lo que determina la condición del autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor, **sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo**» (énfasis agregado).

En esa misma línea, en la doctrina se ha señalado que se requiere de un vínculo funcional específico, toda vez que el contrato u operación debe pertenecer a la competencia funcional del autor, por lo que se quiere que el funcionario deba —o por lo menos pueda— formalmente desplegar una actividad funcional en donde integre niveles de decisión o sirva para completar legalmente un acto determinado (Reátegui, 2016, p. 35). Aunado a ello, se ha añadido la imposibilidad de ser autor a quien no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones que ha realizado por razón del cargo (Rojas, 2007, p. 820).

En síntesis, se ha señalado que en el sujeto activo recae una doble condición: debe ser funcionario público y, a su vez, requiere que tenga dentro de sus atribuciones o funciones la potestad de poder celebrar contratos u operaciones como representante encomendado por la administración pública (Salinas, 2011, p. 564).

Pese a lo antes expuesto, ello no implica que el funcionario deba tener poderes de decisión —general o específica— para la concreción del contrato o la operación, puesto que solo basta que el funcionario intervenga en razón

del cargo, como, por ejemplo, ejerciendo una función de asesoría, colaboración, entre otros (Reátegui, 2016, p. 50). Aunado a ello, el tipo penal sanciona a quien se interesa indebidamente «directa o indirectamente»; es decir, puede actuar a través de terceros, por lo que no es requisito que tenga un vínculo específico y formal, ya que bastará un vínculo genérico y material para sancionar a un funcionario por este delito.

Una interpretación contraria generaría espacios de impunidad para aquellos funcionarios que, conociendo que formalmente no tienen un deber específico «por razón de su cargo» (es decir, no tienen competencias asignadas en el MOF o ROF) puedan cometer actos de corrupción si, materialmente, ejercían funciones que se les asignó y son conocidas dentro de la estructura de la administración donde laboran.

Ahora bien, una vez delimitada la conducta típica, es necesario pasar a detallar las modalidades específicas en las que se puede cometer el delito de negociación incompatible, las cuales son tres:

(i) El interés indebido del funcionario de manera directa;
(ii) El interés indebido del funcionario de manera indirecta;
(iii) El interés indebido del funcionario por acto simulado.

2.3. Las modalidades específicas de la negociación incompatible

2.3.1. El interés indebido del funcionario de manera directa

El interesarse de manera directa debe realizarse en el marco de una actuación de interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo una injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de un tercero (Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, expediente 00183-2011).

El Ministerio Público deberá probar la realización del interés indebido sobre un contrato u operación a través de las conductas objetivas desplegadas por el sujeto activo como, por ejemplo, «[...] resolviendo, de manera individual y colectiva, la contratación de dictámenes, asesorando, preparando el expediente, aprobando o ratificando una propuesta o a través de una intervención favorables, sino también se configura con la proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación o anulación, etc. No es

necesario que el funcionario firme personalmente algún documento. La forma como puede aparecer y revelarse el interés del funcionario es a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto [...]» (Castillo, 2009, p. 40).

A mayor abundamiento, el interés directo se puede verificar cuando no se respete el procedimiento de contratación que debía aplicarse en el caso concreto, o cuando se viola algún tipo de regla en el procedimiento de contratación o se omite alguno de los pasos preestablecidos. También se podrá sancionar por este delito en aquellos casos donde no se viole alguna norma que regule la actuación del funcionario, como cuando este solicita el aceleramiento de los plazos del proceso de contratación o cuando incurre en una falta dolosa de planificación con la finalidad de posibilitar la aplicación de un procedimiento de adjudicación directa o si dejara de convocar a una nueva licitación- en el supuesto en el que se declara un concurso desierto o fracase- con la finalidad de obligar a la administración a prorrogar el contrato que seguía vigente (Colombo y Honish, 2012, p. 157).

2.3.2. El interés indebido del funcionario de manera indirecta

En esta modalidad, el agente se interesa en el contrato u operación a través de otras personas que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos (Sala Penal Transitoria, Recurso de nulidad 2641-2011). Además, no es requisito que estos terceros reciban finalmente una utilidad o ventaja por su actuación (Castillo, 2009, p. 65).

Aunado a ello, no es relevante la manera en la que el funcionario convence, influye o logra que el tercero intervenga de algún modo en el contrato u operación, ya sea a nivel de la negociación, suscripción, ejecución o liquidación del contrato, toda vez que este convencimiento puede lograrse otorgando una dádiva, un ofrecimiento (legal o ilegal, moral o inmoral), por amistad o por simple influjo psíquico (Castillo, 2009, p. 66).

A mayor abundamiento, este interés indirecto puede manifestarse a través de una tercera persona que simula intervenir en el negocio en su propio interés, pero, en realidad, interviene con la finalidad de satisfacer los intereses del funcionario, o también el funcionario puede actuar a través de subalternos (funcionarios públicos), quienes por podrían ser autores o partícipes del delito (Colombo y Honish, 2012, p. 158).

2.3.3. El interés del funcionario a través de acto simulado

Finalmente, el acto simulado alude a una manera indirecta de interesarse, ya que el funcionario público actúa en la celebración de contratos u operaciones donde aparenta actuar en favor de los intereses de la administración, pero, en realidad, actúa para favorecer intereses particulares o personales (Expediente 066-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 31 de enero de 2013). Ello ocurre cuando, por ejemplo, se realiza un contrato u operación en el que la empresa contratista simula tener una titularidad distinta a la del funcionario (o está vinculada a este), por lo que aparentan actuar a favor de los intereses de la administración cuando, en realidad, se busca prevalecer intereses particulares (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Recurso de Nulidad N.° 2641-2011). Así, un funcionario público, para favorecer a una empresa determinada, crea una tercera empresa con la finalidad de que compitan en una licitación y, de esta manera, cumplir con las bases establecidas (Castillo, 2009, p. 69).

A mayor abundamiento, en la Ejecutoria Suprema del R. N. N.° 2641-2011 del 10 de agosto de 2012 de la Sala Penal Transitoria se señaló que existe acto simulado si «el hecho de que los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente o están vinculadas con este; es decir, se aparenta un accionar en concordancia con los intereses de la administración pública, cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares».

Ahora bien, una vez explicados los elementos del tipo objetivo del delito de negociación incompatible, se desarrollará lo referido al tipo objetivo del delito de colusión simple a fin de entender sus similitudes y diferencias para, finalmente, plantear el argumento de descriminalizar el delito de negociación incompatible.

III. EL DELITO DE COLUSIÓN SIMPLE: ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO

Dos son las conductas que regulan el tipo penal de colusión: una modalidad simple y una agravada. La colusión simple está regulada en el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal que sanciona al funcionario o servidor público que «concierta» con los interesados para «defraudar» al Estado. Por otro lado, el tipo penal agravado se encuentra regulado en el segundo párrafo y sanciona al funcionario o servidor público que «defrau-

dare patrimonialmente» al Estado. A efectos de este artículo, se analizará únicamente el delito de colusión simple debido a su similitud con el delito de negociación incompatible.

3.1. La conducta típica: concertarse con el interesado, ¿acuerdo subrepticio?

Como se señaló, en la colusión simple se sanciona la conducta de concertarse con el interesado. Así, se entiende por concertación a los «acuerdos perjudiciales y no autorizados entre el negociador estatal y los interesados que contratan o negocian con él [...]. Esta concertación supone así acuerdos ilícitos entre las partes» (Rojas, 2016, p. 197). Asimismo, en la jurisprudencia se ha señalado que «la concertación, como se sabe, significa ponerse de acuerdo con los interesados, pero este acuerdo debe ser subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que informan la actuación administrativa. La concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pactos, se erige en un delito de participación necesaria» (Sala Penal Especial de la Corte Suprema, expediente 20-2003-A.V.)

Cabe precisar, además, que el delito de colusión es de participación necesaria en la específica modalidad de delito de encuentro, toda vez que «concurren en el injusto penal conductas desplegadas por diferentes sujetos imputables que buscan una misma finalidad, pero trabajan desde lados o posiciones distintas» (Rojas, 2016, p. 174). Es decir, por un lado, se encuentra el funcionario público y, por el otro, el particular, quienes desde sus posiciones afectan al bien jurídico protegido en el delito de colusión simple.

Entonces, al ser un delito de encuentro, se requiere de una relación bilateral donde el funcionario público y el particular interesado acuerden celebrar un pacto colusorio que, según una parte de la doctrina, debe ser subrepticio o clandestino, debido a que tiene un fin ilícito y con él se busca defraudar al Estado (Montoya, 2016, p. 109).

Sin embargo, es necesario indicar que la conducta típica de concertar no necesariamente debe darse de manera clandestina, puesto que la concertación puede ser «conocida o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico», y así lo ha entendido la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente 00185-2011, donde se señaló lo siguiente:

> Al respecto, se debe tener en cuenta que la concertación constituye el acuerdo colusorio entre los funcionarios y los interesados, que no necesariamente deriva de la existencia de «pactos ilícitos, componendas o arreglos», «acuerdo clandestino entre dos o más partes para lograr un fin ilícito» o de un «acuerdo subrepticiamente» —**que incluso puede ser conocido o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico**—, sino de factores objetivos, tales como una inadecuada contratación pública o simulación de esta, dando una apariencia de cumplimiento u omitiendo los requisitos legales, debiendo considerarse entre otros (énfasis agregado).

En consecuencia, no es necesario que exista un pacto secreto para la comisión del delito de colusión simple, toda vez que únicamente se requiere que el funcionario público y el particular concierten con la finalidad de defraudar al Estado. Surge la duda, entonces, al igual que en el delito de negociación incompatible si para la comisión de este delito se requiere de un perjuicio patrimonial al Estado.

3.1.1. Concertar para defraudar al Estado: ¿se requiere de afectación patrimonial?

La respuesta es similar a lo planteado para el delito de negociación incompatible. Se debe añadir que en el delito de colusión se sanciona en el segundo párrafo una conducta agravada que requiere del efectivo perjuicio patrimonial al Estado. Siendo esto así, en el primer párrafo únicamente se sanciona el peligro de afectar patrimonialmente al Estado a través de la concertación entre el funcionario público y el particular.

El delito de colusión simple, entonces, no implica una defraudación patrimonial ni afectación económica a los intereses del Estado, ya que se trata de sancionar una defraudación en sentido formal, toda vez que la colusión agravada sancionará los actos que perjudiquen patrimonialmente a la administración pública, por lo que el delito de colusión simple tiene como finalidad adelantar las barreras de protección del bien jurídico protegido en el delito de colusión (Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, expediente 00185-2011).

Entonces, al constituir la colusión simple un adelantamiento de las barreras de protección, el tipo penal únicamente requiere de la realización de

la «concertación», por lo que es un tipo de peligro entendido como aquellas sanciones que se imponen a conductas que no requieren una lesión del bien jurídico, pues el simple peligro, es decir, la inseguridad y la probabilidad de lesión del bien jurídico suponen el adelantamiento de barreras punitivas a una fase previa a la lesión. (Luzón, 2016, p. 291)

En el delito de colusión simple se ha cuestionado si el adelantamiento de barreras punitivas constituye una sanción de peligro concreto o de peligro abstracto. Para asumir una posición, es necesario conocer que la diferencia entre ambas modalidades radica en que mientras en los delitos de peligro concreto se requiere como resultado de la acción una proximidad de una concreta lesión, en los delitos de peligro abstracto no se exige una concreta lesión a un bien jurídico, sino solo la peligrosidad de la conducta (Mir, 2016, p. 239); es decir, solo se requiere que la conducta logre ser peligrosa de manera general para algún bien jurídico. (Luzón, 2016, p. 292)

Siendo esto así, lo que se sanciona en el delito de colusión simple es la puesta en peligro abstracto del bien jurídico, ya que el delito se consuma con la simple concertación y queda reservada la protección del perjuicio económico del patrimonio de la administración pública por la modalidad de colusión agravada.

No obstante, esta posición, en el voto discordante del Recurso de Nulidad N.° 1842-2016-Lima, de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, se señaló lo siguiente:

«Lo que es evidente y, por tanto, necesario desde la perspectiva del tipo penal —de ahí el peligro potencial— es que se requiere que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos, pues ese es el ámbito de actuación del funcionario y lo que el tipo penal busca es tutelar la correcta gestión de los procesos vinculados al gasto público. Si la defraudación no tiene entidad, por su objeto, por los medios utilizados o por los resultados perseguidos, para afectar el patrimonio público, obviamente no es punible» (Fundamento jurídico nueve).

Al respecto, resta señalar, entonces, que exigir un peligro concreto en el delito de colusión simple, tal como se propone en el voto discordante, implicaría desconocer la afectación a la imparcialidad en la contratación pública como bien jurídico protegido que se estaría afectando con el mero acto de concertarse. Por lo antes expuesto, queda meridianamente claro que no es

factible exigir una puesta en peligro concreta en este ámbito de la contratación pública, toda vez que vaciaría de contenido al tipo penal de colusión simple que exige una concertación sin perjuicio patrimonial alguno, pero que —claro está— plantea un elemento de tendencia interna trascendente referido a la finalidad de defraudar al Estado.

3.2. El funcionario público que actúa por razón del cargo

Este debate tiene las mismas características que las planteadas para el delito de negociación incompatible, por lo que debe remitirse a esos argumentos para sustentar la misma posición en este apartado. Asimismo, en la colusión simple se puede cometer el acuerdo colusorio de manera directa e indirecta, para lo cual también se debe remitir a lo expresado en el apartado correspondiente a las modalidades específicas del delito de negociación incompatible, por arribar a las mismas conclusiones.

Llegado a este punto, habiendo desarrollado el tipo objetivo del delito de negociación incompatible y el tipo objetivo de colusión simple, es posible esbozar sus similitudes y diferencias con la finalidad de asumir una crítica respecto al tipo penal de negociación incompatible.

IV. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE COLUSIÓN SIMPLE Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Ambos se encuentran regulados de la siguiente manera:

Artículo 399. Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo	Artículo 384. Colusión simple y agravada
El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.	El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa [...].

Al realizar una revisión conjunta de ambos preceptos penales y, considerando lo anteriormente trabajado, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

Similitudes	Diferencias
1. Ambos delitos hacen referencia a la sanción por cualquier operación económica en la que el Estado participe como parte. 2. Se sanciona al funcionario que interviene por razón de su cargo. 3. Se sanciona al funcionario que directa o indirectamente interviene o se interesa por cualquier operación económica en la que el Estado participe como parte. 4. No se requiere un perjuicio de carácter patrimonial al Estado. 5. Son delitos de infracción del deber. 6. Son delitos de peligro abstracto. 7. Son delitos que sancionan el conflicto entre intereses privados y estatales.	1. La conducta típica en la negociación incompatible es «interesarse», mientras que la conducta típica en el delito de colusión simple es «concertar». 2. En la negociación incompatible el «interesarse» se da de manera unilateral, mientras que el «concertar» es un delito de encuentro; es decir, requiere de una bilateralidad.

Como se aprecia, la única diferencia entre el delito de colusión simple y el delito de negociación incompatible es el carácter unilateral o bilateral de la conducta. En el delito de negociación incompatible se sanciona al funcionario que se interesa de manera indebida (conducta unilateral que, al ser un delito de peligro abstracto, no cabrían conductas de participación), mientras que en el delito de colusión simple se sanciona al funcionario que se concierta con el interesado para perjudicar patrimonialmente al Estado.

En consecuencia, se puede afirmar que para que exista una concertación (es decir, la realización de una conducta bilateral), es necesario que el funcionario previamente se interese de manera indebida (un acto unilateral) respecto a cualquier contrato u operación económica en la que el Estado participe como parte.

Siendo esto así, ante un eventual concurso de figuras típicas se daría un supuesto de subsidiariedad tácita en la medida en que el delito de negociación incompatible pretende sancionar supuestos que no encajen en otro precepto penal en que se lesione de manera más seria el bien jurídico protegido (el concurso que plantea la autora es entre el delito de negociación incompatible y otros delitos de su ordenamiento jurídico) (Hegglin, 2000, p. 205).

De este modo, la doctrina entiende al delito de negociación incompatible como un delito residual que constituye un acto previo respecto al tipo penal de colusión simple, toda vez que el injusto y la gravedad de la pena de colusión consume o aborda totalmente al injusto de negociación incompatible (Reátegui, 2016, pp. 74-75).

Por ese motivo, en aquellas situaciones en las que no se pueda probar la existencia de un acuerdo colusorio o no existan indicios para suponer que hubo un interés indebido por parte del funcionario público y el particular, por principio de especialidad, será el delito de negociación incompatible el que se debe aplicar de manera subsidiaria (Reátegui, 2016, p. 75).

Así, la existencia del delito de negociación incompatible resultaría útil para cubrir vacíos de impunidad siempre que no pueda probarse que hubo una concertación de intereses. Sin embargo, en el Informe N.° 168 de la Defensoría del Pueblo del Perú, del año 2014, se recogieron entrevistas a fiscales anticorrupción, donde se denota que existen problemas de carácter material al momento de aplicar este tipo penal, como se detallarán a continuación:

> Generalmente, es difícil acreditar la concertación entre el funcionario competente y el particular. Como es bien difícil eso, normalmente se investiga por negociación incompatible» (fiscal de Áncash).
>
> «En cuanto a colusión, acostumbro formular acusación alternativamente por negociación incompatible» (fiscal de Lima)
>
> «En el delito de colusión también hay mucha exigencia, hay jueces muy garantistas que desean días y horas para probar la corrupción. Entonces, algunos fiscales apuntan ya no a colusión, sino a negociación incompatible. Me parece que deberían comprender enriquecimiento ilícito también» (fiscal de Lima).

De lo revisado anteriormente, se puede llegar a dos grandes conclusiones:

(i) Ante las falencias probatorias de encontrar un acuerdo colusorio, el representante del Ministerio Público investigaría y acusaría únicamente por el delito de negociación incompatible. Esto generaría que se dejase de lado la sanción que le correspondería al particular *extraneus* en un eventual delito de colusión.

Esto genera un grave problema, puesto que en muchos casos podría existir un déficit en la investigación fiscal que, para evitar mayor carga procesal y, al existir la facultad de formular acusación alternativa, se busque únicamente probar el interés indebido, por lo que se dejaría sin sanción al tercero que pudo haber concertado con el funcionario.

(ii) Si el delito de colusión simple ya abarca al injusto del delito de negociación incompatible, el «interesarse indebidamente» sería un acto tentado de la conducta típica de «concertar» que se exige para la comisión del delito de colusión simple. Regular de manera autónoma la conducta típica de «interesarse indebidamente» implica una menor exhaustividad en la investigación que, finalmente, incidiría en un marco de impunidad del *extraneus*.

V. ¿ES NECESARIO UN TIPO PENAL DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE? EL INTERÉS INDEBIDO COMO ACTO TENTADO DEL DELITO DE COLUSIÓN SIMPLE

Como se ha explicado, la única diferencia entre el delito de negociación incompatible y el delito de colusión radica en la obtención de pruebas que permita conocer si se está ante un interés unilateral del funcionario o un acuerdo bilateral entre el funcionario y el particular. Por ello, al haber indicado que el delito de negociación incompatible es un delito residual, se puede llegar a la conclusión de que es posible prescindir de este tipo penal, toda vez que la conducta de interesarse del funcionario público puede sancionarse como tentativa del delito de colusión simple.

Con esta propuesta, se busca generar una exhaustiva investigación fiscal que permita probar los acuerdos colusorios, pues resulta inadmisible creer que un funcionario público se interese por un contrato u operación que, finalmente, beneficie a un tercero (un empresario que gana la licitación, por ejemplo), sin que este último haya contribuido.

Sin embargo, a esta propuesta se le puede objetar lo siguiente:

(i) Al no existir el delito de negociación incompatible y ser el delito de colusión simple de participación necesaria, de no poderse probar la participación del cómplice, no podría existir sanción alguna para el *intraneus*, lo que generaría espacios de impunidad, motivo por el cual sería necesario que se mantenga el delito de negociación incompatible.

(ii) Al descriminalizar el delito de negociación incompatible, no se podrá efectivamente sancionar al tercero que se interesa en un contrato u operación, debido a que la colusión simple requiere de un acto bilateral.

En relación con el primer cuestionamiento, se puede argumentar que cuando no se pueda probar la existencia de un acuerdo colusorio, el juez, al no existir sanción por el delito de negociación incompatible, deberá sancionar al funcionario público por la tentativa de la colusión simple, toda vez que el interesarse tiene conexión directa con la conducta típica de la colusión simple. Según el criterio material objetivo de la tentativa, «se comprenderían actos que no forman aún parte de la acción indicada por el verbo principal del tipo legal objetivo, pero que representan un peligro para el objeto del delito (entrar en una casa para robar, apuntar con un revólver desasegurado a la víctima con la determinación de lesionarla)» (Hurtado, 2005, p. 813). Además, se requiere que el acto realizado represente un peligro directo para el bien jurídico protegido (Hurtado, 2005, p. 813).

Siendo esto así, se cumple con la existencia de un peligro directo entre el interés indebido del funcionario y la configuración del delito de colusión, toda vez que interesarse es el primer paso para la existencia de una concertación, tal como se ha explicado anteriormente. Por ello, para la tentativa de colusión se necesita únicamente que se haya producido la conducta de interesarse indebidamente, sin que necesariamente se deba probar el interés del *extraneus*. De esta manera, se estaría evitando la impunidad de *intraneus* al no poder determinar con quién se coludió el funcionario.

Por otro lado, en relación con el segundo cuestionamiento, se puede afirmar que sí se puede probar la existencia de conductas de interés previo a una concertación entre un funcionario público y un particular. Manuel Abanto (2003), por ejemplo, señala que «es imaginable que se den actos previos destinados a llegar a una concertación, que pueden ser abarcados como tentativa, por ejemplo, el funcionario cita a una de las partes para llegar a un «arreglo» y todos se reúnen en un lugar determinado» (p. 318). Este ejemplo puede servir para sustentar que ha existido un interés previo, por lo que el funcionario desea, posteriormente, plasmar este interés en una reunión donde también el particular se ha interesado y es por ello que acude a esta reunión.

