



**Universidad Nacional Mayor de San Marcos**  
**Universidad del Perú. Decana de América**

Dirección General de Estudios de Posgrado  
Facultad de Derecho y Ciencia Política  
Unidad de Posgrado

**La teoría de infracción de deber como fundamento de la  
autoría y participación en los delitos funcionariales**

**TESIS**

Para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia  
Política

**AUTOR**

Mg. Emérito Ramiro SALINAS SICCHA

**ASESOR**

Dr. Raúl Belealdo PARIONA ARANA

Lima, Perú

2020



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

## Referencia bibliográfica

---

Salinas, E. (2020). *La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales*. [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

---

## Hoja de Metadatos complementarios

Código ORCID del autor	<a href="https://orcid.org/0000-0002-6612-0844">https://orcid.org/0000-0002-6612-0844</a>
DNI o pasaporte del autor	09434348
Código ORCID del asesor	<a href="https://orcid.org/0000-0001-8273-3627">https://orcid.org/0000-0001-8273-3627</a>
DNI o pasaporte del asesor	20060770
Grupo de investigación	“__“
Agencia financiadora	“__“
Ubicación geográfica donde se desarrolló la investigación	Lima Coordenadas geográficas de Lima, Perú, en grados y minutos decimales <ul style="list-style-type: none"><li>• Longitud: 074°36'31.07”</li><li>• Latitud: S12°32'34.76”</li></ul>
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2018-2020
Disciplinas OCDE	Derecho Penal <a href="https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02">https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02</a>



**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**  
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA  
**UNIDAD DE POST GRADO**

**ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

En la ciudad de Lima, a los treinta días del mes de diciembre del año dos mil veinte, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Germán Small Arana, con la asistencia de los Profesores: Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Dr. Raúl Belealdo Pariona Arana, Dr. Mario Víctor Amoretti Pachas, Dr. Carlos Alberto Vásquez Boyer, y el postulante al Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política, **Mg. Emérito Ramiro SALINAS SICCHA**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada “**LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER COMO FUNDAMENTO DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS FUNCIONARIALES**”.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

**Aprobado con calificación de muy bueno con la nota de dieciocho (18)**

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política al **Mg. Emérito Ramiro SALINAS SICCHA**.

Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las diecisiete horas con cincuenta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.

**Dr. Germán SMALL ARANA**  
Presidente  
Profesor Principal

**Dr. Víctor Roberto PRADO SALDARRIAGA**  
Jurado Informante  
Profesor Principal

**Dr. Raúl Belealdo PARIONA ARANA**  
Asesor  
Profesor Asociado

**Dr. Mario Víctor AMORETTI PACHAS**  
Miembro  
Profesor Extraordinario

**Dr. Carlos Alberto VÁQUEZ BOYER**  
Jurado Informante  
Profesor Invitado

LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER COMO FUNDAMENTO DE LA  
AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS FUNCIONARIALES

“A Joselyn, Jeffry, Keila, Félix y Valeria,  
mis hijos, quienes son el móvil  
de todos mis empeños intelectuales”

## ÍNDICE

### LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER COMO FUNDAMENTO DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS FUNCIONARIALES

Carátula.....	i
Aceptación o veredicto del jurado.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Índice.....	iv
Resumen.....	ix
Abstract .....	x
 <b>INTRODUCCIÓN.....</b>	 <b>1</b>
 <b>ASPECTOS METODOLÓGICOS.....</b>	 <b>9</b>
 <b>1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....</b>	 <b>9</b>
<b>2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....</b>	<b>23</b>
<b>3. PROPUESTA DE SOLUCIÓN PROYECTADA. HIPÓTESIS.....</b>	<b>24</b>
<b>4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>25</b>
<b>5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>27</b>
5.1 OBJETIVO GENERAL.....	27
5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	28
<b>6. METODOLOGÍA APLICADA .....</b>	<b>28</b>
 <b>CAPÍTULO I.....</b>	 <b>30</b>
 <b>ESTADO DE LA CUESTIÓN: DELITOS FUNCIONARIALES</b>	
 <b>I.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DELITOS FUNCIONARIALES.....</b>	 <b>30</b>
I.1.1 LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS: DE DOMINIO Y DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	30
I.1.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DELITOS DE DOMINIO.....	34



I.1.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	36
--	----

<b>I.2 LOS DELITOS FUNCIONARIALES DE INFRACCIÓN DE DEBER MÁS FRECUENTES EN LA PRÁCTICA JUDICIAL.....</b>	<b>41</b>
--	-----------

I.2.1 EL DELITO DE COLUSIÓN.....	42
----------------------------------	----

I.2.1.1 TIPICIDAD OBJETIVA.....	43
---------------------------------	----

a. Defraudar en la colusión simple.....	45
---	----

b. Defraudare en la colusión agravada.....	48
--	----

c. Relación funcional entre el agente y el objeto del delito.....	49
---	----

d. Concertar con los interesados.....	50
---------------------------------------	----

e. Instrumentos del delito.....	56
---------------------------------	----

f. Bien jurídico protegido.....	60
---------------------------------	----

g. Sujeto pasivo.....	67
-----------------------	----

I.2.1.2 TIPICIDAD SUBJETIVA.....	68
----------------------------------	----

I.2.1.3 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	69
--------------------------------------	----

I.2.2 EL DELITO DE PECULADO.....	79
----------------------------------	----

I.2.2.1 TIPICIDAD OBJETIVA.....	82
---------------------------------	----

a. Modalidades de peculado doloso.....	83
--	----

1. Peculado por apropiación.....	83
----------------------------------	----

2. Peculado por utilización.....	84
----------------------------------	----

b. Perjuicio patrimonial.....	86
-------------------------------	----

c. ¿Es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial?.....	88
---	----

d. Destinatarios de la apropiación.....	91
---	----

e. Relación funcional entre el agente y el objeto del delito.....	92
---	----

f. Relación funcional de hecho.....	94
-------------------------------------	----

g. Caudales y efectos.....	100
----------------------------	-----

h. Percibir, administrar y custodiar.....	102
---	-----

i. Los viáticos y peculado.....	104
---------------------------------	-----

j. Bien jurídico protegido.....	113
---------------------------------	-----

k. Sujeto pasivo.....	118
-----------------------	-----

I. Agravantes del delito de peculado.....	119
1. Por el valor del objeto del delito.....	119
2. Por la finalidad del objeto del delito.....	119
I.2.2.2 TIPICIDAD SUBJETIVA.....	121
I.2.2.3 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	125
I.2.2.4 PECULADO CULPOSO.....	132
I.2.2.5 PECULADO DE USO.....	137
a. Usar o permitir usar.....	138
b. Bienes muebles del Estado.....	139
c. Fines particulares o privados.....	140
d. Relación funcional del agente y el objeto del delito.....	142
e. Magnitud del perjuicio patrimonial.....	143
f. Autoría y participación.....	144
g. Tipicidad subjetiva.....	146
h. Causal de atipicidad del peculado de uso.....	147
I.2.3 EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE.....	151
I.2.3.1 TIPICIDAD OBJETIVA.....	152
a. Interesar.....	154
b. Interesar de forma directa.....	156
c. Interesar de forma indirecta.....	157
d. Interesarse por actos simulados.....	158
e. Provecho propio o de terceros.....	160
f. Cualquier contrato u operación.....	160
g. Relación funcional.....	161
h. Bien jurídico protegido.....	164
i. Sujeto pasivo.....	167
I.2.3.2 TIPICIDAD SUBJETIVA.....	167
I.2.3.3 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	169

