



PARTE I

PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**CENTRO DE ESTUDIOS EN
DERECHO PENAL**

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE SAN
MARTÍN DE PORRES**

PROBLEMÁTICA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PARTE I

Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP)
Facultad de Derecho
Universidad de San Martín de Porres



Felipe Villavicencio Terreros
(Director)

Magaly Elizabeth López Arenas
(Coordinadora)

Christian Max Luyo Clavijo
Wendolynne Lidia Villalba Cerna
Juan Víctor Arias Jiménez
Renzo Dante Mendoza Urrutia

INDICE

PRESENTACIÓN	7
El estado actual de la teoría del dominio del hecho en la determinación de la autoría y la participación en los delitos funcionariales.....	9
Introducción	10
I. Teoría del dominio del hecho	12
II. Teoría de infracción del deber.....	13
III. Delitos comunes vs. delitos especiales y delitos de dominio vs. delitos de infracción de deber.....	14
IV. Determinación de la autoría y participación en los delitos funcionariales	16
1. El cambio de paradigma en los delitos funcionariales.....	16
2. Naturaleza de los delitos funcionariales (artículos 382 al 394 del Código Penal). 18	
3. Jurisprudencia peruana	20
4. Teoría del dominio del hecho en la determinación de la autoría y participación en los delitos funcionariales.....	23
V. Conclusiones.....	27
Referencias.....	28
La relevancia penal de las deficiencias administrativas en los procedimientos de contratación pública. A propósito de la construcción de la prueba indiciaria en el delito de colusión.....	30
<i>Keywords: Collusion / Collusion agreement / Evidence / Indications / Alleviation of evidentiary standards / Administrative deficiencies / Public procurement.</i>	31
Introducción	31
I. El delito de colusión desleal en las contrataciones públicas	33

II. Los medios probatorios de naturaleza administrativa tendientes a la atribución de responsabilidad penal.....	44
III. La prueba indiciaria y su construcción	48
IV. Deficiencias en la construcción de la prueba indiciaria en el delito de colusión...	53
V. Conclusiones y recomendaciones	62
Referencias.....	63
El delito de cohecho pasivo en el ejercicio de la función policial como una expresión del populismo punitivo.....	65
Introducción	66
I. Consideraciones generales.....	66
I. La corrupción en la Policía Nacional del Perú	75
II. El populismo punitivo en los delitos contra la Administración Pública.....	76
III. Conclusiones	79
IV. Recomendaciones	79
Referencias.....	79
La teoría de la unidad del título de imputación en el delito de peculado	81
Introducción	81
I. Autoría y participación	82
II. Teoría del dominio del hecho	85
III. Teoría de la infracción de deber.....	88
IV. El delito de peculado.....	92
V. La exclusividad de la teoría de la unidad del título en el delito de peculado frente a determinadas teorías dogmáticas	97
VI. Conclusiones	100

VII. Recomendación.....	100
Referencias.....	101

PRESENTACIÓN

Durante el año académico 2018, los alumnos del Centro de Estudios en Derecho Penal (CEDP) de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres: Christian Max Luyo Clavijo, Wendolynne Lidia Villalba Cerna, Juan Víctor Arias Jiménez y Renzo Dante Mendoza Urrutia, desarrollaron diferentes temas en el marco de la *«Problemática de los delitos Contra la Administración Pública. Parte I»* que he tenido el honor de dirigir.

En anteriores publicaciones, los temas que más destacaron fueron los delitos funcionariales, lo que conllevó a que en esta presentación se abordaran únicamente aspectos relevantes de los delitos cometidos por funcionarios públicos, con el ánimo de motivar entre los alumnos integrantes del CEDP la formación de criterios personales sobre la materia. A continuación, presentamos los trabajos realizados.

Christian Max Luyo Clavijo presenta su contribución académica sobre *«El estado actual de la teoría del dominio del hecho en la determinación de la autoría y la participación en los delitos funcionariales»*. El autor analiza si la referida teoría posee utilidad para solucionar los problemas derivados de la autoría y participación en los delitos funcionariales, o si, por el contrario, se trata de una teoría superada por la teoría de la infracción del deber. Para luego evaluar, de esta última, su compatibilidad con el ordenamiento jurídico peruano.

A través del artículo denominado *«La relevancia penal de las deficiencias administrativas en los procedimientos de contratación pública. A propósito de la construcción de la prueba indiciaria en el delito de colusión»*, **Wendolynne Lidia Villalba Cerna** aborda el estado actual del tratamiento de las irregularidades o deficiencias administrativas en las contrataciones estatales como indicios suficientes para acreditar el delito de colusión. Considera necesario diferenciarlas claramente para determinar cuándo pueden originar una responsabilidad administrativa, civil y sobre todo penal a un funcionario o servidor público, haciendo énfasis en esta última debido a la ligereza en la utilización de esta disciplina como *prima ratio* en las contrataciones públicas.

Juan Victor Arias Jiménez, enfoca su investigación en el delito de cohecho pasivo en la función policial, recogido desde enero del año 2017 por los arts. 395-A y 395-B del Código Penal, a fin de identificar su incorporación como una clara muestra del populismo punitivo, ya que dichas conductas eran desde mucho antes reguladas y sancionadas por el art. 394 del Código Penal, que recoge el delito de cohecho pasivo impropio.

Por último, **Renzo Dante Mendoza Urrutia** aborda la teoría de la unidad del título de imputación y su versión antagónica, la teoría de la ruptura del título de imputación penal, a la luz de la modificación efectuada por el Poder Ejecutivo al artículo 25 del Código Penal. El autor concluye que su aplicación en los delitos de infracción del deber, como por ejemplo, el delito de peculado permite sancionar indefectiblemente al particular (*extraneus*), por el mismo delito atribuido al funcionario o servidor público.

En definitiva, cabe felicitar a los alumnos investigadores del Centro de Estudios de Derecho Penal (CEDP) a quienes agradezco por su iniciativa y constancia en la elaboración de sus respectivos artículos de investigación, los que fueron concluidos por su esfuerzo y dedicación personales.

Como en otras oportunidades, este resultado es producto de la excelente coordinación de **Magaly Elizabeth López Arenas** a quien expreso el reconocimiento y agradecimiento del CEDP. Nuevamente, estos aportes académicos reflejan el nivel de las investigaciones de naturaleza penal en nuestra Facultad de Derecho, el mismo que sigue en proceso de consolidación. Se recomienda que estas experiencias continúen y que se exhiban a la comunidad jurídica nacional.

La Molina, diciembre de 2018.

Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Felipe Villavicencio Terreros
Presidente del Centro de Estudios en Derecho Penal

**EL ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA
DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS
FUNCIONARIALES**

*The current condition of the theory of the domain of the fact in the determination of
authorship and participation in crimes committed by public officials*

Christian Max Luyo Clavijo

Bachiller en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú

christian_luyo@usmp.pe

Resumen: El presente artículo tiene por objeto analizar el estado actual de la Teoría del dominio del hecho, esto es, si aún es una teoría válida para determinar la autoría y la participación en el marco de los delitos funcionariales, o si por el contrario, es una teoría superada por la Teoría de la Infracción del Deber. Respecto a esta última teoría, cabe además analizar si la misma es compatible con nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Derecho penal / teoría del dominio del hecho/ teoría de infracción del deber / autoría / participación / delitos funcionariales.

Abstract: *The objective of this article is the fact that the Theory of the Domain of the fact, that is, whether it is a valid theory to determine the Authorship and Participation within the framework of operational crimes, or whether, on the contrary, it is a theory surpassed by The Theory of the Breach of Duty. Regarding this last theory, it is necessary to analyze if it is compatible with our legal system.*

Keyboard: *Criminal law / theory of the domain of the fact / theory of infraction of the duty / authorship / participation / official offenses.*

Introducción

Todos los tipos penales describen la conducta desplegada por el autor. Por ejemplo, cuando el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal señala que comete el delito de colusión aquel funcionario o servidor público que concierta con los interesados para defraudar al Estado, entidad u organismo que lo conforma, dicho funcionario o servidor público que cumple con los requisitos de tipicidad será considerado como autor del delito. Para atribuir responsabilidad por un hecho a título de partícipe se debe recurrir a las reglas contenidas en la parte general del Código Penal.

En la doctrina, y aún en la jurisprudencia, han existido opiniones contrapuestas respecto al título por el que debe responder el *extraneus* que interviene en la comisión de un delito especial propio, una de ella es que debe atribuírsele el mismo delito imputado al autor o, por el contrario, un tipo penal diferente, que no requiera de una cualificación especial.

Esta cuestión ha sido resuelta en el X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, a través del Acuerdo Plenario n.º 3-2016/CJ-116, cuyo asunto a debatir para concordar la jurisprudencia penal fue «La participación del *extraneus* en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito», donde, partiendo de una interpretación histórica del artículo 26 del Código Penal —cuyos efectos operan solo en la determinación de la pena concreta—, arribaron a que es posible la participación del *extraneus* en un delito especial propio, para el caso en particular al que estuvo dirigido, el delito de enriquecimiento ilícito.

Dicha toma de posición se vio favorecida por el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1361, que modificó el artículo 25 del Código Penal, agregando un tercer párrafo: «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 concurren en él».

Esta modificación, tal como se desarrolló en el Acuerdo Plenario n.º 3-2016/CJ-116, importó abogar por la tesis de la llamada «unidad del título de imputación», esto es, que

tanto los partícipes *extraneus* como los autores *intraneus* responden por el mismo delito. Sin embargo, obvió desarrollar un tema de vital importancia como es la operación precedente, esto es, cómo se determina quién es autor y quién partícipe en la comisión de un delito, siendo que, para efectos de la presente investigación, el tema central serán los delitos funcionariales.

Ante este problema tenemos dos opciones, las teorías más aceptadas en el medio y que cuentan con un gran número de adeptos: la *teoría del dominio del hecho* y la *teoría de infracción de deber*, la primera, de la escuela finalista del Derecho Penal, y la segunda, conforme a los postulados de la escuela funcionalista.

Sin embargo, nuestro Código Penal, anclado en bases finalistas, fundamenta la punibilidad en la vulneración o puesta en peligro de bienes jurídicos, a tenor del principio de lesividad, y emplea la teoría del dominio del hecho para delimitar entre autores y partícipes. Por tanto, estando a que en el medio actual diversos juristas abogan por la teoría de infracción de deber, cabe preguntarse, además, si dicha teoría es de recibo por la legislación nacional y nuestros principios imperantes. Entendemos que tanto el Derecho como la sociedad es cambiante, adecuado a las necesidades actuales, por lo que no cabe basarnos en nuestras fuentes finalistas para excluir nuevas teorías; por ello, cabe responder de modo residual qué elementos de esta teoría son compatibles con nuestro ordenamiento jurídico.

Partiendo de esto, arribamos a que el desarrollo de la presente investigación está enfocado a analizar si la teoría del dominio del hecho es adecuada para solucionar los problemas derivados de la autoría y participación en el marco de los delitos funcionariales, o si, por el contrario, es una teoría superada por la teoría de la infracción del deber. Respecto a esta última teoría, cabe además analizar si la misma es compatible con nuestro ordenamiento jurídico.

I. Teoría del dominio del hecho

La teoría del dominio del hecho, como toda construcción dogmática, se encuentra sujeta al desarrollo por parte de los juristas, de modo tal que muchas veces llega a ser divergente en sus postulados y contenido. Por ello, se marca distancia de su formulación inicial con Hans Welzel, debido a su cercanía con la teoría subjetiva, la misma que fundamenta la autoría en el *animus auctoris* presente en el agente y en el *animus socii* con que actúan los partícipes. Partiendo de ello, Hans Welzel encubre estos *animus* descritos bajo el velo de la teoría del dolo, la misma que no otorga suficientes garantías de definición de responsabilidades por los hechos cometidos; además de ser una teoría limitada por restringirse únicamente a los delitos dolosos.

El desarrollo de la teoría del dominio del hecho asumido, sigue los postulados de Claus Roxin, por considerarlos compatibles con nuestro ordenamiento jurídico. Así, el artículo 23 de nuestro Código Penal indica que «El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que los cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción», concibiendo de este modo las tres formas de autoría que se corresponden con los tres niveles del dominio del hecho desarrollados por Roxin: **i)** «El que realiza por sí (...)» se refiere a la autoría directa, correspondiente al dominio de la acción; **ii)** «El que realiza (...) por medio de otro» se refiere a la autoría mediata, correspondiente al dominio de la voluntad; y **iii)** «(...) los que lo cometan conjuntamente (...)» se refiere a la coautoría, correspondiente al dominio del hecho funcional.

La autoría directa es también denominada como inmediata o individual, dado que el agente comete el delito personalmente, realiza la conducta típica descrita en el tipo penal, ejecutando el verbo rector dentro del ámbito situacional descrito por la norma. Por otro lado, la autoría mediata o indirecta es «[a]quella donde el autor no realiza directa ni personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza» (Muñoz Conde, 2010, p. 435), v. gr. un inimputable o quien esté inmerso en error de tipo.

Finalmente, sobre el concepto y los requisitos de la Coautoría, parafraseando a Villavicencio Terreros (2006), tenemos que esta forma de autoría sucede cuando más de un sujeto interviene en la comisión de un delito, basados en la división del trabajo y el dominio funcional del hecho, ya que cada sujeto realiza un aporte que le otorga una fracción del dominio global.

II. Teoría de infracción del deber

En lo que refiere a la teoría de infracción de deber, partimos nuevamente del planteamiento de Claus Roxin, por ser él quien construyó esta categoría dogmática al advertir las falencias del dominio del hecho para atribuir responsabilidad a título de autor o partícipe en los delitos denominados de infracción de deber.

Siguiendo a Claus Roxin (2016), tenemos que en «los delitos de infracción de deber (...) no es el dominio del hecho lo que fundamenta la autoría, sino la infracción de un deber especial extrapenal» (p. 723), por lo que corresponde desentrañar cuál es la naturaleza de esta categoría, y a qué se hace referencia con el mentado «deber especial extrapenal».

Para ello, recurrimos a Sánchez-Vera Gómez-Trelles (2014), quien desarrolló este tema, indicando que:

[M]ás allá de la institución negativa, existe responsabilidad en virtud de otras instituciones, cuya nota principal es su positividad: ya no se trata de un no-dañar, sino precisamente de una actuar positivo, de un “sustentar”, “prestar ayuda” o de un fomento de la situación del bien jurídico en general, aun cuando no exista una organización previa de la que se deba responder. (p. 292)

Así pues, parte de una dicotomía entre deberes negativos/positivos que, desde una fuente filosófica, fundamentan las categorías jurídicas de delito de dominio/delito de infracción de deber. Esta concepción de deberes positivos encontró una primera objeción con la existencia del Estado Liberal de Derecho, críticas que caen en saco roto cuando analizamos los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos, pues

estos sujetos tienen un deber de salvaguarda, protección y fomento de la protección del bien jurídico protegido; esta es la razón principal para adherirse en sus bases filosóficas al planteamiento de este jurista.

No podemos pasar por alto el desarrollo dado por Günther Jakobs a la teoría de los delitos de infracción de deber, sin embargo, debemos tomarlo con pinzas y quizá, solo a efectos ilustrativos, por cuanto desarrolla las instituciones del Derecho Penal en base al denominado sistema funcionalista radical. Así, basándose en la filosofía kantiana, parte del *homo phaenomenon* y *homo noumenon*, el ser racional y el ser ideal, para arribar a la distinción entre persona e individuo. Lo señalado, junto con su sistema basado en la triada persona-sociedad-norma, constituye el punto de partida que defenestra el principio de lesividad, asumiendo que el Derecho Penal protege la vigencia de la norma, y no así bienes jurídicos, lo cual contradice de forma directa uno de los pilares de nuestro sistema penal.

III. Delitos comunes vs. delitos especiales y delitos de dominio vs. delitos de infracción de deber

Los tipos penales se clasifican atendiendo a diversos criterios. Para la presente investigación importa hacer mención a Pinedo Sandoval (2016), cuando refiere:

[L]a doctrina moderna establece una distinción material entre: delitos comunes de dominio/delitos especiales de dominio; delitos comunes de infracción de deber/delitos especiales de infracción de deber. Y, atendiendo a la propiedad o impropiedad de los delitos especiales, podríamos hablar de “delitos especiales propios de dominio”, “delitos especiales impropios de dominio”, “delitos especiales propios de infracción de deber” y “delitos especiales impropios de infracción de deber”. (p. 24)

Ordenando lo señalado, tenemos el siguiente esquema:

- Delitos comunes
 - Delitos comunes de dominio
 - Delitos comunes de infracción de deber
- Delitos especiales
 - Delitos especiales de dominio
 - Delitos especiales propios de dominio
 - Delitos especiales improprios de dominio
 - Delitos especiales de infracción de deber
 - Delitos especiales propios de infracción de deber
 - Delitos especiales improprios de infracción de deber

Habida cuenta la clasificación enunciada, cabe preguntarse si la misma encuentra asidero con los tipos penales contenidos en la parte especial de nuestro Código Penal y, principalmente, si presenta coherencia interna, atendiendo a que sintetiza tipos penales que tienen fundamentos distintos.

Una primera postura podría ser estar en contra de esta clasificación, por cuanto los tipos penales descritos presentan fundamentos disímiles, por cuanto el binomio delito común/delito especial, toma como criterio de distinción al sujeto que comete el delito; un delito común puede ser cometido por cualquier individuo, sin necesidad de que concurren en cualidades especiales, las que sí son necesarias en los delitos especiales, que a su vez se subdividen en delitos especiales propios, cuando esta cualidad especial fundamenta la punibilidad, y delitos especiales improprios, cuando la agrava, es decir, subyace en ellos un delito común.

Y que, por el contrario, la dicotomía delito de dominio/delito de infracción de deber, tal como lo vimos en Sánchez-Vera Gómez-Trelles, se fundamenta en el deber infringido por el agente, sea que se haya vulnerado la institución negativa o sea que haya faltado a la institución positiva.

Sin embargo, por nuestra parte no sostenemos que dichas categorías sean excluyentes entre sí, toda vez que son convergentes e incluso se erigen como requisito previo, tal como

veremos en el apartado IV.2 del presente trabajo, por lo que el esquema de estas modalidades delictivas tendría que ser el siguiente:

- Delitos Comunes
- Delitos Especiales:
 - Delitos especiales de dominio
 - Delitos especiales de infracción de deber

 - Delitos de Especiales propios
 - Delitos especiales impropios

Esto es, que un delito puede ser clasificado como delito común o delito especial. Si estamos ante un delito especial, puede ser clasificado de dos maneras: Como delito de dominio o delito de infracción de deber, y como delito especial propio o delito especial impropio.

IV. Determinación de la autoría y participación en los delitos funcionariales

1. El cambio de paradigma en los delitos funcionariales

El Derecho es una ciencia social, y por lo tanto no se encuentra inafecto a los cambios que operan en la sociedad, cambios que surgen principalmente, por las necesidades que surgen en su seno. La sociedad requiere solucionar un determinado problema y por ello mueve y modifica todos sus elementos, uno de estos elementos es el ordenamiento jurídico que rige en un determinado tiempo y espacio; este plexo normativo no sólo lo constituye el conjunto de normas dadas por los órganos competentes, sino también los criterios de aplicación que nacen a partir de tener que interpretar dichas normas. Por ello, cuando la sociedad ve la necesidad de modificar su componente jurídico a fin de solucionar determinado problema, lo hace modificando sus normas jurídicas y/o criterios de aplicación. Este segundo supuesto se presentó en Perú a inicios de la década pasada.

La Teoría del dominio del hecho ha sido la postura dominante desde su formulación por Hans Welzel en el año de 1939 y posterior desarrollo con Claus Roxin en el año de 1963

con el libro “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”, superando a las teorías objetivo-formal y objetivo-material. Como ya se ha detallado, con esta teoría se resuelve la triada Autoría directa, Inmediata y Coautoría; además, cabe agregar que resuelve los problemas derivados de los delitos por omisión.