Otro ejemplo que se puede citar es el referido al mediador. Este mediador puede ser un funcionario público o un tercero particular que contacta a

los representantes de empresas que se encuentran participando en un concurso público. Este mediador les dice que el alcalde desea reunirse con ellos para ver la posibilidad de entregarles la buena pro. Al aceptar los representantes legales este interés indebido del alcalde, quien actúa a través de un tercero, también estarían interesados en una concertación futura.

Por citar un último ejemplo, puede suceder que existan sistemas de corrupción que sean institucionalizados en sectores específicos. Por ejemplo, pueden existir mediadores que actúan en representación de alcaldes, quienes se encargan de contactar a ingenieros para indicarles todos los proyectos que una determinada municipalidad va a ejecutar durante un año determinado. La propuesta que realiza el mediador se basa en que el ingeniero deposite mensualmente un monto de dinero determinado para que al momento de que se publiquen las bases de una licitación, este los llama para negociar con base en el monto depositado previamente. El ingeniero que más dinero ha depositado tendrá el primer orden de prelación para obtener dicha licitación. Como se observa, por un lado, el alcalde se ha interesado de manera indebida y, por otro lado, los ingenieros también, pues llegan a esta reunión posterior con la finalidad de concertarse para defraudar al Estado.

Como se aprecia, en todos los ejemplos tanto el *intraneus* como el *extraneus* se han interesado indebidamente y generan el acto de tentativa del delito de colusión, con lo cual se cumpliría con la bilateralidad requerida para la sanción del tipo penal, lo cual refuerza la idea de que el delito de negociación incompatible puede ser despenalizado sin generar espacios de impunidad y, por el contrario, generaría que los actos del *extraneus* no queden sin sanción penal.

VI. CONCLUSIONES

El presente artículo ha tenido como objetivo proponer la descriminalización del delito de negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano. Para ello, se inició explicando la conducta típica objetiva del delito de negociación incompatible y, posteriormente, se desarrolló lo propio para la conducta típica objetiva del delito de colusión simple, a fin de poder explicar cuáles eran sus principales similitudes y diferencias para, finalmente, postular que al ser el delito de negociación incompatible, un delito residual debía ser despenalizado del ordenamiento jurídico peruano, toda vez que el interesarse indebidamente constituye un acto tentado del delito de colusión simple.

A raíz de lo expuesto, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. En el delito de negociación incompatible se sanciona el interés indebido del funcionario público. Este no es un interés interno del funcionario, sino que debe reflejarse en conductas objetivas que despliegue el funcionario. Se entenderá por «indebido» a aquella conducta del funcionario que se interese en provecho propio o de un tercero que sea contrario a las leyes y reglamentos del sector en el que se desempeña.
2. El interés indebido en el delito de negociación incompatible no requiere de un perjuicio patrimonial a la administración pública, toda vez que este es un delito de peligro abstracto, por lo que es suficiente que exista cualquier tipo de interés que sea contrario al correcto ejercicio de sus funciones.
3. El tipo penal de colusión simple sanciona al funcionario que concierta con un particular con la finalidad de defraudar al Estado. A diferencia del delito de negociación incompatible, el delito de colusión es un delito de encuentro donde necesariamente participan dos sujetos: el funcionario público y el particular.
4. La concertación tiene como finalidad defraudar a la administración pública. Sin embargo, tal como sucede con el delito de negociación incompatible, esta defraudación no necesariamente debe tener un carácter patrimonial, toda vez que es un delito de peligro abstracto.
5. Tanto el tipo penal de negociación incompatible como el tipo penal de colusión simple sanciona al funcionario que actúa por razón de su cargo. Esto no implica que el funcionario deba tener poder de decisión específico sobre un contrato u operación, pues basta que exista cualquier tipo de interés que sea contrario al correcto ejercicio de sus funciones. Ambos tipos penales son claros al sancionar al funcionario público que directa o «indirectamente» concierta con los interesados.
6. La diferencia entre ambos tipos penales radica en que la conducta típica en el delito de colusión simple es «concertar», mientras que en el delito de negociación incompatible se sanciona el «interesarse indebidamente». De ahí que el primero se caracterice por su bilateralidad, mientras que en el segundo se requiera únicamente la participación del funcionario público para la configuración del delito.

7. Al ser el delito de negociación incompatible un tipo residual respecto del delito de colusión simple, puede ser tratado como un acto de tentativa del delito de colusión simple por formar parte de un mismo *íter criminis* y, en consecuencia, puede plantearse su descriminalización.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO, M. *Los delitos contra la administraciónpública en el Código penal peruano*. Lima: Palestra Editores, 2003.

CASTILLO, J. *El delito de negociación incompatible*. 1.ª edición. Lima: Jurista Editores, 2009.

CASTILLO, J. *El delito de negociación incompatible*. 1.ª Edición. Lima: Instituto Pacifico, 2015.

COLOMBO, M. & HONISH, P. *Delitos en las contrataciones públicas*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2012.

GUIMARAY, E. (Editor). *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*. Lima: Idehpucp-Open Society, 2014.

HEGGLIN, F. *La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la capital federal*. Buenos Aires: Editoriales del Puerto, 2000.

HURTADO, J. *Manual de derecho penal*. Lima: Grijley, 2015.

LUZÓN, D. *Derecho Penal: parte general*. 3.ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial B. de F, 2016.

MIR, S. *Derecho Penal parte general*. 10.ª ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial B. de F, 2016.

MONTOYA, Y. *et al. Manual sobre delitos contra la administracionpública*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.

REÁTEGUI, J. *El delito de negociación incompatible y de patrocinio ilegal de intereses privados*. Lima: Grupo editorial Lex& Iuris, 2016.

ROJAS, F. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2007.

ROJAS, F. *Manual operativo de los delitos contra la administración pública*. Lima: Nomos & Thesis, 2016.

SALINAS, R. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Iustitia, 2011.

SANCINETTI, M. Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. T. XXXIX, fascículo III, septiembre-diciembre. Madrid, 1986.

INFORMES

Informe Defensorial N.° 168. *El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. Estudio realizado en distritos fiscales de Lima, Áncash, Ayacucho y Junín*, diciembre de 2014. Disponible en https://bit.ly/2E962ZY.

ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

COLOMBIA

Sentencia de Constitucionalidad C/128-03 de Corte Constitucional, 18 de febrero de 2003

PERÚ

Corte Suprema

Recurso de Nulidad 253-2012, Sala Penal Permanente, 13 de febrero de 2013.

Recurso de Nulidad 2641-2011, Sala Penal Transitoria, 10 de agosto de 2012.

Expediente 20-2003-A. V., Sala Penal Especial, 18 de octubre de 2005.

Tribunales Superiores de Justicia

Expediente 185-2011, Sala Penal de Apelaciones de Lima, 29 de agosto de 2013.

GUIMARAY, E. (Editor). *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*. Lima: Idehpucp-Open Society, 2014.

Expediente 183-2011. Sala Penal de Apelaciones de Lima, 8 de febrero de 2013.

Expediente 66-2011. Sala Penal de Apelaciones de Lima, 31 de enero de 2013.

EL PECULADO SOBRE VIÁTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Un breve análisis dogmático-penal de los viáticos como objeto material de la acción en el delito de peculado(*)

Rafael H. Chanjan Documet(**)

SUMARIO: I. Introducción. **II.** Concepto y naturaleza de los viáticos. **III.** La conducta típica del peculado sobre viáticos. **IV.** Consideraciones sobre la rendición de cuentas. **V.** La relevancia administrativa de la no rendición adecuada de cuentas. **VI.** Conclusiones.

JURISPRUDENCIA:

Recurso de Nulidad N.° 2622-2003-Lambayeque
Recurso de Nulidad N.° 3632-2004-Arequipa
Recurso de Nulidad N.° 1938-2004-Amazonas
Recurso de Nulidad N.° 4788-2006-Apurímac
Recurso de Nulidad N.° 4414-2005-Madre de Dios
Recurso de Nulidad N.° 2665-2008-Piura
Recurso de Nulidad N.° 260-2009-Loreto
Acuerdo Plenario N.° 4-2005/Cj-116

I. INTRODUCCIÓN

Como se tiene conocimiento, en diciembre de 2011 se llevó a cabo el VII Pleno Jurisdiccional en lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (la Corte), en el cual uno de los temas seleccionados para ser debatidos fue el de los

---

(*) Artículo publicado originalmente en la revista *Actualidad Jurídica*, N.° 226 (setiembre de 2012).

(**) Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y abogado por la misma casa de estudios. Becario y doctorando en Derecho por la Universidad de Murcia (España). Máster en Derecho Penal y Política Criminal por Universidad de Málaga (España).

viáticos como objeto material de la acción del delito de peculado (art. 387 del Código Penal). A pesar de que en dicho Pleno no se llegó a un consenso para sentar un único criterio de interpretación sobre el particular, en la jurisprudencia de la Corte se pueden identificar diversos pronunciamientos en los cuales se aborda el tema de los viáticos con relación al delito de peculado. En efecto, los casos en los cuales un funcionario público da un mal uso a los viáticos otorgados para realizar una comisión de servicios son muy frecuentes en nuestro contexto social, por lo que los mismos han ameritado pronunciamientos en última instancia de la Corte Suprema que han solucionado el problema de diversa manera.

Sobre la exposición y análisis de estas decisiones de la Corte se centrará el presente trabajo, el mismo que se dividirá en cuatro puntos: Primero, el concepto y la naturaleza de los viáticos; segundo, la conducta típica del peculado sobre viáticos; tercero, consideraciones sobre la rendición de cuentas y, cuarto, la relevancia penal o administrativa de la no rendición adecuada de cuentas.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LOS VIÁTICOS

Un primer tema a analizar es el referido a lo que se entiende por viáticos. La Real Academia de la Lengua Española entiende por viático la «prevención, en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento de quien hace un viaje»(1). Por su parte, normativa administrativa como la Directiva N.° 009-2005/CONSUCODE/PRE define los viáticos como «la asignación que se otorga al personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque) [...]». Asimismo, el TUO de la Ley del Impuesto a la Renta señala que «los viáticos comprenden los gastos de alojamiento, alimentación y movilidad»(2). Nuestra Corte Suprema, por otro lado, en el **Recurso de Nulidad N.° 260-2009-LORETO** definió a los viáticos de la siguiente manera:

---

(1) Real Academia Española. Diccionario de la Real Academia Española. Disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual.

(2) Artículo 37, literal «r» del Decreto Supremo N.° 179-2004-EF de 8 de diciembre de 2004.

> La asignación que se otorga al funcionario o servidor público, o personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque); es decir, en rigor es un dinero que se facilita a un trabajador para cubrir gastos en los que incurre por desplazamiento realizados en la consecución de su tarea [...][3].

En síntesis, como señala Reyna Alfaro, podríamos decir que los viáticos consisten en «la asignación de dinero destinada a permitir que el funcionario o servidor público, en caso de necesidad de viaje, pueda desarrollar adecuadamente sus funciones públicas [...]»[4]. Es decir, para efectos del presente trabajo, consideraremos dentro del concepto de viáticos solo a la asignación dineraria, no incluyendo la asignación hecha en especie (bienes no fungibles). Creemos que la asignación de viáticos en bienes no fungibles no genera la problemática (para la configuración del delito de peculado doloso) que se presenta cuando se otorgan bienes fungibles como el dinero.

Con base en estas definiciones, es necesario dilucidar si los viáticos constituyen caudales o efectos que puedan ser pasibles de apropiación o utilización del funcionario público, conforme lo exige el tipo penal de peculado. Conforme lo establece el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero; mientras que los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluidos los títulos valores negociables[5]. De ello, que afirmemos que, en estos casos, los viáticos constituyen caudales públicos, pues, en la mayoría de casos, son entregados en montos dinerarios a los funcionarios públicos que se van de comisión de servicios.

---

(3) Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.° 260-2009-LORETO de fecha 03 de marzo de 2010.

(4) Reyna Alfaro, Luís Miguel. Los viáticos como objeto material del delito de peculado. *Gaceta Penal*, N.° 29, 2011, p. 120.

(5) Ver el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia N.° 4-2005/CJ-116 de 30 de setiembre de 2005.

III. LA CONDUCTA TÍPICA DEL PECULADO SOBRE VIÁTICOS

En cuento a los verbos rectores que definen al peculado doloso, tenemos a la «apropiación» y a la «utilización» de caudales y efectos públicos como modalidades delictivas. Según el Acuerdo Plenario N.° 4-2005/CJ-116, por «apropiación» se entiende la conducta de hacer suyos los caudales o efectos del Estado, apartándolos de la esfera de la Administración Pública y colocándolos en situación de disposición. Por otro lado, según dicho Acuerdo, por «utilización» se entiende la conducta de aprovecharse de las bondades que permite el bien sin tener el propósito final de apoderarse de él(6).

Debe quedar claro que los elementos descritos en el tipo «apropiación» y «utilización» son elementos normativos-jurídicos. Según la doctrina penal más destacada, los elementos normativos del tipo penal son aquellos que solo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de la existencia de una norma (los elementos descriptivos por su parte existen con independencia de ser definidos por una norma jurídica)(7). Elementos normativos *jurídicos* son, por un lado, conceptos jurídicos tales como «cheque», «depósito», «funcionario público», entre otros(8). A diferencia de lo que suele denominarse en doctrina «ley penal en blanco», los elementos normativos suponen una remisión *interpretativa* a la normatividad extrapenal(9), de tal forma que el juez no se encuentra exclusivamente vinculado a lo estipulado a un bloque normativo extrapenal para apreciar la conducta típica. En este sentido, el juez penal podrá recurrir a la normativa administrativa, para interpretar cuando un funcionario se «apropió» o «utilizó», para si o para otro, bienes públicos, mas ello no agota su labor hermenéutica. Sobre esto último volveremos cuando se aborde el tema de la rendición de cuentas.

Ahora bien, regresando al tema que nos ocupa, la Corte Suprema en su **Recurso de Nulidad N.° 2665-2008-PIURA** sostuvo lo siguiente:

---

(6) *Loc. cit.*

(7) Ver ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General.* Madrid: Civitas, 1997, p. 307.

(8) Ver BACIGALUPO Z., Enrique. *Manual de Derecho Penal.* Temis: Bogotá, 1996. p. 84 y ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General.* Buenos aires: Ediar, 2002, p. 461.

(9) Véase MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 249.

> [...] el encausado [...] incurrió en la comisión del delito de peculado [...] habida cuenta de que efectuó actos de disponibilidad de un monto de dinero que le fue asignado para determinado fin [viáticos], sin sustentarlo cuando le correspondía; es decir, realizó actos de libre disposición en su condición de funcionario público, lo que conllevó a que el Estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia y legal(10).



De este extracto de la Ejecutoria podemos deducir que la Corte subsume la conducta de dar un uso distinto al asignado de los viáticos en la modalidad de «apropiación» del peculado. Ello, pues desvalora penalmente la conducta de disponer del monto dinerario sin observancia de la finalidad para la cual fue otorgado. Siguiendo la lógica de lo sostenido por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario antes mencionado, se verifica aquí una «apropiación» de los caudales públicos (viáticos), en tanto antes de disponer de ellos, evidentemente, tuvieron que ser colocados previamente por parte del autor en la situación de ser dispuestos, situación que, según el Acuerdo Plenario, implica ya una apropiación.

Asimismo, en el Recurso de Nulidad N.° 3632-2004-AREQUIPA, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema negó la posibilidad de que pueda existir un peculado por «utilización» de sumas de dinero entregados como viáticos, cuando sostuvo lo siguiente:

> [...] sin duda, rectificando lo sostenido en el fallo de instancia, se trata de un peculado por apropiación y no por distracción o utilización, en tanto se hizo entrega de los dineros públicos para fines privados, disponiéndolos como propios; que la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero(11).

---

(10) Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.° 2665-2008-PIURA de 21 de enero de 2010.

(11) Ver Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.° 3632-2004-AREQUIPA de 20 de setiembre de 2005.

Según la Corte, en el peculado no se puede «utilizar» algo que se consume al hacerlo, pues no se le da una aplicación privada «temporal» al bien, sino «definitiva». Sobre este punto coincidimos con la Corte, pues, a nuestro juicio, en el peculado sobre viáticos se configura la modalidad de «apropiación» de caudales públicos y no de «utilización»(12). Uno se apropia de los caudales públicos al gastar o consumir los viáticos en un fin privado distinto para el cual fue otorgado en «administración»(13).

En efecto, aquí también es pertinente analizar la finalidad bajo la cual fueron asignados al funcionario público los caudales. El tipo penal de peculado exige que los caudales sean confiados al funcionario público para su «percepción», «administración» o «custodia»(14). Ahora, como sostiene Abanto Vásquez, «administrar significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas»(15). Partiendo de esta definición, estamos en condiciones de afirmar que la Corte —en el extremo antes citado del Recurso de Nulidad N.° 2665-2008-PIURA— se refiere precisamente a la «administración» como la finalidad, bajo la cual son asignados los viáticos a los funcionarios públicos, pues los mismos son entregados para que los funcionarios estén en condiciones de cumplir con la comisión de servicios encomendada. En contraste, en el Recurso de Nulidad N.° 260-2009-LORETO, la Sala Penal Transitoria de Corte sostuvo que «[...] los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma otorgada [...]»(16). Desde nuestro

---

(12) Apuntan la imposibilidad de apreciar un peculado por utilización de dinero ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Palestra editores, 2003, p. 344 y ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley, 2007, p. 491.

(13) De la «apropiación» como la modalidad de peculado en la cual incurre el funcionario público que da un uso diferente a los viáticos asignados ver también REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Op. cit.*, p. 125.

(14) Según el **Acuerdo Plenario 4-2005** de la Corte Suprema, «percepción» implica captar o recepcionar los bienes, «administrar» es ejercer funciones activas de manejo y conducción de los bienes, y «custodiar» implica la protección conservación y vigilancia de los mismos.



(15) ABANTO VASQUEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 353.

(16) *Vid.* 3.

punto de vista, esta postura es incorrecta, pues la Corte ni siquiera argumenta por qué no consideró a la «administración», como la finalidad con la cual son asignados los viáticos. Si bien el funcionario tiene cierta discrecionalidad para gastar los viáticos que se le otorgan, esta discrecionalidad no implica arbitrariedad en el gasto, se deberá gastar solo lo necesario para que el funcionario esté en condiciones idóneas para cumplir con su comisión de servicios. De ello que luego se le exija al funcionario la rendición de cuentas(17).

Por tanto, consideramos que es dogmáticamente correcto afirmar la imputación por el delito de peculado de casos en los que un funcionario público da un uso privado al dinero otorgado por la administración pública para que cumpla una comisión de servicios. Desde nuestro punto de vista, esta sería una conducta de peculado por «apropiación» de caudales confiados para su «administración». Así, el delito de peculado en la modalidad de apropiación indebida de viáticos se consuma en el momento mismo de la disposición de los viáticos (desvalor de acción) que lesiona los intereses patrimoniales del Estado o el patrimonio público en sentido funcional (desvalor de resultado) (18).

Por último, cabe añadir que, a nuestro juicio, el juez penal, en uso de su facultad constitucional de aplicar control difuso a las normas legales(19), en el caso concreto, tendría que recurrir al principio constitucional de proporcionalidad (en específico el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto)(20)

---

(17) Compartimos en este punto la opinión de Proyecto Anticorrupción (IDEH-PUCP). *Los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado.* Boletín N.° 8, 2011, p. 5. Disponible en http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/diciembre_2011_n08.pdf.

(18) Comparte esta posición dualista del injusto en los delitos contra la administración pública VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. *Los delitos contra la administración pública. Teoría General. Instituto Nacional de Administración Pública.* Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pp. 301-302.

(19) Artículo 138 de la Constitución Política del Perú.

(20) Este principio ha sido utilizado por el propio Tribunal Constitucional para evaluar la constitucionalidad de la Ley Penal que creó la agravante genérica de la reincidencia en la sentencia N.° 00014-2006-AI de fecha 19 de enero de 2007. Fundamentos 41 a 47. Sobre el principio de proporcionalidad como principio que limita la potestad punitiva del Estado ver LOPERA MEZA, Gloría Patricia. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. *Jueces para la democracia,* N.° 53, 2005, pp. 39-53. Según esta autora, dentro la proporcionalidad en sentido estricto se valora, además de otros criterios, el grado de lesividad o puesta en peligro de la conducta prohibida para el bien jurídico.

para dilucidar si la cuantía del monto indebidamente apropiado, supone una lesión del bien jurídico (desvalor de resultado) suficiente como para ser merecedora de sanción penal[21].

IV. CONSIDERACIONES SOBRE LA RENDICIÓN DE CUENTAS

Nuestra Corte Suprema, asimismo, en diversos pronunciamientos ha hecho referencia a la rendición de cuentas como dato relevante para apreciar la comisión del delito de peculado. Así, en los Recursos de Nulidad N.° 1938-2004-AMAZONAS, N.° 4788-2006-APURIMAC, N.° 4414-2005-MADRE DE DIOS 24 y N.° 2622-2003-LAMBAYEQUE, la Corte sostuvo que la no rendición de cuentas constituía una circunstancia que ameritaba condenar a los encausados por el delito de peculado. A continuación, expondremos los extractos pertinentes de dichos pronunciamientos.