<b>I.3 PROPUESTAS DOCTRINARIAS DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA: TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DE LOS DELITOS FUNCIONARIALES</b> .....	170
I.3.1 LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE DOMINIO: TEORÍA DE DOMINIO DEL HECHO.....	171
I.3.2 LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	184
I.3.2.1 LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER DESDE LA PERSPECTIVA DE ROXIN.....	185
I.3.2.2 LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER POR COMPETENCIA INSTITUCIONAL.....	198
I.3.2.3 LOS DELITOS ESPECIALES DE GARANTES DE SCHÜNEMANN.....	213
<b>I.4. ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL: LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA</b> .....	227
I.4.1 SENTENCIAS SOBRE DELITOS FUNCIONARIALES RESUELTOS POR LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA.....	227
<b>CAPÍTULO II</b> .....	295
<b>TOMA DE POSTURA RESPECTO DE LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER</b>	
<b>II.1 TEORÍA DE LA RUPTURA DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN</b> .....	295
<b>II.2 TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN</b> .....	303
<b>II.3 INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 25 DEL CP MODIFICADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1351</b> .....	313
<b>II.4 PROPUESTA DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA: POSTURA PERSONAL</b> .....	319
II.4.1 LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER DESDE LA PERSPECTIVA DE ROXIN. RECAPITULANDO.....	319

II.4.2 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	324
II.4.3 EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER: NO AUTORÍA MEDIATA.....	334
II.4.4 EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER: NO COAUTORÍA.....	340
II.4.5 EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER: COMPLICIDAD ÚNICA.....	349
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>355</b>
<b>CONSECUENCIAS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA</b>	
<b>III.1 CONSECUENCIAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA PROPUESTO.....</b>	<b>355</b>
III.1.1 SOLUCIÓN DE LOS CASOS JUDICIALES SEGÚN LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER DESDE LA PERSPECTIVA DE ROXIN.....	356
<b>III.2 BENEFICIOS QUE APORTA LA PROPUESTA.....</b>	<b>383</b>
III.2.1 BENEFICIOS A LA DOCTRINA NACIONAL.....	383
III.2.2 BENEFICIOS A LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	385
III.2.3 BENEFICIOS A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.....	389
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>391</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>396</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA.....</b>	<b>398</b>
<b>TESIS DE POST GRADO SOBRE DELITOS FUNCIONARIALES.....</b>	<b>419</b>
<b>JURISPRUDENCIA ANALIZADA EN LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>421</b>

## RESUMEN

Actualmente, el sistema de justicia penal del país viene tramitando diversos procesos cuyo objeto de investigación, acusación y, luego, juicio oral lo constituyen delitos que lesionan o ponen en peligro a la administración pública.

Teniendo en cuenta la estructura de la fórmula legislativa de los tipos penales que recoge el Código Penal de 1991, los ilícitos penales se dividen en delitos de dominio y de infracción de deber. En esta última categoría se encuentran la mayoría de delitos funcionariales. La tesis se ocupa de realizar un estudio dogmático crítico sobre la autoría y participación en los delitos de infracción de deber.

Se ha demostrado que la teoría del dominio del hecho no rinde para determinar quién es autor y quién es cómplice en los delitos de infracción de deber cuando en su comisión intervienen más de dos personas. Se deja establecido que la teoría de dominio del hecho, es de utilidad para determinar quién es autor y quién es cómplice en los delitos de dominio.

En cambio, se ha demostrado que para los delitos de infracción de deber sirve la “teoría de infracción de deber” desde la perspectiva del profesor Roxin. Según esta propuesta dogmática responde como autor de un delito funcional quien interviene en la comisión del delito infringiendo un deber especial de carácter penal y, responde como cómplice quien también participa en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno debido a que no es portador de él. Además, según esta teoría no son admisibles las categorías de coautoría, autoría mediata y complicidad primaria y secundaria. Aquí solo se admite la autoría directa, la autoría paralela y la complicidad única.

Palabras clave: Delito, autoría, participación, coautoría, dominio, infracción, deber, imputación.

## ABSTRACT

Currently, the country's criminal justice system is processing various processes whose object of investigation, accusation and, later, oral trial are crimes that injure or endanger the public administration.

Taking into account the structure of the legislative formula of criminal types included in the 1991 Penal Code, criminal offenses are divided into crimes of domain and breach of duty. In this last category are the majority of official crimes. This thesis deals with a critical dogmatic study on authorship and participation in crimes of breach of duty.

It has been shown that the theory of the domain of the fact does not yield to determine who is the author and who is an accomplice in the crimes of breach of duty when more than two people intervene in its commission. It is established that the theory of domain of fact is useful to determine who is the author and who is an accomplice in domain crimes.

Instead, it has been shown that for the offenses of breach of duty the "breach of duty theory" works from the perspective of Professor Roxin. According to this dogmatic proposal, the person who intervenes in the commission of the crime, violates a special criminal duty and responds as an accomplice who also participates in the commission of the crime, but without violating any special duty because he is not bearer of it. Furthermore, according to this theory, the categories of co-authorship, mediated authorship and primary and secondary complicity are not admissible. Only direct authorship, parallel authorship, and single complicity are allowed here.

Key words: Crime, authorship, participation, co-authorship, domain, infraction, duty, imputation.

## INTRODUCCIÓN

Ante las opciones planteadas por la Unidad de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, decidimos efectuar una tesis dogmática jurídica de Derecho penal sustantivo, específicamente sobre la autoría y participación en los delitos funcionariales.

El tema se justifica plenamente debido a que el fenómeno de la corrupción, en la actualidad, se ha convertido en un flagelo no solo nacional sino mundial. Este problema tiene implicancias diversas, “tanto para la economía, las reglas éticas y morales de convivencia social, las formas de administrar y gobernar los países y prácticas administrativas de los sujetos públicos. Ante la constatación de actos de corrupción a gran escala en las esferas más altas, los Estados democráticos han concluido que se trata de un flagelo que pone en serio peligro a la estabilidad y seguridad de los Estados al lesionar gravemente las instituciones públicas, los valores de la democracia, la ética y la justicia”. La corrupción amenaza el desarrollo económico sostenible de los Estados y, lo que es más grave, el imperio de la ley y los principios éticos.

La Comisión interamericana de derechos humanos de la OEA, ha llegado a concluir que “la corrupción afecta negativamente el goce y ejercicio de los derechos humanos desde una concepción de invisibilidad, impactando de manera desproporcionada en las personas y grupos en situación de vulnerabilidad o discriminación histórica. En particular, la corrupción afecta a las personas en situación de pobreza y pobreza extrema, debido a que, por su condición de vulnerabilidad, sufren de manera agravada las consecuencias de este fenómeno” (Corrupción y derechos humanos. Estándares interamericanos,

2019, p. 201). En tal sentido, no debemos obviar las consideraciones del exsecretario general de la ONU Kofi A. Annan, quien en el 2004 afirmó que, “la corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana” (Convención de la Naciones Unidas contra la corrupción, 2004, p. iii.).