Mediante el Dominio se determinó la autoría y participación dentro de los delitos conformantes del Derecho Penal Clásico, aquellos en los que se protegen bienes jurídicos individuales, v. gr. homicidio, lesiones, robo, entre otros; sin embargo, empezó a mostrar sus falencias frente a delitos que protegen bienes jurídicos menos tangibles, sobre todo aquellos cuya exigencia típica prevé un sujeto activo con un rol determinado, con una obligación que sólo a este le incumbe, tal como ocurre en el caso de los Delitos Funcionariales.

Estas falencias se hicieron notar en sede nacional, con todos los procesos que se iniciaron luego del derrumbe de la dictadura de fines del siglo pasado, principalmente aquellos casos en que un funcionario o servidor público cualificado cometía el delito en concierto con sujetos que no ostentaban dichas prerrogativas, siendo así, ¿cómo condenarlos a título de cómplices? La otra opción era condenarlos por el delito correlativo al delito funcional, entendiéndose, hurto el cómplice de un autor que cometió peculado; sin embargo, al no existir un autor de hurto, se violaba en principio de accesoriedad.

Así, fue gracias a la doctrina que, haciendo uso de las teorías de Unidad del título de imputación y Accesoriedad de la participación, y de la mano de los Delitos de infracción de deber, se pudo dar solución a este tipo de problemas, incluso a aquellos casos en que un sujeto especial hacía uso de un sujeto no cualificado, dado que, en palabras de Salinas Siccha (2014):

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 sólo cómplice (por carecer de la cualificación típica). [e]l *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. (p. 16)

2. Naturaleza de los delitos funcionariales (artículos 382 al 394 del Código Penal)

Aplicamos lo descrito en el apartado III del presente trabajo y planteamos la siguiente pregunta: ¿A qué modalidad delictiva pertenecen los delitos funcionariales? Para efectos del presente trabajo abordaremos los delitos de los artículos 382 al 394 del Código Penal, por ser aquellos que tienen mayor incidencia en la realidad nacional.

Frecuentemente se afirma que estamos ante delitos especiales y/o delitos de infracción de deber. Muchos autores en nuestro medio usan ambas categorías indistintamente para definirlos. Nuestro planteamiento dista de ellos, por cuanto sostenemos que un delito debe ser previamente especial, para ser considerado delito de infracción de deber. Analicemos para ello algunos de los delitos funcionariales, por ser estos nuestro objeto de investigación.

Todos los delitos previstos en los artículos 382 al 394 del Código Penal señalan que el sujeto activo debe tener la condición de funcionario o servidor público, esto es, requieren de un agente cualificado, por lo adquieren la calidad de especiales, ya que una persona que no reúna estas características no podrá ser considerado autor de ellos.

Ahora bien, estos delitos son a su vez delitos de infracción de deber, toda vez que el agente infringe un deber extra-penal, un deber que tiene para con la Administración Pública y que nace precisamente de su condición de funcionario o servidor público. Verdad de Perogrullo es que, si el sujeto no tuviera tal condición, dicho deber especial no existiría.

Planteamos otra pregunta: ¿Podrían los tipos penales analizados, ser delitos de infracción de deber y no delitos especiales? Ya se explicó, no pueden ser. Ahora planteemos la pregunta inversa: ¿Podrían los tipos penales analizados, ser delitos especiales y no delitos de infracción de deber? Para ello analicemos los tipos penales en mención.

Es frecuente que en sede nacional se haga referencia a “delitos especialísimos”, esto es, aquellos delitos en que no basta con que el sujeto activo sea funcionario o servidor público, sino además, que tenga un determinado vínculo funcional. Esto es más evidente en el delito

de Peculado, del que autores como Salinas Siccha (2014) señalan que «[n]o estamos ante un delito especial, como señala la doctrina, sino que se trata de un delito especialísimo» (p. 340); y como Rojas Vargas (2016), quien afirma que:

[s]er funcionario servidor público no es suficiente condición de tipicidad para que se realice el delito. En efecto, si un funcionario no vinculado funcionalmente con los caudales se los apodera, no estará cometiendo peculado sino sencillamente hurto común o, de ser el caso, apropiación ilícita. (p. 240)

Este “delito especialísimo” nace de la misma norma, dado que hay tipos penales que requieren algo más que la cualificación del agente. En el caso del Peculado, previsto en el artículo 387 del Código Penal, requiere que al sujeto activo, además de ser funcionario o servidor público, se le haya confiado por razón de su cargo los bienes que habrá de apropiarse o utilizar. Sin embargo, este “delito especialísimo” es en realidad un delito especial en el que subyace un delito de infracción de deber, toda vez que la relación funcional que tiene con los bienes del estado es el deber extrapenal del agente.

Y esto se presente no sólo en el delito de Peculado, sino en otros tipos penales. Veamos algunos de ellos:

- El delito de Concusión, previsto en el artículo 382 del Código Penal, castiga al funcionario o servidor público que obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro un bien o un beneficio patrimonial, siempre que para esto haya abusado de su cargo.
- El delito de Colusión, tipificado en el artículo 384 del Código Penal, pune la conducta del funcionario o servidor público que en el marco de un proceso de contratación del Estado y en detrimento de este, concierta con los sujetos interesados. Sin embargo, la intervención del sujeto público debe ser en razón de su cargo.

- El delito de Patrocinio Ilegal, previsto y sancionado en el artículo 385 del Código, requiere para su configuración, que el funcionario o servidor público se haya valido de dicha calidad, para patrocinar intereses particulares ante la Administración Pública.
- El delito de Cohecho Pasivo Propio, tipificado en el artículo 393 del Código Penal, se configura cuando el funcionario o servidor público acepta o recibe algún beneficio, a fin de realizar y omitir un acto en violación de sus obligaciones, o cuando las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas.

Como se puede deducir de la lectura de estos tipos penales, no sólo se requiere que el sujeto reúna la calidad de funcionario o servidor público, si no que dicho sujeto debe ejecutar la conducta infringiendo el deber extrapenal que le ha sido otorgado, en estos casos, por el derecho administrativo. No estamos simplemente ante delitos especiales, sino ante delitos especiales de infracción de deber.

Recordemos lo desarrollado en el apartado II del presente trabajo, pues citamos a Sánchez-Vera Gómez-Trelles para fundamentar la parte filosófica de los delitos de dominio / delitos de infracción de deber. Señalamos que el deber infringido en este último es de naturaleza positiva, siendo que, para el caso concreto de los delitos funcionariales, se traduce en un deber de salvaguarda, protección y fomento al bien jurídico denominado Administración Pública. Caso contrario ocurre con los delitos de dominio, donde la infracción opera sobre un deber negativo, el deber general de todo ciudadano de no hacer daño a otro: Si este deber es infringido por un sujeto cualificado, estaremos ante la comisión de un delito especial de dominio, sin embargo, estos se encuentran fuera del ámbito de análisis del presente trabajo.

3. Jurisprudencia peruana

La línea jurisprudencial peruana, en torno a la problemática de la autoría y participación en los delitos funcionariales, decantó a favor de la Teoría de la Infracción de deber. Tal como lo expusimos en el apartado IV.1 del presente trabajo, los tribunales de justicia advirtieron las *falencias* de la teoría del dominio del hecho para la determinación de responsabilidad en

los delitos contra la Administración Pública, tratando, particularmente, de resolver la problemática del partícipe *extraneus* en este tipo de delitos.

Así, de la mano de las teorías de Unidad del Título de Imputación y la Accesoriedad de la participación, los tribunales peruanos se adhirieron a la Teoría de la Infracción de deber para atribuir responsabilidad en la comisión de delitos funcionariales. Al respecto, cabe recordar expuesto en los numerales 9 al 12 del Acuerdo Plenario No. 2-2011/CJ/116, que parte haciendo una distinción entre dos tipos delitos: aquellos que “[r]equieren un dominio del autor para su construcción”, y los que “[s]e forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor” (fundamento jurídico No. 9), con lo que distingue entre los delitos donde se verifica que el autor ostenta el dominio del hecho, y aquellos centrados en determinar una situación institucional antes que fáctica, esto es, en el marco de los delitos analizados, los deberes que tiene para con el Estado.

En lo que se refiere a la participación, este Acuerdo plenario señala que: “[s]e admite la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice” (fundamento jurídico No. 11), bajo el imperio de la Tesis de la unidad del título de imputación. De este modo, agrega que:

[S]erán partícipes los que si infringir el deber, formen parte del hecho referido a la infracción del deber –el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única-. [L]o expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor. (Fundamento jurídico 12)

Con lo expuesto se aprecia que, además de la bifurcación entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber, respecto a estos últimos, la jurisprudencia nacional ha sido uniforme en sostener que se basa en la infracción de un deber especial, siendo que el sujeto que ostenta dicho deber habrá de ser considerado autor. Dado que esta lesión se traduce en el mundo óntico en un hecho determinado, concreto, identificable en coordenadas de tiempo, espacio y circunstancias, se concluye que todas aquellas personas que coadyuven a

esta persona a cometer el delito, pero que no tengan este deber especial, serán considerados cómplices del delito cometido.

Tomamos este Acuerdo Plenario como base jurisprudencial por su carácter vinculante y porque resume lo dictado por diversos órganos jurisdiccionales, pronunciamientos que han fungido como parámetros de aplicación normativa. Sin embargo, no podemos dejar de lado otros pronunciamientos relevantes:

- a. La comisión de un delito funcional no impide la atribución de responsabilidad a los terceros que, aun siendo *extraneus*, puedan intervenir en su ejecución¹.
- b. Un mismo hecho no puede tener dos calificaciones jurídicas diferentes, por lo que autores y partícipes habrá de responder por el mismo delito, y no en uno homologable².
- c. Dado que el *extraneus* en un delito funcional no tienen cualidad exigida por el tipo, no puede ser autor material del mismo, dado jurídicamente la participación o goza de autonomía propia³.

¹ Ejecutoria Suprema del 15 de mayo de 2002, Exp. n.º 293-2002, Lima: Que, en cuanto a la ausencia de tipicidad que alega el procesado respecto a su persona, por no tener la calidad de funcionario público, es de aplicación al caso el artículo 25 del Código Penal, que recoge el principio de accesoriadad limitada, al disponer que los cómplices que dolosamente presten auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, serán reprimidos con la pena prevista para el autor; que, teniendo en cuenta además que los delitos cometidos por funcionarios públicos, pueden ser perpetrados con el auxilio de particulares y en este caso, no es dable excluir la conducta de estos particulares del tipo especial, dado que solamente son comunicables las cualidades personales o materiales referidas a la culpabilidad o la punibilidad, es decir, a las características personales o materiales referidas al hecho, siendo aplicable por lo tanto el principio de accesoriadad.

² Ejecutoria Suprema del 14 de enero de 2003, R.N. No. 3203-2002, Lima: 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 partícipes, debe ser enmarcada en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un tipo penal homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación del título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriadad limitada.

³ Ejecutoria Suprema del 11 de octubre de 2004, R.N. No. 375-2004, Ucayali: El tipo penal previsto en el artículo 387 del Código sustantivo es un delito especial, que exige como elemento constitutivo para la configuración del tipo penal, una determinada cualidad del agente, lo que conlleva establecer que la esfera de los autores está limitada (no está abierta a cualquiera) a determinados sujetos, siendo el bien jurídico tutelado en este tipo penal lesionado, por la conducta de los funcionarios o servidores públicos, desde adentro, es decir,

4. Teoría del dominio del hecho en la determinación de la autoría y participación en los delitos funcionariales

Todo lo desarrollado permite arribar a una conclusión sobre el estado actual de la Teoría del dominio del hecho: mantiene plena vigencia para atribuir responsabilidad en los delitos de dominio, pero ya fracasado en lo que refiere a los delitos de infracción del deber, donde opera la teoría del mismo nombre. Las críticas esgrimidas se centran en que genera vacíos de punibilidad, la cuales son suplidas por la Teoría de la infracción del deber.

Los delitos funcionariales son, precisamente, el paradigma de superación de la Teoría del dominio del hecho, donde prima el deber especial extrapenal que ostenta determinado sujeto, quien habrá de responder como autor del delito; y, quienes coadyuven a la comisión de *su* delito (pues el hecho es del autor), serán considerados como autores. Refieren los críticos que, en estos casos no basta el dominio del hecho, pues su insuficiencia se manifiestas en los casos de **a)** el *intraneus* que no ostenta el dominio del hecho, **b)** el *intraneus* que se vale de un tercero para cometer el delito, **c)** la intervención de sujetos particulares, y **d)** el *extraenus* que ejecuta al delito y tiene el dominio del hecho.

Los críticos refieren que la Teoría de infracción del deber soluciona estos supuestos, dado que el sujeto a quien le atribuyen el deber especial y que lo infringe, será considerado autor de su hecho, al margen de si tuvo o no el dominio del hecho o incluso si fue un tercero quien ejecutó el hecho, pues este dominio deja de ser relevante en este tipo de delitos. Sin embargo, creemos que estas afirmaciones pasan por alto dos cuestiones: Nuestro

por los *intraneus*. Consecuentemente, el particular, al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración de la conducta típica de la conducta, gozar de la calidad de funcionario o servidor, no puede ser autor material del delito de peculado. El Código Penal respecto a 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 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 corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas extrañas que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal cualificación. Esta cualificación no se exige para el cómplice pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquel determinar a otro a obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, habiéndose establecido en la doctrina respecto que en los delitos especiales en tanto que no se describe, o no solo se describe, el alcance de ámbito de organización, sino un estatus de autor, las expectativas de comportamiento conforme a Derecho se determinan también a través del titular del deber. En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder en segundo término y por tal solo limitadamente.

ordenamiento jurídico y la configuración que se le puede dar a la teoría del dominio del hecho dentro de nuestro plexo legal.

Así, estamos ante un Código Penal anclado en bases finalistas, lo cual no limita que podamos acoger nuevas teorías, sin embargo, ello debe hacerse con sumo cuidado de no contravenir nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, las corrientes funcionalistas no resultan del todo acorde a nuestro plexo normativo, que fundamenta el delito en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, a tenor del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.

Por su parte, el artículo 23 hace la distinción entre autoría directa, mediata y coautoría, siendo que la Teoría de la infracción del deber sólo admite la autoría directa, tal como lo explica Salazar Sánchez (2007):

Los deberes institucionales son directos y personales, es decir, no se pueden delegar ni compartir. Por eso, su quebrantamiento también es de la misma naturaleza, esto es, sólo puede realizarlo el *intraneus*. En esa línea, en los delitos de infracción de deber, no tienen cabida la autoría mediata ni la coautoría, porque si los deberes positivos especiales no se pueden delegar ni compartir, entonces la infracción no se puede realizar de manera mediata ni compartida. (p. 575)

Además, el artículo 25 del Código Penal, pese a la incorporación de su tercer párrafo, mantiene la distinción entre complicidad primaria y secundaria, propia del dominio del hecho y que también es irrelevante para la Teoría del Infracción del deber, que considera bajo la etiqueta de “cómplices” a todos los intervinientes *extranei*.

Lo expuesto, limita desde el ámbito normativo la aplicación sin más de la teoría en mención. Aunado a ello, respecto a la configuración que se le puede dar a esta teoría, acogemos la opinión de Peña-Cabrera Freyre (2016), quien señala que:

Es fundamentalmente el dominio funcional del hecho lo que produce el acceso normativo y fáctico que sustenta el desvalor de los injustos

funcionariales, haciendo posible que el partícipe (particular o funcionario no cualificado) acceda a esta institución, lógicamente en menor grado y de forma accesoria, en comparación al sujeto público cualificado. (p. 111)

Con lo que se desprende, a opinión del autor citado, que para sustentar la participación del *extraneus* (y del *intraneus* no cualificado) en los delitos funcionariales en mención, es suficiente con el dominio funcional del hecho, propio de la Teoría del dominio del hecho, por lo que no haría falta recurrir a la Infracción del Deber, más aún, señala que:

El afinamiento doctrinario que implica la tesis de la infracción del deber toma senderos equivocados al enmarcarse en la ideología tecnocrática del funcionalismo, cuya metodología cae en círculos vagos e imprecisos, al ir más allá de la ley, influenciando la dogmática penal con valores acuñados en otros ámbitos de la ciencia, y contraponiendo al Derecho Penal y la política criminal (p. 110).

Toda teoría requiere ser adecuada para su aplicación, no podemos adoptarla tal como fue elaborada, más aún si tomamos en cuenta que provienen de corrientes extranjeras que fueron construidas en un contexto espacio-temporal distinto al nuestro, y cuyas normas jurídico-penales que sirvieron de base para su creación son también distintas. Nuestro Código Penal tiene bases finalistas, y fue diseñado para la aplicación de la Teoría del dominio del hecho en cuanto determinación de autores y partícipes se trata.

Sin embargo, esta teoría debe ser entendida de la mano de uno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, esto es, el principio de lesividad. Es autor quien ostenta el dominio, sea de la acción, de la voluntad o funcional, pero el dominio de una conducta que busca lesionar o poner el peligro un determinado bien jurídico que, para el caso de los delitos analizados, es la Administración pública.

Por otro lado, es cómplice quien coadyuva a otro en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, distinguiendo, de acuerdo a la relevancia de su comportamiento, entre cómplice

primario o cómplice secundario. Esta conducta habrá de ser punible, aun siendo *extraneus*, porque el hecho cometido, si bien no era suyo, colaboró con la afectación al bien jurídico que la norma protege. Ello, debe entenderse de forma complementaria con la tesis de la Unidad del título de imputación, por la que un mismo hecho no puede tener dos calificaciones jurídicas diferentes, y la tesis de la Accesoriedad de la participación, pues la participación no es autónoma, sino que depende de la acción principal, la acción de autoría llevada a cabo por el *intraneus*.

Ahora bien, el punto problemático y que podría generar mayor discusión, es el referido a los casos en que el sujeto, *intraneus*, no ostenta el dominio del hecho, sino que se vale de un tercero para poder cometer el delito. Para estos casos ha de operar la autoría mediata (no contemplada en la Teoría de infracción del deber), por cuanto el sujeto se vale de un instrumento para perpetrar del delito, instrumento que no siempre ha de estar exento de responsabilidad, tal como lo desarrolló Roxin, en la Autoría mediata en aparatos organizados de poder.

Para hallar el fundamento en estos casos, debemos tener presente que estamos ante delitos especiales, donde el sujeto activo debe reunir las características descritas por el tipo penal, y a su vez, que son delitos de infracción del deber, pues no basta con la sola cualidad exigida, sino que, estos delitos funcionariales (como lo son el peculado, concusión, colusión, patrocinio ilegal o los cohechos) requieren que dicho sujeto deba ejecutar la conducta infringiendo el deber extrapenal conferido. Por tanto, el fundamento se determina en base a **i)** la cualificación del sujeto activo y **ii)** al deber especial que la ley le atribuye. Aquel individuo y sólo él, que reúna ambas características, podrá ser considerado autor en este tipo de delitos, y si se valiese de un tercero para cometer dicho delito, ambos habrían de responder por la existencia de un Dominio funcional adecuado al *extraneus*, que hace su conducta punible a título de partícipe, y el *intraneus* debe ser punido a título de autor.

V. Conclusiones

1. En el medio peruano, es usual que se haga la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber; los primeros de ellos son asociados a los delitos comunes, mientras que los segundos a los delitos especiales, principalmente, a los delitos especiales propios. Sin embargo, asemejar ambas clasificaciones de tipos penales no es metodológicamente correcto, dado que estos tienen fundamentos distintos. Así, los delitos de dominio y delitos de infracción del deber parten del deber infringido, mientras que los delitos comunes y delitos especiales es una clasificación basada en la cualificación del sujeto activo.
2. Además, es incorrecto afirmar que los delitos de infracción del deber son equivalentes a los delitos especiales; sin embargo, se puede afirmar que los delitos especiales pueden subclasificarse en delitos de dominio e infracción del deber, y delitos propios e impropios. Nuestro Código Penal, anclado en bases finalistas, se adhiere a la teoría del dominio del hecho para fundamentar la autoría y participación, más aún en los delitos funcionariales.
3. Finalmente, cabe señalar que la teoría del dominio del hecho no estaría tan desfasada en la determinación de la Autoría participación en delitos funcionariales; para ello, tenemos que considerar como fundamento estos dos elementos: **a)** la calidad del sujeto activo y **b)** al deber especial que la ley le atribuye, para determinar la autoría. En el caso que el autor *intraneus* cometa un delito funcionarial, valiéndose de un *extraneus*, ambos habrían de responder por la existencia de un Dominio funcional adecuado al *extraneus*, que hace su conducta punible a título de partícipe, y el *intraneus*, debe ser punido a título de autor.