En el Recurso de Nulidad N.° 1938-04-AMAZONAS, la Corte dijo lo siguiente:

> [...] se advierte que el procesado Aristis Ugaz, en su calidad de Gerente Departamental autorizó en forma indebida, sin observar las normas vigentes y en perjuicio económico del IPSS, el giro de fondos a su favor por la suma de S/. 29 153,52 nuevos soles, bajo la modalidad de anticipos por conceptos de viáticos, movilidad, combustibles, mantenimiento, reparación de vehículo y otros, para la realización de comisiones de servicios dentro y fuera del Departamento de Amazonas. Asimismo, también se señala que este no cumplió con rendir cuentas de los fondos recibidos a título de viáticos [...].

Asimismo, en el Recurso de Nulidad N.° 2622-2003-LAMBAYEQUE, la Corte hace referencia de la rendición de cuentas de la siguiente manera:

> [...] se advierte que se ha logrado acreditar la responsabilidad penal del procesado como autor del delito materia de juzgamiento; que, en efecto, si bien es cierto que de acuerdo con el artículo quinto acápite f) de las Normas de Rendición de Cuentas del Instituto Nacional Penitenciario [...] las rendiciones de cuenta por

(21) Sobre lo que implica el merecimiento de pena ver ALCACER GIRAO, Rafael. *¿Lesión de un bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito.* Barcelona: Atelier: 2003, capítulos III y IV, p. 126.

comisión de servicios por traslado de internos —motivo de los viáticos— debe realizarse en forma documentada en un plazo no mayor de ocho días, también es verdad que, en el supuesto que el dinero destinado a los viáticos no sea cobrado por los beneficiados, no puede quedar en poder del pagador —encausado—, y firmar en lugar del interesado en señal de conformidad, pues tratándose de fondos de una entidad estatal, debió sustentar únicamente el dinero efectivamente cobrado o dejar constancia respectiva que el servicio se había realizado —traslado de internos—, pero que el interesado del cobro aún no se había apersonado a efectivizarlo(22).

En cuanto al Recurso de Nulidad N.° 4788-2006-APURIMAC se señaló que «[...] se ha sustentado gastos por viáticos con documentos que no reúnen los requisitos sustentatorios para su pago que ascienden a la suma de doce mil trescientos veinticinco punto setenta nuevo soles [...]»(23). Por último, en el Recurso de Nulidad N.° 4414-2005-MADRE DE DIOS, la Corte sostuvo que «[...] el procesado [...] en su condición de Director Regional de Trabajo y Promoción de empleo de Madre de Dios efectuó viajes por comisión de servicios a diferentes lugares dentro y fuera de la región de manera injustificada, incumpliendo además con efectuar el rendimiento de cuentas correspondiente para justificar los montos de viáticos otorgados [...]»(24).

Como se aprecia, en ninguno de los pronunciamientos antes citados la Corte establece cuál es la conducta penalmente desvalorada ni en qué momento se consumó el delito. En estas dos resoluciones, la Corte simplemente se limita a describir el hecho de no rendir cuentas adecuadamente por parte de los encausados, mas no establece si este hecho es un indicio del peculado o es parte del injusto. Conforme a lo explicado anteriormente, recalcamos que estas rendiciones de cuentas solo serían un indicio de la comisión del delito, mas no un elemento integrante del injusto penal.

---

(22) Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.° 1938-04-AMAZONAS de 10 de febrero de 2005.

(23) Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.° 4788-2006-APURIMAC de 24 de marzo de 2008.

(24) Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.° 4414-2005-MADRE DE DIOS de 24 de octubre de 2006.

En dichos pronunciamientos, la Corte no analiza específicamente la naturaleza de la rendición de cuentas de cara a la configuración del delito de peculado; sin embargo, creemos que sí valora la rendición como indicio de la comisión del mismo. En efecto, a nuestro juicio, la rendición de cuentas lejos de ser un elemento constitutivo del injusto penal del peculado, constituye solo un indicio (de naturaleza procesal) de la comisión del mismo(25).

El indicio es aquel dato real, cierto, concreto, indubitablemente probado, inequívoco e indivisible, y con aptitud significativa para conducir hacia otro dato aún por descubrir y vinculado con el asunto a probar(26). Es decir, el indicio es un dato que nos permitirá, conjuntamente con otros indicios probados, concomitantes e interrelacionados(27), llegar a tener prueba (prueba indiciaria) de que se cometió el delito de peculado; sin embargo, por si solo no forma parte del injusto penal, no forma parte de los elementos objetivos del tipo. La rendición de cuentas no es un dato imprescindible a probar para evidenciar el injusto penal de peculado, sino un dato que nos ayuda a probar el mismo. De ello, que sea completamente válido apreciar un peculado sobre viáticos sin valorar la correcta rendición o no de cuentas posterior. De hecho, la propia Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.° 1915-2006-AYACUCHO no hizo referencia alguna a la rendición de cuentas para verificar la configuración del delito de peculado sobre viáticos:

> De autos se advierte que la imputación en contra del encausado consiste en que no obstante a que el viaje a Europa (España) en condición de rector de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, se frustró por problemas internos de dicha casa de estudios, no devolvió el dinero que corresponde a sus pasajes y viáticos que le fueron entregados, pese a que la agencia de viajes Tropicana Tours S. R. L. devolvió el monto correspondiente a los pasajes; sin embargo dicho dinero no ingreso a la universidad agraviada, lo cual acorde con la acusación escrita tiene sustento en el informe contable [...] descrita así la conducta del encausado

(25) Esta opinión es compartida también por REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Loc. cit.*

(26) SANCHEZ VELARDE, Pablo. *El nuevo proceso penal*. Lima: Idemsa, 2009, p. 274.

(27) Sobre estas características de la prueba indiciaria ver la ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.° 1912-2005-PIURA precedente vinculante, en razón del Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22 de 13 de octubre de 2006.

recurrente, esta tiene contenido penal al encontrarse dentro de los supuestos del delito de peculado que tipifica el artículo 387 del Código Penal.(28)

V. LA RELEVANCIA ADMINISTRATIVA DE LA NO RENDICIÓN ADECUADA DE CUENTAS

La Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N.° 260-2009-LORETO señaló lo siguiente:

> [...] los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del «viático» que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos que, en todo caso, deben dilucidarse administrativamente [...] que siendo así, y habiéndose establecido que el cargo atribuido no se adecúa al supuesto típico al que alude el delito de peculado, deviene en inoficioso determinar la infracción de deber [...](29).

Aquí la Corte cae en el error de valorar solamente la no rendición de cuentas como elemento decisivo para la configuración del injusto penal del peculado, obviando la valoración de la conducta misma de apropiación indebida de viáticos. Coincidimos con la Corte en el punto de que la verificación de la adecuada rendición de cuentas es un tema que debe tratarse en sede administrativa; sin embargo, ello no excluye la precedente comisión del delito de peculado. Como se dijo, el delito de peculado sobre viáticos se consuma en el momento del consumo de los viáticos para un fin privado, que lesiona los intereses patrimoniales del Estado.

---

(28) Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.° 1915-2006-AYACUCHO de 15 de diciembre de 2006.

(29) *Vid.* 3.

En nuestra opinión, en esta particular modalidad de peculado sobre viáticos ocurriría algo similar a lo que sucede con el delito de enriquecimiento ilícito y la obligación de los funcionarios públicos de presentar declaraciones juradas de bienes y rentas. Con la actual redacción del delito de enriquecimiento ilícito introducida por la Ley N.° 29758, queda claro que la rendición de cuentas de los ingresos y egresos del funcionario público solo constituye un indicio de enriquecimiento ilícito. Así lo establece el último párrafo del artículo 401° CP. Sobre este delito, el Prof. Fidel Rojas sostiene que «la negativa del sujeto activo a justificar [el incremento] en modo alguno debe ser considerada una presunción de culpabilidad o una acreditación del hecho imputado, más allá de las implicancias administrativas [...]»(30). Compartimos la opinión de este autor en el sentido de que la valoración de la correcta o defectuosa declaración de bienes y rentas es un asunto administrativo que, en todo caso, por si sola puede ser merecedora de alguna sanción disciplinaria(31); sin embargo, esta declaración no forma parte del injusto penal del enriquecimiento ilícito. En el peculado sobre viáticos, sucede algo similar, la rendición de cuentas es un asunto administrativo, cuya realización defectuosa deberá ameritar eventualmente una sanción administrativa, mas no penal.

Es pertinente señalar sobre este punto que la Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N.° 2665-2008-PIURA anteriormente citado, se pronunció sobre la rendición de cuentas tardía de los viáticos otorgados en comisión de servicios de cara a la configuración del delito de peculado. En dicha oportunidad, la Corte estableció que la sustentación de gastos tardía no eximía de la responsabilidad penal al funcionario público que realizó actos de libre disposición que conllevó a que el Estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad legal(32). De ello, nosotros deducimos que tan irrelevante es la rendición de cuentas para la configuración del injusto penal de peculado sobre viáticos, que la rendición de cuentas tardía no exime la responsabilidad penal. El Derecho Penal no puede caer en el formalismo de apreciar una vulneración del bien jurídico-penal

(30) ROJAS VARGAS, Fidel. *Op. cit.*, p. 864.

(31) Así como algunos funcionarios públicos tienen la obligación administrativa de presentar una declaración jurada de bienes y rentas (Ley N.° 27482 publicada el 15 de junio de 2001), también existe una obligación de rendir cuentas para todos aquellos funcionarios públicos que realicen comisión de servicios.

(32) *Vid.* 10.

«gestión adecuada del patrimonio público» o «patrimonio público en sentido funcionarial»[33], con el mero incumplimiento de una rendición de cuentas en el plazo debido[34]. No se puede caer en una dependencia absoluta del derecho penal al derecho administrativo (accesoriedad absoluta)[35], sino que, en tanto la función del derecho penal no coincide necesariamente con la función del derecho administrativo, el juez penal puede dar un contenido distinto a los conceptos que se contemplan en el tipo penal[36] (accesoriedad relativa). Como se dijo anteriormente, la normativa administrativa puede servir al juez penal para interpretar el elemento normativo-jurídico «apropiación» del peculado, más aquella de ninguna manera lo vincula.

Tan es así la relatividad del Derecho Administrativo frente al derecho penal, que no hay obstáculo para apreciar un injusto penal que contiene en la tipicidad objetiva un elemento normativo-jurídico, cuando no existe una norma administrativa que dé una definición del mismo. Como sostiene el Prof. García Cavero, refiriéndose al ámbito del Derecho Penal Económico, la regulación jurídico-administrativa será el primer referente para determinar cuando estamos ante una conducta de riesgo permitido o de riesgo prohibido; sin embargo, en defecto de dicha regulación será imputable penalmente aquella conducta que implique un peligro de afectación de los intereses en

---

(33) Comparte esta identificación del bien jurídico protegido en el delito de peculado ABANTO VASQUEZ, Manuel A. *Op. cit.*, pp. 333-334. Desde nuestro punto de vista, el patrimonio público debe ser entendido en sentido funcional. Patrimonio es la potencia económica del sujeto jurídico, que se basa en el poder de dominio sobre objetos. El objeto de protección del delito de peculado es el patrimonio público, en su mantenimiento y gestión en orden a salvaguardar su idoneidad para cumplir los fines patrimoniales previstos. [Ver DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario, de caudales públicos*. Barcelona: Bosch, 1995, p. 103]. En este sentido, los intereses patrimoniales del Estado estarían siendo protegidos penalmente de manera especial contra su lesión o puesta en peligro, en la medida de que permiten que el Estado haga llegar a las personas los bienes y servicios públicos.

(34) Dicha interpretación formalista, que fundamenta la intervención penal en una mera desobediencia a la autoridad, es criticada también por DE LA MATA BARRANCO, Norberto. *Op. cit.*, pp. 72-74.

(35) Ver DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. *La accesoriedad administrativa del Derecho Penal Del Medio Ambiente*, 2000, p. 3. Disponible en www.enj.org. Visitado el 12 de julio de 2012.

(36) Ver OTTO, citado por GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Lima: Grijley, 2007, p. 153.

juego[37]. Por tanto, creemos que llevado a cabo una interpretación teleológico-material del tipo penal de peculado, es posible responsabilizar penalmente a aquel funcionario que utiliza de manera privada los viáticos dados por una institución estatal que no ha regulado el trámite de rendición de cuentas para comisión de servicios en el interior del país.

Por último, también tenemos pronunciamientos de la Corte en los que se hace referencia a la rendición de cuentas dentro de la fundamentación de su ejecutoria; sin embargo, no se analiza la naturaleza de dicha rendición de cara a la configuración del peculado.

VI. CONCLUSIONES

1. Los viáticos son la asignación de dinero destinada a permitir que el funcionario o servidor público, en caso de necesidad de viaje, pueda desarrollar adecuadamente sus funciones públicas, los mismos que constituyen caudales públicos.
2. Los viáticos que son otorgados al funcionario público para cumplir una comisión de servicios son entregados para su correcta «administración»; es decir, el funcionario público recibe el monto dinerario correspondiente a viáticos para disponer de ellos y aplicarlos a las finalidades correspondientes.
3. El funcionario público que usa los viáticos para fines privados y no para cumplir los fines propios de la comisión de servicios se «apropia» indebidamente de los caudales del Estado lesionando el patrimonio público en sentido funcional. De este modo, el funcionario sería autor del delito de peculado doloso (art. 387 del CP).
4. La rendición de cuentas defectuosa o extemporánea, o la no rendición de las mismas, constituye un indicio de la comisión del delito de peculado, mas no un elemento integrante del injusto penal. La rendición defectuosa o la ausencia de la misma, valorada aisladamente, podría acarrear una sanción administrativa, pero no penal.

(37) García Cavero, Percy. *Op. cit.*, pp. 354-355.

UNA APROXIMACIÓN A LA INTERPRETACIÓN DE LA IMPUTACIÓN PENAL OBJETIVA

Luis Lamas Puccio(*)

> «No es posible determinar el sentido social de la acción humana, sin tener en cuenta el contenido de la voluntad del sujeto»
> (José Cerezo Mir).

Sumario: I. Introducción. **II.** Precedentes en materia de imputación penal objetiva. **III.** Una visión filosófica. **IV.** Los principios de la imputación de Pufendorf. El derecho naturalista y racionalista. **V.** El concepto analítico del delito de George Hegel y los hegelianos. **VI.** El dogma de la causalidad de Karl Larenz. **VII.** El juicio de imputación autónomo de Richard Honing. **VIII.** El concepto de imputación de Welzel. **IX.** Marco conceptual. **X.** El estado actual de la teoría de la imputación objetiva. **XI.** Diferentes criterios en materia de imputación objetiva. 11.1. La causalidad en los delitos de resultado. 11.2. La teoría del incremento del riesgo. 11.3. El principio de confianza. 11.4. La prohibición de regreso. 11.5. Coautoría e imputación objetiva. 11.6. Imputación a la víctima. **XII.** Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que poco desarrollo doctrinario y práctico ha tenido en nuestro medio —a pesar de la importancia que tiene no solo en el debate académico o doctrinario, sino en la práctica judicial por medio de la jurisprudencia que emiten los tribunales y como método encaminado a dilucidar la propia responsabilidad penal— es el relacionado con la llamada responsabilidad penal objetiva(1). Como lo refiere muy certeramente el profesor Abanto

---

(*) Abogado penalista.

(1) Sobre el particular nuestro Código Penal en su título preliminar, respecto de los principios generales que rigen la legislación penal en su artículo VI se establece el principio de responsabilidad y proscripción de la responsabilidad penal objetiva, para cuyos

Vásquez cuando señala «que el penalista nacional, tradicionalmente «legalista» en el sentido de aplicar la ley al pie de la letra, no entiende muchas veces lo que este no dice, no puede decirlo todo»(2). En efecto, la mecánica litigiosa diaria por lo general saturada por una inmanejable carga procesal que no permite un desarrollo a profundidad, aunada a una notable falta de preparación y capacitación en casi todos los niveles de la formación académica en el medio nacional, en el ámbito del derecho, salvo merecidas excepciones, debido por sobre todo básicamente por su formación extrajera, poco o nada ha ayudado de forma convincente al desarrollo y consolidación de una doctrina penal adecuada, devenida por sobre todo de la propia praxis judicial en el ámbito del desarrollo del derecho penal a nivel nacional.

El delito en el sentido material consiste en aquella conducta que lesiona o pone en grave riesgo un bien jurídico determinado. Así tenemos que el derecho penal tiene entre sus funciones la protección de determinados bienes jurídicos que son fundamentales para la cohesión social. Como lo señala Gracia Martín, el derecho penal protege bienes jurídicos en la medida en que mediante sus normas prohíbe la realización de acciones tendientes a la lesión o puesta en peligro de aquellos, o manda la realización de acciones tendentes a su conservación o a su creación cuando no tiene existencia actual(3). En todo caso, para fines de una correcta apreciación de los hechos, bien jurídico es todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el derecho, y la suma de los bienes jurídicos constituye el orden social creado y protegido por el derecho(4).

Aunque es notoria la función tan importante que cumple la ley en materia de reglamentación en cuanto al conglomerado social, en términos que unifica la sanción con los delitos y con los delincuentes; en la proporcionalidad del análisis y conceptualización de los crímenes y las penas; en la vigencia de la moralidad respecto de las normas, las costumbres, las prescripciones

---

fines se señala textualmente que «la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva».

(2) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *La imputación objetiva en el derecho penal.* CLAUS ROXIN. Lima: Idemsa, 1997, p. 13.

(3) GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de Dogmática penal: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad* penal, p. 287.

(4) *Loc. cit.*

y los actos propios de los seres humanos[5] es imposible determinar el sentido social de una acción humana sin tener en cuenta la voluntad del sujeto, e ignorar que él mismo está ligado sobremanera a su propia acción y a las consecuencias jurídicas, doctrinarias, normativas y sociales que se derivan de ella.

Como lo señala el profesor Abanto Vásquez en la introducción que lleva a cabo en la traducción de la obra de derecho penal realizada por el profesor Claus Roxin[6] denominada *La imputación objetiva en el derecho penal*, el penalista nacional, tradicionalmente «legalista» en el sentido de aplicar la ley al pie de la letra, no entiende muchas veces lo que esta no dice y que no puede decirlo todo. Erróneamente se cree que la doctrina no puede ser de mucha utilidad en el trabajo práctico de dar o buscar solución a casos penales»[7].

Una de las partes más sugestivas del derecho penal actual y que es motivo de interés es aquella que está relacionada con la moderna teoría de la imputación objetiva. Se trata de la admisión en la tipicidad y en contra de la doctrina clásica tan arraigada, de un elemento distinto a los conceptos que han prevalecido y que eminentemente de naturaleza valorativa distinto a los criterios tradicionales hasta ahora empleados, que incluso no solo ha encontrado aplicación en los delitos dolosos de comisión y otras categorías, sino en los delitos de omisión impropia (o de comisión por omisión)[8], que como es de conocimiento público se prestan a tantas interpretaciones y controversias.

Como sabemos, la responsabilidad penal se suscita cuando se aplica una pena. En ese sentido, presupuesto necesario de su aplicación es la declaración de la responsabilidad penal del autor, en cuyo contexto la responsabilidad es producto de la realización y comprobación de una sucesión de valores de hecho y derecho. Como señala Martín, «el juicio definitivo de responsabilidad penal de un autor resulta de la acumulación de todos esos juicios parciales anteriores, lo que fundamenta la posibilidad de aplicación de una pena al autor, y es portador ya del baremo de determinación de la pena»[9].

---

(5) REGIS PRADO, Luiz y MENDES DE CARVALHO, Érika. *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*. Lima: Traducción. Ara Editores, 2007, p. 28.

(6) ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el derecho penal.*

(7) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. *Op. cit.*, p. 13.

(8) Ibídem, p. 17.

(9) GRACIA MARTÍN, Luis. *Op. cit.*, p. 78.

II. PRECEDENTES EN MATERIA DE IMPUTACIÓN

Como lo refieren Resgis Prado y Mendes De Carvalho, «cualquier consideración crítica respecto de la doctrina de la imputación objetiva y sus antecedentes exige por sobre todo de un cuidadoso y riguroso análisis del desarrollo histórico-dogmático del concepto de imputación. Urge, por lo tanto, llevar a cabo una incursión en el devenir histórico del concepto de responsabilidad penal objetiva a través del tiempo, y en lo que se refiere al establecimiento de las condiciones estructurales y dogmáticas en materia de responsabilidad penal»(10). Hablo de llevar a cabo como objetivo importante la realización de una incursión histórica sobre el concepto de imputación desde la perspectiva del derecho penal, en función de las condiciones de atribución en materia de responsabilidad penal y de la concurrencia necesaria de los presupuestos en materia de imputación.

III. UNA VISIÓN FILOSÓFICA

Los antecedentes en materia de imputabilidad y responsabilidad penal los encontramos en la evolución y desarrollo de la filosofía de manera inicial en las obras de Aristóteles(11) y Platón(12). Son los conceptos arraigados en la propia filosofía los que plantean las primeras interpretaciones que dan origen a una apreciación primigenia sobre la noción de imputabilidad penal, como parte de la producción de un resultado y un análisis que se ciñe a determinadas normas y principios que rigen la conducta humana. Hablamos

(10) REGIS PRADO, Luiz Y MENDES DE CARVALHO, Érika. *Op. cit.*, p. 27.

(11) «Aristóteles completa el ciclo insistiendo en la índole doble de la filosofía: como apetencia de saber en cuanto a la persecución de la verdad y en cuanto a inasequibilidad del absoluto verdadero. Aristóteles mantiene la visión platónica del saber científico como conocimiento estable, fijo y necesario; pero procura eludir el idealismo de su maestro colocando los conceptos universales en el plano lógico, respetando la realidad individual de los objetos tal como lo perciben los sentidos. De donde sea posible arribar a concebir la filosofía como una ciencia radical del ser, como el estudio del ser en sí mismo, de sus propiedades y principios radicales». LORCA NAVARRETE, José F. *Temas de teoría y filosofía del derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2004, pp. 198-199.