En consecuencia, con el objetivo de frenar este fenómeno dañino mundial, se han firmado instrumentos jurídicos internacionales encaminados a prevenir, investigar y sancionar conductas corruptas, entre los más importantes tenemos: “la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Organización de los Estados Americanos el 29 de marzo de 1996 y vigente en el Perú desde el 4 de julio de 1997. También el 26 de mayo de 1997, el Consejo de la Unión Europea aprobó el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea. Luego el 27 de enero de 1999, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó el Convenio de derecho penal sobre la corrupción. En el mismo sentido, los jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana, el 12 de julio de 2003 aprobaron la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción. El 29 de septiembre de 2003, las Naciones Unidas aprobaron la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Finalmente, en diciembre de 2003, en la ciudad de Mérida (México) se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, instrumento internacional que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005 y que de acuerdo con el artículo 55 de la vigente Constitución Política del Estado forma parte de nuestro derecho interno”.

Es lugar común considerar que “la prevención y la erradicación de la corrupción es responsabilidad de todos los Estados y, en consecuencia, estos deben cooperar entre sí, con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenecen al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, para que los



esfuerzos sean eficaces” (Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción, 2004, p. 6). Para tal efecto, se requiere de un enfoque amplio y multidisciplinario para prevenir y sancionar en forma eficiente los actos de corrupción pública y privada. “Un mecanismo –y quizá el más importante, en este esfuerzo– es el Derecho penal, instrumento con el que cuentan los Estados para reprimir los actos de corrupción y hacer posible que mediante la prevención general negativa y positiva de la pena, los funcionarios públicos y los particulares se abstengan de realizar conductas que afecten los deberes y principios que se constituyen en el sostén del Estado así como de su funcionamiento y más bien se fomente una cultura de rechazo a la corrupción”. No debe aceptarse se imponga en el país una cultura o política de tolerancia a los actos de corrupción.

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido que “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (Exp. N.º 1271-2008-HC; 019-2005-AI), por lo que puede afirmarse que los actos con los cuales los funcionarios públicos atenten contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado” (STC del 3-05-2012, Exp. 0017-2011-PI/TC-Lima).

En el Perú, los diversos casos de corrupción que se vienen conociendo en el Ministerio Público como en el Poder judicial, ponen en evidencia que tal como lo señala el defensor del pueblo, en el reporte de la Defensoría del Pueblo denominado Radiografía de la corrupción en el Perú, “la corrupción que nos asalta, no viene solo de Brasil, ni es solo pública, ni tampoco es reciente. Es una lacra que hace mucho se ha institucionalizado, echando raíces profundas en todas las instancias del aparato estatal” (Gutiérrez Camacho, 2017, p. 3).

En este contexto, resulta prioritario conocer la dogmática de los delitos contra la administración pública, también conocidos como delitos de corrupción de funcionarios, con el fin de investigar y sancionar estos ilícitos cuando corresponda. Este es uno de los objetivos de la investigación, pues bien

sabemos que se han construido y sistematizado diversas teorías penales al respecto.

En efecto, por la estructura de la fórmula legislativa de los tipos penales que recoge el Código Penal de 1991, los delitos se dividen en delitos de dominio y de infracción de deber. Para determinar quién es autor y quién es cómplice en los delitos de dominio en el cual han participado más de dos personas se ha sistematizado y construido la teoría de dominio del hecho, la que es aceptada de modo general en la doctrina y jurisprudencia. Como se verá esta teoría no rinde para tal objetivo respecto de los delitos de infracción de deber. Para esta clase de delitos, se ha construido la teoría de infracción de deber que señala: *responde como autor de un delito funcional quien interviene en la comisión del acto ilícito infringiendo un deber especial de carácter penal. A su vez responde en calidad de cómplice quien también participa en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno debido a que no es portador de él.* En suma, el tema de la investigación es la autoría y participación en los delitos de infracción de deber.

En el Perú, no se ha realizado una tesis universitaria de Postgrado sobre el tema, a pesar de su notoria importancia en la discusión científica y en la jurisprudencia debido al incremento de investigaciones y juzgamientos de ex sujetos públicos que han ocupado las posiciones públicas del más alto nivel dentro del Estado, acusados de haber cometido algún delito funcional. Incluso, el titular de la acción penal sostiene que, se habrían formado organizaciones criminales con la finalidad de defraudar el patrimonio del Estado mediante la comisión de diversos delitos de infracción de deber.

La tesis se divide en 3 capítulos. No obstante, antes se explican los aspectos metodológicos. Se establecen los objetivos de la investigación. Se precisa que los objetivos que pretendemos concretizar con la investigación son, objetivo general: determinar la teoría dogmática más razonable para identificar a los autores y a los cómplices en los delitos funcionariales en los que intervienen más de dos personas. Objetivos específicos: identificar cuál es la naturaleza jurídica de la mayoría de los delitos funcionariales en nuestro sistema jurídico; realizar un estudio dogmático sobre la autoría y participación en los delitos

funcionariales; y, realizar un análisis de la jurisprudencia más relevante para determinar las líneas jurisprudenciales de las Salas Penales de la Corte Suprema respecto a la autoría y participación en los delitos funcionariales.

También formulamos el problema jurídico en los siguientes términos: ¿qué teoría jurídica debe aplicarse para determinar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice en la comisión de un delito funcional en el cual intervienen más de dos personas?; y, luego planteamos la correspondiente hipótesis: *la teoría jurídica que debe aplicarse para determinar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice en los delitos funcionariales en los cuales intervienen más de dos personas, es la teoría de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Claus Roxin*. Hipótesis que pretendemos probar y, luego, defender.

El primer capítulo busca identificar el estado de la cuestión respecto de los delitos funcionariales. Aquí analizamos la naturaleza jurídica de los delitos según el autor. Los ilícitos se dividen en delitos comunes o de dominio y delitos especiales o de infracción de deber. Ambos tipos de delitos responden a una fundamentación de la imputación diferente. En los primeros, para efectos de la autoría y participación se utiliza la teoría de dominio del hecho; en cambio, para los segundos, se hace uso de la teoría de infracción de deber. También hacemos un análisis dogmático de los delitos funcionariales de infracción de deber más frecuentes en la práctica judicial como son los delitos de colusión, peculado y negociación incompatible.

Asimismo, en el primer capítulo hacemos un estudio de las teorías dogmáticas que se han planteado para fundamentar la autoría y participación de los delitos funcionariales. Para tal efecto, analizamos la teoría de dominio del hecho que sirve para determinar quién es autor y quién es cómplice en los delitos de dominio. En cambio, verificamos que no sirve para tal efecto respecto de los delitos de infracción de deber. Más bien para este propósito en la doctrina se ha planteado la teoría de infracción de deber. No obstante, en el desarrollo dogmático de esta teoría se han ensayado hasta tres variantes. La teoría de

infracción de deber, desde la perspectiva de Roxin, señala que el criterio de infracción de deber sirve para determinar quién es el sujeto central de un delito de infracción de deber cuando en él participan más de dos personas. Desde la perspectiva dogmática de Jakobs, en lo central, se señala que la sola verificación de la infracción de deber fundamenta ya la punibilidad del autor. La teoría de los delitos especiales de garantes de Schünemann, sostiene que el criterio de autor en estos ilícitos no debe ser buscado en la infracción de un deber, sino en una relación de dominio sobre el suceso causal dañoso. Se refiere al criterio de dominio sobre el fundamento del resultado.

Finalmente, en este capítulo, analizamos 18 ejecutorias supremas, entre recursos de nulidad en aplicación del CPP de 1939 y sentencias casatorias en aplicación del CPP de 2004. La conclusión es que las Salas Penales de la Corte Suprema, en la solución de los casos judicializados vienen utilizando en forma indistinta estas tres teorías, sumando incluso, a la teoría del dominio del hecho. Situación que, sin duda, genera la emisión de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios que al final ponen en tela de juicio o cuestionamiento a los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley.