VI. Recomendaciones

1. A nivel jurisprudencial, se recomienda la unificación de los criterios empleados por los tribunales para resolver cada caso en concreto. Así, es muy útil contar con un

acuerdo plenario o un precedente vinculante, respecto a los alcances artículo 2 del Decreto Legislativo 1361, que agregó un tercer párrafo al artículo 25 del Código Penal. Ello, a fin de contar con mayor predictibilidad en los fallos judiciales.

2. A nivel legal, *lege ferenda*, se recomienda la coherencia normativa del artículo 25 del Código Penal, toda vez que mantiene la tradicional división entre complicidad primaria y secundaria, producto de la Teoría del Dominio del Hecho, pero que es contraria a la Teoría de los delitos de infracción el Deber, para quien carece de todo sentido la bifurcación de la comlicidad. Ello, a fin de dotar de herramienta eficaces a los operadores del derecho para que resuelvan de manera coherente, los casos que la praxis muestra.
3. A nivel doctrinal, como función de la dogmática jurídico-penal, se recomienda un análisis exhaustivo de los fallos emitidos por los órganos jurisdiccionales, con posterioridad al artículo 2 del Decreto Legislativo 1361. Ello, a fin de determinar los criterios interpretación de la norma en mención, así como sus efectos.

Referencias

- Gálvez Villegas, T. A. (2017). *El delito de enriquecimiento ilícito*. (2ª ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Gómez Martín, V. (2014). Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal español. En: Robles Planas, R. (ed.). *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad* (pp. 99-229). Buenos Aires: B de F.
- Jakobs, G. (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas.

- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2016). La punibilidad de la participación del *extraneus* en el delito especial propio: la unidad en el título de la imputación. *Gaceta Penal & Procesal Penal* (89). Lima: Gaceta Jurídica.
- Pinedo Sandoval, C. (2016). El enriquecimiento ilícito como delito especial de infracción de deber y el problema de la impunidad del *extraneus*: a propósito de la Casación n.º 782-2015. *Gaceta Penal & Procesal Penal* (89). Lima: Gaceta Jurídica.
- Roxin, C. (2016). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. (9ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J. (2014). Delito de infracción de deber. En: Robles Planas, R. (ed.) *La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad* (pp. 288-316). Buenos Aires: B de F.
- Villa Stein, J. (2014). *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Ara Editores.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley.

**LA RELEVANCIA PENAL DE LAS DEFICIENCIAS ADMINISTRATIVAS EN
LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. A PROPÓSITO DE
LA CONSTRUCCIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN EL DELITO DE
COLUSIÓN**

*The penal relevance of administrative deficiencies in the procedures of public contracts.
About the construction of the evidence for indications in the crime of collusion*

Wendolynne Lidia Villalba Cerna

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú

wendolynne_villalba@usmp.pe

Resumen: La valoración de las solas irregularidades administrativas para acreditar un acuerdo colusorio en el delito de colusión desleal es una tendencia muy utilizada en la jurisprudencia nacional, sin embargo, la misma adolece de falta de motivación, generando con ello dificultades al momento de diferenciar si corresponde atribuir en un caso concreto una responsabilidad administrativa o penal.

Palabras clave: Colusión desleal / Acuerdo colusorio / Prueba indiciaria / Indicios / Aligeramiento de estándares probatorios / Deficiencias administrativas / Contratación pública.

Abstract: *The assessment of the single administrative irregularities to accredit a collusive agreement in the crime of collusion is a very popular trend in national jurisprudence, however, it suffers from lack of motivation, thereby generating the difference in the time to differentiate if it has attribute in a specific case an administrative or criminal responsibility.*

Keywords: *Collusion / Collusion agreement / Evidence / Indications / Alleviation of evidentiary standards / Administrative deficiencies / Public procurement.*

Introducción

La contratación pública es una materia de gran interés en nuestro ordenamiento jurídico peruano, no solo por la naturaleza de su procedimiento administrativo especial, regulado mediante la Ley de Contrataciones del Estado, Ley n.º 30225 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, sino también por su finalidad, la satisfacción de una necesidad, que permita el cumplimiento de los fines públicos y una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Al efectuarse dichas contrataciones con recursos del Estado, los funcionarios y servidores públicos que intervengan directa o indirectamente en las mismas, deberán velar que los procedimientos de selección, así como la ejecución de sus contratos se realicen bajo las mejores condiciones de precio y calidad, optimizando los recursos públicos para el cumplimiento de sus objetivos y la finalidad de sus contrataciones.

Es decir, el funcionario o servidor público que intervenga en las contrataciones estatales no solo tendrá el deber de velar por la realización de los procedimientos de selección según la normativa que lo regula, también deberá actuar conforme a la normativa que regula su función, como es el caso de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley n.º 27815.

Además, deberá realizar sus funciones en cumplimiento de los actos de administración interna de cada Entidad, donde se establecen las funciones generales y específicas de cada funcionario o servidor público, como son las Leyes o Reglamentos de Organización y Funciones (LOF o ROF), Directivas, Estatutos, entre otros.

Según lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado, los funcionarios y servidores públicos que intervengan en los procedimientos de selección por

o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule, son responsables en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación y conducir el procedimiento de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión, de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las normas aplicables y de los fines públicos de cada contrato.

Es decir, que de producirse alguna irregularidad en la contratación pública, se determinarán las responsabilidades administrativas, civiles o penales a funcionarios o servidores públicos intervinientes, de corresponderles. Por ende, es necesario diferenciar claramente cuando se origina una responsabilidad administrativa, civil y sobre todo penal a un funcionario o servidor público, haciendo énfasis en esta última debido a la ligereza en la utilización del Derecho Penal como *prima ratio* en el ámbito de la contratación pública, ya que si bien es cierto, las contrataciones del estado son consideradas una materia sensible debido a los recursos públicos utilizados para su financiamiento, así como la finalidad pública de dichas contrataciones y que las mismas se encuentran destinadas a satisfacer las necesidades de la colectividad.

Sin embargo, el Derecho Penal debe ser considerado como último mecanismo de control social formal utilizado por el Estado, conforme los principios de fragmentariedad, subsidiaridad y *última ratio*. Asimismo, para la determinación de esta responsabilidad, se deberá acreditar cada uno de los elementos típicos de un determinado delito, así como el ámbito probatorio de los mismos.

Es más, de la revisión de numerosos pronunciamientos judiciales, se ha podido evidenciar que existe una falencia al realizar la diferenciación de una responsabilidad administrativa con la configuración de la comisión de un delito en el ámbito de la contratación pública; ya que, como tendencia mayoritaria, se considera que la concurrencia de irregularidades administrativas son medios probatorios idóneos para determinar la configuración delictiva en el ámbito de la Administración Pública, tendencia que impide diferenciar si en una

contratación pública donde se han originado diversas irregularidades, corresponderá la configuración de una responsabilidad administrativa y penal.

Según la tendencia asumida por los órganos jurisdiccionales nacionales en la configuración de ciertos delitos contra la Administración Pública en el ámbito de las contrataciones y, especificando en un delito en concreto, en el delito de colusión desleal, tipificado en el artículo 384 del Código Penal, se fundamenta que la concurrencia de diversas irregularidades administrativas son medios probatorios idóneos para acreditar la realización de un acuerdo colusorio, originándose un aligeramiento de los estándares probatorios en el proceso penal del referido delito.

Por ello, en el presente artículo se analizará, desde un enfoque penal, y sobre todo procesal, la tendencia asumida por los órganos jurisdiccionales en la motivación de la configuración del delito de colusión desleal, partiendo como indicio, la utilización de diversas irregularidades administrativas en las contrataciones públicas como medio probatorio de la realización de un acuerdo colusorio, con la finalidad de determinar si esta tendencia es correcta o adolece de un defecto de motivación para la configuración de los elementos típicos del referido delito.

I. El delito de colusión desleal en las contrataciones públicas

1. Desarrollo legislativo

En primer lugar, previo análisis de la jurisprudencia nacional, se analizará el delito de colusión desleal, tipificado en el artículo 384 del Código Penal, aprobado por el D. Leg. n.º 635, desarrollando cada uno de sus elementos típicos necesarios para su configuración. Sin embargo, se partirá señalando sus modificaciones normativas.

El delito de colusión desleal ha tenido cinco modificatorias normativas desde su aprobación en el año 1991. Salinas Siccha (2011) comentando el texto original del artículo 384 señaló lo siguiente:

[E]n el plano político-criminal eran dos las particularidades del tipo penal de colusión que llamaban la atención. Por un lado, el aligeramiento de sus elementos constitutivos, en la medida en que la realización del tipo penal no requiere constatar un acto de corrupción del funcionario que decide o realiza la contratación o adquisición estatal, sino solamente una concertación con los interesados perjudicial para el Estado. Por otro lado, la severidad de la pena prevista en el tipo penal, cuyo marco penal máximo alcanza los quince años de pena privativa de libertad. (p. 250)

Dichas particularidades evidenciaban la facilidad otorgada por el legislador para la persecución del referido tipo penal, fundamentada en la especial sensibilidad de las contrataciones frente a los actos de corrupción, en donde se encontraban involucradas altas cantidades de dinero provenientes de fondos públicos.

Se tipificó como consecuencia jurídica del referido delito, la pena privativa de libertad no menor de tres (3) ni mayor de quince (15) años, aplicándose además el artículo 426, que establecía la pena de inhabilitación de uno (1) a tres (3) años conforme el artículo 36 del Código Penal, incisos 1 y 2.

Respecto a las modificatorias del delito de colusión en el transcurso del tiempo, la primera modificatoria del artículo 384 se aprobó mediante la Ley n.º 26713 en el año 1996, realizando una precisión respecto al sujeto pasivo del delito, identificándolo como el Estado o la entidad u organismo del Estado, según ley, manteniendo los márgenes de las penas básicas previamente señaladas.

La segunda modificación del artículo 384 fue aprobada por la Ley n.º 29703 en el año 2011, con la siguiente redacción:

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal 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.

De acuerdo con García Cavero (2015), la configuración del delito de colusión:

(...) cambió sustancialmente con la modificación operada por la Ley n.º 29703, en tanto estableció que el delito de colusión desleal se podía cometer en las contrataciones o negocios públicos, lo que, sin duda, implicó una ampliación de su ámbito de aplicación. Si bien el Tribunal Constitucional declaró como nula y carente de todo efecto legal la expresión “patrimonialmente” (STC Exp. n.º 0017-2011-AOI/TC), esta decisión no alcanzó a todo tipo penal, por lo que la ampliación del ámbito de aplicación no fue dejada sin efecto. (p. 1096)

Al respecto, de la modificatoria previamente citada se debe recalcar dos aspectos importantes: **a)** en primer lugar, la adhesión del término «patrimonial», el cual fue declarado inconstitucional y como consecuencia nulo y carente de todo efecto mediante la Resolución n.º 1 del Expediente n.º 00017-2011-PI-TC, ya que conforme a lo señalado en el considerando 29, el Tribunal Constitucional advirtió que la redacción de la disposición cuestionada a través de la introducción del término «patrimonialmente» podía direccionar la interpretación de la norma penal hacia supuestos en los que en puridad lo que se ve perjudicado es el patrimonio del Estado y no los deberes funcionales de los servidores o funcionarios públicos que intervienen en las contrataciones públicas. **b)** En segundo lugar,

el aumento del extremo mínimo de la pena privativa de libertad, no menor de seis (6) ni mayor de quince (15) años.

Con la tercera modificatoria del artículo previamente citado, mediante la Ley n.º 29758 en el año 2011, se estableció la diferenciación típica entre el delito de colusión desleal simple (regulado en su primer párrafo) y la colusión con circunstancia agravante (regulado en su segundo párrafo), consignado de la siguiente manera:

Artículo 384. Colusión simple y agravada

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 concerta 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.

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.

Respecto a esta alteración en su redacción, Salinas Siccha (2011) apunta:

[D]esde el plano político criminal, el legislador ha dividido las conductas de colusión. Si la concertación es descubierta antes que defraude patrimonialmente al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero

por voluntad del legislador será simple; en cambio, si la concertación es descubierta, luego que se causó perjuicio patrimonial efectivo al Estado, estaremos ante una colusión consumada, pero por voluntad del legislador será agravada. (p. 251)

Se establece como verbo rector del delito de colusión desleal simple el término «concertar», en cambio, la colusión con circunstancia agravante se señala como verbo rector el término «defraudar».

Mediante la Ley n.º 30111, aprobada en el año 2013, se realiza la cuarta modificación del artículo 384 del Código Penal para añadir la pena de inhabilitación señalada en el artículo 426, la pena de multa, determinando para el delito de colusión simple la pena de ciento ochenta (180) a trescientos sesenta y cinco (365) días multa. Asimismo, se incorpora la pena de multa para el delito de colusión con circunstancia agravada, de trescientos sesenta y cinco (365) a setecientos treinta (730) días multa.

Como quinta modificación en el año 2016, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1243, se precisó la pena de inhabilitación tanto para el delito de colusión simple como para la colusión con circunstancia agravante, aplicándose cuando corresponda los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

Asimismo, el delito de colusión con circunstancia agravante, se configura cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo del funcionario o servidor público, al intervenir 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, **mediante concertación con los interesados, defraudare** patrimonial al Estado, esto es, causare perjuicio efectivo al patrimonio estatal.

2. Elementos constitutivos del delito

Ahora bien, previo análisis de la jurisprudencia nacional, se deben mencionar los elementos constitutivos del delito de colusión, con la finalidad de evidenciar si en la motivación de las sentencias donde se acredita su comisión, se encuentra corroborada la configuración de cada uno de sus elementos, ya que, en su defecto, se podría evidenciar una indebida atribución de ilícitos penales, que bien podrían y deberían sancionarse en otra vía que no corresponde al Derecho Penal.

El delito de colusión se encuentra comprendido dentro de los delitos contra la Administración Pública, cometido por un funcionario o servidor público. Iniciando el análisis de sus elementos constitutivos, respecto a la tipicidad objetiva, como **bien jurídico protegido**, doctrinariamente se establece un bien jurídico genérico así como específico, señalando como bien jurídico genérico, el normal y recto funcionamiento de la Administración Pública, y como bien jurídico específico, el prestigio y los intereses patrimoniales de la Administración Pública, expresados en la idoneidad y el celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos.

Como puede verse, no se protege el bien jurídico en sí mismo, sino en una relación normativa. La relación normativa que concretamente da sentido a la protección de intereses patrimoniales del estado es el deber positivo del funcionario público que interviene, por razón de su cargo, en una operación estatal, de resguardar los intereses de su representada. (García Cavero, 2015, p. 1093)

Dicha protección se basa en los deberes especiales que recaen en los funcionarios o servidores públicos, quienes, por razón de su cargo, deberán velar por el patrimonio estatal. Estas obligaciones como bien señala el citado autor, surgen de una relación normativa con el funcionario o servidor público, deber que se encuentra regulado en normativa diversa, como es el caso de la Ley de Contrataciones del Estado⁴, su Reglamento⁵, Ley del Código

⁴ El artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que: «Los funcionario y servidores públicos que intervienen en los procesos de contratación por o a nombre de la Entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule a esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar,

de Ética⁶, así como los actos de administración interna que establecen las funciones y obligaciones que tienen los funcionarios o servidores públicos en razón a su cargo, como son los Reglamentos o Leyes de Organización y Funciones, los conocidos ROF o LOF de las Entidades, entre otras.

Como bien se ha mencionado, el artículo 384 del Código Penal ha tenido diversos cambios en su contenido, estableciendo en la actualidad como primigeniamente se encontraba regulado, como ámbito de aplicación las contrataciones y adquisiciones estatales, pero extendiéndolo también a las concesiones y cualquier otra operación a cargo del Estado.

Al respecto, se precisa que, mediante contratos de concesión, el Estado otorga a un particular por un plazo determinado la gestión y explotación de servicios públicos, obras públicas de infraestructura o recursos públicos. Asimismo, respecto a las otras operaciones a cargo del Estado que se refiere el citado tipo penal, son consideradas todo tipo de transacciones que suponen una relación de negociación entre el Estado y el particular.

Sin embargo, el presente artículo se centralizará en la actuación del funcionario o servidor público en el ámbito de las contrataciones, siendo posible su configuración en cualquier

elaborar la documentación y conducir el proceso de contratación, así como de organizar, elaborar la documentación y conducir el proceso de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión, de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las normas aplicables y de los fines públicos de cada contrato, conforme a los principios establecidos en el artículo 2 de la presente Ley».

De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que vincule a las personas señaladas en el párrafo anterior con la Entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

⁵ El numeral 25.5 del artículo 25 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa lo siguiente: «Los integrantes del comité de selección se encuentran obligados a actuar con honestidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, debiendo informar con oportunidad sobre la existencia de conflicto de intereses y comunicar a la autoridad competente sobre cualquier acto de corrupción de la función pública del que tuvieran conocimiento durante el desempeño de su encargo, bajo responsabilidad».

⁶ El artículo 7 de la **Ley del Código de Ética**, establece “(...) *El servidor público tiene los siguientes deberes* (...) 5. Uso Adecuado de los Bienes del Estado

Debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados.

6. Responsabilidad

Todo servidor público debe desarrollar sus funciones a cabalidad y en forma integral, asumiendo con pleno respeto su función pública (...).”

etapa de las contrataciones del Estado, tanto en el requerimiento efectuado por el área usuaria, en su fase de planificación, en la evaluación y selección realizada por el Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC) o el Comité de Selección, según corresponda, así como en la ejecución contractual y hasta en la liquidación del mismo.

Respecto a los **sujetos**, el delito de colusión establece como sujeto activo al funcionario o servidor público que en razón a su cargo interviene en alguna de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, servicios, obras, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado.

El Derecho Penal no realiza una diferenciación entre el funcionario o servidor público, otorgándole igualdad normativa, cosa que no ocurre en otras ramas del derecho, como es el caso del derecho administrativo, donde se diferencia al funcionario público como un personal de confianza designado por una autoridad administrativa y que cuenta con poder de decisión; en cambio del servidor público, que de igual forma cuenta con un vínculo con la Entidad a la que pertenece, pero el vínculo se deriva de una convocatoria o postulación.

El artículo 425 del Código Penal establece un listado de *numerus apertus* de quienes estarían comprendidos en el concepto de funcionario o servidor público, señalándose lo siguiente:

Artículo 425. Funcionario o servidor público

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del

Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

Una cualidad adicional que deberá tener el funcionario o servidor público para ser agente del delito de colusión desleal, es la obligación de resguardar los intereses estatales en la contratación, concesión u otra operación a cargo del Estado; por ende, será necesario que cuente con la capacidad decisoria en alguno de los aspectos de las operaciones negociales previamente citadas.

Asimismo, la doctrina penal coincide en señalar que no resulta necesario, para afirmar la vinculación funcional, que el funcionario público forme parte del ente público que resulta defraudado. Lo decisivo es que haya intervenido materialmente en el contrato, concesión u operación, cumpliendo una función pública con base en un título habilitante de naturaleza administrativa, laboral o civil. Esta intervención no puede ser de cualquier orden, sino que presupone una capacidad decisoria sobre alguno de los aspectos del contrato u operación (cfr. García Caveró, 2015, p. 1099).

El delito de colusión desleal establece como sujeto pasivo al Estado, cualquier Entidad u organismo del Estado. Así:

(...) si bien puede utilizarse de manera general la denominación de Estado, lo usual es que se trate de una institución u organismo público específico. La protección penal no se circunscribe a ciertas dependencias públicas, por lo que puede ser tanto las adscritas al Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial,

como también el gobierno central, regional o local. (García Cavero, 2015, p. 1103)

Por ende, cuando se individualice como sujeto pasivo del delito de colusión a una Entidad u organismo estatal, solo deberá considerarse este como tal, excluyéndose al Estado.