(12) En la obra A República (libro décimo) pueden encontrarse algunas referencias a la materia de la imputación cuando se señala que «la virtud no tiene dueño; cada uno la tendrá en mayor o menor grado conforme a la honra o la deshonra. La responsabilidad es de quien elige. El Dios está exento de culpa».

de la identidad de todo aquel que actúa y obra con sentido y con base en una determinada responsabilidad(13).

Para Platón(14), el aspecto positivo de las normas es importante cuando la ley debe ejercer, en el caso de las disposiciones penales, una función imperativa y de coacción (Leyes IX, 853 c-d). «Es notorio que esa función se exprese en la generalidad que une en la sanción los delitos y los delincuentes; en la proporcionalidad de los crímenes y las penas; en la moralidad las normas y las costumbres, las prescripciones y los actos. La ley, por tanto, definirá la imputabilidad del acto moral. Imputación («cada cual es causa de su propia elección») solo es mera y simple acción de los dioses (fatalismo) que protegen la acción de los hombres. El sujeto está ligado a su acción, bien como las

(13) «En fin, generalmente hablando, la elección parece que consiste en las cosas que están en nuestra mano. Tampoco es opinión la elección porque la opinión en todas las cosas parece que se halla, y no menos en las cosas perpetuas y en las imposibles, que en las que están en nuestra mano. Y la opinión divídese en verdadera y falsa, y no en buena y mala, mas la elección más se distingue con estotras diferencias. Ninguno, pues, creo dirá ni creerá ser todo uno opinión y elección. Mas ni tampoco es la elección particular especie de opinión, porque por razón de elegir lo bueno o lo malo somos tales o tales, mas por creerlo no lo somos. También la lección consiste en escoger una cosa o huir, o en cosa como esta; mas la opinión en el entender qué cosa es, o a quien le cumple, o de qué manera. Mas en el tomar o dejar no consiste tanto nuestra opinión. Asimismo, la elección es alabada por ser hecha en lo que más conviene, o por ser bien hecha, más la opinión por ser verdadera. Por la misma razón escogemos aquellas cosas que sabemos ser mejores, pero pensamos ser así lo que de cierto no sabemos. Parece también que no son todos unos los que eligen las cosas mejores y los que las creen ser tales, sino que algunos juzgan bien, y por su vicio eligen lo que no les cumple. Ni importa disputar si la opinión precede a la elección o si se sigue porque aquí no consideramos eso, sino si es lo mismo elección que opinión particular». *Ética a Nicómaco: Libro tercero.*

(14) Para Platón, la realidad y la naturaleza es lo que hace al hombre verdaderamente hombre; es el intelecto, es decir, la instancia capaz, luego de una larga educación, de conocer mediante la contemplación el orden del mundo eterno, inmutable, perfecto que es al mismo tiempo el orden del hombre y el de su ciudad. El orden de las verdades inteligibles debe a la trascendencia del primer principio, lo uno-el bien, su unidad, coherencia y su armonía. En tanto principio, la unidad es la ley misma de lo inteligible y la inteligencia, el intelecto en ciertos hombres particularmente dotados puede elevarse hasta el conocimiento de esa ley suprema a la cual las leyes humanas deben imitar para dar al mundo sensible, reflejo del mundo inteligible, una manifestación existencial de la esencia, la completa unidad, la coherencia y la inteligibilidad dentro del devenir que le es propio. *La Ley en Platón.* Janine Chanteur.

consecuencias que de ella se derivan. La imputación puede ser vista a partir del proceso de creación del demiurgo(15), considerándose para tales fines que siempre será ella, en su esencia, un acto legal y político(16).

En ese sentido, la palabra griega *aitia* interpretada en un contexto jurídico, en sus orígenes se refiere a una *acusación* o una *imputación*. La expresión *aiteo*, en griego, quiere decir *yo acuso*; mientras que, en términos latinos, la palabra *causa*, que tiene su origen en el verbo *caveo*, quiere decir defenderse o tomar precauciones en relación con alguien o con algo en particular. Visto de esta manera, el vocablo *causa* tiene un sentido jurídico que defiere de la semántica griega, en razón de que en latín ese término se refiere más a una *imputación*, mientras que en griego implica más una *defensa*. En todo caso, lo que queda claro es que, a través de todas estas acepciones, tanto en griego como en latín, con sus diferencias particulares, se percibe un significado aproximativo al concepto de relación causal (nexo de atribución del acto al agente)(17).

Es Aristóteles(18) quien hizo referencia con mayor claridad a los principios y las bases que serán el punto de partida para el desarrollo de una pos-

---

(15) Cuando hablamos del Demiurgo, Platón se refiere a un obrero o artífice de los sentidos y de uno de los cielos. En efecto, dicha teoría platónica habla de un obrero que habla del mundo teniendo sin cesar los ojos fijados sobre el modelo de lo eterno y, por consiguiente, de lo bello. Este demiurgo que ha contemplado el modelo eterno; es la más perfecta de las causas; ha producido el mundo en virtud de su bondad y carencia de envidia, deseando que todas las cosas fuesen semejantes a él. Resultando de su actividad ha sido el mundo como un ser viviente, provisto de alma e intelecto. J. FERRATER MORA. *Diccionario de filosofía*. Tomo A-D. Barcelona: Editorial Ariel Filosofía, p. 806. Al respecto, ver MORALES NETO, Joaquín. *Técnica e demiurgia em Platão*. Londrina: Ed. Da UEL, 2001, p. 17 y siguientes. Mencionado por Luiz Regis Prado y Erika Mendes de Carvalho. *Op. cit.*, p. 28.

(16) JOLY, R. *Le renversement platonicien*. J. VRIN. Paris, 1980, pp. 12 y ss. Mencionado por Luiz Regis Prado y Erika Mendes De Carvalho. *Op. cit.*, p. 28.

(17) LALANDE, A. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. Vol. 1, p. 484.

(18) Aristóteles divide los actos del hombre en voluntarios e involuntarios. El acto involuntario se debe a un primer principio extrínseco al hombre, como la fuerza o la ignorancia. El acto no voluntario es un acto involuntario que no se lamenta. El acto voluntario se hace por el deseo. Ahora bien, la elección racional es más restringida que el acto voluntario, en el sentido de que el acto está dentro de nuestro poder y no necesariamente según el apetito, sino que es fruto de una deliberación. Se delibera algo que se puede hacer, no sobre verdades ni sobre las acciones de otros; además, se deliberan los medios y no el fin; pues el fin no se escoge como fin, sino que es natural y es el

terior estructura jurídica y filosófica de la imputabilidad y la responsabilidad penal. Así, una acción solamente podrá ser imputable y, por consiguiente, objeto de algún tipo de control cuando la persona a la que se le atribuye un hecho o una conducta podría haber actuado de otra manera. Solo se puede atribuir responsabilidad frente a un comportamiento cuando en uso de la libertad natural una persona actúa en un determinado sentido. Tan solo los actos que están bajo dominio de la voluntad son susceptibles de imputación (acto voluntario, hekusión)(19). Se señala que es Aristóteles quien determinará por primera vez los principios y las bases de la imputación en su sentido primigenio, otorgándole prioridad al ámbito de las estructuras jurídicas *a priori* en el terreno de las categorías ontológicas(20). Me refiero al estudio «del ser como ser», independientemente de qué clase de ser se trate: puede ser finito o infinito, material o inmaterial, y del «ente a cuanto ente», más allá de quien dependa o esté subordinado. Como lo expresa, una vez más Lalande, «desde el punto de vista filosófico, se tiene ahí el pronuncio de la noción de *imputación;* pero también la idea de producción de algo de acuerdo con determinada norma, o el acontecer de algo, según cierta ley que rige los acontecimientos de la misma especie, o aun la trasmisión de propiedades de una cosa a otro conforme determinado principio»(21).

Como lo ponen de manifiesto tanto Welzel(22) como Küpper(23), «el principio más general de la imputación en Aristóteles es el «dominio del

---

bien deseado según lo que se conoce (lo que el entendimiento presenta a la voluntad). Entendido así el *acto voluntario*, la virtud se aplica a cuanto conduce al fin e implica la responsabilidad del sujeto.

(19) MEDINA MORALES, Diego. Derecho y libertad. La teoría de la imputabilidad en Aristóteles. *Cuadernos de Política Criminal*, N.° 55, pp. 142 y ss.

(20) RUEDA MARTÍN, Maria Angeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción.* (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto). Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001, p. 66.

(21) LALANDE A. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie.*

(22) WELZEL, H. *Introducción a la filosofía del derecho natural y justicia material.* Traducción del alemán por F. Gonzáles Vicén. Madrid: Aguilar, 1981, p. 31. Citado por Rueda Martín, María Ángeles. *Op. cit.*, p. 66.

(23) KÜPPER, G. *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik.* Berlín: Duncker und Humblot. Citado por Rueda Martín, María Ángeles. *Op. cit.*, p. 66.

hecho»[24], en el sentido de que una acción es solo imputable si se halla en nuestro poder, o si somos sus dueños de modo que también podríamos obrar de otra forma[25].

Según el concepto de imputación, planteado por Aristóteles en sus trabajos sobre ética y moral, el énfasis recae sobre la voluntad de actuar[26], razón por la que, de la estructura teleológica de la acción, se deducen los principios en materia de imputación[27]. «El concepto de imputación no solo debe recaer sobre «la voluntad de actuar», sino sobre el dominio del hecho como elemento ontológico inmanente»[28]. Básicamente, Aristóteles recurre a una interpretación ontológica de la estructura de la acción humana, aunque también toma en consideración factores valorativos, especialmente, al delinear los fundamentos esenciales del juicio de la culpa[29]. Como lo refiere Rueda Martín cuando manifiesta que los principios de la imputación se refieren, sobre todo, a la estructura y a los elementos categoriales de la conducta humana, aunque los fundamentos esenciales del juicio de culpa en su razón son valorativos[30].

Aristóteles centra su teoría en la estructura teleológica de la acción que aparecen referidos a los principios sobre los cuales sienta su concepto de la imputación[31], en cuyo contexto, como lo desarrolla Hardwig, lo que interesa no es otra cosa que «la voluntad actual de quien acciona» que, a su vez, implica el ejercicio de determinados hábitos sean estos buenos o malos[32]. Cabe

---

(24) Aristóteles no utiliza la expresión «dominio del hecho», pero en su razonamiento están implícitos claramente sus estructuras materiales. Citado por Rueda Martín, María Ángeles. *Op. cit.*, p. 66.

(25) WELZEL. *Op. cit.*, p. 31.

(26) La finalidad de las acciones se producen según la ocasión y, por lo tanto, lo voluntario o la involuntario debe ser calificado como tal en el momento en que se realiza». Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, 1110.

(27) *Loc. cit.*

(28) *Loc. cit.*

(29) Ibídem, 1110 a 1110b, 1111, 1111 a, 1111 b 1113 b.

(30) RUEDA MARTÍN, Maria Angeles. *Op. cit.*, p. 66.

(31) ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco.*

(32) HARDWING, W. *Die Zurechnung. Des Strafrechts.* Cram, de Gruyter & Co. Hamburg, 1957. Citado por María Angeles Rueda Martín. *Op. cit.*, p. 67.

destacar el dominio del hecho —como elemento ontológico que es interpretado con un sentido de la imputación—, independientemente de su valoración. Siempre que esté en nuestro poder el hacer, estará también el no hacer, y siempre que esté el no hacer, estará el proceder de una manera determinada; de modo que si está en nuestro poder el obrar, cuando se es bueno, estará también en nuestro poder el no obrar cuando se es ruin o malo(33). Si está en nuestro poder el hacer el bien y el mal, e igualmente el no hacer, todo ello consistirá en ser bueno o en ser ruin, en cuyo caso estará bajo nuestro poder el ser virtuoso o el ser vicioso(34). «Se obra voluntariamente porque el principio del movimiento de los miembros instrumentales en acciones de esta clase está en el mismo que las ejecuta y si el principio de ellas está en él, también está en sus manos el hacerlas o no»(35).

---

(33) Consistiendo, pues, el fin en la voluntad, y los medios que para él se requieren en la consulta y elección, las obras que acerca de estos medios se hacen, conforme a elección serán, y voluntarias, en la cuales se emplea el ejercicio de las virtudes. Está asimismo en nuestra mano la virtud y también el vicio. Porque en las cosas donde en nuestra mano está el hacerlas, está también el dejarlas de hacer, y donde está el no, también el sí. De manera que si el hacer algo, siendo bueno, está, en nuestra mano, también estará en la misma el no hacerlo, siendo malo; y si el no hacer lo que es bueno está en nuestra mano, el hacer lo que es malo también estará en la misma. Y si en nuestra mano está el obrar bien y el obrar mal, y asimismo el dejarlo de obrar (pues en esto consiste el ser los hombres buenos o malos), también estará en nuestra mano ser buenos o malos. Y lo que algunos dicen que ninguno voluntariamente es malo, ni contra su voluntad próspero y dichoso, en parte parece falso y en parte verdadero. Porque verdad es que ninguno es dichoso o bienaventurado contra su voluntad. Pero el vicio cosa voluntaria es, o hacemos de poner duda en lo que ahora hacemos dicho, y decir que el hombre no es el principio ni el padre de sus propias obras como lo es de sus propios hijos. Mas, pues, no tenemos otros principios a quien reducir las tales obras, sino aquellos que en nuestra mano están, las obras, cuyos principios están en nuestra mano; también estarán en nuestra mano y serán voluntarias. Parece que conforme con esto lo que particularmente en cada una de ellas se juzga, y también lo que los legisladores han determinado, pues castigan, y dan la pena que merecen, a los que hacen las cosas ruines, si ya no las hacen por fuerza o por ignorancia, que no estuvo en su mano el remediarla; y a los que se ejercitan en buenas obras, casi exhortando a estos y refrenando a aquellos. «Ética a Nicómaco: Libro tercero».

(34) ARISTÓTELES. *Op. cit.*, 1113 b.

(35) ARISTÓTELES. *Op. cit.*, 1110. a.

En la interpretación que lleva a cabo Aristóteles sobre imputabilidad en el concepto del dominio del hecho, parece incorporar elementos esenciales del juicio de culpa. No obstante, como lo refiere Rueda Martin, el mismo Aristóteles «distingue claramente el dominio del hecho como elementos estructurales de la imputación, de la valoración de la acción y de la conciencia del sujeto acerca de dicha valoración»(36). Sobre el particular, como señalan Regis Prado y Mendes de Carvalho al referirse al desarrollo llevado a cabo por Aristóteles: «La imputación busca determinar que un hecho —independientemente del juicio de valor que sobre él recaiga— es obra de cierta persona y, para eso, se hace menester comprobar que esta última tenga bajo su decisión y criterio el dominio total del hecho»(37).

IV. LOS PRINCIPIOS DE LA IMPUTACIÓN DE PUFENDORF. EL DERECHO NATURALISTA Y RACIONALISTA

Con el paso de los años, se llevará a cabo una sustancial revalorización de la doctrina de la imputación con bases filosóficas por parte de Samuel Pufendorf(38), quien profundizará sobre las estructuras materia-

(36) RUEDA MARTÍN, María Angeles. *Op. cit.*, p. 67.

(37) REGIS PRADO, LUIZ Y MENDES DE CARVALHO, ÉRIKA. *Op. cit.*, pp. 30-31.

(38) SAMUEL PUFENDORF (1632-1694) es quien rompe definitivamente con la tradición escolástica acerca del derecho natural. Gracias a sus obras *De iure naturae et gentium* (1672) y *De oficio hominis et civis* (1673) puede ser considerado como el creador del derecho natural moderno y uno de los pensadores que mayor influencia han ejercido en su propio tiempo (en Locke, por ejemplo) y, sobre todo, durante el siglo XVIII (en Rousseau y los independentistas americanos). A diferencia de Grocio, Pufendorf no fundamenta el derecho natural en un apetito social, sino en la sociabilidad misma, esto es, en la necesidad que el hombre tiene de vivir entre otros hombres, de tal manera que cada uno debe cuidar y conservar la comunidad, de lo cual se sigue que todo lo que es bueno para la sociedad es un precepto del derecho natural, y todo lo que la perjudica o destruye es una prohibición. Así pues, vista de esta manera, más que una doctrina de derechos individuales (derecho a no estar sometido a nadie o derecho a la autoconservación), los deberes y obligaciones de los hombres respecto de sus semejantes, siempre por delante de los derechos, constituyen la base doctrinaria del derecho natural según Samuel Pufendorf.

Si el deber de vivir en común es el fundamento del derecho natural, la familia, los grupos humanos y el Estado, como la comunidad más completa, se construye también desde ese deber, mediante un contrato social. Pero el Estado se construye también a partir de un contrato político o de sumisión. Sin embargo, los individuos que lo com-

les de la imputación, aportando mayores elementos sustanciales de juicio y análisis. Autores como Welzel y Kaufmann en un primer momento, y con posterioridad Martínez(39), atribuyen a Pufendorf la verdadera autoría del concepto de imputación(40).

Es Pufendorf «quien repite el axioma con una locución casi idéntica en su obra más importante *De JureNaturae et Gentium libri acto*(41), y en su escrito *De Officio Hominis et Civis juxta legem naturalem libri duo*(42). Como lo menciona Hruschka en el axioma y en los comentarios que de él hace en sus ideas plasmadas en los *Elementa*(43). Asimismo, es Pufendorf quien expone problemas aparentemente heterogéneos -que hasta hoy siguen considerándose en gran

---

ponen tienen el derecho de decidir el establecimiento del poder político y las condiciones de su ejercicio, pues sus derechos naturales de libertad y de igualdad no pueden ser enajenados; ya que están por encima del pacto de sumisión o político. Formalizado el pacto, la comunidad no pierde su condición de sujeto de derecho frente al gobernante, de forma que del pacto surgen derechos y deberes que afectan a ambas partes, aunque el gobernante, por la posesión de poder, adquiera una posición superior a la comunidad. En cualquier caso, es esta la que decide entregar el poder de manera limitada o ilimitada al gobernante. No cabe el derecho de resistencia; aunque si esta asegura el logro de una comunidad ordenada, estará justificada. Solo el cumplimiento de los deberes del poder hace a un Estado justo, de tal manera que no importa si su forma se acomoda o no a lo justo, como mantenía la tradición aristotélica. www.artehistoria.jcyl.es/historia/contextos/1894.htm.

(39) MARTÍNEZ ESCAMILLA. M. *La teoría de la imputación objetiva del resultado.*

(40) Ver WELZEL, Hans; KAUFMANN, ARMIN Y MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *Op. cit.* En REGIS PRADO, Luiz Y *Mendes de Carvalho*, ÉRIKA, N.° 16. p. *Op. cit.*, p. 31.

(41) Lib. I, capítulo V, § 5; citas según la 2.ª ed., 1684.

(42) Lib. I, capítulo I, § 17; cifras según la edición original, 1673.

(43) En los *Elementa* se desarrolla por primera vez la idea de una idea filosófica práctica general. A ellos les sucede los correspondientes trabajos de CHRISTIAN WOLFF, DARIES, BAUMGARTEN, KANT, entre otros, hasta el desplome de la filosofía práctica tras el primer tercio del siglo XIX. Para los juristas también es importante el hecho de que los *Elementa* contienen por primera vez el concepto de una «parte general»; no solamente una «parte general» del derecho penal, sino una «parte general» de la ciencia jurídica y, además, sobre todo, a partir de la filosofía práctica. El libro ha tenido una gran influencia también y precisamente en la parte general del derecho penal. Es más, en las teorías actuales de la parte general del derecho penal en cierta medida todavía no han tenido en cuenta la obra. HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación.* Coordinación y supervisión a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz. 2.ª ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2009, p. 51.

parte heterogéneos- y quien busca elementos comunes a través de la fuerza de la exposición conjunta»(44). En los comentarios al primer axioma «recoge por primera vez en los *Elementa* el concepto de imputación (*imputatio*) y que no es valorado. Sobre el particular, Pufendorf señala que no solamente pueden ser imputados aquellos sucesos respecto de los cuales esté a nuestro alcance en el momento presente el que acontezcan o no, sino también aquellos cuya producción estuvo en un momento anterior en nuestro radio de acción, en caso de que hayamos perdido esa posibilidad por nuestra propia culpa. Lo mismo sirve para aquellas cosas cuya realización le resulta imposible a una persona en su estado actual en el caso de que ella haya tenido la culpa de no poder ya realizarlas(45).

Refiere Rueda Martín sobre Pufendorf que «hasta el advenimiento del sistema clásico de la teoría de la imputación y la dogmática jurídico-penal alemana se desarrolló bajo el concepto de imputación de Pufendorf y el concepto de la acción humana desarrollado por él, siendo importante resaltar que dentro del concepto de acción no están comprendidos todos los resultados causados por el ser humano, sino solo aquellos que dependen de su voluntad o que son dominados por ella, de modo que solo estos resultados pueden serle imputados como su obra»(46).

A la luz del derecho natural racionalista, el reconocimiento del hombre como ser racional, con capacidad de comprender, evaluar y deducir lo desconocido sobre la base del concepto de imputación, no solo se profundiza sobre las estructuras materiales de ella, sino que se busca circunscribir las acciones humanas sobre hechos en concreto, delimitándolas de esta manera ante los acontecimientos fortuitos. «Solo los resultados que dependen de la voluntad humana, o que sean dominables por ella, pueden ser imputados al hombre como obra suya, razón por la que el concepto de imputación depende, por tanto, de la voluntad»(47). Para Pufendorf, el hombre posee la facultad de dirigir y dominar sus movimientos a través de sus propias decisiones y actuaciones. Sin embargo, refiere el mismo autor que esta capacidad no es absoluta, en cuanto que está limitada por determinados principios que son los

(44) *Loc. cit.*

(45) Ibídem, p. 54.

(46) RUEDA MARTÍN, María Angeles. *Op. cit.*, p. 68.

(47) WELZEL Hans; KAUFMANN, Armin Y MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *Op. cit.*, p. 31.

que orientan la conducta humana. «El hombre, en cuanto ser racional, también integra el mundo de la naturaleza, pudiendo intervenir en los procesos causales y conducirlos según su voluntad»(48).