El segundo capítulo está referido a la toma de una postura personal respecto de la teoría de infracción de deber. Se divide en dos subcapítulos: el primero se refiere a las teorías de ruptura y unidad del título de imputación en los delitos de infracción de deber, y se concluye que la teoría de la unidad del título de la imputación es la más razonable y debe ser utilizada en la solución de los casos concretos, pues se orienta a hacer responder por el delito funcional realizado, a todos los participantes. Unos partícipes responderán como autores y otros como cómplices y todos, en un solo proceso penal. Este planteamiento en el Perú ha sido introducido en el artículo 25 del CP de 1991, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1351.

El segundo subcapítulo se refiere a la propuesta de solución del problema. Aquí determinamos que la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin es la más objetiva y, por lo tanto, la más razonable para la solución de los casos judiciales sobre delitos funcionariales que se presentan en

la realidad. Esta teoría en lo central se resume así: responde como autor de un delito funcional quien interviene en la comisión del delito infringiendo un deber especial de carácter penal y responde en calidad de cómplice quien también participa en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno, debido a que no es portador de él. Además, reforzando esta teoría concluimos que no es admisible la categoría jurídica de la coautoría, pues los deberes o principios que al final no son otra cosa que los bienes jurídicos de los delitos funcionariales son personales. Estos no son comunes. También no es admisible la autoría mediata, pues así el sujeto obligado utilice a otro para la comisión del delito, aquel es autor directo, ya que en su accionar está ya incumpliendo su deber funcional personal. Asimismo, no es posible hablar de complicidad primaria y secundaria, pues si el bien jurídico que se lesiona o pone en peligro está constituido por deberes o principios, no es posible ni idealmente determinar si un cómplice ayudó, de manera imprescindible o prescindible, al autor a infringirlo. En este tipo de delitos el criterio de dominio del hecho es irrelevante.

Para finalizar, en el capítulo tercero, se precisan los aportes alcanzados con la investigación jurídica. En primer término, se vuelven a analizar las 18 ejecutorias supremas antes ya citadas, pero utilizando para tal efecto solo la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin. Los resultados son alentadores y demuestran que con la aplicación de la citada teoría se pueden promover y consolidar los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley en la administración de justicia penal en el país.

Luego exponemos los aportes a la doctrina nacional del Derecho penal sustantivo. Verificamos que, con las conclusiones de la investigación, la doctrina nacional avanzará en la comprensión y sistematización de la teoría de los delitos de infracción de deber. Asimismo, se plantean aportes a la legislación nacional, efectuando propuestas legislativas de *lege ferenda*. Con ello, se precisan los aportes de la investigación para consolidar la jurisprudencia nacional respecto de la interpretación de los delitos de infracción de deber que lo constituyen la mayoría de los delitos funcionariales.

Concluimos la investigación planteando 8 conclusiones y 3 recomendaciones con la convicción de haberse cumplido los objetivos propuestos y con la esperanza de satisfacer las expectativas académicas de los integrantes del jurado examinador.

## **ASPECTOS METODOLÓGICOS**

### **1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA DEL TEMA**

La administración de justicia penal del Perú, desde el año 2000, viene tramitando diversos procesos contra investigados y procesados por graves delitos de corrupción de funcionarios. En innumerables procesos penales, el titular de la acción penal sostiene que en la comisión de un delito funcional han participado más de dos personas, entre funcionarios, servidores públicos y otros ajenos a la administración pública.

Bien sabemos que cuando en la comisión de un delito participan más de dos personas, existe la seria posibilidad que algunos participen y respondan penalmente como autores y otros como cómplices. En efecto, en diversos procesos tramitados por delitos funcionariales siempre se ha identificado a autores y partícipes. La diferencia es trascendente debido a la magnitud de la pena que les alcanza a unos y otros según el sistema jurídico penal europeo continental.

Luego de un estudio preliminar concluimos que las Salas Penales de la Corte Suprema de la República tienen claro que la mayoría de los delitos funcionariales son de infracción de deber; sin embargo, cuando se trata de la autoría y participación, no tienen una línea jurisprudencial clara y definida, pues las teorías existentes al respecto se aplican indistintamente. Incluso, como se verá en el desarrollo de la investigación, pese a tener claro que la mayoría de los delitos funcionariales son de infracción de deber, para identificar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice o instigador se aplica la teoría del dominio del hecho.

Desde luego, para demostrar la situación problemática que se presenta, debemos citar los siguientes pronunciamientos judiciales de la máxima instancia de la justicia penal ordinaria, como son las Salas Penales de la Corte Suprema:

1. La ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, emitida en el R.N. N.º 1813-2003-Lima- Sala Penal Transitoria, precisó que “en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado”.

*- “Para la solución del caso, se aplicó la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin. Sobre la unidad del título de imputación y para identificar a los autores y cómplices en el delito funcional, se invocó la teoría del dominio del hecho”: PECULADO.*

2. En la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004, dictada en el R.N. N.º 2976-2004-Lima, se consideró que “aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes –como todas las personas– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe”.



- *“La solución del caso se efectuó sobre la base de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin y la unidad del título de imputación”*: ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

3. En la ejecutoria suprema emitida en el R.N. N.º 4500-2005-Junín, del 6 de setiembre de 2007, se consideró que en “la sentencia condenatoria se ha concluido que el procesado Arístides (...) es responsable de la comisión de delito de peculado en su condición de cómplice primario (...), bajo el fundamento sustancial, que en la fase preparatoria del hecho delictivo, en forma dolosa ha prestado su plena colaboración a su coacusada Elvira Magda... para la consumación del delito de peculado en la forma de apropiación indebida de los fondos del Estado, pues como jefe de tesorería, y por ende de la encausada, no verificó la conformidad diaria de los ingresos por recursos propios, y los depósitos a favor de la entidad agraviada, por lo que, sin ese consentimiento, y consiguiente apoyo en el sistemático obrar de la aludida encausada para apropiarse los caudales, no hubiera sido posible la consumación del delito”. Que, sin embargo, “el delito de peculado, y consecuentemente su grado de complicidad, exige necesariamente la concurrencia de dolo, requisito *sine qua non* sin el cual no podría configurarse el mismo. Aspecto subjetivo que no se advierte, por lo que la conducta ilícita del citado encausado ha sido incorrectamente tipificada por el Ministerio Público, y así asumida por la Sala Superior, pues dicho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno (...) actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales –en este caso–, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero”.

- *“En la solución del caso de un delito funcional culposo, se aplicó la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, no obstante, luego se hizo uso de la teoría de dominio del hecho para identificar a autores y cómplices en el delito funcional”*: PECULADO CULPOSO.

4. El Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116<sup>1</sup>, de fecha 6 de diciembre de 2011, donde entre otros aspectos se precisó que “los *extraneus* se registrarán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores”. Y como *obiter dicta* de la doctrina legal establecida, se precisó que “este tipo de delitos restringe el círculo de autores, pero se admite la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva –en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad del título de imputación para resolver la situación del *extraneus*”.

- “La doctrina legal vinculante se adhirió a la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin. Optó por la teoría de la unidad del título de imputación”: **PARA TODO DELITO FUNCIONARIAL.**

5. La ejecutoria suprema del 6 de mayo de 2013, dictada en el R.N. N.º 546-2012-Lima, argumentó que “su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por lo tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria”.