El presente trabajo se centrará en el análisis del delito de colusión simple, a razón de ser mucho más problemática su diferenciación con una irregularidad administrativa, siendo utilizadas estas últimas como medios probatorios para acreditar la realización de un acuerdo colusorio y así se realice la configuración del delito de colusión. Supuesto que no ocurre en el delito de colusión con circunstancias agravantes, debiendo en este caso además de corroborarse el acuerdo colusorio entre el funcionario o servidor público con un particular, se realice un perjuicio patrimonial causado en contra del Estado.

Como conducta típica del delito de colusión simple, se requiere que el funcionario o servidor público competente concierte con el particular, en la preparación, celebración o ejecución de un contrato, con la finalidad de defraudar los intereses patrimoniales del Estado.

El agente con su accionar colusorio busca ocasionar un perjuicio ya sea real o potencial al patrimonio del Estado u organismo estatal que ha negociado con los terceros interesados. La conducta del agente de infringir sus deberes funcionales está dirigida a defraudar patrimonialmente al Estado. Para configurarse el delito de colusión simple, no es necesario que realmente con la conducta fraudulenta se ocasione perjuicio real al patrimonio del Estado el patrimonio del Estado. (Salinas Siccha, 2011, p. 253)

Como bien se ha señalado, la concertación efectuada por el funcionario o servidor público con el particular interesado, con la finalidad de defraudar patrimonialmente al Estado no hace mención de una defraudación real, sino más bien potencial, pero deberá ser idónea.

La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Recurso de Nulidad n.º 5-2015-Junín, del 16 de enero de 2017, señala respecto al acuerdo colusorio lo siguiente:

El acuerdo colusorio entre las partes (Estado y los particulares) está referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares, en detrimento de los intereses del Estado; es decir, que el acervo probatorio debe estar orientado justamente a verificar que los encausados actuaron en contubernio para favorecer a los terceros de la adjudicación respectiva.

Asimismo, debe precisarse que esta concertación supone la realización de un acuerdo o pacto, **el cual no podrá derivarse de negociaciones realizadas entre la Entidad u organismo del Estado y el particular**, es decir, que «la mala negociación realizada por un funcionario público no podrá calificarse de colusión desleal, sino, en todo caso, de una infracción administrativa sancionable con las medidas disciplinarias previstas por la Ley» (García Cavero, 2015, pp. 1103-1104).

De acuerdo con la precitada sentencia, en su considerando Cuarto:

El tipo penal de colusión exige como presupuesto de su configuración la “concertación”, consistente en ponerse de acuerdo de manera subrepticia con los interesados en lo que la ley no permite para beneficiarse a sí mismo y a los intereses privados, lo que debe darse de manera fraudulenta y causando perjuicio a la Administración Pública.

Por último, como elemento subjetivo del tipo de colusión desleal, tanto simple como con circunstancia agravada, son de comisión **dolosa**. No existe una comisión por culpa en el delito de colusión. El funcionario o servidor público, voluntariamente, actúa y concierta con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él. No siendo relevante si este actuó a cambio de un beneficio patrimonial.

El delito de colusión es de participación necesaria, el cual requiere la participación de un particular, esto es, la exigencia de que el agente público se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicadas en un contrato u acto, en perjuicio de los intereses de la Administración Pública.

Conforme al Recurso de Nulidad n.º 1969-2012, del 16 de enero de 2014, de la Sala Penal Permanente:

[E]l delito de colusión debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la Administración Pública sufra el perjuicio (...) siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción – o posibilidad – de un perjuicio, no constituyendo por tanto – el perjuicio – un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio – defraudatorio.

II. Los medios probatorios de naturaleza administrativa tendientes a la atribución de responsabilidad penal

Conforme se ha detallado en el análisis de los elementos constitutivos del delito, respecto al ámbito de aplicación de la colusión desleal en las contrataciones públicas, puede configurarse en cualquiera de las etapas de un procedimiento de selección.

Cabe señalar que son tres las etapas de un procedimiento de selección: **a)** la planificación o las actuaciones preparatorias; **b)** el procedimiento de selección y **c)** la ejecución contractual.

La etapa de planificación o actuaciones preparatorias inicia con el requerimiento del área usuaria, oportunidad en la cual se remite las especificaciones técnicas o términos de

referencia de un determinado bien, servicio u obra que se necesita contratar (dicho documento contendrá el detalle preciso de la calidad y condiciones del objeto de la contratación). Esta etapa termina con la convocatoria del procedimiento de selección en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE. Las actuaciones y documentos elaborados en esta etapa son los términos o especificaciones técnicas, la certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal, el Plan Anual de Contrataciones, el estudio de mercado (documento en el cual se determinará el valor referencial de la contratación y la metodología de contratación según el objeto y la cuantía del mismo), entre otros. Esta etapa se encontrará a cargo del Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC).

La etapa de procedimiento de selección abarca desde la convocatoria registrada en el SEACE hasta el perfeccionamiento del contrato. Dicha etapa se encuentra a cargo del OEC o el Comité de Selección, según corresponda, realizándose las siguientes actuaciones y emitiéndose los siguientes documentos: las bases integradas, las actas de admisión, evaluación y calificaciones de las propuestas presentadas por los postores, la realización de consultas y observaciones efectuadas por los postores, el pliego de consultas y observaciones, el otorgamiento de la buena pro, entre otros.

La etapa de ejecución contractual abarca desde el perfeccionamiento del contrato hasta la conformidad y pago del mismo (la liquidación del contrato), la ejecución del contrato está a cargo del área usuaria, quien efectuará la conformidad del bien, servicio u obra a contratar. Los documentos y actos emitidos en dicha etapa son el contrato, las ampliaciones de plazo, los adicionales o reducciones, las modificaciones convencionales al contrato, los requerimientos de cumplimiento de obligaciones, pagos, penalidades resoluciones de contratos, nulidades, entre otros.

De acuerdo al estudio realizado por Dueñas López, Fernández Osorio, Zaghen y Zapana Espinoza (2015, pp. 28-29), habiendo realizado entrevistas a funcionarios públicos con una experiencia mínima de diez años en cargos administrativos públicos en contrataciones de obras públicas, auditoría, control gubernamental y participación en comités anticorrupción, se evidenciaron las actividades más vulnerables dentro del procedimiento de contratación

pública: «Las actividades más vulnerables son: elaboración del expediente técnico, realización del estudio de mercado, elaboración de las bases, solicitud de adelantos y adicionales, ampliaciones de plazo».

Comentando algunas de las actividades previamente citadas, según el orden secuencial de las mismas, primero se encuentra la **elaboración del expediente técnico**. Si este se encuentra mal gestionado o direccionado puede dar lugar a una sobrevaloración (del costo unitario) o sobredimensionamiento (metrado), que constituye un costo adicional para la Entidad. En segundo lugar se encuentra **el estudio de mercado**, documento que puede mostrar un alto grado de direccionalidad si es elaborado sin evidenciar los precios reales que arroja el mercado para determinada contratación, aumentándolos o disminuyéndolos para favorecer o delimitar la participación de determinados proveedores, estableciendo un valor referencial irreal para un procedimiento de selección que está dirigido para un determinado proveedor, en vez de asegurar pluralidad de postores, sin considerar las mejores condiciones de precio y calidad para el mismo.

Sin embargo, es preciso señalar que un estudio de mercado elaborado de forma idónea podrá ayudar al OEC a evidenciar cualquier inconsistencia, irregularidad o imprecisión del requerimiento del área usuaria, con los comentarios y observaciones efectuadas por los proveedores que remiten sus cotizaciones (las cuales coadyuvarán a la determinación del valor referencial), pudiendo observarse dichas imprecisiones o irregularidades oportunamente para su modificación por parte del área usuaria.

Por ende es necesario que el OEC previo inicio de su estudio de mercado realice una buena revisión del requerimiento del área usuaria y, además, acepte y acoja las observaciones (que tengan asidero claro está) planteadas por los proveedores que remitan sus cotizaciones a fin de optimizar la contratación a efectuarse.

En tercer lugar, en el **diseño de las bases**, éstas pueden ser influenciadas por grupos de interés, por ejemplo, el lobby de constructores, que pueden introducir cláusulas en el contrato que favorezcan a un determinado postor. «Si las bases están dirigidas, se modifican los requisitos técnicos, experiencia de los postores, entre otros, para que una

determinada empresa pueda conseguir mayor puntaje respecto a la competencia» (Dueñas López, Fernandez Osorio, Zaghen, Zapana Espinoza, 2015, p. 29).

El diseño de las bases también puede ser utilizada por parte del OEC o del Comité de Selección, según corresponda, para evidenciar irregularidades o inconsistencias de la documentación previa, ya que mediante la etapa de consultas y observaciones, los postores pueden, dentro del plazo establecido y según el procedimiento de selección, formular consultas (precisiones) u observaciones (en el caso contravengan la normativa de contratación pública), a fin que el Comité de Selección analice las mismas y decida acogerlas si correspondan.

En cuarto lugar, en la etapa de ejecución contractual, **la aprobación de adicionales** deberá autorizarse cuando se cumplan los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones públicas, debiendo verificar el OEC que estas prestaciones adicionales servirán para cumplir **la finalidad del objeto de la contratación**, y no simplemente autorizar un mayor desembolso de dinero a un contratista por bienes o servicios que no están vinculados al objeto contractual. Igual criterio deberá realizarse en la **aprobación de ampliaciones de plazo**, en las cuales el OEC deberá verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa de contrataciones públicas en cada solicitud de ampliación de plazo requerida por los contratistas.

En un proceso penal podrán utilizarse como medios probatorios la documentación de un procedimiento de selección que acredite la actuación parcializada y destinada a favorecer a particulares sobre las necesidades de una Entidad Pública, pudiendo utilizarse los documentos previamente citados, así como otros que acrediten dicha pretensión. Sin embargo, deberá realizarse un análisis individual y en conjunto de los medios probatorios recabados, a través del análisis de la prueba indiciaria.

III. La prueba indiciaria y su construcción

Iniciando el estudio de la construcción de la prueba indiciaria en los delitos de colusión desleal en la jurisprudencia nacional, es conveniente mencionar previamente la conceptualización y fases que debe llevarse a cabo para la construcción de la prueba indiciaria. Como bien entendemos, la prueba es todo aquello que brinda certeza al juez de haber llegado a la convicción de la comisión de un hecho delictivo. Florian (1982) considera que la prueba es todo aquello que en el proceso pueda conducir a la determinación de los elementos necesarios del juicio. La prueba corrobora o desvirtúa una hipótesis o afirmación precedente.

Además, Cubas Villanueva (2015) señala que:

[L]os actos de prueba tienden a formar certeza o evidencia suficiente para lograr la convicción del tribunal sobre la preexistencia de los hechos y la participación del acusado. Los únicos actos de prueba son los que transcurren en el juicio oral, bajo la intermediación del tribunal y mediante el contradictorio. (p. 327)

Por ende, por regla general se entiende que la prueba se realiza en juicio, bajo los principios de contradicción, oralidad, publicidad, interdicción, entre otros, señalados en el Procesal Penal.

La prueba actuada en juicio deberá ser apreciada por el órgano jurisdiccional en base a una sana crítica, es decir, bajo reglas de la lógica, ciencia y máximas de la experiencia, tal como lo dispone el numeral 158.1 del artículo 158 del Código Procesal Penal, análisis que efectuará el juez al sustentar su decisión, la cual deberá además encontrarse motivada en la Resolución que la contenga, debiendo explicar: «cuál es la actividad probatoria desarrollada en juicio y como esta prueba conduce razonablemente a tener acreditados el hecho que califica como delito y los aspectos que sustentan la responsabilidad del procesado». (García Caveró, 2015, p. 20).

Por ende, la sentencia condenatoria requerirá una valoración de las pruebas de cargo como de descargo mediante la sana crítica, llevando al juez al convencimiento de la existencia de un hecho delictivo en el que se fundamenta su decisión de condena, el cual cuenta con elementos de convicción suficientes para atribuirle la responsabilidad al condenado.

Las pruebas utilizadas podrán ser directas como indirectas, denominándose estas últimas también como prueba indiciaria. La prueba directa es aquella que puede percibirse con nuestros sentidos, en cambio, la prueba indiciaria no se percibe directamente, pero mediante indicios los cuales son analizados en un procedimiento de inferencia lógica, originan el hecho indicado, un medio de prueba igualmente idóneo para brindar certeza al juez de la comisión del hecho delictivo.

La doctrina mayoritaria considera con igualdad probatoria a la prueba directa como la indirecta o indiciaria, recalcando la importancia de esta última debido a que la mayoría de las sentencias se encuentran motivadas y sustentadas bajo el análisis de la misma.

Buscando una conceptualización de la prueba indiciaria:

(...) se debe entender a aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; señala además que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hechos probados – indicios– y el que se trate de probar –delito-. (Cubas Villanueva, 2015, p. 406).

Asimismo, García Cavero (2015) señala que la prueba indiciaria:

(...) es entendida generalmente como aquella prueba que se dirige a convencer al órgano judicial de la verdad o certeza de hechos que no constituyen la hipótesis de incriminación, pero que, en atención a leyes científicas, reglas de la lógica o máximas de la experiencia, permiten tenerla razonablemente por cierta. (p. 21)

Además, según la conceptualización de la prueba indiciaria por el Tribunal Constitucional en la STC del Exp. n.º 00728-2008-HC: «a través de la prueba indirecta se prueba un hecho inicial–indicio que no es el que se quiere probar, en definitiva, se trata de acreditar la existencia del ‘hecho final–delito’ a partir de una relación de causalidad inferencia lógica».

Por su parte, la Corte Suprema a través de la jurisprudencia vinculante señalada en el R. N. n.º 1912-2005-Piura, define como prueba indiciaria a aquella:

[cuyo] objeto no es directamente el hecho constituido como delito, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexa causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar.

La prueba por indicios o prueba indiciaria requiere la presencia de 3 elementos relacionados entre sí: **i)** el indicio, **ii)** la inferencia lógica y **iii)** el hecho inferido. Solo alcanzando valor probatorio cuando estos tres elementos se encuentren mutuamente relacionados.

A fin de evidenciar la secuencia de los elementos de la prueba indiciaria, resulta conveniente recurrir al ejemplo utilizado por el Tribunal Constitucional, el cual expresa lo siguiente: “A” testifica que ha visto a “B” salir muy presuroso y temeroso de la casa de “C” con un cuchillo ensangrentado en la mano, poco antes de que este fuese hallado muerto de una cuchillada (hecho base). De acuerdo con la máxima de la experiencia, quien sale de una casa en estas condiciones, es decir, muy presuroso y temeroso, y con un cuchillo ensangrentado en la mano es porque ha matado a una persona (razonamiento deductivo).

Al haber sido hallado muerto “C” producto de una cuchillada, podemos inferir que “B” ha matado a “C” (hecho consecuencia). Esto último es la consecuencia del hecho-base. Como puede verse, la prueba indiciaria se desarrolla siguiendo la secuencia: hecho inicial – máxima de la experiencia – hecho final. O si se requiere, hecho conocido – inferencia lógica – hecho desconocido.

Respecto al primer elemento para la configuración de la prueba indiciaria, el **indicio** es un hecho real también denominado un **hecho cierto**, el cual se encuentra debidamente probado, sin embargo, el indicio no será necesariamente un hecho, puede ser una actividad, una omisión, un lugar, un tiempo, una actividad, entre otros. Por ello, Cubas Villanueva prefiere denominarlo como **un dato real, verdadero**.

Además, corresponde precisar que no se puede equiparar el concepto de indicio con prueba indiciaria, debido a que:

(...) el indicio, si bien es cierto constituye fuente de prueba, todavía no es un medio de prueba. Para que ello acontezca, es necesario que este sea sometido a un raciocinio inferencial, que permita llegar a una conclusión y que ella aporte conocimientos sobre el objeto de la prueba. Recién en este estado podemos hablar de prueba indiciaria. En ese sentido, indicio y prueba indiciaria no son términos iguales, porque muchas veces se cree que la prueba indiciaria es solamente una sospecha de carácter meramente subjetivo, intuitivo, o de que la prueba indiciaria se inicia y se agota en el indicio. (Cubas Villanueva, 2015, p. 409)

Cabe precisar que en un primer momento, el indicio levantaba cierta sospecha, lo cual en la actualidad ya no se realiza, ya que como bien se ha explicado, la prueba indiciaria no se reduce al indicio, estableciendo a la inferencia lógica como el elemento de fuerza de la prueba indiciaria.

Respecto al segundo elemento, **la inferencia lógica**, este es el elemento fundamental en la prueba indiciaria, es la **conexión racional entre el indicio y el hecho deducido**, por lo que, la eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá de la existencia de un enlace preciso y directo entre el hecho – base y el hecho – consecuencia, el cual se construye en base a las reglas de la lógica o máximas de la experiencia:

El carácter lógico de la inferencia se niega cuando no hay concordancia con las reglas de la lógica de criterio humano por la falta de lógica o coherencia

de la inferencia, de manera que se excluya el hecho que de ellos se hace derivar. Pero también se niega la razonabilidad de la inferencia cuando el indicio es demasiado abierto o débil para inferir la existencia del hecho delictivo. (García Caveró, 2015, p. 26)

Respecto al tercer elemento, **el hecho inferido o presumido** no es un hecho probado directamente, sino en base al hecho base, el indicio, el cual, a través de un razonamiento científico, basado en reglas de la lógica o máximas de la experiencia, se concluye que existe.

Según la doctrina penal, la producción de la prueba indiciaria en el proceso penal consta de tres fases:

La primera es la **obtención de los indicios**, esta fase inicial en primer lugar en la investigación preliminar que se lleva inmediatamente después de conocimiento de la *notitia criminis*. Sin embargo, también se proyecta en la investigación del delito a raíz de la recopilación de los actos de convicción que lleva a cabo el fiscal para lograr la convicción de formular su acusación.

La segunda fase es la **interpretación de los indicios**, el cual consiste de un examen analítico del significado de los indicios en su relación con el hecho investigado. Esta fase de comienza a realizar en la etapa de investigación preparatoria; sin embargo, el momento en el que propiamente deberán interpretarse todos los indicios obtenidos es en la formulación de la acusación (en la etapa intermedia).

La tercera fase es la **aproximación de los indicios entre sí**, es una operación de síntesis que consiste en obtener las relaciones entre diversos indicios. Esta fase es realizada por el juez en cargo de emitir el fallo, el juez de juzgamiento.

El Código Procesal Penal en el artículo 158 ha tipificado los requisitos para la configuración de la prueba indiciaria, denominándola prueba por indicios, conforme a lo siguiente:

Artículo 158 Valoración.

3. La prueba por indicios requiere:

- a) Que el indicio esté probado;
- b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;
- c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conindicios consistentes.

Respecto al literal c) del artículo 158, la pluralidad de indicios significa que deberán existir entre los dos o más indicios. Asimismo, la concordancia de los indicios significa que no exista una relación de exclusión, de manera que la existencia de un indicio sea compatible con otro. La convergencia de los indicios está referido a la conclusión, es decir, que todos los indicios deben arribar a la misma conclusión.

Tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional admiten de manera expresa la posibilidad de utilizar excepcionalmente **un indicio necesario** para probar el hecho penalmente relevante, siempre que posea una singular fuerza acreditativa. Pero debe de quedar claro que se trata de una excepción, pues la regla general es a partir del carácter contingente de los indicios. (García Cavero, 2015, p.33)

IV. Deficiencias en la construcción de la prueba indiciaria en el delito de colusión

Ahora bien, procederemos a realizar el análisis de la jurisprudencia nacional acerca de la configuración del delito de colusión y la construcción efectuada por el órgano jurisdiccional para acreditar el acuerdo colusorio, partiendo como base la utilización de las deficiencias administrativas que se producen en una contratación pública. Por ende, se analizará tres

ejecutorias supremas a fin de evidenciar si en las resoluciones se está motivando debidamente la configuración de un acuerdo colusorio o si dicha acreditación se fundamente en la sola cantidad de deficiencias administrativas encontradas.