Aunque Pufendorf no tiene una terminología propia que la permita caracterizar, refiere que existen dos clases de imputación: la ordinaria y la extraordinaria. Aunque no tiene una terminología propia que le permita referirlas a cada una en particular, el mismo señala que no tiene una terminología propia que le permita caracterizar estas dos formas de imputación con palabras concisas, pero que en todo caso es conveniente introducirlas. En este sentido, «se propone llamar a la imputación de un suceso o de una inactividad determinada como *imputación ordinaria* cuando la persona en cuestión, en el momento decisivo, está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión. En cambio, la imputación debe llamarse *extraordinaria* cuando en el momento decisivo la persona en cuestión no está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión; pero puede reprochársele precisamente que se encuentre en esta situación de imposibilidad o de incapacidad»(49).

Asimismo, Pufendorf se vale de dos expresiones para explicar su teoría: la *imputativitis* y la *imputatio*. La primera se refiere a los presupuestos materiales de la imputabilidad y de las condiciones de su exclusión, y se refiere a la relación funcional que se establece entre la acción y el agente. Hablamos de esa relación que existe entre la acción libre y su autor, que constituye el fundamento de la efectiva imputación judicial (*imputatio*), la que está referida, a su vez, a todas aquellas actividades judiciales llevadas a cabo *ex post* con la finalidad de comprobar si concurren todos los elementos que integran o componen la *imputativitis*, a los efectos de poder comprobar la propia valoración del acontecimiento en cuestión, para cuyos efectos plantea una diferencia entre los *entia moralia* y los *entia physica*. Los primeros están representados por los objetos materiales que pertenecen a la naturaleza física, regidos por la propia naturaleza, que son los que determinan el funcionamiento de todas las cosas según las propiedades que Dios ha asignado a cada una de ellas en el acto mismo de su creación. Tienen sus propias leyes estructurales que le

(48) REGIS PRADO, Luiz Y MENDES DE CARVALHO, Érika. *Op. cit.*, p. 32.

(49) HRUSCHKA, Joachim. *Imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2006.

confieren dirección y sentido a sus acciones y son los que configuran la vida humana como realidad determinada con su propio significado y valor(50). La *entia physica* es esencialmente un producto de una valoración de carácter ético. «El comportamiento de los hombres no obedece a principios inalterables e inherentes a su naturaleza, sino se orientan de acuerdo con significados, sentidos y valores, en parte creados por él, de acuerdo con una ley de libertad»(51). Cuando surgen coincidencias o contradicciones con una norma, la acción libre es objeto de valoración desde el punto de vista ético. «Es precisamente ese diferencial ético de los elementos morales (*entia moralia*) lo que lo distinguen de los entes físicos (*entia physica*)»(52).

En realidad, fue Pufendorf quien puso por primera vez a disposición del derecho como cultura lo que el mismo denominó como *entia moralia*, diferenciándola de la *entia physica*. «Mientras que estos sirven a la perfección del universo, los primeros sirven para la perfección de la vida humana. Los *entia physica* se inscriben en el acontecer extraño del hombre y siguen —como también en parte el mismo acontecer humano— la ley uniforme e inmutable de la causalidad. En cambio, la acción humana, siempre que tenga su origen en el entendimiento y la voluntad, se gobierna por otro modo de determinación: por la libertad, que es, positivamente, vinculación moral con una norma o ley superior que proporciona a la voluntad una forma de conocimiento por la que puede enjuiciar la bondad o la maldad en el mundo físico, cuyo acontecer está sometido a un curso uniforme —el de la causalidad—; la acción humana, porque es libre, puede tomar las más variadas direcciones»(53).

La importancia de la obra de Pufendorf reside en haber establecido los presupuestos y límites que permiten definir la imputación de una persona, resultado de un proceso causal como obra suya, a los efectos de poder condicionar una posterior valoración de conducta en términos de respon-

---

(50) WELZEL, Hans. *La doctrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf. Un contributo alla storia delle idee dei secoli XVII e XVIII*, pp. 119 y ss. REGIS PRADO, LUIZ Y MENDES DE CARVALHO, ÉRIKA. *Op. cit.*, p. 16.

(51) MARTÍNEZ GARAY, Lucía. Aproximación histórica al surgimiento del concepto de imputabilidad subjetiva en la doctrina penal alemana. *Revista de Derecho penal y criminología*, N.° 8, 2001, pp. 136-137.

(52) REGIS PRADO, Luiz Y MENDES DE CARVALHO, Erika. *Op. cit.*, p. 33.

(53) GRACIA MARTÍN, LUIS. *Op. cit.*, p. 152.

sabilidad(54), para cuyos fines, como ya lo he señalado, el sentido de *imputativitis* que representa el concepto de acción tiene como elementos directrices la voluntad y el dominio del hecho; mientras que el *imputatio*, a diferencia de lo señalado, solo consiste en un juicio de valor sobre una conducta realizada por el hombre(55). La labor realizada por Pufendorf fue el sustento más importante que serviría años más tarde para el cabal desarrollo del moderno concepto analítico de delito, y de esa manera poder separar la parte objetiva del mismo (*imputatio facti*) de la subjetiva (*imputatio juris*). Como lo señalan Regis Prado y Mendes de Carvalho, el concepto de delito se encontraba desprovisto de unidad interna y aparecía configurado como una simple yuxtaposición entre elementos objetivos y subjetivos(56).

Sobre el particular, Gracia Martín refiere que con Pufendorf aparecen los orígenes de la concepción del derecho —en su caso la de un derecho natural racionalista— como un derecho de la cultura, en consideración a que sus planteamientos son los que liberaron al derecho de la presión que ejercía la moderna ciencia natural que en su oportunidad y con mucho vigor enfatizaba y preconizaba Hobbes(57). A partir de estos planteamientos es que el derecho pasa a convertirse en el conjunto de todas aquellas normas que obligan y orientan al hombre para que descubra su propia naturaleza biológica, con la finalidad de que supere su estado de *naturalis incultus*(58). Todo ello, con el paso de los años, afianzaría el sustento, el mismo contenido y la construcción de un derecho penal moderno, como ordenador jurídico de la regulación de las conductas humanas. Como vuelve a señalar Gracia Martín, «a poco se reflexione, se podrá percibir enseguida que las normas de determinación —y, por supuesto, también las normas de valoración a cuya protección se dirigen aquellas— tienen su proyección en el mundo físico, es decir, se refieren a los *entia physica*»(59).

---

(54) Ibídem, p. 36.

(55) *Loc. cit.*

(56) Regis Prado, Luiz y Mendes de Carvalho, Érika. *Op. cit.*, p. 37.

(57) Gracia Martín, Luis. *Op. cit.*, p. 152.

(58) Welzel. Naturrecht und Rechtspositivismus, en su recopilación *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Berlin/New York: De Gruy, 1975.

(59) Gracia Martín, Luis. *Op. cit.*, pp. 152 y 153.

La importancia de la concepción llevada a cabo por Pufendorf radica en haber establecido los presupuestos y límites que permiten la imputación a una persona de un proceso causal como obra suya y que condicionan su posterior valoración(60).

Sobre la labor llevada a cabo por Pufendorf, caben destacar los siguientes aspectos considerados como los más importantes:

1. El concepto de imputación, entendido en el sentido de la *imputativitas*, es el concepto mismo de la acción, y el elemento rector de esta es la voluntad y el dominio del hecho. La cuestión de la libertad es un aspecto que destaca en la *imputativitas*.
2. Los *entia moralia* dotan de una diferencia valorativa específica al suceso configurado por la relación de la *imputativitas* que constituye el sustrato material de aquellos y posee una estructura interna regida por la voluntad libre como elemento nuclear, en virtud de la cual el hecho puede reconducirse a una determinación de la voluntad que configura activamente el suceso exterior. Esta tesis constituye el núcleo de la teoría de la acción final que en un primer momento fuera formulada por Aristóteles, la misma que fue posteriormente reinterpretada en un mayor contexto por Pufendorf, a través del derecho natural, desde la perspectiva de la ciencia jurídica. Una voluntad concreta es la que determina la existencia del hecho(61).
3. Mientras que la *imputatio* consiste en un juicio de valor mediante el cual se determina la valoración de un hecho que tiene como causante a una determinada persona. La *imputativitas* describe la relación en la esfera ontológica entre los elementos físicos de un suceso a través de su transformación en una acción en concreto.
4. Desde la perspectiva de la *imputativitas* existe una orientación con la finalidad de deslindar el hecho que puede ser atribuido a una persona como propio o como perteneciente a él y no a la *imputatio*, que contiene las valoraciones sobre ese hecho que se llevan a cabo mediante los *entia moralia*; por lo que, aunque se le domine *imputatio*,

(60) Regis Prado, Luiz y Mendes De Carvalho, Érika *Op. cit.*, p. 36.

(61) Rueda Martín, María Angeles. *Op. cit.*, p. 72.

no es un concepto propio de la imputación porque el fin de atribuir «algo» a un sujeto le corresponde al concepto de *imputativitas*(62).

5. Para Pufendorf, el concepto de *imputatio* no es otra cosa que un modo de denominar el resultado final de la comprobación de las condiciones de atribución de la responsabilidad en el sentido anteriormente expuesto y no un concepto de imputación en sentido propio (*imputativitas*)(63).
6. Existe una continuidad en relación con la teoría de la imputación planteada desde sus inicios por Aristóteles, en razón de que Pufendorf persigue también describir las relaciones materiales que existen entre la voluntad y el dominio final del hecho. Tanto Aristóteles como Pufendorf en lo que se refiere a las estructuras materiales del concepto de imputación, el primero se centra en el dominio del hecho, mientras que el segundo, en la voluntad de la acción libre, que comprende también el dominio del hecho(64).

Aunque han pasado muchos años desde que Pufendorf llevará a cabo una diferenciación sustancial entre imputación ordinaria y extraordinaria, sus reflexiones sobre el particular en materia de imputación y responsabilidad siguen mereciendo una gran atención por parte de los estudiosos del derecho penal; pues todavía hay grandes líneas trazadas por este autor que apenas se han tomado en consideración(65).

V. EL CONCEPTO ANALÍTICO DEL DELITO DE GEORGE HEGEL Y LOS HEGELIANOS

Con posterioridad a Pufendorf, la ciencia del derecho penal consolida sus bases teóricas en relación con un desarrollo del concepto analítico del delito, basado en la diferenciación de sus distintos elementos que lo integran. Es a partir de lo planteado por Pufendorf que se distingue una parte objetiva y otra subjetiva, a las que se le aplican los conceptos de *imputatio facti* (o

(62) *Loc. cit.*

(63) Ibídem, p. 73.

(64) *Loc. cit.*

(65) HRUSCHKA, Joachim. *Op. cit.*, p. 55.

imputación de lo objetivo) y *imputatio juris* (o imputación de lo subjetivo), con lo que se fracciona al delito y se le priva de unidad interna. Son Grolman y Feurbach quienes preconizan que el delito es una mera combinación entre elementos objetivos y subjetivos. Feurbach distingue una parte objetiva dirigida al propio acto y otra referida a la voluntad con el esquema que comprende tanto la *imputatio facti* como la *imputatio juris*. La relación existente entre la parte objetiva y la subjetiva que constituye en la realidad la imputación es relegada al ámbito de la teoría de la ley penal, con lo que para Feurbach deja de ser una característica del propio suceso (el delito) y pasa a convertirse en una de aplicación de la ley.

En ese sentido, tanto Pufendorf como Hegel coinciden o se asemejan respecto del concepto de imputación objetiva, en razón de que la misma es para ambos «un hecho procesal, una acción judicial y un juicio; aunque la unión de lo objetivo con lo subjetivo en el delito no tiene lugar solo en el proceso»(66).

Por su parte, Grolman, pese a mantener una posición de distinción entre la parte objetiva de la parte subjetiva, retoma el concepto primigenio de imputación objetiva con la finalidad de establecer una relación entre los aspectos externos e internos del delito, y de esa manera recurre al concepto de *imputatis* de Pufendorf. Como lo manifiesta Rodríguez Muñoz, refiriéndose a Grolman, «comprendiendo que la doctrina del delito no puede su momento último en la ley, sino que debe aparecer completa y cerrada en sí misma, traslada la imputación desde la doctrina de la ley a la doctrina del delito»(67).

A comienzos del siglo XIX, Georg Hegel elabora y desarrolla un principio fundamental que más tarde sería complementado por otros tratadistas como Köstlin, Berner, Abegg y Hälschner(68), sobre el cual, según parte de

(66) RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. Citado por María Angeles Rueda Martín. *Op. cit.*, p. 74.

(67) *Loc. cit.*

(68) «El concepto de acción desarrollado por Samuel Pufendorf —introducido a la ciencia jurídico-penal por J. S. VON BÖHMER (1704-1772)— sirvió de fundamento para la dogmática penal hasta principios del siglo XIX. En la primera mitad de ese siglo, los hegelianos (especialmente Abegg, Berner y Kóstlin) pusieron nuevamente en el sistema jurídico penal la idea de que el fundamento objetivo de la imputación está en la acción». Ibídem, p. 41.

la doctrina, se asienta la moderna teoría de la imputación objetiva(69). Investiga cuáles resultados podrían ser imputados al sujeto y la respuesta es la siguiente: «un hecho solo puede ser imputado como responsabilidad de la voluntad»(70). Como lo señala Rueda Martín, el balance de este periodo es muy importante porque, por un lado, el concepto de *imputación* se concibe como una categoría en la que se determina que un suceso es obra de un autor determinado, a partir del cual se «crea el concepto de acción considerada como sinónimo de delito» para de esa manera «integrar todos los elementos que fundamental lo injusto y la culpabilidad»; mientras que, por otro lado, «se destaca la compresión de la acción como una expresión de sentidos», la que aparece como una sola unidad de momentos objetivos y subjetivos(71).

La imputación es, en el sistema de Hegel, «el reconocimiento del individuo como sujeto y espíritu por el derecho que valora su hacer como un hecho de libertad. La acción es expresión de la voluntad subjetiva; dolo es la correspondencia entre voluntad interior y exterior» (72). La imputación responde a la pregunta sobre qué se puede atribuir al sujeto como su acción, por la cual se hace responsable. Esta pregunta puede plantearse primeramente con independencia de una valoración moral o jurídica de la acción; asimismo, no exige un juicio de valor, en razón de que no supone considerar atributos individuales del autor, sino que es solo un juicio sobre una relación objetiva. Este juicio queremos denominarlo *imputación objetiva*, dice Larenz, con lo cual

---

(69) Para Köstlin, el juicio de la imputación significa que existe una acción culpable de modo que se corresponden acción con imputación. Por su parte, Berner refiere que el instituto de la imputación objetiva se caracteriza porque se pretende establecer una relación mediante una operación entre algo objetivo (un resultado o un suceso) y un sujeto. Abegg explica que la imputación está contenida esencialmente en el concepto de acción como el de su especificación delictiva sin poder distinguir entre ambas, y Hälschner señala que el concepto de imputación contiene una relación entre un hecho con el sujeto que actúa voluntariamente y es imputable de modo que la acción constituye un punto de enlace para el enjuiciamiento del injusto. Nociones señaladas por RUEDA MARTIN, María Angeles. *Op. cit.*, p. 76.

(70) Ibídem, p. 38.

(71) RUEDA MARTIN, María Angeles. *Op. cit.*, p. 78.

(72) ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. *Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva*. Aporia órica. www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718...script=sci... Revista de derecho (Valdivia) versión On-line ISSN 0718-0950. Doi: 10.4067/S0718-09502010000100010. *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N.° 1, 2010.

ejecuta un auténtico acto de bautizo de esta teoría que servirá como punto de partida a una profundización y desarrollo posterior a sus conceptos en materia de responsabilidad e imputación objetiva(73).

Este juicio nos dice que «si un suceso es hecho o resultado de un sujeto, entonces, la acción será la unidad de la voluntad subjetiva y del ser exterior producido mediante esta, en cuyo contexto la causal relacionada con la acción, será todo aquello que es ajeno a la voluntad y a aquello que no fue consciente donde no existe correspondencia entre voluntad interior y exterior»(74). Menciona que «pertenecen a las circunstancias externas respecto de las cuales la acción influye, pero que el actor no ha previsto completamente»(75). En esta línea de análisis es importante señalar que «como en el caso de un sujeto que aprieta el gatillo de una escopeta que creía descargada, cuando estaba cargada, o del cazador que dispara a un hombre creyendo que era un animal salvaje(76). Dado que estas circunstancias externas no eran conscientes, deviene un hecho distinto del buscado; por lo que no puede ser imputado»(77). Pertenece a la mera casualidad, no es un hecho propio del sujeto. Es aquí donde Larenz reprocha a Hegel no haber contemplado las acciones imprudentes. El filósofo cometería el error de desconocer que el saber mismo es hecho de libertad, por lo que también el no saber puede ser imputado, en tanto que no es casual para el sujeto, sino que es obra de su libertad, al ser posible para el sujeto el conocimiento de esas circunstancias externas(78).

Hegel, de esta forma, deslinda en el ámbito de la teoría de la imputación el concepto de acción, afirmando para tales fines que solo los resultados que, juntamente con la acción, representan una unidad dominada por el fin, son pasibles de imputación(79). Señala que el juicio de imputación es un juicio teleológico y no causal, en razón a que la imputación solo será posible cuando el hecho se encuentra vinculado con la voluntad del agente. Sobre el par-

(73) Ibídem, p. 3.

(74) *Loc. cit.*

(75) *Loc. cit.*

(76) *Loc. cit.*

(77) *Loc. cit.*

(78) *Loc. cit.*

(79) Regis Prado, Luiz y Mendes de Carvalho, Érika. *Op. cit.*, pp. 38-39.

ticular, afirma que «la voluntad actuante en su fin encuentra en la medida en que lo orienta para una existencia dada la representación de las circunstancias [...]. Tiene, por eso, la voluntad el derecho de solo reconocer como acción suya aquello que sabe pertenece a las condiciones en que actuó, por aquello que estaba en sus propósitos»(80). Aquello que solo es causado es una consecuencia meramente casual del hecho(81). Solo pueden ser imputadas aquellas consecuencias que configuran una unidad con la acción, en tanto ella (la unidad) es dominada mediante el fin. La dialéctica de la imputación objetiva consiste en que las consecuencias casuales y propias del hecho se unen unas a las otras. El fin resuelve esta contradicción, en tanto es la unidad que le da un carácter general a aquella variedad de relaciones externas, carácter que constituye la esencia del hecho determinado(82).

Él propone que la solución de aquella oposición entre casualidad y necesidad, depende de una reflexión sobre la relación del acontecimiento con la voluntad del autor, que vincula la multiplicidad de los elementos causales en una unidad *teleológica*. «Ello muestra que no se puede prescindir del momento subjetivo de la acción, y que solo debe ser entendido como una unidad objetiva. El lado objetivo de la imputación contiene ya en sí una referencia al sujeto, a la voluntad como unidad abarcadora»(83). «Recién una reflexión más profunda y amplia sobre el momento *subjetivo* de la imputación, conduce a la observación de peculiaridades individuales del sujeto, de la imputabilidad subjetiva. Es decir, la imputación objetiva se completa con una imputación subjetiva, que comprende las capacidades, la comprensión y la intención individual del actor. Sin embargo, la imputación subjetiva encuentra su frontera en el sentido objetivo del hecho, determinado por la imputación objetiva»(84).

Con Hegel, la imputación vuelve a pertenecer a la acción como una característica interna(85), en razón de que «la acción era definida como una

(80) Ibídem, p. 39.

(81) LARENZ, K. *Hegels Zurechnungslehre*, p. 2. Mencionado por Rojasaguirre, Luis Emilio. *Op. cit.*, p. 4.

(82) Ibídem, p. 54.

(83) *Loc. cit.*

(84) *Loc. cit.*

(85) KÖHLER, Michael. *La imputación objetiva: estado de la cuestión. Sobre el estado de la teoría del delito.* Madrid: Civitas, 2000, p. 75.

voluntad libre llevada a cabo por una persona considerada como imputable, aunque el defecto de esta definición contribuyera durante muchos años en materia doctrinaria en el terreno del derecho penal, a identificar con la acción (libre) culpable, y por esta razón no pudo adoptarse a las exigencias del desarrollo dogmático»(86). Aunque, junto con la imputación, se encuentra la responsabilidad entendida esta última como la capacidad de responder por los hechos que son propios de cada persona. Hablamos de una valoración o juicio normativo sobre la valoración exterior del hecho como una reprobación subjetiva de la culpabilidad. Como lo señala Rueda, «se presupone que la mencionada imputación subjetiva es remitida a la determinación interna de la voluntad del sujeto»(87).

Cabe destacar, como lo refieren distintos autores que si la concepción de acción de Hegel resultará válida es solo para delitos dolosos, o es que también tiene cabida para los delitos considerados como imprudentes. Sobre este tema, el mismo Rodríguez Muñoz señala que la exposición desarrollada por Hegel, lo que hace es poner de manifiesto deficiencias en su teoría de la imputación para explicar los delitos imprudentes; ya que en estos el resultado no es querido por el sujeto(88). Es por esta razón que se recurrió a la utilización de criterios que explicaran que podían dentro de este contexto considerarse también los delitos de imprudencia. Tal situación condujo a que la «extensión del concepto de acción debe, en consecuencia, también abarcar la culpa y se resuelva contra su propio contenido, al que le es esencial el dolo, según propia confesión de algunos autores». Por ello, se procura borrar en el mayor grado posible las diferencias entre el dolo y la culpa, y lograr una aproximación de forma sustancial entre ambas(89).

---

(86) WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. Traducción Juan Busto Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 11.ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 60.

(87) RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva del resultado del delito doloso de la acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de los injusto)*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 75.