- “En la solución del caso generado por un delito de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, se aplicaron los parámetros de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la complicidad primaria y secundaria”: **PECULADO**

6. En la ejecutoria suprema emitida en el R.N. N.º 1969-2012-La Libertad-Sala Penal Permanente, del 16 de enero de 2014, se sostiene que “la norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de

---

1 Nuevos alcances de la prescripción. Firmado por los jueces supremos Villa Stein, Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santamaría Murillo.

producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada. Así, la singularidad de este ilícito es que sólo el funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos; sin embargo, también lo es que, los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesiona los deberes funcionales, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplices primarios, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado”.

*- “Para resolver el caso y confirmar la condena a los acusados se aplicó la teoría de infracción de deber desde la posición dogmática de Roxin. No obstante, para identificar a los autores y cómplices, se aplicó la teoría del dominio del hecho, ratificando la condena del particular como cómplice primario”: COLUSIÓN.*

7. En la sentencia casatoria N.º 782-2015-del Santa-Sala Penal Permanente, del 6 de julio de 2016, se sostiene que “así las cosas, el artículo 25 del Código Penal que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; y no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito que puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo o aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. Los hechos en este caso se resumen en lo siguiente: se imputa a la señora Amelia Victoria..., que en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010 haberse enriquecido valiéndose de una relación o núcleo familiar y en la cuenta de su presunto esposo Wilmer Agapito..., habría depositado la cantidad de S/. 1 028 703.44 nuevos soles, para ocultar la sociedad económica que mantenían y que no pudieron ocultar el dinero pues apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias”.

- *“Para resolver el caso y absolver a los acusados se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Jakobs y la teoría de ruptura del título de imputación. Para identificar a los autores y cómplices, se aplicó la teoría del dominio del hecho”*: ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

8. La ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016, dictada en el R. N. N.º 615-2015-Lima. Caso Diarios Chicha, argumenta que “el delito de peculado al ser catalogado como un delito de infracción de deber, solo admite la autoría directa o personal, excluyéndose las otras dos formas de autoría (coautoría y autoría mediata), en correspondencia con su naturaleza de delito de infracción de un deber institucional personalísimo”. Y al no haberse acreditado la relación funcional del acusado con el objeto del delito, lo absolvieron. En este caso, los hechos son los siguientes: “Alberto Fujimori Fujimori, en su condición de presidente de la República, ordenó entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional- SIN por un monto de S/ 122 000 000 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de *Gastos Reservados*, que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados *Diarios Chicha*, para su campaña de reelección presidencial del periodo 2000-2005, con lo que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios políticos”.

- *“Para resolver el caso y absolver al acusado se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Jakobs en toda su magnitud”*: PECULADO.

9. En el Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017, se estableció como doctrina legal vinculante, entre otros aspectos, que "tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce la existencia de tipos legales que se configuran y forman sólo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus*, lo cual es una característica intrínseca de los delitos funcionariales. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con

el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica. Por su parte, en un típico delito especial propio o funcional de infracción de deber, la intervención de un tercero en su comisión o realización, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional".

Luego, se precisa que "en los delitos funcionariales especiales propios o de infracción de deberes institucionales no reproducen circunstancias específicas, sino a un modelo específico de autor".

- *"La doctrina legal vinculante en un primer momento se adhirió a la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, optando por la teoría de la unidad del título de imputación, no obstante, luego parece decantarse por la teoría de infracción de deber desde la posición de Jakobs al referirse a deberes institucionales: para todo delito funcional con especial mención al delito de ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO".*

10. En la sentencia casatoria N.º 102-2017-Lima-Segunda Sala Penal Transitoria, del 11 de julio de 2017, pese a precisar que el delito de peculado es uno de infracción de deber, inició afirmando que "la complicidad primaria en delitos de función se produce, a diferencia de la colaboración secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser colaborados necesario o primario cualquier funcionario, servidor público o un particular, a diferencia de la cooperación secundaria, la cual se genera cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, ejecución o consumación del delito". Para luego sostener que, "en el delito de peculado -delito de infracción de deber- no habría lugar para la coautoría; hay que destacar que la teoría de la infracción del deber de Roxin, no acepta la coautoría que, ciertamente, es la consecuencia de la teoría del dominio del hecho. Así las cosas, no puede concurrir la figura de coautoría porque como se trata de un delito de infracción de un deber especial penal, resulta insostenible materialmente que dos o más funcionarios o servidores públicos acuerden sus voluntades para transgredir una parte del deber especial, teniendo en cuenta que, éste es único y no es posible dividirlo materialmente. En tal sentido, si dos

o más funcionarios de una institución pública, se ponen de acuerdo para sustraer el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. En definitiva, no puede sostenerse que en los funcionarios o servidores públicos ha concurrido un reparto de conductas para infringir un deber especial penal. Por lo tanto, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian, por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores”.

*- “Para resolver el caso y casar la condena de la acusada de cómplice primaria se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin con la variante que se afirma que en un delito de infracción de deber no es posible la coautoría. Para identificar a los autores y cómplices, se aplicó la teoría de dominio del hecho y luego, la teoría de infracción de deber”: PECULADO.*

11. En la sentencia casatoria N.º 1004-2017 -Moquegua- Sala Penal Permanente, del 26 de julio de 2018, se sostiene que “Pino Trinidad, entonces, tiene la condición de cómplice primario. Es verdad que el tipo delictivo de peculado es un delito especial de infracción de deber, pero lo es con *elementos de dominio* -este se erige por la conjunción de actos concretos de organización, la infracción de deberes institucionales en orden a la administración pública y la producción de perjuicio-, por lo que, sin romper el título de imputación, se acepta la intervención delictiva a título de cómplice-.”

*- “Para resolver el caso y no casar la condena a los acusados se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin al optarse por la unidad del título de imputación. Para identificar a los autores y cómplices, se aplicó la teoría de dominio del hecho y por eso se declara que uno de los intervinientes responde como cómplice primario”: PECULADO.*

12. La ejecutoria suprema del 13 de agosto de 2018 recaída en el R. N. N.º 874-Cañete, sustenta que “el delito de colusión desleal se configura cuando concurren los siguientes elementos normativos del tipo: 3.1.1. El acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito; perjudicar a un

tercero, en este caso, al Estado.3.1.2. Realizar ello mediante diversas formas contractuales para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; que, en efecto, el delito antes citado importa que el funcionario público o servidor público que interviene en un proceso de contratación pública, en razón de su cargo, concierta con los interesados y defrauda al Estado. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes (el Estado y los particulares) está referido a que las condiciones de contratación se establezcan deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses de Estado”. En cuanto a la complicidad se sostiene que “3.3. La descripción de un hecho típico está pensada originalmente en la comisión unitaria de ese suceso. Vale decir que se construye en torno a la realización individual del hecho delictivo. No obstante, la realidad demuestra que un delito no solo puede ser obra de una persona, sino que puede ser atribuido a un colectivo de intervinientes. Nuestro Código Penal distingue dos formas de intervención: la autoría y participación. En torno a la primera acaban la figura de la autoría directa, mediata, la coautoría y la autoría intelectual. En torno a la segunda solo caben la complicidad primaria y la complicidad secundaria.3.4. La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o loscoautores. 3.5.... El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor del delito. Desde esta perspectiva serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Mientras que la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito”.