La primera Ejecutoria Suprema es el antes mencionado Recurso de Nulidad n.º 5-2015-Junín, en donde se resuelve el recurso de nulidad interpuesto por Dolver Manuel Calderón Ramírez, contra la Sentencia del 25 de agosto de 2014, que lo condena como cómplice primario del delito de colusión desleal, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de San José de Quero, imponiéndole dos años de pena privativa de libertad suspendida así como abonar la reparación civil fijada con carácter solidario con sus cosentenciados y la inhabilitación de dos años conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

El recurso de nulidad citado se sostiene en cuatro argumentos: **a)** La realización de una indebida valoración del caudal probatorio, ya que no se ha acreditado la concertación ni la ventaja patrimonial en la obra cuestionada; **b)** Se consideró al condenado como supervisor de la obra en dos etapas, cuando solo correspondía considerarlo en la segunda; **c)** Se vulneró el principio de imputación necesaria debido a que no se precisa el aporte o nivel de participación en la presunta concertación y; **d)** Como supervisor de obra, el condenado carecía de facultades decisorias para concretar contrataciones.

El marco incriminatorio expuesto por el fiscal se fundamenta en lo siguiente: el señor Pablo Ananías Inga Damián, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de San José de Quero, en el periodo 2003 -2006, se habría coludido con el señor Dolver Manuel Calderón Ramírez (supervisor de la obra), para la ejecución de la obra “Ampliación de irrigación Quinu al Puquio Chala”; efectuándose la concertación al momento de la contratación del señor Dolver Manuel Calderón Ramírez, autorizada por el Alcalde previamente nombrado, contratación que habría infringido la normativa de contrataciones públicas, aunado a que el supervisor no habría cumplido cabalmente sus funciones pero sí se efectuó el cobro por las mismas, favoreciéndose indebidamente.

Los medios probatorios en los que se fundamenta la Sentencia de fecha 25 de agosto de 2014 son los siguientes: **a)** El Informe N° 015-2007-ACHP-DLyO/MDSJQ/C acerca de la evaluación de la obra “ampliación de irrigación Quinual Puquio Chala”, en donde se describen las deficiencias detectadas; **b)** El acta de inspección técnico policial en donde se concluye que la obra se encuentra incompleta e inoperativa; **c)** El peritaje técnico a la obra, el mismo que describe las deficiencias técnicas; **d)** Las vistas fotográficas orientadas a evidenciar el abandono de la obra y las deficiencias en la misma; **e)** El peritaje contable que determina que los cosentenciados incumplieron sus funciones en la ejecución de la obra, precisando que Dolver Manuel Calderón Ramírez (supervisor de la obra) habría cobrado por honorarios la suma total de S/ 3,600 (tres mil seiscientos con 00/100 soles), sin haber efectuado cabalmente sus funciones.

La Primera Sala Penal Transitoria resolvió declarar la nulidad de la sentencia del 25 de agosto de 2014 y absolver de la acusación fiscal al señor Dolver Manuel Calderón Ramírez, como cómplice primario del delito de colusión desleal, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de San José de Quero, precisando en el considerando 5.2 que, si bien el acto colusorio estuvo orientado a la contratación del supervisor, dicho acuerdo clandestino tenía como fin que éste realice una conducta ilícita dentro de la ejecución de la obra, que conllevó a su contratación mediante orden de servicio.

Sin embargo, no se puede acreditar en el presente caso la configuración del delito de colusión, a razón de que el tipo penal exige que tanto el funcionario público como el particular tengan un condominio del hecho, no advirtiéndose el aporte colusorio por parte del señor Dolver. Asimismo, tampoco se pudo acreditar que el recurrente haya tenido reuniones previas a su contratación o ganancias indebidas, al margen de los honorarios recibidos por su contratación, que revelen la existencia de un acuerdo entre ambas partes con la finalidad de obtener un acto defraudatorio.

Por lo expuesto por la Primera Sala Penal Transitoria, se acredita la existencia de irregularidades en una contratación pública, las cuales se fundamentan en el mecanismo

utilizado para contratar al supervisor de una obra y, además, en la realización del pago del mismo sin que haya culminado con sus funciones o las haya realizado de manera deficiente. Sin embargo, no se encuentra acreditado un acuerdo colusorio entre el alcalde y el supervisor que se encuentre dirigido a perjudicar al Estado por sobre los intereses del particular; por ende, compartiendo de las conclusiones efectuadas por el colegiado, dichas irregularidades conllevarían a la determinación de responsabilidades administrativas mas no penales, considerando que la presente ejecutoria suprema sustenta debidamente el análisis de una supuesta configuración del tipo penal de colusión, el cual no ha podido evidenciar la configuración de todos sus elementos típicos.

La Segunda Ejecutoria Suprema es el Recurso de Nulidad n.º 1722-2016 del 23 de enero de 2017, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria que resuelve los recursos de nulidad interpuestos por los señores Edilberto Cotillo Antúnez, Rubén José Buitrón Rodríguez, Isaac Percy Antonio Huamán Inchicaqui, Fabio Silvestre Colonia García, Freddy Lev Vásquez Ángeles y Luis Alberto Flores Pineda, contra la Sentencia del 1 de junio de 2016, que los condenó como autores (a los primeros tres señores) y cómplices primarios (a los tres últimos) del delito de colusión desleal, en agravio del Estado-Unidad de Gestión Educativa Local de Huarmey-UGEL de Huarmey, a cuatro (4) años de pena privativa de libertad (a los tres primeros) y a tres (3) años de pena privativa de libertad (a los tres últimos), con carácter de efectiva y tres (3) años de inhabilitación, así como el pago de S/ 1,000, sin perjuicio de devolver la suma de S/ 33,146, por concepto de reparación civil.

Los medios probatorios que fundamentan la sentencia del 1 de junio de 2016 fueron los siguientes:

- i. La Resolución Ejecutiva n.º 0485-2005/Región Ancash, mediante el cual el Gobierno Regional de Ancash amplía el calendario del año 2005 y aprueba a favor de la UGEL de Huarmey una ampliación presupuestal por S/ 152,569, para la adquisición de bienes de consumo y bienes de capital.

- ii. La Resolución Directoral n.º 216 del 12 de noviembre de 2005, que designó al Comité de Adquisiciones conformado por los encausados Edilberto Cotillo Antúnez (Administrador de la UGEL) como presidente, Rubén José Buitrón Rodríguez (Técnico de Abastecimiento) como secretario e, Isaac Percy Antonio Huamán Inchicaqui (jefe del Área de Pedagógica) como miembro.
- iii. La inobservancia del Comité de Adquisiciones de la normativa de contrataciones, al no haber tenido en cuenta los requerimientos de las diferentes áreas de la institución, ordenes de compras, cuadros comparativos, precios, cotizaciones y facturas; otorgando la buena pro a personas no domiciliadas en la localidad que habían sobrevalorado el precio de los bienes adquiridos.
- iv. El margen de sobreprecio de equipos de cómputo, a cargo de la empresa Viglienzone.

Al respecto, la Primera Sala Penal Transitoria señala en su octavo considerando que la concertación ante la ausencia de pruebas directas (testigos presenciales) o documentos que consignen la existencia de reuniones, contactos y acuerdos indebidos, se puede establecer mediante prueba indirecta o indiciaria. Detallando un listado de supuestos que acrediten la referida concertación, entre los que detalla, por ejemplo: **(i)** si el procedimiento de contratación pública fue irregular en sus aspectos fundamentales o más relevantes – verbigracia: celeridad inusitada, inexistencia de bases, interferencia de terceros, falta de cuadros comparativos de precios de mercado, elaboración del mismo patentemente ineficiente, ausencia de reuniones formales del comité, o “subsanações” o “regularizaciones” ulteriores en la elaboración de la documentación, etcétera-; **(ii)** si la convocatoria a los participantes fue discriminatoria y con falta de rigor y objetividad – marcado favoritismo, lesivo al Estado, hacia determinados proveedores; y, **(iii)** si los procesos ofertados –y aceptados– fueron sobrevalorados o los bienes o servicios ofrecidos y/o aceptados no se corresponden con las exigencia del servicio público o fundamento de la

adquisición, es razonable inferir que la buena pro solo se explica por una actuación delictiva de favorecimiento a terceros con perjuicio del Estado.

Por lo expuesto, la Primera Sala Penal Transitoria resolvió, entre otros, declarar no haber nulidad en la sentencia del 1 de junio de 2016, que condenó a Edilberto Cotillo Antúnez, Rubén José Buitrón Rodríguez e Isaac Percy Antonio Huamán Inchicaqui como autores y, a Fabio Silvestre Colonia García, Freddy Lev Vásquez Ángeles y Luis Alberto Flores Pineda, como cómplices primarios– en el caso de los dos últimos, del delito de colusión en agravio del Estado – Unidad de Gestión Educativa Local de Huarmey, a cuatro (4) años de pena privativa de libertad (a los tres primeros) y a tres (3) años de pena privativa de libertad (a los dos últimos), así como el pago solidario de S/ 1,000.00, sin perjuicio de devolver la suma de S/ 33,146.00 por concepto de reparación civil.

Aunado a ello, del análisis de los diversos medios probatorios que acreditan la realización de un acuerdo colusorio, se consideró las declaraciones del condenado Rubén José Buitrón Rodríguez (Técnico de Abastecimiento), quien elaboró un cuadro comparativo de las cotizaciones cuando los productos ya se encontraban internados en el Almacén de su institución, previo otorgamiento de la Buena Pro, según señala el encausado, por órdenes de Colonia García (Director de la UGEL) y de Edilberto Cotillo Antúnez (Administrador de la UGEL).

Asimismo, se analizó las declaraciones de Isaac Percy Antonio Huamán Inchicaqui, quien manifestó que no participó en la elección del proveedor, limitándose a firmar los documentos, tales como el cuadro comparativo, acta de otorgamiento de la buena pro. Además, se evidenció la ausencia de documentación debidamente archivada del procedimiento de selección y, el documento de la pericia contable que acredita un sobrecosto de S/ 33,146.00.

En el presente caso, se ha podido evidenciar una serie de irregularidades administrativas en el procedimiento de selección para la contratación de computadoras, las cuales evidencian

ser más que simples inobservancias de la normativa de contrataciones, sino más bien que de su análisis en conjunto evidencian un favorecimiento y direccionamiento a favor del postor a quien se le adjudicó la buena pro, quien además, aprovechando ser beneficiario de las irregularidades efectuadas por el Comité de Selección, presentó sobrecostos al momento de determinar el monto por la adquisición de las computadoras.

Sin embargo, merece recalcar que, si bien las irregularidades numeradas por el colegiado adolecen de una excesiva gravedad y de una falta de transparencia en las actuaciones efectuadas por el Comité de Selección, su simple realización no es un medio probatorio idóneo para la acreditación de un acuerdo colusorio, ya que, si seguimos a cabalidad los pasos para la construcción de la prueba indicaría, estas irregularidades serían simples indicios que como se ha señalado en párrafos anteriores, no tienen fuerza probatoria.

Por ende, si el órgano jurisdiccional pretende utilizar estos indicios (irregularidades administrativas) para la construcción de la prueba indiciaria deberán seguir los pasos y requisitos establecidos en el artículo 158 del Código Procesal Penal, a fin de acreditar que los indicios sean contingentes, es decir que sean plurales, concordantes y convergentes, asimismo que no presenten conindicios consistentes y no su simple mención de los mismos y como cada uno de indicios o del análisis en conjunto atribuye responsabilidad a los encausados.

Por lo expuesto, en la citada ejecutoria suprema se ha podido evidenciar una mención de dichas irregularidades mas no la interrelación de las mismas, las cuales acrediten o evidencien el nivel de intervención y responsabilidad de cada uno de los encausados, lo que genera según mi juicio una falta de motivación en el citado fallo.

Y Por último, la tercera Ejecutoria Suprema es el Recurso de Nulidad n.º 933-2014-Pasco del 4 de noviembre de 2015, emitida por la Sala Penal Transitoria. En este caso se condenó a Luis Risel Bravo Bazán, Juan López Malpartida y Víctor Capcha Mallqui, como autores del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio

de la Municipalidad de Yanacancha, imponiendo cuatro (4) años de pena privativa de libertad, suspendida por el plazo de tres (3) años, la pena de inhabilitación por el término de dos (2) años y el monto de S/ 3,000.00 por concepto de reparación civil que deberán de pagar a favor de la Entidad agraviada.

Entre los argumentos esbozados por los encausados en sus respectivos recursos de nulidad fueron los siguientes: **i)** Se les ha sentencia como autores del delito de colusión, sin haberse tenido en cuenta que intervinieron en la adquisición del vehículo en calidad de fiscalizadores, en mérito al acuerdo del concejo municipal, por lo que no cuentan con vinculación funcional con capacidad decisoria que exige el tipo penal; **ii)** No se ha acreditado el perjuicio patrimonial así como el acuerdo colusorio; **iii)** Sus funciones se limitaron a realizar el viaje a la ciudad de Lima para la adquisición del vehículo, no habiéndose tratado de un acto propio y autoritario.

La imputación fáctica efectuada por el fiscal se fundamentó en lo siguiente: Ante la existencia de un requerimiento efectuado al Alcalde de la Municipalidad de Yanacancha, el señor Luis Risel Bravo Bazán, para la adquisición de una unidad móvil para inspeccionar, supervisar y trasladar los materiales a diferentes obras que se ejecutaban en el cercado, como diferentes comunidades y anexos al distrito; se acordó mediante Sesión Ordinaria n.º 005-99 la aprobación de la solicitud de un préstamo al Banco de la Nación, por el monto de S/ 600,000.

Asimismo, mediante Sesión Ordinaria n.º 023-99, se designó la Comisión Especial para la adquisición de un vehículo para uso oficial, viajando con fecha 12 y 14 de agosto de 1999, los señores Luis Risel Bravo Bazán, Juan López Malpartida y Víctor Capcha Mallqui, para la cotización y adquisición de dicha unidad móvil. Sin embargo, el procedimiento de compra de vehículo se ejecutó sin las formalidades prevista en la normativa de contrataciones, ya que los señores Bravo Bazán y Mercedes Palomino Isidro de Capcha elaboraron los cuadros comparativos de cotización y otorgaron la buena pro a la empresa Automotores MAMECU, con quien suscribieron contrato en el mes de agosto de 1999, sin

consignar fecha, por la suma de US\$ 20,500, debiendo precisar que tal transacción se efectuó el 2 de agosto de 1999, fecha en la que no se había otorgado la buena pro a la empresa adjudicataria.

Por ello, con la finalidad de ocultar aquella irregularidad, el 5 de agosto de 1999, el Alcalde Bravo Bazán, el teniente alcalde Capcha Mallqui y los regidores María Luz Guillén Espinoza y Juan José Malpartida aprobaron la compra del vehículo y se designaron a la Comisión Especial de Adquisición, sin embargo el citado bien ya había sido adquirido, por lo que con el fin de dar validez a dicho negocio jurídico, el Alcalde emitió la Resolución Municipal n.º 056-99-A/MDY-PASCO para crear la comisión mencionada.

El colegiado advirtió que los documentos previamente señalados se evidencian que la conformación del Comité para la adquisición del vehículo (con fecha 9 de agosto de 1999) fue conformada después de que se había efectuado la compra (2 de agosto del mismo año) y con la intención de revestir la legitimidad del acto fraudulento y los inculpados en su calidad de “fiscalizadores” fueron los que con pleno dominio funcional del hecho ejecutaron los actos conducentes a la compra del vehículo, en concertación con la señora Gina Mendoza Cuenca, representante de la empresa MAMECU.

Asimismo, se señala que la atribución de la autoría de Luis Risel Bravo Bazán, Juan López Malpartida y Víctor Capcha Mallqui, se constituyó a partir de la especial vinculación funcional que tuvieron en la estructura orgánica del municipio, con suficiente capacidad legal para vincular contractualmente al Estado con los particulares, siendo estos el alcalde, el teniente alcalde y regidor, quienes disponían posiciones de plena disponibilidad de las arcas estatales municipales, y fue lo que justamente hicieron, al intervenir en la compraventa del vehículo cuestionado.

Por lo expuesto, el colegiado declaró, entre otros, no haber nulidad en la sentencia referida al extremo que condeno a los señores Luis Risel Bravo Bazán, Juan López Malpartida y

Víctor Capcha Mallqui, como autores el delito de colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Yanacancha.

V. Conclusiones y recomendaciones

1. El punto de análisis del presente artículo fue determinar si los órganos jurisdiccionales al momento de atribuir la responsabilidad por la comisión del delito de colusión fundamentaban debidamente la configuración de un acuerdo colusorio, tomando como base las irregularidades administrativas en un procedimiento de selección, o si se evidenciaba falencias en su motivación.
2. Para la acreditación de dichos acuerdos entre funcionarios o servidores públicos con particulares con la finalidad de defraudar los intereses del Estado, se utilizan en casi la totalidad de los casos, la prueba indiciaria o prueba indirecta, ya que corroborar dicho acuerdo mediante una declaración de confesión, video o documento que acredite esa concertación ilegal entre las partes es muy poco probable en la casuística nacional. Sin embargo, debe resaltarse la igualdad probatoria de la prueba directa con la prueba indiciaria, debiendo esta última constar de sus tres elementos para que tenga fuerza probatoria, siendo los siguientes: el indicio, la inferencia lógica y el hecho inferido.
3. Por ende, al utilizar las irregularidades administrativas derivadas de un procedimiento de selección, éstas son consideradas como simples indicios y, según lo señalado en párrafos precedentes, los indicios carecen de fuerza probatoria, por lo que, deberá de analizarse mediante la inferencia lógica los mismos para que se configure el hecho inferido. Cabe precisar que estos indicios deben ser contingentes, es decir, plurales, consistentes y convergentes para que puedan ser considerados como tales. Ya que, si un indicio es inconsistente con otro, perderá fuerza probatoria.

4. Es decir, la acreditación de un acuerdo colusorio mediante la utilización de irregulares administrativas se encuentra totalmente fundado, sin embargo, estos son considerados solo indicios y es trabajo del juzgador la acreditación de la prueba indiciaria tomando como base estas irregularidades, ya que si solo se considera una serie de irregularidades y sobre estas se fundamenta una sentencia condenatoria, adolecerá de un defecto grave de motivación, configurándose un delito especialmente sensible cuando solo correspondería la atribución de una responsabilidad administrativa.

Referencias

- Cubas Villanueva, V. (2015). *El nuevo proceso penal peruano*. Lima: Palestra Editores.
- Dueñas Lopez, F., Fernandez Osorio, E., Zaghén, R., Zapana Espinoza, R. (2015). Los Seis Puntos Más Vulnerables a la Corrupción en los Procesos de Contrataciones de Obras Públicas. *Control Gubernamental, Administración Pública & Control* (23). Lima: Gaceta Jurídica.
- Gálvez, Tomas (2017). *El delito de enriquecimiento Ilícito*. (2ª ed.). Perú: Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2015). *Derecho Penal Económico, Parte especial II*. Lima: Instituto Pacífico.
- Gómez, Víctor (2014) En: *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*. Argentina: Euros Editores S.R.L.
- Jakobs, Günther (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. España: Civitas Ediciones S.L.
- Roxin, Claus (2016). *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. 9ª edición. España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Salinas Siccha, Ramiro (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. (2ª ed.). Lima: Grijley.

- Sánchez-Vera, Javier (2014). En: *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. *El debate doctrinal en la actualidad*. Argentina: Euros Editores S.R.L.
- Villa, Javier (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Perú: Editorial ARA Editores E.I.R.L
- Villavicencio, Felipe (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Peña Cabrera, Alonso (2016). La punibilidad de la participación del *extraneus* en el delito especial propio: la unidad en el título de la imputación. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 89
- Pinedo Sandoval, Carlos (2016). El enriquecimiento ilícito como delito especial de infracción de deber y el problema de la impunidad del *extraneus*: a propósito de la Casación No. 782-2015, Tomo 88.