(88) RODRÍGUEZ MUÑOZ J. A. *La doctrina de la acción finalista*, p. 22. Señalado por Rueda Martín, María Ángeles. *Op. cit.*, p. 79.

(89) *Loc. cit.*

VI. EL DOGMA DE LA CAUSALIDAD DE KARL LARENZ

Cabe a Karl Larenz retomar el debate acerca de la imputación objetiva en una época de claro predominio, también en el ámbito jurídico del dogma de la causalidad(90). Como lo señalan una vez más Regis Prado, Luiz y Méndes de Carvalho, Érika, «el concepto causal de acción no encontraba límites, las restricciones eran impuestas por criterios valorativos. El concepto de imputación que surge a partir de ese entonces deja de coincidir con el contenido material elaborado por Aristóteles y Puffendorf con base en las estructuras materiales»(91).

El planteamiento de Larenz tiene una clara orientación filosófica, en razón de que construye el concepto de imputación objetiva sobre la base del sistema filosófico de Hegel, y de este se relevan los presupuestos fundamentales de la imputación que son el espíritu y la voluntad. El espíritu es el movimiento de volverse otro, esto es, objeto de sí mismo y superar esa otredad (Anderssein)(92). «La *naturaleza* es el espíritu en su otredad, el momento de la oposición, es la contradicción no resuelta del sí mismo (*Selbst*), no ser sí mismo. La naturaleza se caracteriza por la necesidad externa y la casualidad»(93). «Esa contradicción se supera en el espíritu, que se resuelve a ser sí mismo y cuya esencia no es más la necesidad externa, lo casual, sino necesidad interna»(94). «La voluntad siempre busca algo, un fin determinado»(95). El fin es inicialmente una representación del sujeto, algo pensado. Sin embargo, esta representación no es la de un objeto que simplemente está ahí, sino la de algo a realizar mediante la actividad del sujeto. La voluntad se relaciona con el

(90) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid, 1992, p. 19. «Larenz retoma el concepto de imputación, perdido para el derecho penal por influencia del pensamiento positivista, puesto que, en aquella época, a diferencia de Kant y de los juristas del siglo XIX, el concepto de imputación solo era utilizado con referencia a la culpabilidad».

(91) REGIS PRADO, LUIZ Y MENDES DE CARVALHO, ÉRIKA. *Op. cit.*, p. 41.

(92) KARL LARENZ. *Hegel Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*. Göttingen: Diss, 1927. Obra citada por Rojas Aguirre, Luis Emilio. *Op. cit.*, p. 4.

(93) *Loc. cit.*

(94) *Loc. cit.*

(95) *Loc. cit.*

fin de un modo distinto a la relación causa-efecto; no se vincula a este como a algo ajeno, sino que se lo apropia. La voluntad no provoca el fin como la causa el efecto, sino que realiza algo que le es propio, en el que se expresa a sí misma. La cadena causal se vuelve medio para el fin(96). «En este, se supera la causalidad. Causa y efecto, que en la naturaleza están indiferentes una junto al otro, se unen en el fin. Esa relación indiferente entre causa y efecto responde a la mera casualidad»(97), la que es superada en el fin. «La realización de este no es el paso de uno en otro, como en la relación de causa y efecto, sino realización de sí mismo en otro; implica la superación de aquella relación entre casualidad y necesidad externa propia de la naturaleza. El fin alcanzado no es algo ajeno y casual para la voluntad, sino su hecho propio»(98).

Larenz elabora su teoría en un concepto de acción desprovisto de su estructura material de imputación, en cuyo contexto este concepto de acción causal defiere sustancialmente en aquel que adoptaran Aristóteles, Pufendorf y Hegel (teoría de la imputación situada en el plano ontológico-*imputativitis*). En tal sentido, como lo señalan Regis Prado, Luiz y Méndes de Carvalho, Érika, «como parte de un concepto mecanicista de acción, la teoría de la imputación concebida por Larenz se aparta del concepto de imputación propiamente dicho —en el sentido *imputativitis*— y se ve obligada a echar mano de criterios normativos para restringir la atribución causal de un resultado, que también denomina *imputación*»(99).

De esa manera, sustentaba Larenz que «el criterio fundamental para poder atribuir un hecho en particular a alguien, reside en el denominado «juicio de imputación», cuyo sentido es marcar una diferencia sustancial del juicio sobre la existencia o no de una relación causal»(100). Así tenemos, que Larenz entiende «la imputación como la tentativa de delimitar un hecho propio de un acontecimiento puramente fortuito, o sea, en la realidad el primer propósito del juicio de imputación nada más es determinar si un hecho es o no obra de un sujeto» (101).

---

(96) *Loc. cit.*

(97) *Loc. cit.*

(98) *Loc. cit.*

(99) Regis Prado, Luiz y Méndes de Carvalho, Érika. *Op. cit.*, p. 42.

(100) Ibídem, p. 42.

(101) *Loc. cit.*

Como refiere Larenz, se configura el juicio de imputación como una acción de carácter teleológico. Se trata de un juicio teleológico que busca reconducir determinados acontecimientos a la voluntad personal. Al respecto, señalan Regis Prado, Luiz y Méndes de Carvalho, Érika que «son imputables aquellos acontecimientos sobre los cuales existía la posibilidad de dirección por la voluntad del agente. La posibilidad de previsión y dominio de los cursos causales delimita la frontera de la imputación, permitiendo la imputación al agente de hechos propios y rechazando la posibilidad de atribución de acontecimientos accidentales»(102). «La voluntad humana domina el acontecer causal y lo convierte en un hecho propio, dirigiéndolo hacia un determinado objetivo. El hecho surge, así como un todo teleológico —a saber—, como un conjunto de causas y efectos que encuentran su punto de unificación en los fines establecidos por la voluntad»(103).

En iguales términos, la voluntad se realiza en el hecho y mediante la capacidad de definir fines y de realizarlos, de darle al curso causal la dirección hacia un objetivo, quizás lejano, pero consciente y querido, de servirse del mismo, la voluntad domina el acontecimiento natural y lo convierte en su propio hecho. La imputación como *juicio* sobre el hecho no es, por tanto, un juicio causal, sino teleológico. «El concepto de fin no debe entenderse subjetiva, sino objetivamente; no solo debe imputarse aquello que era consciente y querido, sino también aquello que era consciente y que podía ser abarcado por la voluntad, que era posible objeto de la voluntad. El hecho es entonces autorrealización de la voluntad, y la imputación es el juicio que vincula al hecho con la voluntad»(104).

Desde esta perspectiva, la imputación objetiva no es otra cosa que aquel juicio por el cual un determinado hecho surge como obra de un sujeto, o sea, la imputación no es más que el intento para delimitar los hechos propios de un agente en relación con acontecimientos puramente accidentales(105). Es decir, cuando se dice que alguien causó un hecho determinado, se afirma que ese acontecimiento en particular es obra suya, de su voluntad y no de un acontecimiento accidental o fortuito. Todos los intentos que pretenden

(102) Ibídem, pp. 44-45.

(103) Ibídem, p. 43.

(104) ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. *Op. cit.*, p. 4.

(105) REGIS PRADO, Luiz Y MÉNDES DE CARVALHO, Érika. *Op. cit.*, p. 43.

definir el juicio de imputación como mero juicio causal están destinados al fracaso. «Es importante destacar que solo la voluntad puede dirigir un proceso causal y puede transformar las consecuencias accidentales. Quiere decir que la imputación de un hecho entre acontecimiento y voluntad[106].

En tal sentido, Larenz entiende por *voluntad* el *yo* que interviene en el mundo exterior actuando, en tanto define fines y los realiza; *acción* es expresión de la voluntad, esto es, una actividad corporal que es dirigida por la voluntad, y *hecho* es la realización completa de la voluntad, esto es, tanto la actividad inmediata del sujeto —la acción— como el acontecimiento posterior —las consecuencias de la acción— en la medida en que este se encuentra en una conexión teleológica con aquel, que es dominado por la voluntad. De ahí que «se hable de *causalidad de la voluntad*. Esta supone, por una parte, la capacidad de un sujeto de prever el curso causal, de reconocer el efecto de determinadas causas, esto es, el momento del conocimiento y, por otra, la capacidad de intervenir con base en ese conocimiento, en el curso causal y darle la dirección deseada. El hombre se convierte en autor, en tanto es persona, y su fin se arraiga en la libertad de su voluntad[107].

Distinguir el hecho propio de la casualidad es la tarea de la imputación objetiva. «Esta tarea debe ejecutarse con base en el conocimiento de la autenticidad de la causalidad de la voluntad como causalidad final»[108]. La imputación objetiva no se reduce a lo efectivamente previsto por el autor, sino que convierte la posibilidad de la previsión en principio de imputación[109]. Las consecuencias del hecho pueden ser casuales en relación con el sujeto actuante, pues el encuentro de las distintas circunstancias puede ocurrir con independencia de su voluntad. No se trata entonces de la pregunta, si la consecuencia como tal era posible, sino de si su previsión le era posible al autor; pues, esta posibilidad del conocimiento es la posibilidad propia del sujeto[110]. Las consecuencias, cuya previsión le era posible al autor, caen en el

---

(106) *Loc. cit.*

(107) ROJAS AGUIRRE, Emilio. *Op. cit.*, p. 5.

(108) KARL LARENZ. *Hegel Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*. Göttingen: Diss, 1927. Obra citada por Rojas Aguirre, Luis Emilio. *Op. cit.*, p. 5.

(109) *Loc. cit.*

(110) *Loc. cit.*

ámbito de su voluntad, lo cual justifica su imputación[111]. Sin embargo, este juicio de posibilidad es un juicio objetivo, en tanto las peculiaridades individuales del autor no son consideradas; la posibilidad de la previsión del autor se mide según un parámetro objetivo y general, el del hombre cuidadoso[112].

VII. EL JUICIO DE IMPUTACIÓN AUTÓNOMO DE RICHARD HONING

En 1930, Richard Honig publicó en el famoso libro *Homenaje a Frank* un artículo que evidentemente estaba inspirado en la revisión de la teoría de Hegel. En ese artículo, Honig recurrió a la *perseguibilidad objetiva de una finalidad* para eliminar cursos causales guiados por la casualidad, y distinguió en ella el criterio decisivo de un juicio de imputación autónomo, absolutamente independiente del juicio causal. Imputable sería solo aquel resultado que puede ser[113]. En su opinión, no bastaba para imputar el resultado al autor el simple hecho de que este constituyera la culminación del proceso de causalidad. Era indispensable, por el contrario, que fuera percibido como su obra personal.

La perspectiva desde la cual Honig desarrolla el concepto de imputación objetiva es, a diferencia del planteamiento de Larenz, netamente dogmática. De ahí que su análisis comience con la constatación de que la teoría de la relación de causalidad se encuentra en una profunda crisis[114]. La discusión entre la teoría de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad adecuada no se mantiene ya dentro del problema causal, sino que se ubica en los límites del concepto de causalidad como tal[115]. Si la teoría de la causalidad adecuada gana más terreno, es porque ya no es posible desconocer que en

---

(111) *Loc. cit.*

(112) Ibídem, p. 5.

(113) *La teoría de la imputación objetiva en el derecho penal.* Disponible en www.monografías.com.

(114) ROJAS AGUIRRE, Emilio. *Op. cit.*, p. 6. Refiere este autor a lo señalado en HONIG, Richard en *Kausalität und objektiven Zurechnung* en *Festgabe für Reinhard von Frank.* Hegler A. (Coord.). Tübingen: Scientia Verlag, 1930, Tomo I. Traducción reciente *Causalidad e imputación objetiva.* Sancinetti M. (Comp.). *Causalidad, riesgo e imputación objetiva. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva.* Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2009, pp. 105 y ss.

(115) *Loc. cit.*

ciencia jurídica no se trata solo de la comprobación de la relación de causalidad, sino más bien de un modo determinado de nexo entre acción y resultado que satisface las exigencias del ordenamiento jurídico(116). Si se admite la posibilidad de selección y valoración entre las condiciones que provocan el resultado, entonces, se traspasa el límite de un concepto de causalidad exclusivamente *ontológico*(117).

Se trata de intentos por aclarar los presupuestos bajo los cuales la relación de causalidad entre acción y resultado puede servir de fundamento apto para el juicio jurídico-penal(118). Desde que se constata que la acción es una condición necesaria para la realización del resultado, la pregunta de la causalidad ya está decidida(119). Sin embargo, con este juicio sobre la relación fáctica entre acción y resultado no se decide aún si ese nexo es relevante para el ordenamiento jurídico. Luego del juicio causal tiene lugar un juicio independiente sobre la imputación objetiva, el cual responde la pregunta *axiológica* por la relevancia de la relación de causalidad para el ordenamiento jurídico(120). Honig reconoce en el planteamiento de Larenz un fundamento filosófico plausible; sin embargo, se propone desarrollar el concepto de imputación objetiva desde los principios generales de la teoría del derecho(121).

En ello, Honig considera que es esencial tener en cuenta que una de las características fundamentales de la persona es su capacidad para modificar «voluntariamente» el mundo exterior. Por esto, el resultado (alteración del mundo exterior) solo puede ser considerado como obra del autor en la medida en que constituye una consecuencia de la manifestación de su voluntad. Visto de esta manera, el resultado es, en otras palabras, considerado como el fin del comportamiento que el agente controla en su desarrollo causal(122). El juicio de imputación presupone exclusivamente una conducta humana en el

(116) *Loc. cit.*

(117) *Loc. cit.*

(118) *Loc. cit.*

(119) *Loc. cit.*

(120) *Loc. cit.*

(121) *Loc. cit.*

(122) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal: Parte general I.* 3.ª ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 432.

sentido de una «expresión de voluntad» como punto de referencia del resultado. Por medio de la conducta humana, el hombre realiza sus fines al intervenir en los procesos naturales, al someter la naturaleza a sus fines(123). De ahí que «el criterio para la imputabilidad del resultado sea la *perseguibilidad objetiva* (*objektive Zweckhaftigkeit*). Imputable es aquel resultado que puede ser pensado como puesto finalmente(124). De ahí que el criterio para la imputabilidad del resultado sea la *perseguibilidad objetiva* (*objektive Zweckhaftigkeit*). Imputable es aquel resultado que puede ser pensado como puesto finalmente(125).

Sin embargo, la posibilidad de actuación sobre los procesos causales también tiene límites, aunque ello no impide el reconocimiento de que el hombre posee una inequívoca capacidad de previsión de los efectos de determinado comportamiento y de dirección de osos mismos efectos. Por esa razón, «la conducta humana puede ser vislumbrada, desde el punto de vista objetivo, como exteriorización final de la voluntad(126).

Según Larenz y Honig, «la imputación podría ser calificada «como un juicio teleológico efectuado *ex post*, cuyo objetivo sería evaluar el dominio de un curso causal por la voluntad humana y, una vez comprobada la misma, imputar la acción a un determinado autor como obra suya»(127). Para ambos, la imputación es una operación de comprobación (*ex post*) de la relación de pertenencia de una acción a su autor, y se configura como un juicio teleológico puestos que hay interrogantes si en un curso causal cabe la posibilidad de ser el mismo dominado por la voluntad, razón por la que el juicio de imputación continúa estrechamente relacionado con la naturaleza humana, de forma que la producción de un suceso tiene que estar ligado como objeto posible de la voluntad, para que en ambos casos puedan incluirse los hechos dolosos y los imprudentes(128).

En todo caso, como lo señala Cancio Meliá respecto de la teoría de la imputación objetiva desarrollada tanto por Larenz como por Honing, que

(123) HONIG, Richard. *Op. cit.*, p. 6.

(124) *Loc. cit.*

(125) *Loc. cit.*

(126) REGIS PRADO, Luiz Y MÉNDES DE CARVALHO, Érika. *Op. cit.*, p. 47.

(127) Ibídem, p. 49.

(128) RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *Op. cit.*, p. 86.

poco tienen o nada tienen que ver con la doctrina que existe en la actualidad bajo la misma denominación[129]. Desde esta noción, lo que se trata en relación con la actual teoría de la imputación objetiva es que los tipos penales deben ser completados, en todo caso, con elementos normativos que determinen cada caso en particular, más allá de la mera realización fáctico-externa de la conducta típica, en tanto que en el plano objetivo la conducta es una expresión de sentido típica[130].

VIII. EL CONCEPTO DE IMPUTACIÓN DE WELZEL

Es Welzel quien retoma la idea de la imputación en su oportunidad desarrollada por Pufendorf, en virtud de la cual el hecho podía reconducirse a una determinación de la voluntad que configura activamente el suceso exterior. La idea de considerar que la acción es la realización de la voluntad, apuntada en su oportunidad por los hegelianos y por Binding, es retomada nuevamente por Welzel, para quien la voluntad no solo es un factor causal, sino que además constituye un factor de realización conciente[131]. Welzel, en condiciones iguales a Pufendor y Aristóteles, señala como requisito necesario para alcanzar el concepto de acción, que fueron los estudios llevados a cabo en los últimos en materia del pensamiento causal-naturalista en sus extremos, los que cerraron el paso a la verdadera acción[132] , para de esta manera llevar a cabo una crítica rotunda al concepto de acción manejado en el sistema clásico y neoclásico, cuya dogma más importante era que la acción era una totalidad que incluía conceptos tanto objetivos como subjetivos[133].

Welzel explica que solo aquellos sucesos que dependen de una colocación de sentido de sujeto son capaces de ser imputados a este sujeto como mérito o culpabilidad, concluyendo como hecho propio del sujeto todo lo que le puede ser objetivamente imputable. Welzel responde a la cuestión de cuándo un hecho es realmente «obra» de un autor determinado, utilizando la

(129) CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas».* Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2001, pp. 74 y ss.

(130) RUEDA MARTÍN, María Ángeles. *Op. cit.*, p. 87.

(131) *Loc. cit.*

(132) *Loc. cit.*

(133) *Loc. cit.*

estructura ontológica: la finalidad. Es el dominio del hecho final real a través del cual se determina cuándo un resultado es específicamente producto de la voluntad humana, y cuándo es consecuencia de un proceso causal de la naturaleza. Al lado de la acción se debe tener en cuenta el resultado y su vinculación con la acción como nexo final(134). «La estructura teleológica de la acción humana es, entonces, la base material ontológica sobre la que se sientan las posibles valoraciones jurídico-penales»(135).

La esencia del reproche de Welzel radica en que fracciona la doctrina causal al cuestionar la unidad de la acción en sus aspectos objetivos y subjetivos, cuando en realidad la acción es una unidad en sentido causal final que no puede ser objeto de escisión. La concepción de acción como expresión de sentido está presente tanto en su teoría de la adecuación social como en el seno de la tipicidad, a la que traslada la unidad de acción a la acción típica sin escindir entre su parte objetiva y subjetiva. Se trata de una transformación completa del sistema del derecho penal desde el propio concepto de acción, valorándola desde una perspectiva global al concebir una nueva forma de relacionar el tipo objetivo (la configuración externa del suceso) con el tipo subjetivo (el dolo) en el delito doloso(136).

IX. MARCO CONCEPTUAL

El término «imputación» es uno de los más representativos del lenguaje en el cual se expresa la actual teoría jurídica del delito. Aunque autores de orientación tan diferente como Roxin, Jakobs y Hruschka han diferido del concepto a través de sus diferentes obras y planteamientos, no puede negarse que el concepto de imputación continúa siendo el centro de la atracción respecto de encontrados debates entre partidarios y críticos(137). Como lo indica Mir Puig: «Tras haber ocupado un lugar central en la doctrina del iusnaturalismo racionalista del siglo xviii, y en los penalistas hegeliano del siglo xix, el término de «imputación» cayó en desuso en Alemania en las dos últimas

(134) *Loc. cit.*

(135) *Loc. cit.*

(136) *Loc. cit.*

(137) MIR PUIG, Santiago. Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal. En *Nuevas formulaciones en las ciencias penales.* Homenaje al profesor Claus Roxin. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, p. 61.

décadas a consecuencia de naturalismo positivista[138], que se extendió en la doctrina alemana a través, sobre todo, de la influencia del tratado de Von Liszt. Este enfoque naturalista que rehuía conceptos valorativos prefirió destacar el concepto de causalidad como espina dorsal del delito, que se situó en el terreno de lo empírico como causación de una modificación del mundo exterior a causa, a su vez, por un impulso voluntario»[139]. De ahí la profusión de teorías que han sido formuladas sobre la acción y sus distintas interpretaciones por autores tan diferentes y procedentes de distintas corrientes académicas.

La reorientación al *significado valorativo* de los conceptos jurídicos y penales que el neokantismo impuso entre las dos guerras mundiales no logró de momento desplazar la causalidad de su posición de preeminencia en la teoría del delito; pero sentó las bases metodológicas que, muchos años más tarde, desde los años sesenta, han permitido el resurgir de la idea de imputación en la literatura jurídico-penal.

Sobre este aspecto, Mir Puig establece que la doctrina final de la acción desarrollada por Welzel desde los años treinta. Aunque se opuso radicalmente al causalismo, no lo combatió básicamente en el ámbito del tipo objetivo, sino desde la teoría de la acción. Ello contribuyó a mantener la discusión sobre las limitaciones de la causalidad en un terreno *ontológico* previo a la valoración jurídica[140].

En alguna medida, toda interpretación de la ley supone, pues, algún grado de imputación, como atribución de su significado[141]. En igual sentido, la afirmación de cada una de las categorías dogmáticas del delito también encierra una imputación propia. Sin embargo, en el sentido amplio del concepto de imputación, que alcanza a toda la labor de la doctrina jurídica en cuanto a que no es meramente descriptiva, debe diferenciarse del sentido más concreto que tiene el término «imputación» cuando se emplea para expresar un elemento particular de la teoría del delito como la imputación objetiva[142].

---

(138) Solo se mantuvo el término «imputabilidad» ya no para expresar un elemento necesario del injusto, sino para el apartado posterior de la teoría del delito destinado a la culpabilidad, y no con referencia al hecho, sino a la capacidad mental del autor. Nota N.° 4, p. 62.