*- “Para resolver el caso y confirmar la condena a los acusados se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin. Para identificar a los autores y cómplices, se aplicó la teoría del dominio del hecho, ratificando la condena al particular como cómplice primario”: COLUSIÓN.*

13. En la Sentencia casatoria del 28 de agosto de 2018 emitida en la Casación N.º 1379-2017-Nacional, se sustenta que: “que el acuerdo colusorio, que importa una efectiva defraudación patrimonial al Estado, debe ser realizado por un funcionario que tenga una relación funcional específica en el marco de una

contratación pública -se trata de la infracción de un deber especial, en virtud de una competencia institucional-. Luego el *extraneus* no puede ser autor del delito, solo cómplice... Es evidente que para ser partícipe en la comisión de un delito contrala administración pública se requiere de una acción consciente dirigida - en el caso del delito de colusión- a la defraudación del patrimonio público. Tal conducta podría revestir la forma de complicidad primario si se advierte la realización por parte -en este caso- del presidente del directorio (socio no administrador) de un acto sin el cual el delito no se habría cometido, o de complicidad secundaria si hubiera coadyuvado a su ejecución con actos anteriores o posteriores...Que el delito de colusión agravada -como el delito de colusión simple - tiene como sujeto activo - o autor- al funcionario público que interviene por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación o cualquier operación pública o en las liquidaciones respectivas. Es más, como la contratación pública puede ser compleja, es factible que en esas operaciones intervengan numerosos funcionarios -coautores-... De otro lado, a título de inductores o cómplices primarios intervienen los terceros interesados, que igualmente según las características y entidad de la contratación o liquidación pueden ser varias personas naturales -la conducta de estos últimos, que incluso pueden ser funcionarios que no intervengan en el proceso por razón de su cargo, será la de partícipes, manteniéndose el mismo título de imputación-".

*- "Para resolver el caso se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Jakobs. Para identificar a los autores y cómplices, se aplicó la teoría del dominio del hecho, afirmando que los acusados habrían actuado en coautoría y que los extraneus responderían como cómplices primarios o secundarios, según su aporte": COLUSIÓN.*

14. En la sentencia casatoria N.º 503-2018-Madre de Dios-Sala Penal Permanente, del 5 de febrero de 2019, se sostiene que "el delito de malversación de fondos es uno de infracción de deber -situaciones de responsabilidad por competencias-. En ese caso lo relevante es el deber institucional que ha de cumplir el imputado recurrente como Gobernador Regional- la fuente del deber es la propia ley de la materia-. Si es delegante debe delegar bien, supervisar



razonablemente a su delegado... y, en su caso, corregirle o incluso sustituirle si ello es necesario para la observancia de la función de seguridad encomendada”. El delegante “mantiene su deber de garante institucional respecto del manejo presupuestario, no es ajeno lo que la autoridad delegada pueda realizar...- él debía saber lo que sucedía con un tema tan delicado como el manejo presupuestal e interrumpir un suceso riesgoso para el patrimonio institucional...”

- *“Para resolver el caso y confirmar la sentencia condenatoria al acusado se aplicó dos teorías: la teoría de infracción de deber desde la óptica de Jakobs, y la teoría de los delitos especiales de garantes formulada por Schönemann”*: MALVERSACIÓN DE FONDOS.

15. La ejecutoria suprema del 29 de abril de 2019 emitida en el R. N. N.º 2124-2018-Lima- Caso General Donayre, sustenta que “es de afirmar que el delito de peculado es uno de infracción de deber -no es un delito de dominio-. Se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada -el legislador optó por contraer la autoría a un determinado ámbito de personas que tiene una especial posición de deber, cuya infracción hace surgir en su conducta un plus disvalorativo” (Roca Agapito)... “el dato relevante no es el dominio del hecho del autor o si el obligado coadyuvó para la producción del resultado típico, sino el quebrantamiento de los deberes que le impone la institución positiva” (Sánchez Vera)... “Por lo tanto, lo que debe demostrarse es si el funcionario público competente cumplió o no con su deber positivo y, asimismo, que materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo -realización típica en sentido material- (Caro John)”

- *“Para resolver el caso y confirmar la condena a los acusados se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Jakobs. Para identificar a los autores y cómplices, se aplicó la teoría de infracción de deber y, por lo tanto, se aclaró que se condena a los acusados como autores paralelos y no como coautores que indicaba la sentencia de vista”*: PECULADO.

16. En la sentencia casatoria N.º1500-2017-Huancavelica-Sala Penal Permanente, del 15 de mayo de 2019, se sostiene que “el delito de peculado es uno de infracción de deber (más específicamente, un delito especial de deber). Se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada. Lo que se castiga es, en buena cuenta, la infracción de normas muy específicas -para la constitución del tipo penal es necesaria la presencia de un deber especial-”. “A los efectos del juicio de imputación se necesita comprobar (i) que el agente público competente cumplió o no con su deber positivo, y (ii) que, además materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo. Cuando en el hecho típico han intervenido varios sujetos especiales, muy común en estructuras jerárquicas organizadas, cada uno será en principio autor -autoría paralela-; y, cuando uno o alguno de ellos realiza la conducta típica, los otros *intrañei* pueden ser, eventualmente y según la conducta que lleven a cabo, partícipes -distinto es el caso, por cierto, de los *extranei*-”.

- *“Para resolver el caso y revocar la resolución que declaró el archivo del proceso, se aplicó la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs. En el tema de identificar a los autores y cómplices, se efectuó sobre la base de la teoría de la ruptura del título de imputación”: PECULADO.*

17. En la sentencia de apelación N.º 1-2017-Puno-Sala Penal Transitoria, del 18 de junio de 2019, se tiene que “el acusado Jorge.... en condición de fiscal solicitó a Vilma Himelda..., hermana del procesado Jhon.... que se encontraba con prisión preventiva, la suma cincuenta mil dólares, a cambio de reducirle la pena a través del proceso de terminación anticipada y que en tales tratativas habría participado el acusado Percy Wilfredo.....”. Estos hechos fueron calificados como delito de cohecho pasivo, previsto en el segundo párrafo, artículo 395, del Código Penal, en perjuicio del Estado, se acusó a Jorge... y Percy Wilfredo... como autor y cómplice primario, respectivamente. Fue condenado el primero y absuelto el segundo debido a que su conducta habría sido inocua. La sentencia del primero quedó firme y en cuanto al segundo, la Suprema Corte anuló la sentencia y se dispuso realizar nuevo juzgamiento.

- *“Para resolver el caso se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin al optarse por la unidad del título de imputación. No obstante, para identificar a los autores y cómplices se aplicó la teoría de dominio del hecho, declarando finalmente que uno de los intervinientes sería cómplice primario”*: **COHECHO PASIVO ESPECÍFICO**.

18. En la sentencia casatoria N.º18-2017-Junín-Sala Penal Transitoria, del 24 de julio de 2019, se sostiene que “cuando un funcionario o servidor público, por razón de su cargo, participa en una contratación o negocio a nombre del Estado, tiene la obligación de desempeñarse en dicho procedimiento en forma diligente e imparcial. Si lo que busca el agente activo con su intervención irregular es beneficiarse a sí mismo o a un tercero, defrauda la confianza que se le ha conferido”... En referencia a la encausada Élide..., se indicó que el interés indebido de sus coencausados fue para favorecer a su empresa, por lo que es evidente su participación como cómplice primaria.