EL DELITO DE COHECHO PASIVO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN POLICIAL COMO UNA EXPRESIÓN DEL POPULISMO PUNITIVO

The crime of corruption in the police function as an expression of punitive populism

Juan Víctor Arias Jiménez

Estudiante del 8° ciclo de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú

juan_arias3@usmp.pe

Resumen: En el presente artículo se analiza la incorporación del delito de cohecho en la función policial en el ordenamiento penal peruano, como una clara expresión del populismo punitivo, estrategia adoptada desde hace varios años por los actores políticos y funcionarios del sistema penal para crear en la consciencia ciudadana la necesidad de aplicar sanciones punitivas.

Palabras clave: populismo punitivo / cohecho / función policial / Derecho Penal / tipo penal.

Abstract: *This article analyzes the incorporation of bribery into the police function in Peruvian criminal law, as a clear expression of punitive populism, a strategy adopted several years ago by political actors and officials of the penal system to create in the conscience citizen the need to apply punitive sanctions.*

Keywords: *punitive populism / corruption / police function / criminal law / criminal type.*

Introducción

El trabajo de investigación aborda los aspectos problemáticos de los delitos contra la Administración Pública. Por ello, desde este espacio se abordará en específico los delitos de cohecho pasivo propio e impropio (arts. 395-A y 395-B) en el ejercicio de la función policial por ser tipos penales que guardan estrecha similitud con el delito de cohecho pasivo impropio, regulado en el art. 394 del Código Penal.

Se podrá advertir que la figura delictiva de corrupción por parte de los miembros de la Policía Nacional del Perú es alcanzada por la vieja figura del cohecho pasivo impropio ya indicado. El motivo de su creación obedece al problema de la integridad moral y ética de quienes integran la institución policial, cuya imagen continúa deteriorándose públicamente a juzgar por la serie de noticias propaladas por las redes sociales y diversos medios de comunicación.

Esto nos lleva a pensar y reflexionar acerca de un tema ya desarrollado principalmente por la Criminología, a través de la expresión del populismo punitivo. Esta categoría sociológica y criminológica, se refiere a las situaciones en las cuales el legislador, con la finalidad de legitimarse y tener el apoyo de la ciudadanía, instrumentaliza el Derecho Penal al buscar darle una apariencia de herramienta eficaz para luchar contra la delincuencia.

Al unir estos dos conceptos llegamos a una conclusión: el Derecho Penal, muchas veces, es utilizado de una forma simbólica, dándole al ciudadano lo que el ciudadano quiere. Este concepto puede sin ningún problema utilizarse para representar la intención del legislador al criminalizar conductas sin contar con un estudio o debate previo, y vulnerando incluso principios y derechos fundamentales.

I. Consideraciones generales

Para un análisis adecuado, es necesario hacer una interpretación, basándonos en la estructura de los tipos penales de cohecho propio e impropio en la función policial. Estos delitos se encuentran regulados en el artículo 395-A y 395-B del Código Penal, de la siguiente manera:

Artículo 395-A. Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

El miembro de la Policía Nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 artículo 36 del Código Penal

Artículo 395-B. Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

Estas figuras delictivas fueron incorporadas por primera vez en la legislación penal peruana mediante el D. Leg. N° 1351, publicado el 7 de enero del 2017, norma que modificó la parte general y especial del vigente Código Penal de 1991. Asimismo, cabe advertir que estas tipologías delictivas no fueron propuestas en el catálogo de delitos del último proyecto de nuevo Código Penal de mayo de 2016.

El **bien jurídico** protegido por ambas figuras delictivas es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y de manera específica, con el art. 395-A se protege el principio general de rectitud de las actuaciones que lleva a cabo la Administración Pública a través de los miembros del Policía Nacional; mientras que con el art. 395-B se protege el principio general de gratuidad de las actuaciones los referidos integrantes.

A propósito de la incorporación de estos delitos en nuestra legislación, es importante resaltar lo señalado por la doctrina: «En el ‘cohecho impropio’ [se afecta] la ‘imparcialidad en el desempeño de funciones que admiten un poder discrecional’ o el ‘peligro para imparcialidad’ ante un inicio de la venalidad con consecuencias futuros» (Abanto Vásquez, 2003, p. 423).

Para ser **sujeto activo** de los delitos de cohecho en el ejercicio de la función policial no basta con ser funcionario o servidor público. Como su propia denominación lo precisa, será necesario que el agente público sea miembro de la Policía Nacional del Perú y, además, sea

competente para realizar el acto propio o impropio del cargo que oferta a consecuencia o por el medio corruptor.

De otro lado, el **sujeto pasivo** del delito es el Estado. El comportamiento ilegal del efectivo policial afecta al Estado en la medida de que justamente un miembro y «representante» del Estado es quien (contrariamente a lo esperado) infringe la ley, afectando el principio general de rectitud en el ámbito de la actuación policial, o, por el contrario, afectando el principio general de gratuidad en el ámbito de la actuación pública.

Los delitos de cohecho en el ejercicio de la función policial no solo tienen al Estado como único agraviado, sino, además, a las personas que entregan los donativos o que son objeto de la solicitud, aceptación o recibimiento que efectúa el miembro policial. Para diferenciarlo del Estado, a dichas personas agraviadas se les suele llamar «perjudicado». Su intervención en un proceso penal como parte agraviada (parte civil) estaría legitimada.

Estos delitos comprenden distintas modalidades delictivas: El aceptar, recibir o solicitar un medio corruptor, a efectos de realizar u omitir un acto propio del cargo o empleo de la función policial o a consecuencia de ello. Asimismo, el aceptar, recibir, solicitar o condicionar un medio corruptor, a efectos de realizar u omitir un acto vulneratorio de su función policial o a consecuencia de ello. Se trata de supuestos independientes que tienen en común la necesaria concurrencia del medio corruptor. Se trata de supuestos independientes que tienen en común la necesaria concurrencia del medio corruptor.

1. El medio corruptor: donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido

Se hace referencia al donativo, la promesa, o a cualquier otra ventaja o beneficio, como los elementos o medios corruptores cuya concurrencia deberá verificarse para la configuración del delito. El **donativo**, si bien en clave etimológica importa la idea de obsequio o regalo,

tal y como sucede, la dádiva o el presente, se debe precisar que jurídico-penalmente es concebido como medio para alcanzar algo ilícito (Cfr. Rojas Vargas, 2007, p. 638). El donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y ser traducible económicamente: bienes muebles, inmuebles, dinero (de uso nacional o extranjero con valor de cambio o en el país o fuera de él), obras de arte, licores finos, automóviles, etc.

Son características del donativo corruptor:

- a) su corporeidad;
- b) idoneidad y estimación económica;
- c) su capacidad de ser transferible;
- d) su ilegitimidad, pues se está con ello retribuyendo o comprando la conducta del sujeto público;
- e) el poseer sentido finalístico o teleológico, es decir, apuntar hacia una dirección determinada; y
- f) tener suficiencia motivadora” (Rojas Vargas, 2007, pp. 638-639).

En cuanto a la **promesa**, la misma alude a la declaración de un tercero de su disposición a dar al agente público en un tiempo futuro determinado un donativo, cualquier ventaja o beneficio.

Se entiende por promesa la declaración unilateral de voluntad efectuada por una persona para dar o hacer una cosa en el futuro; de acuerdo con este concepto, el funcionario realiza la conducta punible cuando pide al particular la promesa de una donación, naturalmente cuando no se posible la entrega inmediata (Portocarrero Hidalgo, 1997, p. 203).

En lo que respecta a la **ventaja o beneficio cualquiera**, se refiere a cualquier beneficio que pueda recibir el sujeto activo. Este concepto es complementario de los donativos y cubre cualquier otra posibilidad de vacío cuando se trata de bienes que no encajen dentro de aquel concepto. Así, podrían entrar aquí las prestaciones de servicios o los bienes sin valoración económica dentro del mercado. Como el tipo legal se refiere ampliamente a ‘cualquier

ventaja' y no a un 'beneficio patrimonial', deberá exigirse que el 'precio' pagado al funcionario, en primer lugar, no necesite ser de carácter 'patrimonial' ni, en caso de serlo, tengan una determinada cuantía; en segundo lugar, no necesariamente consista en muebles, sino también abarque a los 'inmuebles' y cualquier otro bien incorpóreo e incluso a las 'prestaciones de servicios', y finalmente, que sea idóneo para influir en su de decisión de vender la función" (Abanto Vásquez, 2003, pp. 435-436).

2. Aceptar o recibir medio corruptor

Aceptar, de conformidad con el Diccionario de la RAE, importa –en su segunda acepción– la idea de aprobar, dar por bueno, o acceder a algo. Y cuanto a recibir la misma fuente indica que comprende la acción de una persona por la cual toma voluntariamente lo que le dan o envían. Donna (2008, p. 402), al respecto, señala lo siguiente: Recibe dinero el que entra en su tenencia. Por ende, debe existir un traslado físico del dinero por parte de quien entrega al funcionario público. En cambio, acepta el funcionario que admite que en un futuro va a recibir lo que se le promete. De todas formas, ambas actividades tienen en común que se trata de actividades pasivas del funcionario, que tiene directa relación con el nombre del delito.

Cabe adicionar que en realidad todo recibo de medio corruptor implica la aceptación del mismo, mas no toda aceptación de medio corruptor dará lugar a su recepción. Así se verificará en el caso de que el tercero, habiendo tenido la iniciativa del acto de corrupción, haya convenido con el funcionario o servidor público en que en determinado día le hará llegar el donativo respectivo (promesa), frustrándose su entrega por no conseguir el tercero el dinero necesario. Con lo cual, se tiene, en primer lugar, que aceptara el sujeto público que ante el ofrecimiento de medio corruptor –de tipo promesa– por parte de tercero, lo termina aprobando. En segundo lugar, recibirá el sujeto público que toma el medio corruptor –de tipo donativo– ofrecido por el tercero. Se presenta bilateralidad. Si la promesa hecha por el tercero fue aprobada por el sujeto público a consecuencia de que este inicio el ciclo del acto de corrupción, solicitándole donativo, se configuraría cohecho pasivo específico mediante solicitud en vía de agotamiento.

La Sala Penal Especial, en el Exp. A. V. N° 03-2007, del 26 de diciembre del 2011, precisó que la aceptación del medio corruptor implica un “admitir, tolerar, querer, consentir o adoptar algo; configurándose la conducta típica cuando el agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio a sabiendas que es efectuado con el fin de influir o decidir un asunto sometido a su conocimiento o competencia; materializándose ésta última parte cuando el sujeto activo se deja influenciar por la dádiva que acepta y resuelve un asunto judicial o administrativo a favor de los intereses del que entrega la dádiva, transgrediendo de esa manera sus deberes y obligaciones previstas en la Ley, quebrantando además el principio de imparcialidad que le guía para resolver o decidir un asunto judicial o administrativo”.

3. Solicitar, directa o indirectamente, medio corruptor

Solicitar, de conformidad con el Diccionario de la RAE importa –en sus dos primeras acepciones– la idea de pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado, y hacer diligencias o gestionar los negocios propios o ajenos. En otras palabras, el vocablo solicitar no importaría cualquier mero pedido de medio corruptor, sino uno que se hace de manera clara, seria, decidida, con convicción, ya sea de forma verbal o escrita. La acción de solicitar en el cohecho pasivo específico consiste en que el sujeto público emite una declaración de voluntad dirigida a un tercero, por la que se manifiesta la disposición a recibir un medio corruptor a cambio de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento.

Esta petición unilateral de una ventaja puede realizarse tanto de forma expresa o concluyente como de forma tácita o encubierta. Lo esencial es que sea determinada y clara, capaz de ser comprendida por la persona a la que va dirigida. La realización de esta acción no supone la efectiva lesión del bien jurídico tutelado, sino una mera puesta en peligro, pues no se requiere que entre el funcionario y el particular se alcance un acuerdo, únicamente que el sujeto público manifiesta externamente su voluntad (Cfr. Morales Prats, Rodríguez Puerta, 2005, p. 1630).

En cuanto a la locución **directa** o **indirectamente**, contenida en el segundo párrafo del estudiado artículo, por la misma debe entenderse la posibilidad de que el delito sea cometido a través de una tercera persona que obra dolosamente (vía interpósita persona), sirviendo dicha locución para delimitar autoría y participación en casos en que, por ejemplo, el sujeto público se valga de un *extraneus* para solicitar el medio corruptor. Es cierto que otra posible lectura del vocablo indirectamente importaría admitir solicitud de medio corruptor mediante insinuaciones o actitudes en la medida que no existe previsión expresa en la legislación penal peruana sobre el particular; no obstante, corresponde rechazar dicho criterio por las arbitrariedades en que podría incurrirse en base a subjetivismos tendenciosos, y, asimismo, por las implicancias semánticas del vocablo solicitar ya indicadas. La solicitud de medio corruptor por parte del sujeto público denota una conducta activa de iniciativa, lo cual, si bien no guarda relación con el *nomen iuris* del delito, debe ser entendido en clave normativa.

4. Bajo cualquier medio corruptor

La manera de “ofrecer”, “dar” o “prometer” el medio corruptor es indeterminada, esto es, no importará la forma –que podrá ser directa o indirectamente, por acto propio o a través de terceros–, explícita o implícitamente, escrita u oral (Rojas Vargas, 2007, p. 742). No obstante, debe haber certeza de que el sujeto activo se decidió por el acto de corrupción con base en elementos corroborantes o, cuanto menos, periféricos que así lo revelen. “El primer elemento está referido a la forma de la petición: ‘bajo cualquier modalidad’, es decir, no interesa la forma o mecanismo empleado, sea verbal, escrito o por vía electrónica, siempre y cuando puede demostrarse (A.S. N° 12-2013-Arequipa).

I. Tipo subjetivo

Los delitos de cohecho pasivo en la función policial son dolosos, no cabe la modalidad culposa. Asimismo, solo se admite el dolo directo en tanto que la conducta del sujeto público que acepta, recibe, solicita o condiciona se caracteriza por la certeza de la intencionalidad sobre el acuerdo al que busca arribar con el tercero.

II. Autoría y participación

Al tratarse de un delito especial y de infracción de deber, autor solo podrá ser el miembro de la Policía Nacional. En las modalidades de cohecho pasivo propio e impropio antecedente se deberá tratar de efectivo policial con la cuota de poder necesaria para cumplir con la finalidad del medio corruptor, la cual es realizar u omitir actos en violación de sus obligaciones o sin faltar a ellas, derivadas de la función policial.

En las modalidades de cohecho pasivo propio consecuente, se tratará de miembros de la Policía Nacional que han realizado u omitido actos en violación de sus obligaciones. Las personas que no tengan dicha calidad (particulares e incluso otros sujetos públicos) podrán intervenir en el delito a título de cómplices o instigadores. Por ejemplo, en la modalidad de cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial mediante solicitud vía indirecta, la persona que dolosamente colabora con un efectivo policial para perpetrar el delito, podrá responder como cómplice.

III. Tentativa y consumación

Para la consumación se requiere el cumplimiento de todos los elementos objetivos y subjetivos de los supuestos de hecho típicos. Será distinta en cada modalidad. Por ejemplo, en la modalidad de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial mediante **aceptación**, la consumación se lleva a cabo cuando el efectivo policial consiente la promesa corruptora planteada por un tercero. Se trata también de una modalidad delictiva de peligro en que no se requiere que el efectivo policial cumpla con la finalidad del medio corruptor.

En cuanto al delito de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial mediante **recibo**, el delito se tendrá por consumado cuando el efectivo policial ha tomado el medio corruptor ofrecido por un tercero. Se trata, además, de una modalidad delictiva de peligro en que no se requiere que el sujeto activo cumpla con la finalidad del medio corruptor.

En la modalidad de cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial mediante **solicitud**, el delito se tiene por consumado al momento en que el efectivo policial solicita, directa o indirectamente –a través de interpósita persona- un medio corruptor a un tercero con la finalidad de realizar u omitir un acto propio de su función o como consecuencia del ya realizado; configurándose, de ese modo, un delito de peligro que no requiere que el tercero acepte el **trato**. Dada la naturaleza jurídica de estos supuestos delictivos (de peligro), no se admite la tentativa.

I. La corrupción en la Policía Nacional del Perú

Las normas que dan contenido a la función policial son, en primer lugar, la Constitución Política del Perú a través de los artículos 166 al 175; la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú y su Reglamento, así como la Ley de la Policía Nacional del Perú aprobada por el D. Leg. n.º1267.

El fenómeno de la corrupción en el Perú, es un problema que no solo afecta a ciertos niveles de la política o sistema de justicia, sino que la policía ha sido con frecuencia institucionalmente relacionada a actos de soborno. Se ha podido identificar en la Policía Nacional del Perú cuatro tipos de manifestación de la corrupción dentro de su institución: la criminalidad A y B representa a la gran corrupción. En el grupo C se encuentra la corrupción que se comete por menos de 100,000 soles. (Cohalia, Quinteros, Castillo y Chávez, 2013, p. 3).

En el mismo sentido, La Policía Nacional del Perú, tiene el gran reto de devolver la tranquilidad a los ciudadanos, pero también debe recuperar la confianza de la población. La labor parece complicada teniendo en cuenta que la última encuesta nacional realizada por

Ipsos Perú para El Comercio revela que el 66 % de los limeños desconfía de los agentes del orden (65 % en todo el país) (El Comercio, 2016)⁷.

De la información antes recogida podemos observar que la problemática en principio es más que conocida, por lo que la respuesta punitiva no debería sorprendernos, además otro punto importante a resaltar es que la percepción de la población, acerca de este problema es más que evidente y de total desagrado en relación al problema de la corrupción llegando a tenerle animadversión a los miembros de la policía.

II. El populismo punitivo en los delitos contra la Administración Pública

Para hacer un desarrollo adecuado de este tópico, es necesario poder entender a qué se hace referencia cuando hablamos de populismo, en esta tarea hemos podido encontrar que según León, M. Agualimpia, H. & Barrios, M. (2018, p. 161), el movimiento populista, por llamarlo de alguna manera, está orientado al liderazgo político como una estrategia usada entre los gobernantes de América, ya sean de izquierda o derecha, para alcanzar sus fines políticos y electorales con la ayuda del pueblo que se identifica con ese líder que entiende sus problemas, necesidades y que los protege, creando así un vínculo político sentimental entre los votantes y el candidato carismático en el que ellos materializan su ideal político.

Desde mi punto de vista el concepto que se maneja, es adecuado ya que como todos podemos entender el concepto de populismo se relaciona con el hecho de poner en manos de la población la legitimación de los actos de gobierno en general.

Se entiende que este criterio para la toma de decisiones por parte del estado es inadecuado, ya que lleva a tomar decisiones en relación a las emociones o sentimientos de la población que no necesariamente van acompañados del ingrediente sentido común, lógico y por último lo más adecuado.

⁷ Recuperado el 8/10/2018, de <https://elcomercio.pe/peru/ipsos-peru-66-limenos-desconfia-policia-262341>

Este concepto antes desarrollado del populismo es un concepto genérico, sin embargo, el populismo no solo se puede visibilizar en un solo campo de las decisiones políticas de un estado, es en ese sentido cuando la idea del gobierno a través del Derecho Penal empieza a tener más sentido.

La nueva fórmula de populismo ya no era solamente el hecho de darle al pueblo lo que quería, sino que ahora, se podía visualizar que lo que el pueblo quería era mayor rigurosidad en las sanciones punitivas, de tal forma que mientras más fuertes eran las penas o en su defecto mientras más formas de criminalidad se crearan el gobierno contaba con mayor aprobación por parte de la población.

Esta nueva modalidad de populismo es denominado populismo punitivo. Se maneja de la siguiente manera, el estado con la finalidad de legitimar determinado régimen de gobierno se vale del Derecho Penal, en el sentido de que utiliza a la norma, ya sea en forma de política criminal para seleccionar conductas o para aumentar de forma desmedida dejándose influenciar por los sentimientos del pueblo.

Desde mi punto de vista el populismo punitivo tiene un aspecto muy importante, el primero es que con su aplicación se busca generar convicción de que el castigo y el rigor penal son las únicas respuestas para resolver los problemas sociales. Esta nueva tendencia sobre la forma de criminalización es muy utilizada actualmente, dejando de lado el clásico precepto del Derecho Penal resocializador.