(139) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 63.

(140) Ibídem. p. 63.

(141) ANTÓN VIVES. *Fundamentos del sistema penal*, 1996, pp. 305 y 309.

(142) MIR PUIG, SANTIAGO. *Op. cit.*, p. 71.

La teoría jurídica del delito, cuya elaboración compete fundamentalmente a la parte general del derecho penal, tiene por objeto la determinación de las condiciones de atribución de responsabilidad penal. Desde esta perspectiva, el contenido posible de los juicios o valoraciones que se adoptan de los que resulta la responsabilidad penal está en mayor o menor medida condicionado a las posibilidades de valoraciones implícitas ya en los mismos objetos de tales valoraciones. Por ello, la teoría jurídica del delito tiene entre sus objetivos primordiales el descubrir la totalidad de los elementos o datos ópticos o anteriores en que se puede apoyar cada valoración jurídica en particular, así como definir los contenidos de las valoraciones específicas jurídico y penales que fundamentan la responsabilidad, lo que en líneas generales se contrae a determinar el sentido ético-social que se refiere en particular a una conducta humana (injusto), y las condiciones bajo las cuales puede ser reprochada esta conducta a su autor (culpabilidad). En ese sentido, el juicio de responsabilidad solo puede resultar de la comprobación de que estén dados todos los elementos —de carácter ontológico— constitutivos de la imputabilidad, a los que cabe atribuir los aspectos más relevantes en materia penal que permitan llevar a cabo una valoración judicial. Es así que la totalidad de estos elementos y el enlace de los mismos mediante las correspondientes valoraciones es lo que constituye el juicio definitivo de la conducta humana en materia de responsabilidad penal, al que se denomina *delito*(143).

Conforme a lo señalado, la imputación objetiva ha constituido el primer paso más importante que se ha dado y cuya finalidad ha sido dirigida a precisar la responsabilidad del autor, mediante la constatación de que su acción ha sido llevada a cabo conforme a un tipo penal específico. «Los siguientes serán la imputación del acto típico como ilícito y la imputación del acto típico ilícito como culpable»(144). Es decir, desde sus orígenes, la idea de la imputación objetiva fue concebida en el marco de la explicación causal de la acción y estuvo estrechamente vinculada con los esfuerzos realizados para distinguir la noción de acción de la noción de acción culpable. Como lo señala Hurtado Pozo, el objetivo buscado era restringir la noción demasiado amplia de causa propuesta por la teoría de la equivalencia de las condiciones, para lo cual resultaba indispensable recurrir a diversos criterios que permitiesen

(143) GRACIA MARTÍN, LUIS. *Op. cit.*, p. 78.

(144) Ibídem, p. 431.

explicar por qué, en algunos casos, una acción no era conforme al tipo penal, a pesar de que existiera de manera evidente una relación de causalidad (145).

La categoría de la imputación objetiva es creada en un intento por superar la *causalidad* como elemento fundante del injusto. De ahí que se ubique sistemáticamente en la parte objetiva del injusto, en contraste con el aspecto subjetivo del mismo. Esta decisión sistemática obliga a concebir esta categoría en términos objetivos, con total prescindencia de la valoración de aspectos subjetivos. Sin embargo, cuando las bases originales de la teoría de la imputación objetiva se someten a revisión, se puede observar que dicha contraposición no es absoluta. Esta constatación obliga a recurrir a planteamientos teóricos que fundan el juicio de imputación objetiva en bases nuevas, con lo cual emprenden una auténtica desarticulación y reconstrucción de la teoría de la imputación objetiva(146).

La expresión «imputación objetiva», según Larenz, fue ideada en un primer momento para excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que estos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar(147). Por su parte, Juan Bustos parte de una valoración puramente valorativa, en la cual la causalidad, como concepto naturalístico, no tiene cabida. «El contenido de la tipicidad desde la perspectiva de la norma de prohibición está necesaria y lógicamente referida a valores, [sic] los cuales solamente se refieren a acciones y no a resultados»(148).

A comienzos de la década del 70 del siglo XXI, Roxin planteó una reformulación de una serie de criterios normativos y doctrinarios en materia de imputación penal respecto de los delitos de resultado tanto en lo que se refiere a los dolosos y culposos, con miras a la construcción de una nueva teoría general de la imputación objetiva desvinculada del dogma causal(149).

---

(145) Ibídem, pp. 432-433.

(146) ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. *Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva*. Aporia órica. www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718...script=sci... Revista de derecho, versión On-line ISSN 0718-0950. Doi: 10.4067/S0718-09502010000100010 . *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N.° 1, 2010, pp. 233-254.

(147) Referido por MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 71.

(148) BUSTOS, Juan. *Manual de Derecho penal*. Parte general. 4.ª ed. Barcelona: PPU, pp. 188 y ss.

(149) «Esta ley causal sería inadecuada e insuficiente en el derecho penal como (único) principio de la imputación del resultado. El concepto penal de «causalidad» es un concepto de relación jurídico-social con referencias ontológicas y normativas; a saber, no

«El rasgo común entre estos criterios sería el *principio del riesgo*, con base en que, partiendo del resultado, lo importante es saber si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico» (150). Con base en los criterios de imputación objetiva sostenidos por Honing, esta teoría sostiene «que solo es imputable aquel resultado que puede ser finalmente previsto y dirigido por la voluntad. De este modo, aunque esté presente una relación de causalidad, faltará la posibilidad de imputar objetivamente un resultado al sujeto si estamos frente a un curso causal irregular o no-dominable; ya que, en estos casos, está ausente la posibilidad de un control efectivo del proceso causal. Luego, los resultados que no fueron previsibles o dirigibles por la voluntad no son típicos»(151).

Según Mir Puig, la imputación objetiva, la imputación subjetiva y la imputación individual o personal son tres niveles necesarios para que sea posible la completa imputación a un autor culpable. Imputar el delito en su totalidad significa «culpar» a alguien como su autor (si imputar es atribuir algo a alguien, cuando lo que se imputa es algo ético o jurídicamente disvalioso imputar es culpar de ello). Los tres niveles indicados de imputación (objetiva, subjetiva y personal) constituyen exigencias del *principio de culpabilidad*, entendido en el sentido amplio que permite y aconseja este término para servir de fundamento a todas las exigencias que entraña la prohibición de castigar a un inocente (no culpable), en un estado social y democrático de derecho respetuoso de la dignidad humana: el principio de personalidad de las penas que impide hacer responsable al sujeto por delitos ajenos (y que se corresponde con la exigencia procesal de necesidad de rebatir la presunción de inocencia mediante la prueba de que el sujeto ha realizado materialmente el hecho), el principio de responsabilidad por el hecho que proscribe la «culpabilidad por el carácter» y el llamado «derecho penal del autor», el principio de dolo o culpa y el principio de imputación personal(152).

---

se identifica con el concepto causal de las ciencias naturales ni con el concepto causal filosófico». WESSELS. *Derecho Penal Parte General*, pp. 52-53. *La causalidad en el derecho penal*. Edmundo René Bodero.

(150) REGIS PRADO, Luiz y MENDES DE CARVALHO, Erika. *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*. Traducción. Lima: Ara Editores, 2007, p. 84.

(151) *Loc. cit.*

(152) MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.*, p. 74.

La imputación objetiva añade otro factor más al principio de culpabilidad, al exigir para todo delito —incluso para los dolosos— que la clase de relación de riesgo entre el resultado típico y la conducta del sujeto que requiere la imprudencia en los delitos culposos ofrezca criterios que ayuden a delimitar mejor esta relación de riesgo. «Ello tiene que ver con la culpabilidad en el sentido que condiciona la posibilidad de "culpar" a una persona prudente de la causación del resultado típico»(153). Toda culpabilidad tiene algo de subjetivo y de conexión con el sujeto, pero en este primer nivel el sujeto es imaginado en el plano normativo e intersubjetivo como un modelo ideal de persona prudente(154).

De ahí que Mir Puig concluya que la imputación objetiva debe ser considerada como la adscripción a un sujeto y no una descripción; en iguales términos, la imputación en sus tres niveles de imputación objetiva, imputación subjetiva e imputación personal (o individual) atraviesa toda la teoría del delito; pero no incluye todos sus elementos. Como juicio de atribución a un sujeto, se contrapone a la lesividad, como lesión o puesta en peligro típica de un bien jurídico no justificada, el otro gran aspecto del concepto de delito. Asimismo, la exigencia de imputación responde al principio de culpabilidad, en el sentido amplio, que requiere conexión al sujeto de cada nivel de lesividad de la teoría del delito; pero, al mismo tiempo, es necesaria para completar la constitución del desvalor del tipo, del injusto y de la infracción personal de la norma(155).

La imputación objetiva es necesaria para afirmar el desvalor intersubjetivo de la conducta y el desvalor del resultado del tipo objetivo; la imputación subjetiva es necesaria para el tipo subjetivo y, por tanto, para completar el tipo; la ausencia de los presupuestos típicos de alguna causa de justificación también ha de poder ser objetiva y subjetivamente imputable para que el tipo pueda imputarse como antijurídico y, por último, el hecho antijurídico ha de poderse imputar a un sujeto capaz de acceder a la norma en condiciones de motivabilidad normal. Hablamos de la imputación personal necesaria para que el hecho antijurídico se convierta en infracción

(153) *Loc. cit.*

(154) *Loc. cit.*

(155) *Loc. cit.*

personal de la norma y se complete con la culpabilidad del sujeto(156). La imputación objetiva de primer nivel se contrae, en los delitos de acción, a la exigencia de una determinada relación de riesgo, para la cual es razonable exigir no solo un mínimo riesgo, sino también la ausencia de riesgo permitido. No incluye, en cambio, los casos de adecuación social o insignificancia de la lesión, en los que falta la necesaria lesividad del hecho. En los delitos de comisión por omisión, la imputación objetiva no requiere la relación de riesgo, sino la evitabilidad de la lesión en posición de garante(157). En iguales términos, la imputación objetiva de primer nivel ha de exigirse tanto en los delitos de resultado como en los de mera actividad y, por último, la imputación objetiva de segundo nivel supone la distribución de la imputación entre los sujetos intervinientes y determina la conexión de autoría y la de participación, así como la imputación a la víctima(158).

X. ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Hacer referencia actualmente a la teoría del tipo en derecho penal es prácticamente hacer referencia a la «teoría de la imputación objetiva», en el marco de lo cual se está llevando a cabo un creciente proceso de normativización del juicio de tipicidad. Como lo señala Feijoo Sánchez, «no cabe duda de que la teoría de la tipicidad en el ámbito del derecho penal está sufriendo una auténtica revolución a través de la denominada «teoría de la imputación objetiva», que es fruto de una línea metodológica opuesta a la del finalismo. A la fundamentación y sistematización ontológica que caracterizaba al finalismo se ha opuesto una fundamentación y sistematización teleológica-funcional. Evidentemente, un cambio radical de esta naturaleza respecto de la teoría jurídica del delito supone una reformulación de sus distintas partes»(159).

En la actualidad, como lo refiere Villavicencio Terreros, la teoría de la imputación objetiva va aproximándose a ser una teoría general de la conducta típica, en el que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante,

(156) *Loc. cit.*

(157) *Loc. cit.*

(158) *Loc. cit.*

(159) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Imputación objetiva en derecho penal*. Lima: Grijley, 2002. p. 25.

sino que la imputación objetiva debe extenderse fuera de la imputación del resultado. «Así, por este camino se plantea una equiparación entre imputación objetiva a toda la imputación del aspecto objetivo del tipo»(160). Autores como Hurtado Pozo manifiestan que hoy día la imputación objetiva puede ser explicada y empleada en dos direcciones diferentes y con características propias. A saber, una con características restringidas y otra con un ámbito de análisis mucho mayor. La primera que limita la razón u objeto de su análisis a la relación objetiva particular entre el comportamiento y el resultado, considerando el conjunto de condiciones normativas orientadas a constatar cuando el resultado típico puede ser imputado al autor del comportamiento sin recurrir a las nociones condiciones normativas son deducidas de forma directa del tipo legal, y los criterios normativos así establecidos que son utilizados para resolver convenientemente, sin abandonar los criterios de causalidad natural, los casos respecto de los cuales la teoría de la equivalencia no ofrece una respuesta satisfactoria(161). Mientras que la segunda tendencia, como refiere el mismo autor, se caracteriza por una mayor amplitud, ya que no concibe a la imputación objetiva como un simple correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, en razón de que, por el contrario, la considera como un nuevo proceder para poder determinar de manera general la existencia de una infracción penal, en tanto que se trata de un problema de imputación(162).

Aun cuando autores como Suárez Gonzáles o Cancio Meliá refieren que aún no se puede afirmar que exista una teoría de la imputación objetiva de forma definitiva, en todo caso el autor antes citado señala que «teniéndose en cuenta el desarrollo actual de la doctrina conviene permanecer dentro de los alcances propuestos por los defensores de la concepción restrictiva de la imputación objetiva. «No está demás, sin embargo, recordar que las opiniones sobre la manera global de concebir la imputación objetiva y sobre el papel que desempeña en la teoría del delito no son homogéneas»(163).

La imputación penal objetiva implica por su propia naturaleza y en contra de la doctrina clásica, de la admisión dentro del contexto de la tipici-

---

(160) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Disponible en http://www.cienciaspenales.net.

(161) *Loc. cit.*

(162) *Loc. cit.*

(163) *Loc. cit.*

dad de un elemento de valoración y una incompatibilidad con la comprensión moderna de la tipicidad; pues se ha reconocido a esta su amplio espectro en el proceso evolutivo en materia de atribuirle un rol valorativo(164), aunque existen sectores en el desarrollo dogmático de las distintas teoría que fundamentan el derecho penal radicales, que le niegan cualquier tipo de utilidad a la teoría de la imputación objetiva, en tanto que un sector de la doctrina penal, más que todo anclada en una visión causalista o finalista del delito, asumen su inutilidad en términos absolutos. Niegan su utilidad, en tanto que afirman que la a función que se le atribuye a esta categoría podría ser perfectamente cubierta por otras categorías dogmáticas de igual importancia o relevancia. «Los aún defensores de una visión comprensión causalista del delito sostienen que los problemas que aparentemente solucionan la teoría de la imputación objetiva podrían ser resueltos con correctivos que ofrecen por ejemplo la causalidad, la antijuricidad o la culpabilidad (dolo y culpa). Por su parte, los representantes de la escuela finalista muestran también su disconformidad con la creación de una nueva categoría, en tanto que según su parecer, se trata de cuestiones que pueden solucionarse sin mayores complicaciones en la categoría de la acción, en el dolo o que entran en el ámbito de la valoración específica de la antijuricidad, incluso para los delitos culposos en donde existe una similitud entre los criterios de la imputación objetiva y la teoría de la infracción del deber objetivo de cuidado, en donde se ha considerado también superflua su utilización»(165).

Sobre el particular, no puede negársele el rol protagónico que la imputación objetiva ha tenido en los últimos años, incluso cuando se refiere a los delitos dolosos por comisión o en los delitos de omisión impropia (o de comisión por omisión), donde el tipo objetivo ni siquiera requiere de una relación de causalidad propiamente dicha; sino solamente que al sujeto activo le sea imputable objetivamente el no haber impedido el resultado cuando debió haberlo hecho en virtud de su posición de garante, siendo en realidad en los delitos culposos o imprudentes en donde la imputación objetiva alcanza sus mayores ribetes y connotación, en consideración a que todo el tipo objetivo sería un problema de imputación objetiva(166).

---

(164) JUAN BUSTO. *El delito culposo*. Santiago de Chile. p. 30.

(165) PERCY GARCIA CAVERO. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 325.

(166) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 16.

XI. DIFERENTES CRITERIOS EN MATERIA DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

Ante la complejidad del problema y en razón de la necesidad de delimitar la discusión sobre el tema de la imputación objetiva, se requiere hacer mención de algunos criterios doctrinarios que limiten la relevancia jurídico penal del gran número de acciones típicas que puede presentar cada caso en particular.

11.1. La causalidad en los delitos de resultado

Como refiere Villavicencio Terreros, en relación con la imputación objetiva, «en principio, la idea que la conducta humana causa un resultado que provenga de ella tendrá significado jurídico-penal en lo que orienta la determinación de la *causalidad*» (167). En ese sentido, la causalidad como concepto no es solo una categoría lógica y jurídica, sino también empírica en relación con que debe comprenderse como una relación de eficacia(168). Ello traza una diferencia esencial entre la causalidad del hacer y la del no-hacer; pues, en la primera, el hacer desencadena fuerzas, mientras que en la segunda el no-hacer solo deja correr las correlaciones(169). En relación con el resultado, solo puede hablarse de omisión cuando el autor lo podía prever y dominar, esto es, evitar su posible resultado. La pregunta determinante es entonces si el autor podía evitar el resultado y si le era posible, en vez de permanecer inactivo, llevando a cabo alguna actividad que impidiera la realización del resultado. Esta pregunta debe responderse afirmativamente cuando el resultado en las condiciones dadas es previsible y puede evitar su realización mediante una actividad contrapuesta y que se ubicaba en el ámbito de dominio del autor; en otras palabras, cuando el no-hacer puede pensarse como puesto finalmente(170).

---

(167) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. cit.*, p. 2.

(168) HONIG, RICHARD. Kausalität und objektive Zurechnung. En Festgabe *für Reinhard von Frank*, Hegler, A. (Coord.). Tübingen: Scientia Verlag, 1930. Tomo I. *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, pp. 105 y ss. *Versión on-line* ISSN 0718-0950. Rev. Derecho, Vol. 23, N.° 1, 2010.

(169) *Loc. cit.*

(170) *Loc. cit.*

En ese sentido, la causalidad —como conducta humana que causa un resultado— tendrá relevancia jurídico-penal cuando se compruebe la relación que existe entre conducta y resultado típico, confirmado con ello que hay de por medio una relación entre conducta y resultado típico(171).

El planteamiento de la teoría de las condiciones, en orden a confirmar la relación de causalidad cuando la omisión no puede ser eliminada sin que el resultado caiga, se basa en el presupuesto implícito de que existe una omisión, esto es, un permanecer inactivo a pesar de la posibilidad de actividad; pues solo esta posibilidad le otorga al no-hacer el *significado* de una omisión. Una omisión y no el mero no-hacer es fundamento apto de la responsabilidad penal. No se trata entonces de una restricción de responsabilidad, sino de la explicación del fundamento de la responsabilidad. Solo cuando un resultado es objetivamente imputable al permanecer inactivo, el no-hacer alcanza el significado de una omisión. «La imputabilidad del resultado es elemento constitutivo de la omisión penalmente relevante»(172).

11.2. Teoría del incremento del riesgo

Esta teoría tiene sus orígenes en la doctrina elaborada por Honing(173), y en ella se sostiene que solo es imputable aquel resultado que puede ser finalmente previsto y dirigido por la voluntad.

Como sabemos, el derecho penal y la ciencia jurídica que le corresponde se ha dado cuenta de que no siempre existe un conocimiento de la peligrosidad abstracta en relación con una actuación de la que se puede hablar que ha sido imprudente. Cuando se trata de constatar la realidad se insiste muchas veces en que toda conducta siempre encierra ciertos riesgos que en

(171) JESCHECK, Hans-Heinrich Y WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal parte general*. 5.ª ed. Traducción de Miguel Olmedo Cardenote. Granada: Comares, 2002, p. 297.

(172) *Loc. cit.*

(173) La perspectiva desde la cual Honig desarrolla el concepto de imputación objetiva es, a diferencia del planteamiento de Larenz, netamente dogmática. De ahí que su análisis comience con la constatación de que la teoría de la relación de causalidad se encuentra en una profunda crisis. La discusión entre la teoría de la equivalencia de las condiciones y de la causalidad adecuada no se mantiene ya dentro del problema causal, sino que se ubica en los límites del concepto de causalidad como tal. ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. *Op. cit.*, p. 6.

un momento determinado pueden afectar a los integrantes de una comunidad y la cohesión social.

En realidad, es a partir de esta idea respecto de las relaciones mutuas dentro del conglomerado social, que surge la teoría del *riesgo permitido* como un fundamento básico para el desarrollo de la moderna teoría sobre el delito imprudente. El instituto del riesgo permitido supone la plasmación de que la imprudencia no siempre se ve determinada por todo el cuidado necesario y posible, sino también en lo referente al cuidado mínimo y necesario en la vida en relación. Marcar el límite de la relevancia penal de una conducta de acuerdo con lo posible hace factible que ciertas actividades no se puedan desarrollar por tener que ser catalogadas como imprudentes. Si el límite se ve marcado por el cuidado necesario, ciertas actividades serán correctas, aunque se sepa en general que ese ejercicio conllevará a un riesgo residual que nunca se puede eliminar del todo, y que la experiencia nos dice que produce resultados no deseados(174).

Aunque exista una relación de causalidad, faltará la posibilidad de imputar objetivamente el resultado al sujeto si nos encontramos frente a un curso causal irregular, o si estamos frente a una razón que no podemos dominar. Hablamos de la ausencia de la posibilidad de un control efectivo del proceso causal, para cuyos fines los resultados que no fueron previsibles o dirigibles por la voluntad no son típicos. «Se equipará la posibilidad de dominio a través de la voluntad humana (finalidad objetiva) a la creación de un riesgo jurídicamente relevante de la lesión típica de un bien jurídico(175).

Partiendo de la premisa de que existe exención en materia de responsabilidad penal si el resultado producido por el comportamiento culposo no se encuentra entre aquellos que el deber que emana de la norma buscaba evitar; el profesor Claus Roxin desarrolló *la teoría del incremento del riesgo*(176).

---

(174) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Op. cit.*, p. 198.

(175) ROXIN, CLAUS. Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal. En *Problemas básicos del Derecho Penal*. LUZÓN PEÑA, Manuel. Madrid: Reus, 1976, p. 131.