En suma, se condenó a los dos funcionarios públicos como autores de negociación incompatible y la tercera procesada, extraña a la administración, fue condenada como cómplice primaria del citado delito. A todos los condenados se les impuso la misma pena, esto es, 4 años de pena privativa de la libertad suspendida. La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema no casó la sentencia, procediendo a confirmarla en todos sus extremos.

- *“Para resolver el caso y no casar la sentencia condenatoria se aplicó la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin al optarse por la unidad del título de imputación. No obstante, para identificar a los autores y cómplices, se aplicó la teoría de dominio del hecho y, por lo tanto, se declara que la extraña a la administración sería cómplice primaria del delito funcional”*: **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**.

Como podemos advertir de los precedentes jurisprudenciales glosados, entre las teorías existentes en la doctrina, como son la teoría de dominio del hecho, la teoría de infracción de deber del funcionalismo radical representando

por Jakobs, la teoría de infracción de deber del funcionalismo moderado representado por Roxin y la teoría de los delitos especiales de garantes de Shünemann, los jueces supremos integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, indistintamente las aplican para resolver los casos judicializados sobre delitos funcionariales. Situación que, sin duda, genera la emisión de ejecutorias supremas o casaciones contradictorias. Es obvio que tal proceder lesiona el principio de seguridad jurídica: el ciudadano no sabe a qué atenerse; y, sobre todo, afecta el principio de igualdad ante la ley: casos parecidos deben tener respuesta judicial parecida. Incluso, se ha llegado a sostener que “esta situación, afecta sustancialmente funciones clásicas de la dogmática penal y de la jurisprudencia como las siguientes: predictibilidad de las decisiones judiciales, sistematicidad de las soluciones, igualdad de trato para los usuarios del servicio de justicia penal y seguridad jurídica” (Montoya y Rodríguez, 2018, p. 108).

La conclusión final de que las resoluciones judiciales que se emiten al resolver los casos en concretos son contradictorias tiene su sustento o mejor, su explicación en la situación concreta de que las citadas teorías que se utilizan como sustento dogmático tienen diverso contenido y fundamento como se pretende demostrar al finalizar esta investigación.

Incluso, respecto del tercero (*extreus*) a la administración pública que participa junto el sujeto público en la comisión de un delito funcional, no se tiene claro si responde o no por el delito funcional cometido. En doctrina se ensayan dos respuestas. Una teoría se fundamenta en la unidad del título de imputación, esto es, todos los que intervienen en la comisión de un delito funcional (incluido los extraños) responden por ese delito ya sea como autores o como cómplices; en cambio la otra teoría se fundamenta en la ruptura del título de imputación, es decir, todos los que intervienen en la comisión de un delito funcional no responden por ese delito. Solo responderán por el delito funcional los sujetos públicos ya sea como autores o como cómplices. Se excluye a los extraños, quienes solo responderán penalmente por un delito común o de dominio o de organización paralelo. Situación que es factible ocurra en los denominados delitos especiales impropios. En cambio, si se trata de delitos especiales propios (negociación incompatible, enriquecimiento ilícito,

prevaricato, por ejemplo) los extraños quedan sin sanción debido a que aquellos no tienen delito subyacente o paralelo.

Situación dogmática que no es ajena al momento de resolver los casos penales judicializados. Las resoluciones glosadas dan cuenta de que en algunas oportunidades se invoca la teoría de unidad del título de imputación y, en otras, la teoría de la ruptura de la imputación con consecuencias totalmente diferentes.

Por lo demás, no debemos perder de vista que el problema puesto en evidencia, respecto a la autoría y participación en los delitos funcionariales, también lo habría generado la misma doctrina nacional, toda vez que, como lo afirma el profesor Abanto (2014), “la mayoría de los autores aplican, de distinta manera, los principios de la teoría del dominio del hecho también en los delitos especiales” (p. 380). Esto es, se hace uso de los planteamientos dogmáticos de la teoría del dominio del hecho para dar solución a los procesos penales cuyo objeto de acusación y luego, juzgamiento es un delito de infracción de deber.

## **2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

Luego de una revisión de la bibliografía (incluidas las tesis de postgrado), hemos confirmado la ausencia de una investigación rigurosa y completa sobre la problemática de la autoría y participación en los delitos funcionariales en nuestro país. Se verifica que sólo existen estudios generales sobre las diversas teorías que se han formulado para el tratamiento dogmático de la autoría y participación en los delitos contra la administración pública; no obstante, no existe una investigación jurídica que haya abordado exclusivamente el problema de la autoría y participación en esta clase de delitos.

Por ende, consideramos que resulta necesario en nuestro país realizar una investigación jurídica detallada, especializada y actual sobre la teoría que debe invocarse y aplicarse en los estrados judiciales para determinar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice cuando en la comisión de un delito funcional participan más de dos personas. Determinar tal aspecto resulta importante a efectos de aplicar las consecuencias jurídicas del delito. Es

obvio que la conducta del autor es más reprochable penalmente que la conducta del simple cómplice y, por tanto, aquel merece mayor sanción penal que el cómplice.

En consecuencia, para efectos de tratar de encontrar alguna solución razonable a la problemática detectada, se plantea el siguiente problema jurídico:

*¿Qué teoría jurídica debe aplicarse para determinar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice en la comisión de un delito funcional en el cual intervienen más de dos personas?*

### **3. PROPUESTA DE SOLUCIÓN PROYECTADA. HIPÓTESIS**

Consideramos necesario precisar que “la distinción de los fenómenos jurídicos sustantivos por la descripción de sus características y en virtud de ello se formulan planteamientos hipotéticos, se denominan hipótesis descriptivas” (Torres, 1994, p. 138). Aquí se agrega que las hipótesis no son meramente descriptivas, sino que tienen el agregado de ser interpretativas desde que pretenden responder a problemas contenidos en normas jurídicas o teorías que necesitan ser interpretadas para determinar su contenido y finalidad. No debe obviarse que, las teorías del derecho penal se conforman en base a enunciados descriptivos y enunciados normativos, los mismos que se desprenden del derecho adjetivo.

En la presente investigación se plantea una hipótesis de solución. Se pretende responder el problema con la hipótesis siguiente:

*“La teoría jurídica que debe aplicarse para determinar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice en los delitos funcionales en los cuales intervienen más de dos personas, es la teoría de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Claus Roxin”.*

#### 4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

En la actualidad, el sistema de justicia penal viene conociendo diversos procesos penales por la comisión de graves delitos contra la administración pública, atribuidos, incluso, a funcionarios que han desempeñado funciones del más alto nivel jerárquico en nuestra patria. Graves delitos en los cuales han intervenido más de dos personas, entre funcionarios públicos, servidores públicos y ajenos a la administración pública.

Se acepta sin mayor discusión, que los delitos contra la administración pública se materializan por actos de corrupción que ponen en serio cuestionamiento la existencia misma del Estado. La corrupción es entendida como el uso doloso de las funciones o bienes públicos por parte de los funcionarios o servidores públicos en su beneficio personal o de sus allegados (*extranei*). Aquel utiliza la función pública como medio para lograr sus apetitos personales defraudando al Estado. Incumpliendo sus deberes funcionales, el sujeto público defrauda la confianza que el Estado le impone desde el momento que le contrata, designa o nombra para trabajar al interior de la administración pública. Incumpliendo sus deberes funcionales trata de obtener una ventaja patrimonial o de cualquier otra índole en evidente perjuicio del normal y recto funcionamiento de la administración. Los actos de corrupción desintegran o destruyen éticamente a los Estados de carácter democrático, de ahí que deben ser sancionados en forma drástica. Se afirma que los Estados que toleran los actos de corrupción pública son éticamente inviables.