Es así que lo menciona García Pablos de Molina, A. (2008):

La resocialización del penado pierde apoyos sociales y, aunque no se elimine del repertorio de efectos psicosociales del castigo, sometida a otras exigencias muy apreciadas (preventivo generales, de reafirmación de los valores sociales de mera inocuización (preventivo generales, de reafirmación de los valores sociales, de mera inocuización del infractor) pierde, desde luego, su posición estelar en el ámbito de la ejecución de la pena. (p.685).

Es así que la exaltación por las virtudes de la pena, llevan a consecuencias como el populismo punitivo, creer que por el hecho de aumentar penas el crimen se va disminuir, es desde mi punto de vista ridículo. Sería tan sencillo simple para los estados no llevar a cabo ninguna política educativa o de desarrollo social, y si más bien solo aumentar penas con la fe de que estas penas se van a reducir considerablemente. Lo cual es totalmente falso.

Es así que se salta el proceso en el que el poder legislativo crea normas en este caso normas penales, para llegar a una democracia directa de tal forma que la ciudadanía es el único que determina lo que es bueno para ellos mismos, dejando de lado a las voces autorizadas y especialistas en el tema, sino que ahora lo importante es darle a la población lo que ellos creen que es bueno para ellos, teniendo en consideración el sesgo en relación a la percepción de un problema social como la criminalidad.

Otro punto importante a tratar y determinante en este tema es el que respecta a los medios de comunicación, estos siendo una importante herramienta creadora de criterios y verdades, son muchas veces usadas al servicio de determinados intereses para diferentes fines, en este caso no sería descabellado pensar que los medios de comunicación también están al servicio de enloquecer a la población creando paranoia implorando seguridad.

Es en donde una importante hipótesis surge, esta menciona lo siguiente, la moderna política criminal se halla muy influida por los “actuales gestores de la moral colectiva” que no son los estamentos burgueses conservadores del Derecho Penal clásico, sino grupos y subgrupos emergentes: organizaciones ecologistas, feministas, de vecinos, de consumidores, pacifistas, contrarios a la globalización, etc. (García Pablos de Molina, 2008, p.683).

No cabe la menor duda de que diversos grupos de distinta índole generan presiones y financian campañas en pro de sus objetivos particulares, olvidándose de los principios penales más primigenios, más allá de que existan teorías penales en las que se plantean posibles flexibilizaciones a los principales principios del Derecho Penal.

III. Conclusiones

1. La corrupción por parte de los miembros que integran la Policía Nacional del Perú es un mal que tiene larga data. Por ello, es que se intentó criminalizar de forma más específica las conductas desviadas provenientes de estos funcionarios y servidores públicos. No obstante, tiene una finalidad altruista o de protección de un bien jurídicopreciado como lo prevén los principios del Derecho Penal, sino que tienen la finalidad de legitimar al estado.
2. Es sobre la base del populismo punitivo que se establece el tipo penal de cohecho en función policial, el mismo que termina siendo un tipo penal sin sentido y que busca crear convicción en la población de que el Estado lucha contra el crimen.

IV. Recomendaciones

1. La población y ante todo los académicos deben estar atentos ante intentos de sorpresa en relación a la creación de nuevos tipos penales, ya que como hemos observado hay casos en los que estos aparentemente buscan luchar contra el crimen y proteger bienes jurídicos importantes. No obstante, a veces como en el caso concreto solo tienen como finalidad legitimar al Estado y usar como instrumento al Derecho Penal.

Referencias

- Abanto Vásquez, M. (2014). Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública. Lima: Grijley.
- Camaño, A. (1961). Cohecho y Soborno. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, 14(2), 281-309.

- Edwin Cohaila, Víctor Quinteros, Rafael Castillo & Carlos Chávez (2012). *Micro corrupción en el Poder Judicial: El caso de los depositarios judiciales*. Recuperado de https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/04/INFORME-DJ_final.pdf
- El comercio (2016). Ipsos Perú: el 66% de los limeños desconfía de la policía. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/peru/ipsos-peru-66-limenos-desconfia-policia-262341>
- Frisancho Aparicio, M. (2011). *Delitos contra la Administración Pública, 4ta edición*. Lima: EDITORA FECAT. Oliver, G. (2004). Aproximación al delito de cohecho. *Revista de estudios de justicia*, (5). (p. 83-115)
- Rojas Vargas, F. (2017). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. (2ª ed.). Lima: Gnomos & Thesis.
- Torres, D. (s.f.). Delitos de Cohecho y Microcorrupción en la Policía Nacional Del Perú. Recuperado de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario2-boletin5.pdf>
- Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp). Recuperado de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%ABblica.pdf>
- Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp). Recuperado de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%ABblica.pdf>

LA TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO

The theory of the unit of the title of imputation in the crime of embezzlement

Renzo Dante Mendoza Urrutia

Estudiante de 8° ciclo de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú

renzo_mendoza1@usmp.pe

Resumen: Con la incorporación de la tesis de la unidad del título de imputación a través del Decreto Legislativo n.º 1351, el autor expone el delito de peculado como un delito de infracción de deber frente a la presente tesis. Respaldándose en doctrina y jurisprudencias, se analizará y abordará conceptos como autoría y participación, teoría del dominio del hecho, teoría de la infracción de deber y la estructura del delito de peculado.

Palabras claves: Peculado / Dominio / Infracción del deber / Deber institucional / *Intraneus* / *Extraneus* / Unidad del título de imputación penal / Ruptura del título de imputación penal.

Abstract: *With the incorporation of the thesis of the unit of the title of imputation, Legislative Decree 1351, the author exposes the crime of embezzlement as an infraction offense against this thesis. Relying on doctrine and jurisprudence, seeking and addressing concepts such as authorship and participation, theory of the domain of fact, theory of duty infringement and the structure of the crime of embezzlement.*

Keywords: Peculation / domain / breach of duty / institutional duty / unit of title / Rupture of the title / *intraneus* / *extraneus*

Introducción

Una de las innovaciones que adoptó el Código Penal peruano se dio gracias al Decreto Legislativo n.º1351 publicado el 07/01/2017, al agregar en el art. 25 del Capítulo IV sobre autoría y participación, la ya conocida tesis de la unidad del título de imputación, permitiendo así que el cómplice primario o secundario comparta efectos propiamente subjetivos y personales del autor, aun si este hubiera incurrido en un delito especial como, por ejemplo, el delito de peculado.

Sin embargo, antes de la implementación del decreto legislativo que le da ahora mayor realce y privilegio, se discutía entre la aplicación de la unidad del título de imputación y la ruptura del título de imputación a los partícipes, sobre todo para los delitos especiales enfocándonos en este apartado especialmente en el peculado -como delito de infracción de deber-. De tal forma se abordará dicha problemática y el motivo de la aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación penal.

La teoría de la unidad del título de imputación si bien es una figura ya desarrollada por la doctrina comparada, en nuestra legislación la aplicación es aún prematura para su entender con nuestra realidad jurídica. Ciertamente, esta institución es compleja y no se podrá abordar en su totalidad sin embargo se pretende puntualizar y dar un estudio satisfactorio.

I. Autoría y participación

Estos dos pilares son muy importantes analizarlos ya que permitirá entender un caso penal desde la perspectiva del Derecho Penal sustantivo y adjetivo, además determinar los sujetos frente a los hechos imputados como también determinar los efectos de la teoría de la unidad.

1. Autoría

La autoría debe entenderse como el sujeto que realiza una acción por sí misma. Al respecto Villa Stein (2005) sostiene que “Será autor quien realiza el tipo” (p. 23). El artículo 23 del Código Penal de 1991 “El que realiza por si (...)” permite entenderlo literalmente lo que expresa.

En doctrina comparada la autoría se ha desarrollado y se divide en autoría inmediata, autoría mediata y coautoría así misma aceptadas en la legislación peruana y plasmadas en Código Penal. En la misma línea, Pérez Alonso afirma que “Este reconocimiento legal cumple una función aclaratoria importante sobre las diversas formas de autoría en sentido estricto, especialmente en lo que se refiere a la coautoría y a la autoría mediata” (p. 2 y ss.). Así, la autoría inmediata refiere al autor directo que tiene el dominio de la acción, la autoría mediata al autor indirecto que responderá por el dominio de la voluntad y la coautoría en donde se habla de un dominio funcional.

Toda esta estructura permitió un gran avance para la jurisprudencia, que mediante doctrina de Claus Roxin en su libro “Autoría Y Dominio Del Hecho en el Derecho Penal” publicado a principios de 1960 y posteriormente introduciendo la “Teoría del Dominio de la Voluntad en Aparatos Organizados de Poder” permitió una visión más clara y eficaz en el mundo jurídico penal.

La autoría inmediata se ve plasmada en el art. 23 del Código Penal de la siguiente manera: “El que realiza por sí”. Reforzando la idea se dice que «(...) Quien ha ejecutado de mano propia y dolosamente el hecho, de todos modos, es autor» (Roxin, 2013, p. 464). Abordando estas afirmaciones se deberá tomar en cuenta que se refiere al autor directo, el que posee el dominio de la acción o del hecho.

La autoría mediata es aquella en la cual hay una provocación o aprovechamiento por parte de un autor a un sujeto donde residirá el dominio de la acción. Parafraseando a Roxin (2013), cuando se habla de autoría mediata débase entenderse como el hombre de atrás, este mismo que tiene el dominio de la voluntad.

Por eso mismo que nuestro código en su art. 23 anota como «el que realiza por medio de otro» refiriéndose como el hombre de atrás. La autoría mediata fue desarrollada por Klaus Roxin permitiendo por primera atribuirle a un dirigente nazi responsabilidad penal a título de autor aun cuando este no participo directamente. Recogida esta explicación en el caso nazi Adolf Eichmann. Posteriormente implementándose en el juicio de Fujimori.

Respecto a la coautoría, este deberá ser realizado por un conjunto de sujetos y estos a la vez con roles determinados plasmados en el dominio funcional del hecho. En el mismo sentido “coautoría, autoría conjunta o pluriautoría.- Se produce cuando varias personas cometen en común un hecho punible, mediante una división consciente de roles en el acto.” (Malatesta Reyes y Hernández Nieto, 2016, p. 329).

2. Participación

La participación es la figura que engloba una contribución o cooperación por un sujeto o varios necesariamente dolosa en un delito ajeno. El principio base es la accesoriedad, así Villavicencio Terreros (2013) afirma que «El partícipe interviene en un hecho ajeno, por ello, es imprescindible la existencia de un autor respecto del cual se encuentra en una posición secundaria, por ende, no es posible un partícipe sin un autor» (p. 492).

En nuestro Código Penal, la participación no tiene un tratamiento conceptual en ningún artículo. Sin embargo, el legislador separa la participación en dos artículos como formas de participación, el artículo 24 referente a la instigación y el artículo 25 referente a la complicidad primaria y secundaria. Debiendo tener en cuenta nuevamente que ambos serán solo a título de dolo.

Enfocándose en la instigación, el Código Penal recoge como “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”, parafraseando a Villavicencio Terreros (2013), la instigación es toda conducta activa que hace aparecer en el autor la decisión de una acción delictiva.

Entendiéndose el autor como el instigado y el instigador como aquel sujeto que activa la conducta delictiva del instigado, por eso es imposible hablar a título de culpa en este párrafo y en el siguiente.

Por otro lado, en la complicidad a grandes rasgos es la cooperación o auxilio que se brinda para la realización de un hecho punible y nuevamente esta cooperación o auxilio deberá ser

dolosa siguiendo la misma secuencia del principio de accesoriedad. Esta complicidad se ramifica en primaria y secundaria, al respecto la Corte Suprema mediante la Casación N.º 367-2011, Lambayeque, distingue que la complicidad primaria necesitará un aporte esencial o indispensable para la realización del hecho punible, en contraparte la complicidad secundaria carece de este aporte esencial o indispensable por lo cual su aporte no determinará la realización del hecho punible.

II. Teoría del dominio del hecho

La presente figura tiene un gran aporte para el apartado del autor y participe, siguiendo a Jakobs “El dominio del hecho es en la moderna teoría de la codelincuencia la característica de la autoría” (p. 165). Esto no quita las críticas que se le atribuyen, pero es la mejor que aborda la problemática de la diferenciación de la autoría y participación, siendo también la más aceptada por la doctrina y recogida en nuestro Código Penal peruano.

El estudio de esta teoría a lo largo del tiempo fue abordado por los profesores más resaltantes del mundo jurídico como Hegler, Munrach, Welzel, Roxin, entre otros, siendo Roxin quien tuvo un mejor desarrollo de dicha teoría.

La construcción y el aterrizaje a esta teoría -del dominio del hecho- empezó en el “sistema diferenciador” (Villavicencio Terreros, 2014, p. 463), en él se abordará tres apéndices, siendo el tercero el del dominio del hecho que nació de la construcción de los apéndices que le anteceden. Y finalmente se analizará porque no es posible su aplicación a los delitos de la Administración Pública donde el autor se enfocará especialmente en el delito de peculado.

- ✓ Primer apéndice “el concepto extensivo de autor” -fundamentándose en la teoría de la (equivalencia de las condiciones) (Roxin, 2015, p. 96), complementando con la teoría subjetivista de la participación permitiendo dar una distinción entre autoría y participación en su ánimo -interés del sujeto-. Al respecto Villavicencio Terreros (2013) sostiene:

Es considerado autor el sujeto que actúa con voluntad de tal (*animus auctoris*), quiere el hecho como propio o tiene interés en el resultado, y participe, quien actúa con voluntad de tal (*animus socii*), quiere el hecho como ajeno y no tiene interés propio. (p. 464)

Careciendo de una base objetiva, no permite dar tal seguridad jurídica debido a que la subjetividad debe estar plasmada fácticamente en una normativa -tipo penal- lo que provocaría la vulneración al principio de la legalidad.

- ✓ Segundo apéndice “el concepto restrictivo del autor” parafraseando a Villavicencio Terreros (2013), la participación se entenderá como una extensión de la pena y así estas estarán previstas en un ley positiva -tipo penal- respetando el principio de legalidad que se vulneraba anteriormente y diferenciando autoría y participación en un plano objetivista.

Este concepto se divide en la teoría objetivista formal, limitando la teoría de la equivalencia de las condiciones y «plantea el criterio del acto ejecutivo típico como elemento diferenciador entre autoría y participación» (Villavicencio Terreros, 2013, p. 464). Esto es que los actos ejecutivos manifestados en la acción deberán estar impreso en un tipo penal. Sin embargo, esta teoría no logra dar una solución a la diferenciación del autor mediato ni el coautor. Por otro lado, la teoría objetivo material, tampoco logra dicho cometido debido a que esta distingue el autor y cómplice a partir de la causalidad.

- ✓ Tercer apéndice “teoría del dominio del hecho”, está siendo la teoría que combina el aspecto objetivo y subjetivo dando un tratamiento mejor a la autoría y participación como además diferenciar los problemas que enfrentaba el Derecho Penal cuando se habla del hombre de atrás o conjunto de autores que en ese entonces aun no tenía la denominación que ahora conocemos gracias a Roxin.

Si bien es cierto que fue Hegler en 1915, el mencionar por primera vez «la teoría del dominio del hecho» no tenía el sentido verdadero como se conoce actualmente dicha teoría, pues como afirma Caro John (2003) «el sentido que él le dio en aquel momento poseía un contenido más referido a la culpabilidad del autor» (p. 2). Posteriormente llegando a manos del máximo representante del finalismo -Welzel- relacionándolo con la teoría finalista, el

dominio del hecho era elemento general del autor y este se manifestaba como el señor del hecho. Por ello “autor es el señor del hecho, donde él es señor sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o colabora con él, participa ciertamente en el hecho, pero no es señor sobre el hecho” (Welzel, 1939, p. 491 y ss). Finalmente, con su última edición de tratado de Derecho Penal preciso “señor de un hecho es quien en razón de su resolución de voluntad final ejecutada el hecho. La configuración del hecho mediante la voluntad de realización conducida conforme a un plan convierte al autor en señor sobre el hecho” Welzel (1969) citado por Caro John (2003, p.2).

Siendo Claus Roxin el último en completar y perfeccionar dicha teoría permitiendo un estudio del ámbito subjetivo -voluntad del actuante- como objetivo -aporte exterior al hecho- (Caro John, p. 1).

En todas las aportaciones hechas a la teoría del dominio del hecho se dice que «la teoría del dominio del hecho define el autor como aquel que ejerce el dominio del hecho dirigiéndolo a la realización del hecho» (Bacigalupo, p. 1). Como se nota en dicha afirmación gran aporte tuvo el finalismo de Welzel en esta teoría. Recogiendo todo este conglomerado la sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en su R. N. n.º 5385-2006, expresa que la teoría del dominio del hecho permite diferenciar entre autoría y participación, refiriendo que el autor domina la configuración de injusto y el partícipe solo colabora con el hecho doloso ajeno.

Siguiendo a Caro John (2003, p. 1), actualmente esta teoría se ramifica en tres tipos:

- Dominio de la acción; refiriéndose al autor inmediato o directo, este será el de mano propia que realiza el hecho punible y ningún tercero mediará en la acción para la realización del hecho punible
- Dominio de la voluntad; donde se habla del autor mediato o indirecto, es decir puede existir un autor sin la necesidad de intervenir en la acción final debido a que,

la acción se podría entender con la manifestación en la voluntad del autor mediato hacia el tercero que realizara el hecho punible.

- Dominio del hecho funcional; en los casos de coautoría, careciendo del dominio de voluntad y acción debido a la división del trabajo.

Pero la problemática viene cuando se enfrenta a los delitos contra la Administración Pública, ya que estos delitos tienen una estructura propia que más adelante abordare, por eso es necesario que cuando hablamos de teoría del dominio del hecho nos debemos referir a los delitos de dominio y entendiéndose a estos como delitos comunes.

Pero la teoría del dominio del hecho no es suficiente para dar un tratamiento adecuado para los delitos que tienen como base, el cumplimiento de un deber, porque existe un grado de impunidad o suerte de deficiencia típica al determinar la autoría ante la existencia de un *extraneus* en un delito que enmarca un sujeto comitente determinado *-intraneus-*. En otras palabras, la existencia de figuras típicas que determina un sujeto activo determinado *-intraneus-* no se podría explicar con la teoría del dominio del hecho, la intervención de otro sujeto no determinado por el tipo *-extraneus-* (Caro John, p. 3).

Para efectos de un mayor entendimiento, en los delitos contra la Administración Pública no podría entenderse y determinarse la autoría con la teoría del dominio del hecho. Al considerar por ejemplo el peculado: el tipo penal desde un comienzo nos menciona el *intraneus* -funcionario o servidor público- este debe ostentar la reprochabilidad, sin embargo, ¿Qué pasaría si un tercero –no funcionario o no servidor público- comete en el tipo penal del peculado?, pues simplemente la teoría del dominio del hecho no podría responder dicha interrogante y mucho menos determinar la autoría.

III. Teoría de la infracción de deber

Con la ya predominante teoría del dominio del hecho, el panorama a aceptar otra teoría era casi escasa debida ya a la tradición y superposición de la teoría del dominio del hecho. Sin embargo:

(...) el dominio del hecho como único criterio ya no estaba en condiciones de resolver toda la problemática en torno de la autoría. Y, en efecto, esto fue así. La existencia de regulaciones típicas cuya autoría no podía ser explicada convincentemente mediante la categoría del dominio del hecho era la muestra más evidente. (Caro John, 2013, p. 3)

Entonces ante esta incertidumbre de poder dar un tratamiento a la autoría frente a delitos que regula un deber especial del autor -deber en su entorno de tal- surgió la teoría del dominio de la infracción al deber. Es por eso que en los delitos de infracción al deber lo que lo caracteriza no es la condición del autor *-intra-neus-* sino es, como menciona Caro John (2013) «el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la Administración Pública» (p. 3), esto es el deber de no quebrantamiento que el tipo penal contiene. Por ejemplo en el tipo penal del delito de peculado, su supuesto de hecho contiene: «El 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» el deber de no quebrantamiento en este delito es el de percibir, administrar y custodiar bajo la condición de funcionario y servidor público, y al no cumplir este mandato imperativo que el tipo penal indica el sujeto por su condición que el tipo penal le impone responderá penalmente.