(176) La perspectiva de Roxin es netamente dogmática. En este sentido, toma explícitamente como punto de partida el planteamiento de Honig. El fundamento propiamente jurídico no radica en la explicación de determinadas condicionantes, sino en la fijación de los parámetros según los cuales pueden imputarse ciertos resultados a una

De acuerdo con esta teoría, que tiene inicialmente su aplicación en los delitos culposos en donde adquiere mayor realce, se hace preciso comparar el comportamiento incorrecto adoptado por el autor en aquella conducta correcta (situada dentro del riesgo permitido) y verificar si hubo o no el incremento de la posibilidad de la producción del resultado(177).

Hablamos de la esfera de la «creación o no-creación de un riesgo jurídicamente relevante» y que se refiere al ámbito de la llamada teoría de la adecuación, al igual que la problemática de los denominados desvíos del curso causal»(178). «Cuando hablamos de un *riesgo jurídicamente relevante* se corresponde con la *teoría causal de la adecuación*(179), con la diferencia que ahora se aplica después de la afirmada causalidad». (179)

---

persona. Esta es antes que nada una pregunta de criterios de valoración, a los cuales se someten los datos empíricos. En la medida en que la tarea de la dogmática jurídico-penal consiste en la *imputación de resultados* y esta la hace depender de una infracción a las exigencias de la norma, es claro que una conducta que satisface las exigencias de deber del tipo, objetivamente no puede perseguir la producción del resultado típico. Si se realiza a pesar de ello el resultado típico, no se trata de una obra del autor, sino de mera casualidad. Roxin delínea criterios concretos de imputación que implican el desarrollo del principio general de la perseguibilidad objetiva propuesto por Honig. HONIG R. FS Frank, pp. 133 y 135, con referencia a Larenz, Hegels Zurechnungslehre. Nota referida por ROJAS AGUIRRE, Luis Emilio. *Op. cit.*, p. 8.

(177) REGIS PRADO, Luiz Y MÉNDES DE CARVALHO, Érika. *Op. cit.*, p. 84.

(178) Aunque adepta a la teoría de la imputación objetiva, Ingeborg Puppe se posesiona críticamente en relación con este criterio. Para esta autora «no queda duda de que con el *topos* de la realización del riesgo prohibido se hace referencia en el primer nexo a algo distinto del que se refiere el segundo, pues este último presupone necesariamente la previa calificación del primero. No obstante, esto permanece oscuro en ambos nexos lo que exactamente quiere decir con tal *topos*. Para responder a esta pregunta se debería esclarecer qué elementos deberían integrar el riesgo prohibido y qué relación debería existir entre estos elementos y la verificación del resultado para que debiese el riesgo realizarse en él». INGEBORG PUPPE. *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales.* Traducción Percy García Cavero. Granada: Comares, 2001, pp. 4-5. Citado por Regis Prado, Luiz y Méndes de Carvalho, Érika, p. 84.

(179) Observando el delito en su temporalidad concreta, la teoría causalista de la antijuricidad aparece como una contemplación del hecho *ex post*. Para el causalismo, el punto de partida de la antijuricidad es el resultado producido que se contempla desde el momento en que ya ha tenido lugar. El hecho antijurídico se ve como un hecho pasado. La moderna teoría de la imputación objetiva ha advertido por otro camino la necesidad

Conforme a lo que señala Abanto Vásquez, «procede a negar la imputación objetiva (no la causalidad como antes) cuando la acción no ha creado riesgo relevante de una lesión al bien jurídico. La ausencia de este riesgo relevante se comprueba mediante un juicio de adecuación, es decir, cuando el resultado no hubiera sido objetivamente previsible»(181).

En ese sentido, hablamos no solo de un riesgo relevante, sino del que está comprendido dentro del ámbito permitido en términos sociales; dado que no compromete la relación social adecuada. No nos referimos a los riesgos que son adecuados a la convivencia y que son permitidos socialmente, de tal manera que no todo riesgo es idóneo a la imputación de la conducta. «No toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción»(182). Existen riesgos permitidos, permisibles y hasta tolerables debido a la utilidad que ellos significan»(183). «En determinados ámbitos la

---

de la perspectiva *ex ante* para decidir la concurrencia del hecho típico. Ya lo advirtió la teoría de la adecuación al exigir que la acción apareciese como adecuada para producir el resultado a los ojos de un espectador medio que contemplara el hecho en el momento que actuó el autor (*ex ante*) y con los conocimientos especiales que este pudiera tener acerca de la situación. Hoy esta teoría de la adecuación no se considera una teoría de la causalidad, pero sí una teoría que permite la imputación objetiva del resultado de la acción. Esta teoría resuelve en el tipo objetivo aquellos *problemas* que la teoría de la equivalencia resolvía en el campo del tipo subjetivo, debido a la *introducción* de un elemento valorativo: *la probabilidad o previsibilidad del resultado final*. Verbigracia, conforme a la supresión hipotética, si una lesión por débil que fuere, *ex post* se relaciona con un resultado estadísticamente improbable, como la muerte del sujeto pasivo, el actor debe responder por esa consecuencia causal *ex post*. A diferencia, la teoría de la condición adecuada permitirá al dogmático afirmar que el autor solo responderá por el resultado estadísticamente probable al riesgo creado *ex ante*. Y esto es así incluso a través de la imputación objetiva porque el *derecho penal* no persigue evitar resultados dañosos, sino conductas peligrosas frente a *bienes* jurídicos protegidos (o frente a la fidelidad de la norma *in se*, conforme al planteamiento de Jakobs) de lo contrario la prevención general no tendría razón de ser. *Imputación objetiva y funcionalismo sistémico: la visión de Jakobs*, Juan Alberto Suárez Urquía.

(180) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Op. cit.*, p. 23.

(181) *Loc. cit.*

(182) BACIGALUPO. *Principios de Derecho penal. Parte general*. 5.ª ed. Madrid: Akai, 1998, p. 188.

(183) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. cit.*, p. 8.

necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictorio con la protección de bienes jurídicos; para poder hacer uso de los bienes es necesario poner en peligro»(184).

En esta versión, como lo refiere una vez Rojas Aguirre, respecto de la teoría de la imputación objetiva, «resulta plausible observar los conocimientos especiales del autor del hecho para la desvaloración jurídica del riesgo producido»(185).

El argumento de Roxin en «orden a que la protección de bienes jurídicos se alcanza mediante la prohibición de acciones peligrosas y solo puede juzgarse desde una perspectiva *ex ante*, por lo que los conocimientos especiales deben incluirse en el juicio sobre la peligrosidad objetiva de la acción, resulta insuficiente»(186). Por cierto, que la protección de bienes jurídicos se logra mediante la prohibición de conductas. Sin embargo, que la infracción de la prohibición deba determinarse según un juicio *ex ante* requiere una justificación que Roxin no ofrece. Menos justificada es la afirmación de que los conocimientos especiales son relevantes para determinar la peligrosidad *objetiva* de la acción. Un aspecto subjetivo como el conocimiento de una determinada circunstancia no puede volver una acción objetivamente más peligrosa. La creación de un riesgo para la integridad de un bien jurídico es objetivamente la misma, con o sin conocimiento de las circunstancias que lo fundamentan. No obstante, Roxin lleva razón al señalar que la prohibición solo puede basarse en un juicio *ex ante*. Esto, sin embargo, difícilmente puede ser explicado sin recurrir a la dimensión de la *norma*. «El riesgo permitido frecuentemente se encuentra regulado normativamente, aunque no siempre pasa lo mismo, pues existen ámbitos donde se carece de dichas regulaciones»(187). El sentido de la norma no puede ser otro que influir sobre la conducta, previo a la creación del riesgo. Esta solo puede evitarse en la medida en que el mensaje de la norma alcanza a su destinatario en el momento previo. Por eso, la infracción de la norma de conducta debe determinarse conforme a un *juicio ex ante*. En

(184) Ibídem, p. 9.

(185) ROJAS AGUIRRE, Emilio. *Op. cit.*, pp. 13-14.

(186) GUNTHER, Jakobs. *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza*. Madrid: Civitas, 1997, p. 209.

(187) VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE. *Op. cit.*, p. 11.

esta perspectiva, son relevantes no solo las circunstancias objetivas fundantes del riesgo, sino también el conocimiento que el autor puede tener de una determinada circunstancia.

En todo caso, en el plano estrictamente crítico, sostiene el propio Roxin que el resultado debe ser imputado al sujeto siempre que su acción haya dado lugar a un aumento del riesgo de la producción del resultado. «El criterio del incremento del riesgo —como elemento de imputación objetiva del resultado del delito culposo, ulterior a la comprobación de la inobservancia del cuidado objetivamente debido— no convence, porque no es más que una repetición de la infracción del deber objetivo de cuidado»(188).

11.3. Principio de confianza

De acuerdo con el principio de confianza se asume como punto de partida que las relaciones sociales e interpersonales se basan en la necesidad de que el ordenamiento garantice o estabilice ciertas reglas o expectativas de comportamiento, con la finalidad de saber lo que se puede esperar de otros en una determinada situación, y lo que estos esperan de nosotros. La posibilidad de contacto está en relación directa con la confianza que los ciudadanos depositan en las normas, en razón a que cuando la confianza se ve afectada por razones obvias las posibilidades de contacto social aparecen reducidas. Esta garantía jurídica se concreta en lo que los partidarios de la teoría de la prevención general han denominado *expectativas normativas,* como garantías que hacen factible lo que se puede esperar de los comportamientos contrarios.

Sin embargo, no se trata en el presente caso de hacer referencia al principio de confianza desde la perspectiva de las potenciales víctimas del delito, sino desde la perspectiva de aquellas personas que pueden dañar o poner en peligro bienes jurídicos si entran en contacto con personas que incumplen las normas.

En determinados supuestos, aunque alguien haya creado un riesgo para los bienes de otras personas o sea garante respecto de un riego o de la indemnidad de un determinado bien, puede que su comportamiento no se encuentre jurídico o penalmente desaprobado, porque no esté vinculado a la infracción de una norma de conducta. En concreto en el ámbito del delito

(188) Regis Prado, Luiz y Méndes de Carvalho, Érika. *Op. cit.*, p. 105.

imprudente con la infracción de una norma de cuidado. Así, tenemos que «el principio de confianza como fundamento de naturaleza general es un instituto que presenta una gran utilidad para determinar los límites de la norma de cuidado o, lo que es lo mismo, el alcance del deber de cuidado que tiene una determinada persona en una determinada situación»(189).

Conforme a lo mencionado, el principio de confianza, entendido como instituto que sirve para determinar el deber de cuidado con respecto a la actuación de terceras personas, tiene especial relevancia práctica con respecto a los fenómenos característicos de nuestra sociedad. Este principio tiene mucha relevancia en la sociedad actual, pues supone que «cuando el sujeto obra confiado en que los demás actuaran dentro de los límites del riesgo permitido, no cabe imputarle penalmente una conducta reprochable»(190).

Hablo de los contactos anónimos en los que, como consecuencia de nuestras relaciones, dependen personas que no conocemos y que incluso nunca llegamos a conocer, y de aquellas labores o trabajos peligrosos que se caracterizan por un reparto de funciones en beneficio del desarrollo de una actividad productiva determinada. El principio de confianza no solo posibilita contactos anónimos, sino que también permite organizar una tarea común sin que esta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos y que son ajenos. Los garantes o los que crean los riesgos para los bienes de terceras personas están amparados en el principio de confianza no solo cuando delegan ciertos deberes de control, vigilancia o un cuidado determinado, sino también cuando confían de forma aceptable (permitida) para el derecho en los deberes de control, vigilancia o cuidado de otras personas que han asumido esos deberes o los tienen por disposiciones legales. Tiene importancia en tanto existe la necesidad de una división del trabajo para que los participantes no tengan que controlar todas las posibilidades de influencia, sino solo determinadas, y estas solo con atención no dividida. Como dice Feijoo Sanchez: «El principio de confianza no solo posibilita contactos anónimos, sino que también permite organizar una tarea común sin que esta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos ajenos»(191).

---

(189) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Op. cit.*, p. 291.

(190) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. cit.*, p. 15.

(191) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José *Op. cit.*, p. 300.

11.4. Prohibición de regreso

Los intentos de introducir la prohibición de regreso como regla especial para una exclusión general de la imputación en los delitos culposos no han sido muy exitosos. Claus Roxin sobre el particular refiere que «tal criterio no ha podido ser fundamentado forzosamente, pero tampoco sus partidarios han podido siquiera sostenerlo de manera ilimitada. Ya las reglas reconocidas por la doctrina general de la imputación establecen que la cooperación no dolosa en hechos dolosos, en la mayoría de los casos, no puede ser imputada al tipo objetivo y es, por consiguiente, impune»(192).

Sobre el particular, Ernst Mayer(193) opinaba que la regla sobre la prohibición de regreso se vería «confirmada por la persistente corrección de las sentencias resultantes de ella» y cuando la mayoría de sus partidarios invocan una falta de necesidad de la pena. Hablamos de un juicio correcto para la regla general, el que solo ha sido moldeado en la forma rígida de una prohibición general de regreso, debido a que todavía no había una teoría suficientemente elaborada de imputación objetiva(194).

Como lo refiere Villavicencio Terreros, «en el derecho penal se experimenta una evolución de esta teoría desde su antigua formulación entendida como una «condición previa» para limitar a la causalidad, hasta la actual en el marco de la imputación objetiva. En su formulación original, se trataba de casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se producía un comportamiento doloso»(195). En la actualidad, la prohibición de regreso se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por un tercero.

Ciertos autores, como Frisch, López Peregrin, Mir Puig y el mismo Roxin, se refieren a la participación en los delitos de resultado como creación de un riesgo desvalorado o no permitido por los tipos de participación. Sin

---

(192) ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Abanto Vásquez, Manuel. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 123.

(193) *Loc. cit.*

(194) Ibídem, p. 124.

(195) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. cit.*, p. 17.

embargo, en los tipos de resultado los cooperadores e inductores nunca crean riesgos, porque si no serían autores. Los partícipes solo favorecen, facilitan o movilizan la aparición de un riesgo. En ese sentido, Diaz y García Conlledo[196] estima que «una conducta de autoría es aquella que más directamente se enfrenta a la prohibición o mandato contenido en la norma penal típica, o sea, la que, en necesidad más perentoria, una urgencia mayor en impedir, la que de modo directo (que no hay que confundir de inmediato), lesiones o ponga en peligro descrito por el tipo el bien jurídico protegido por el mismo» [197]. En todo caso, habría que «hablar de la creación de un riesgo relevante para los tipos de autoría (riesgo inmediato o directo) y la creación de un riesgo relevante para los diversos tipos de participación (riesgo mediato o indirecto), y así determinar cuál es el riesgo relevante para cada modalidad de participación en el hecho criminal»[198].

De acuerdo con este concepto restrictivo de autor (del tipo de autoría) del que se parte, la conducta de todo partícipe (inductor, cooperador necesario, cómplice) no es penalmente relevante hasta que el autor comienza a ejecutar el tipo; es decir, llega al estadio de tentativa. Hablamos que la punición del partícipe depende de que el autor llegue a comenzar la ejecución típica (la denominada por un amplio sector de la doctrina accesoriedad cuantitativa, razón por la que puede que al desvalor de la conducta del autor vaya unido el desvalor de una serie de conductas que hayan facilitado, favorecido o motivado su actuación. Es en este ámbito donde debe ser ubicada la problemática de la «prohibición de regreso» como intento de buscar una limitación normativa a esa forma de responsabilidad penal accesoria»[199].

En todo caso, como lo señala Caro, «solo de una manera subsidiaria podrá surgir una responsabilidad penal para quien actúa neutralmente en los supuestos que el aporte neutral favorezca una situación de peligro a un

---

(196) García Conlledo. *La autoría en Derecho penal*. Barcelona, 1991, p. 306.

(197) Feijoo Sánchez, Bernardo José *Op. cit.*, p. 342.

(198) Lopez Peregrin considera en ese sentido que «el riesgo creado por la complicidad es, por ello, un riesgo de favorecimiento de la realización del hecho principal, en la medida en que la conducta del cómplice sea idónea para elevar las probabilidades de éxito del autor. López Peregrin, M. Carmen. *La complicidad en el delito*. Valencia, 1997, p. 232.

(199) Feijoo Sánchez, Bernardo José. *Op. cit.*, p. 346.

tercero o a la colectividad, que pueda entenderse como una infracción de un *deber de solidaridad mínima*, que se expresaría como un delito de omisión de auxilio u omisión de denuncia»[200].

11.5. Coautoría e imputación objetiva

La comisión de un delito exige necesariamente, y por sobre todo, la existencia de un responsable llamado autor, aunque no siempre en la comisión de un delito interviene una sola persona[201]; puesto que en un mismo hecho punible pueden participar varias personas. Sin embargo, cuando el delito es producto de un colectivo de sujetos, se suscita un doble problema: por un lado, hablamos de la aportación material por parte de los concurrentes y, en segundo lugar, lo que se refiere a la clase de responsabilidad que contraen cada uno de ellos, de modo que aparecerán otras figuras como el autor directo, mediato, coautor, instigador y cómplice[202]. Hablamos de una serie de deficiencias en materia de autoría y participación que muestran un ámbito amplio de vacíos y situaciones nada claras. «Todas las teorías planteadas durante su evolución han llegado en determinado momento a presentar deficiencias o vacíos que hacían que la teoría vigente se agote en un punto sin solución»[203].

Como lo refiere Corcino[204], los problemas que se presentan en materia de autoría y participación parten en principio porque la intervención delictiva es concebida erróneamente como una forma de autoría individual, utilizando para la imputación de un comportamiento reglas tradicionales como el concepto de causalidad, dolo y decisión común del hecho, ello en atención a que aún hasta la actualidad en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial, el dominio del hecho sigue siendo criterio determinante para fundamentar la

---

(200) CARO, John. Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales. *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, N.° 5, 2004, p. 105.

(201) GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2008, p. 555.

(202) CORCINO BARRUETA, Fernando. *Coautoría, imputación objetiva y semántica social*. Urs. Kindhauser. POLAINO-ORTS, Miguel y CORCINO BARRUETA, Fernando. *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*. Lima: Editorial Grijley, p. 86.

(203) Ibídem, p. 87.

(204) Ibídem, p. 88.

imputación delictiva, cuando por el contrario debe entenderse que «la atribución normativa es de mayor jerarquía que el dominio», el cual en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva(205).

En esta misma perspectiva, Corcino establece que «figuras como la del *autor intelectual* encierra dificultades de comprensión bajo la denominación del jefe de una banda o de quien ejerce el dominio del aparato organizado de poder en algunos casos o de instigador en otros»(206). Todo ello, a decir de Jakobs, porque «la dogmática tradicional ha circunscrito el sentido de la intervención delictiva a la autoría individual en vez de asumir la tarea de descifrar la semántica de la actuación conjunta»(207).

11.6. Imputación a la víctima

Como lo refiere García Cavero(208), «la figura de la víctima ha estado presente en las construcciones jurisprudenciales y doctrinarias del derecho penal desde hace mucho tiempo». Se habla de un «redescubrimiento de la víctima», en tanto que en el marco de la dogmática penal esta tendencia debe entenderse más bien como el descubrimiento de la utilidad que la teoría de la imputación objetiva tiene en la solución de la problemática del comportamiento de la víctima. Sin embargo, monografistas como Tamarit Sumalla(209), en el plano metodológico y dogmático, considera que no parece conveniente extrapolar directamente las conclusiones de la victimología al plano dogmático, sobre todo, cuando parece que se trata de conclusiones parciales sin visos de generalidad y, especialmente, si se tiene en cuenta que no se debe confundir la descripción de un fenómeno con su propia valoración.

En su monografía *Conducta de la víctima y su imputación objetiva en el derecho penal*, Cancio Melia(210) parte prácticamente del punto de llegada de la monografía de Tamarit Sumalla; aunque no haya podido tener en cuenta dicha

(205) JAKOBS, Gunther. *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 90.

(206) JAKOBS, Gunther, *Op. cit.*, p. 88.

(207) *Loc. cit.*

(208) GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. cit.*, p. 346.

(209) FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Op. cit.*, p. 447.

(210) Ibídem, p. 450.

monografía, profundizando en algunas cuestiones que en esta habían quedado planteadas. Su trabajo tiene como objeto de estudio la introducción de la figura de la víctima en el contexto de la valoración normativa del comportamiento del autor, especialmente, en determinar si la conducta de la víctima puede resultar relevante para constatar si siquiera existe una conducta típica.

Cancio(211) «rechaza con buenas razones las soluciones que se han propuesto sobre el particular dentro de la dogmática del delito imprudente la idea del consentimiento, la solución basada en una distinción entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, aunado a los criterios desarrollados por la victimodogmática o el denominado principio victimológico, que lleva a cabo el tratamiento de la víctima en el sistema de imputación objetiva»(212).

XII. CONCLUSIONES

El origen de la teoría de la imputación objetiva, interpretada a lo largo de los años a través de diferentes autores, parte de la premisa de que su propio contenido está vinculado con una concepción del hecho como unidad de acción, y sus consecuencias dominadas en el presente caso por la voluntad que en gran medida supera la relación de causalidad (Larenz); mientras que otras versiones señalan (Honing) que la imputación objetiva se construye básicamente sobre el concepto de evitar un resultado, en tanto que fundamenta la responsabilidad en la acción como en la omisión. En todo caso, las interpretaciones de la imputación objetiva —y otras con iguales connotaciones y apreciaciones distintas y con sus características propias (Roxin)— conciben casi en términos exclusivos y con una mayor o menor certeza que existe una estrecha e inseparable vinculación entre conducta, voluntad, normatividad y resultado.

(211) *Loc. cit.*

(212) *Loc. cit.*

Este libro se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL
<ediciongrijley@gmail.com>,