Pero, ¿Cómo se llegó a este análisis en la teoría del dominio de la infracción del deber y así mismo cómo se desarrolló en la historia? La respuesta se da la incorporación de infracción al deber por parte de Roxin quien ya ostentaba el protagonismo en la anterior teoría. Sin embargo, fue Jakobs quien la desarrollo y permitió un entendiendo y sentido a la figura de la infracción al deber. Esto porque Roxin al desarrollar esta teoría considera que: «este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales» (Caro John, 2013, p. 3). Y por consiguiente no desarrollo en entorno de dichos deberes extrapenales.

Fue Jakobs que dio un tratamiento y permitió desarrollar esta teoría. En Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor Jakobs (1991), citado por Caro John (2013, p. 3). Esta competencia del autor se enmarca en un rol que deberá cumplir como deber o deberes que se le impone dentro de su competencia personal, dividiéndose en dos criterios: el primero en palabras de Jakobs como -deberes generales de actuación- siendo estos los denominados delitos de dominio para Roxin, estos deberes generales se enmarcan al cumplimiento de un deber común por parte de las personas que permite limitar la libertad de cada sujeto protegiendo el no lesionar los bienes jurídicos de los demás y si sucediera este respondería penalmente.

El segundo criterio ya permite dar un desarrollo adecuado que Roxin mediante los deberes extrapenales no logro conseguir, y este segundo criterio, es de igual manera en palabras de Jakobs, la inobservancia de deberes especiales. Parafraseando a Caro John (2013), este criterio implica ya no una competencia personal sino institucional. En el mismo sentido los delitos de infracción al deber no tiene que ver con el quebrantamiento de un deber común -entiéndase como deberes que deberían cumplir todos los ciudadanos por su condición de ser ciudadanos, como por ejemplo en el delito de homicidio en donde el deber general lo ostenta los ciudadanos y este deber es el de no lesionar bienes ajenos (matar)- pues el quebrantamiento será de un deber por su relación institucional -por ejemplo en el delito de peculado, la relación que ostenta el *intra-neus* -funcionario o servidor público- es una relación con la Administración Pública del estado y el deber que tendrá este, será el de percibir, administrar y custodiar estos caudales que le pertenecen al estado. Siendo el estado, el que le permite administrarlo por la calidad del estatus especial que tiene el funcionario o servidor público.

Entonces la teoría del dominio del hecho alcanza a todas las personas y por su parte la teoría del dominio de la infracción del deber solo alcanza aquellos por su estatus especial y que tienen un deber institucional.

Así pues, el desarrollo y clasificación de las instituciones correspondientes a la infracción del deber fue un aporte de Jakobs determinándose entre estas:

(...) la relación de padres e hijos, el matrimonio, la confianza especial, y, para los deberes genuinamente estatales -las relaciones estatales de poder-, la función policial de velar por la seguridad elemental para la ciudadanía, el deber de velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración Pública, así como la Administración de Justicia como principio fundamental del Estado de Derecho. (Caro John, 2013, p. 7)

Dentro los cuales se encontraría “el deber de velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculados a la Administración Pública” refiriéndose a los delitos cometidos contra la Administración Pública.

Sin embargo, ya delimitado y explicado que la teoría de la infracción del deber responde a un deber institucional, es necesario explicar que este deber no solo responde a un deber negativo «no dañar» sino, a un deber positivo y es ahí donde se funda el deber institucional, pues este deber positivo implica protección y tutela de los deberes encargados bajo la custodia de cada tipo penal. Por ejemplo; en el delito de peculado - cuarto párrafo, art 387 CP, se advierte que el servidor público o funcionario tienen bajo su esfera la percepción, administración y cuidado «deber positivo» y si se infringe será reprimido a título de culpa.

1. Análisis de la existencia de autoría y participación en los delitos de infracción del deber

En los delitos de infracción del deber cada sujeto responde por su deber especial correspondiente al deber institucional que le corresponde a cada delito, por este deber que le pertenece, permite todo rechazo a la participación, debido a que es imposible determinar el aporte de cada sujeto a sabiendas que estamos frente a delitos que tienen un deber institucional y a su vez determina un actor especial con deber positivo y negativo, por lo cual, se niega esta aportación por no compartir un deber general que vincula con otros actores o sujetos activos de iguales condiciones. En otras palabras, como menciona Caro John (2013):

La infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporte al hecho o de quién hace más o de quién menos. Los delitos que cometan los obligados especiales sólo pueden configurar autoría mas no así participación. (p.10)

Por eso la distinción entre autoría y participación es propiamente de la teoría del dominio del hecho.

Por otro lado, tampoco se admite la coautoría y autoría mediata, incluso si los sujetos intervinientes son *intraneus*, o cuando un *intraneus* instrumentaliza a otro *intraneus* para cometer algún delito de deber. Esto, en razón a que los delitos de deber, presupone a un deber personal o individual para cada sujeto y no grupal. Así en razón del presente artículo; mencionando nuevamente al peculado, solo será posible autor inmediato rechazando toda otra clase de autoría y participación por su carácter individual respecto a la autoría y su carácter cuantificativo de la participación respecto a la participación.

IV. El delito de peculado

1. Antecedentes y evolución legislativa

El término peculado proviene del latín *peculatus*, que a su vez se compone de la voz *pecus* (ganado) y el sufijo -ado (que ha recibido la acción), no nos queda claro cómo así esta palabra terminó por hacer referencia a un delito vinculado a fondos públicos.

Este delito era llamado, en el derecho romano y en el antiguo español, Peculado, palabra que se deriva del latín *pecus*: (*Peculatus furtum publicum dici exceptus á pecore*). Parfraseando a Atansio Fuentes y de la Lama (1877), el delito de peculado en la antigua Roma tenía como prospecto esbozar el robo de cosas públicas, sin embargo, en el contexto de esos tiempos la única cosa pública como riqueza de los romanos era los ganados, debido a que estos permitían un enriquecimiento abundante.

Posteriormente, “Julio César incriminó, después, bajo la misma calificación, por la ley Julia de peculata, la disipación de las especies destinadas a los sacrificios; y, en fin, se hizo extensiva a la distracción de las especies confiadas por los particulares a los depositarios

públicos” (Legis.pe 2018). En donde se observa una relación institucional entre el particular y el estado. Teniendo consecuentemente una pena en destierro y después la deportación y el castigo al trabajo en las minas.

Con respecto a la legislación peruana, los antecedentes residen en el artículo 324 del Código Penal de 1924, posteriormente con el D. Leg. n.º 635 incorporo el Código Penal peruano de 1991 recogiendo el peculado en el artículo 387 en el título XVIII -Delitos contra la Administración Pública-, Capítulo II -Delitos cometidos por funcionarios públicos- es aquí donde se ve prematuramente el tipo penal del peculado y dicho sea de paso poco desarrollado.

Posteriormente con la carga y contexto de la historia se realizaron modificación dentro de las cuales encontramos a la Ley n.º 26198 publicada el 13 junio 1993, incorporándose la culpa al peculado. Debió pasar dieciocho años para otra modificación donde por medio de la ley 29703 publicada el 10 junio 2011 que permite incorporar circunstanciales agravantes tanto en el peculado doloso como culposo.

Finalmente los tres últimos cambios al peculado fueron mediante la Ley N° 29758, publicada el 21 julio 2011, Ley n.º 30111, publicada el 26 noviembre 2013 y Artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1243, publicado el 22 octubre 2016, terminando así con una pena privativa de libertad no menor de 4 ni mayor a 8 en el peculado doloso y manteniéndose la pena de no mayor de dos años en el peculado culposo.

2. Bien jurídico protegido

Parafraseando a Rojas Vargas (2007, p. 536), el objeto genérico de la tutela penal es la de cuidar el desarrollo cotidiano de las actividades de la Administración Pública. Al ser entonces, el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se divide en dos criterios de protección jurídico-penal; **(a)** el de no dañar los intereses patrimoniales de la Administración Pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público “para Rojas Vargas entiéndase como el respeto al principio de lesividad”, y **(b)** evitar el abuso de poder del que se le otorga al funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, garantizando el principio constitucional de

fidelidad a los intereses públicos a que están obligados los funcionarios y servidores. Entendiéndose ambos como intereses patrimoniales integrales del correcto cuidado de los bienes del estado (caudales del estado; entendiéndose como patrimonio o dinero del estado) haciendo referencia a lo desarrollado ya por el Acuerdo Plenario n.º 4-2005/CJ-116.

3. Tipo objetivo

3.1. Sujeto Activo

El sujeto activo analizando el Artículo 387 -Peculado-; solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúna en su persona la relación institucional exigida por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desempeña al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia, en percepción, custodia o administración los caudales o efectos públicos de los cuales se apropia o utiliza para sí o para otro. Este sujeto activo solo será el funcionario o servidor público debido a que el tipo penal determina que al ser un delito de deber y a la existencia de una relación institucional este sujeto tiene esta íntima relación.

3.2. Sujeto pasivo

El sujeto Pasivo sin duda alguna será el Estado quien se verá perjudicado ante este hecho ilícito, pues será el Estado el afectado con la responsabilidad que le confió al funcionario o servidor público encargado de vigilar, en percibir, custodiar o administrar determinados caudales públicos.

3.3. Objeto material

En el objeto material respecto al peculado posee una amplitud de definiciones. En algunos casos, pueden ser bienes muebles, las computadoras, los automóviles, etc. Y, en otros casos bienes inmuebles: los edificios. En consecuencia, débese entender todo bien mueble e inmueble poseedor de valor económico susceptible de apropiación o utilización, pero con respecto siempre a caudales o efectos. Al respecto, la página del Poder Judicial brinda una definición del peculado definiéndolo como:

Def. 1: Sustracción por parte del funcionario público de los bienes o recursos confiados en cumplimiento de sus deberes, usándolos en provecho propio. / En el derecho peruano 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, será reprimido con pena privativa de libertad. / Delito cometido por el empleado o funcionario público, al apropiarse de dinero del Tesoro Público, en provecho propio o de otro o darle un uso distinto al señalado por la Ley⁸.

Permitiendo entender a qué se refería el Código Penal al referirse con caudales ya que el tipo penal no lo desarrolla y deja a una libre interpretación. Complementando así las referencias de caudales y efectos el Acuerdo Plenario n.º04-2005/CJ-116 en su numeral 7 determina a caudales como; bienes en general de contenido económico. Por otra parte, los efectos como; objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables

3.4. Comportamiento típico

Con respecto al comportamiento típico se determina dos verbos rectores muy determinante en este delito; el de apropiarse y el de utilizar, ya que por medio de estos dos verbos rectores se inferirá que el delito será consumado y así también lo determina el tipo penal que realiza esta tratativa.

3.5. Medio típico

En el extremo del medio típico del peculado nos encontramos a las palabras; percepción, administración, custodia que serán el medio por el cual se realice el hecho delictivo.

1. Percepción. Se alude con este término a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, producto de operaciones contractuales, provenientes

⁸ Poder judicial del Perú recuperado el 27/7/2018 de: https://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/diccionario_detalle.asp?codigo=635

incluso de otras agencias estatales, etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal o público en general en calidad de bienes públicos. (Ferreira Delgado, 1995, p.72).

2. Administración. Parafraseando a Pariona Arana (2011), la administración tiene que ser entendida bajo las funciones de manejo y conducción de los caudales del estado que le fueron confiados al funcionario o servidor público sin la necesidad de que entre en contacto directo con estos caudales (patrimonio del estado), entrando en este contexto los deberes extrapenales.

3. Custodia. Implica un la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor público, en palabras más las de un deber institucional íntimo, que radica en la función que el estado le atribuye

4. Tipo Subjetivo

4.1. Dolo

El 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, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho 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. «Peculado, Artículo 387 del Código Penal – primer párrafo».

En el artículo del peculado hace referencia en un primer extremo al peculado doloso, como se muestra en el párrafo siguiente donde el criterio volitivo y cognitivo se quebrantará o ensuciará solo por un *intraneus* -funcionario o servidor público-.

4.2. Culpa

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye

circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa. << Peculado, Artículo 387 del Código Penal – cuarto párrafo>>

Se evidencia literalmente la palabra culpa, en donde ya no será solo el *intraneus* - funcionario o servidor público- quien cometa el hecho delictivo si no un tercero, sin embargo, como el deber del *intraneus* no solo es un deber negativo sino también positivo, el *intraneus* responderá por el quebrantamiento de su deber institucional de percibir, administrar y custodiar que le fueron confiados por su condición de tal.

5. Consumación y Tentativa

Al ser el peculado un delito de resultado en tanto a su cumplimiento del deber positivo y negativo, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo. Parafraseando a Pariona Arana, cuando se incorpora el patrimonio público a un determinado patrimonio personal o cuando se utiliza un determinado caudal determinándose así una disminución y perjuicio patrimonial a la Administración Pública se considerará consumado dicho delito.

Con respecto a la tentativa Parafraseando a Salinas Siccha (2014), al responder el peculado como un delito de resultado es atendible la tentativa, ya sea inacabada o acabada estas son verificables mediante los actos ejecutivos.

V. La exclusividad de la teoría de la unidad del título en el delito de peculado frente a determinadas teorías dogmáticas

Teniendo en cuenta que el delito de peculado, es un delito de infracción de deber, regido bajo la teoría del mismo nombre, el tratamiento adecuado para no caer en una impunidad cuando un *extraneus* –se enmarca dentro del peculado- es la de compartir dicha

responsabilidad penal pero no a título de autor, sino a la de partícipe, permitiendo así que el *extraneus* responda penalmente por el delito en el cual se enmarco. Así, el *extraneus* -tercero ajeno- responderá penalmente por el delito de peculado, pero como partícipe y el *intraneus* -funcionario o servidor público- responderá como autor.

Esto es gracias a la teoría de la unidad del título de imputación incorporándose por medio del Decreto Legislativo n.º1351 publicado el 7/1/2017 que permitió agregar un tercer párrafo al artículo 25 del Código Penal -complicidad primaria y secundaria- determina qué: «El partícipe siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él».

Esta es la exclusividad para tratar al *extraneus* en no solo el delito de peculado sino a todos los delitos de infracción deber. En tal sentido la Corte suprema señaló:

Este tipo de delitos restringe el círculo de autores –como se anotó-, pero se admite la participación del *extraneus* que no ostenta esta 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 del título de la imputación para resolver la situación del *extraneus*” (...) El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial (Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116).

Sin embargo, la existencia de la teoría de la ruptura del título de imputación recogida en el artículo 26 del Código Penal peruano que determina: «Artículo 26 Incomunicabilidad en las circunstancias de participación- Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible».

Aquejo un gran problema, pues esta teoría de la ruptura rechaza toda comunicabilidad de circunstancias especiales que permiten que el *extraneus* responda penalmente por un delito

de deber. En otras palabras, la teoría de la ruptura es la contrapartida de la teoría de la unidad, y esto se demuestra mediante la Casación n.º 782-2015 teniendo como ponente a Villa Stein en donde se indica:

10. El artículo 26 del Código penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que, en los delitos especiales, el status de autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta a él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo 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 de particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa del radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad.

Entonces existían dos teorías que se aplicaban conjuntamente a pesar de que la teoría de la unidad del título de imputación fue la más predominante como se ve en la sentencia recaída en Vladimiro Montesinos y Luis Bedoya, recaída en el Exp. n.º 2758-2004-HCITC. Se aplicaban las dos teorías y provocando una incertidumbre y suerte de impunidad cuando se acogían a la teoría de la ruptura que dicha sea de paso estaba mal interpretada. A consecuencia de estas teorías en el año 2017 por Decreto Legislativo n.º 1351 se incorpora la teoría predominante -teoría de la unidad- ante estos casos permitiéndose así tener un sustento fundamental -principio de legalidad- para poder prevalecer y determinar estos criterios.

Finalmente, al considerar ya la prevalencia de la teoría de la unidad, en el peculado cuando un *extraneus* se enmarque dentro del tipo, este responderá como partícipe y se le permitirá compartir la reprochabilidad a pesar de no tener un vínculo o deber institucional que el tipo penal enmarca.

Y por el lado de la ruptura Rodríguez Vázquez (2012) afirma que:

Así, el artículo 26 del Código penal busca evitar que se produzca un resultado desproporcional, de manera que el autor que ostenta un deber especial devenido de

su cercanía con el bien jurídico –el funcionario público en los delitos de corrupción- no tenga la misma pena que el partícipe que no se encuentra en dicha posición. (p.4)

Poniendo fin al conflicto de estas dos teorías y evitando todo rasgo de impunidad que anteriormente se mostraba.

VI. Conclusiones

1. Al no poder cuantificar la aportación de los partícipes, el peculado rechaza la teoría del dominio del hecho.
2. La autoría mediata y coautoría no se puede determinar en el peculado debido a su deber institucional que lo determina el deber extrapenal.
3. La teoría de la infracción al deber en el peculado enmarca un deber no solo negativo -no apropiarse ni utilizar - sino también un deber positivo -proteger los bienes colocados dentro de su esfera mediante una buena percepción, administración y custodia.
4. No existe partícipes en el delito culposos.
5. La teoría de la unidad permite cubrir una suerte de impunidad cuando es un *extraneus* quien cometa el delito de peculado, pues este responderá siempre como cómplice.
6. El artículo 26 del Código Penal es un criterio que limitara la proporcionalidad de la pena, debido que al ser cómplice del delito de peculado carece del deber especial que el tipo enmarca -funcionario o servidor público- y por ende amerita una pena menor que la del autor.

VII. Recomendación

1. El autor recomienda que deba tenerse en cuenta que al ser predominante la teoría de la unidad y estar enmarcada ya un artículo del Código Penal -Art 25- deberá primarse y entenderse la comunicabilidad de circunstancias especiales solo se dará como partícipe y no como autor permitiendo responder penalmente por el delito de peculado y otros delitos de deber. Por otro lado, la teoría de la ruptura o el artículo 26 es un parámetro a la pena por el cual deberá responder el partícipe por una pena menor que la del autor en el peculado y otros delitos de deber.

Referencias

Abanto Vásquez, M. (2014). *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.

Bacigalupo, E. (s.f.). La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Recuperado de https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2725_bacigalupo_teor%C3%ADa_del_dominio_del_hecho.pdf

Jakobs, G. *El sistema funcionalista del Derecho Penal*. Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/curso/s/1ciclo/temas_teor%C3%ADa_del_delito/materiales/dr_caro_john/29_Jakobs_Ocaso_del_dominio_del_hecho.pdf

Caro John, J. A. (2003). *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción al deber*. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf

Ferreira Delgado, F. (1995). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Temis.

Malatesta, J. & Hernández, D. (2016). *Guía del abogado*. (2ª ed.). Lima: Grijley.

- Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp). Recuperado de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%ABlica.pdf>
- Pariona Arana, R. (2011). El delito de peculado como delito de infracción de deber. Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2011/14_El_delito_de_peculado_como_delito_de_infraccion_de_deber.pdf
- Pérez Alonso, E. J. (s. f.). *La regulación de la autoría en el Código Penal peruano: especial consideración de la coautoría*. (Comentario al art. 23 CP peruano). Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/temas_teor%C3%ADa_del_delito/materiales/dr_Raul%20Pariona/15_Esteban_Perez_Alonso-La_regulacion_de_la_autoria.pdf
- Rodríguez Delgado, J. (2012). *Comentario jurisprudencial. Un paso atrás en la lucha contra la corrupción: sobre la reciente sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema*. Recuperado de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/un-paso-atra%CC%81s.pdf>
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. (4ª ed.). Lima: Grijley.
- Rojas Vargas, F. (2017). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. (2ª ed.). Lima: Gnomos & Thesis.
- Roxin, C. (2013). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley.
- Villa Stein, J. (2005). Autoría y participación. Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/revista/articulos/nacional/nacional_edicion4.pdf
- Villavicencio Terreros, F. (2014). *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley.

Welzel, H. (1939). *Studem zum System des Strafrechts*, ZStW 58. Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften; Auflage.

Salinas, Ramiro (2014). *El delito de peculado en la doctrina y en la jurisprudencia*. Recuperado de <https://www.slideserve.com/kirima/el-delito-de-peculado-en-la-doctrina-y-en-la-jurisprudencia>