Por tales razones, en el preámbulo de la “Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción” vigente en el Perú desde el 14 de diciembre de 2005, se sostiene que la prevención de la corrupción es obligación de todos los países democráticos. Todos los estados deben trabajar unidos, con el apoyo y la participación activa de la sociedad civil, para para eliminar esta amenaza de orden mundial. Para ello, se necesita un enfoque amplio y multidisciplinario de la corrupción con la finalidad de encontrar las herramientas jurídicas apropiadas y necesarias para enfrentarla de manera plausible y eficaz. En ese sentido, uno de los mecanismos, y el más importante en este esfuerzo, es el Derecho penal,

instrumento racional con el que cuentan los Estados para buscar prevenir, controlar y reprimir los actos de corrupción.

De modo que, con el objetivo de aportar en la prevención y control razonable de los hechos punibles de corrupción de funcionarios, consideramos fundamental hacer un estudio doctrinario y jurisprudencial sobre la autoría y participación en los delitos funcionariales, con la finalidad de establecer en el sistema jurídico penal vigente la teoría más coherente, objetiva y razonable para identificar a los autores y a los cómplices en aquellos delitos en los cuales participan más de dos sujetos. Resulta obvio que efectuar esa diferencia es trascendente en un derecho penal de acto, pues la conducta del autor es más reprochable que la del cómplice. La diferencia lógicamente se traduce en las consecuencias jurídicas que al final del debido proceso penal se impone al autor y al cómplice. La conducta del autor merecerá mayor sanción penal que la del cómplice.

Los resultados de la investigación serán útiles y convenientes en primer término, para la doctrina del Derecho Penal en el Perú, pues se tratará de determinar entre las diversas teorías planteadas por la doctrina, cuál de ellas es la más coherente y objetiva a la luz del derecho penal, para resolver el problema de la autoría y participación. Asimismo, se evaluará hasta dónde hemos avanzado en el conocimiento de las teorías dogmáticas sobre autoría y participación en el ámbito penal y, sobre todo, podremos saber si los conocimientos teóricos de tales instituciones jurídicas tienen adecuada aplicación en la tramitación y solución de los casos penales judicializados.

En segundo término, los resultados de la investigación serán de utilidad para la tramitación y solución adecuada de los casos penales judicializados, toda vez que los operadores jurídicos tendrán un mayor panorama teórico sobre las instituciones de autoría y participación en los delitos de infracción de deber. Se propondrán pautas teóricas para ser utilizadas en el quehacer diario, generando como lógica consecuencia una jurisprudencia más razonable, coherente y uniforme con las teorías que sustentan la autoría y participación en el derecho



penal. El fin último es reforzar los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley en la administración de justicia penal.

En tercer término, serán de mucha utilidad las conclusiones de la investigación en el ámbito legislativo, debido a que conociendo bien las teorías dogmáticas que se proponen en el ámbito de los delitos funcionariales, se podrán realizar propuestas legislativas razonables para incorporar abiertamente la teoría de infracción de deber en el derecho objetivo. No debemos soslayar que el Código Penal de 1991, en el capítulo rotulado como “autoría y participación” se basa exclusivamente en la teoría del dominio de hecho.

Consideramos que es una investigación jurídico-dogmática totalmente viable, puesto que es perfectamente factible obtener y acceder al material bibliográfico actualizado respecto a la autoría y participación en derecho penal, visitando con tal finalidad las diferentes bibliotecas y hemerotecas existentes en las Facultades de Derecho de las universidades de Lima, en el Colegio de Abogados de Lima, en la Corte Superior de Lima y en el Ministerio Público. Ello sin perjuicio de hacer uso del apoyo informático. Además, el autor de la investigación cumple función de juez superior en el Poder Judicial, situación que favorece para tener acceso a los precedentes jurisprudenciales más relevantes de las Salas Penales de la Corte Suprema respecto al tema objeto de investigación jurídica.

## **5. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **5.1 OBJETIVO GENERAL**

Aquí se responde a la pregunta ¿para qué se realiza la investigación? En tal sentido, el objetivo general que se pretende concretizar con la investigación es el siguiente:

- Determinar la teoría dogmática penal más objetiva para identificar a los autores y los cómplices en los delitos funcionariales en los que intervienen más de dos personas.

## 5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Se precisan tres objetivos específicos que se conectan con los temas de los capítulos de la investigación final. Se propone los siguientes objetivos específicos:

- Determinar cuál es la naturaleza jurídica de la mayoría de los delitos funcionariales en nuestro sistema jurídico.
  
- Realizar un estudio dogmático sobre la autoría y participación en los delitos funcionariales.
  
- Realizar un análisis de la jurisprudencia más relevante para determinar las líneas jurisprudenciales de las Salas Penales de la Corte Suprema respecto a la autoría y participación en los delitos funcionariales.

## 6. METODOLOGÍA APLICADA

La investigación es de naturaleza teórico-dogmática. En consecuencia, es de tipo descriptiva e interpretativa. Es descriptiva debido a que los temas objeto de estudio son teorías. Luego de identificar y recopilar toda la información respectiva procederemos a describir el estado de la cuestión de las teorías planteadas sobre la autoría y participación en los delitos de infracción de deber como son la mayoría de los delitos funcionariales y, luego, asumiremos una postura personal.

Es interpretativa debido a que se efectuará hermenéutica jurídica de las teorías planteadas, para al final determinar cuál de aquellas teorías es la más objetiva y coherente para identificar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice en un delito funcional en el cual intervienen más de dos personas. Todo de acuerdo con el derecho objetivo vigente.

Para efectos de demostrar la viabilidad de la teoría que se propone como la más objetiva para resolver el problema propuesto, luego de describir y analizar detenidamente 18 precedentes jurisprudenciales emitidos por las Salas Penales de la Corte Suprema, se verificará que, aplicando la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, se consiguen resultados más alentadores en la justicia penal.

En resumen, describiendo el estado de la cuestión primero y, luego, haciendo hermenéutica jurídica de las teorías dogmáticas más relevantes, con análisis de jurisprudencia relevante, pretendemos verificar si la hipótesis planteada como respuesta al problema jurídico penal propuesto es razonable y de acuerdo con el sistema jurídico penal vigente.

## **CAPÍTULO I**

### **ESTADO DE LA CUESTIÓN: DELITOS FUNCIONARIALES**

#### **I.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DELITOS FUNCIONARIALES**

##### *I.1.1 LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS: DE DOMINIO Y DE INFRACCIÓN DE DEBER*

Por el contenido o estructura de los tipos penales o fórmulas legislativas que recoge la parte especial de los Códigos Penales en el sistema jurídico conocido como europeo continental o romano germánico, los delitos se clasifican en comunes o de dominio y especiales o de infracción de deber. Esta diferencia se centra en las condiciones que deben tener o reunir los ciudadanos para convertirse eventualmente en autores de un hecho punible. Así, conforme al círculo de la posibilidad de ser autores, o mejor, conforme a la posibilidad de ser candidatos a responder penalmente como autores, los hechos punibles se clasifican en delitos comunes o de dominio y en delitos especiales o de infracción de deber. De ahí que, en la doctrina penal es lugar común alegar que estructuralmente los delitos de dominio son diferentes a los delitos especiales o de infracción de deber. Esta diferenciación es bastante antigua en la dogmática del derecho penal. “En los delitos comunes cualquier persona puede ser autor, en tanto que en los delitos especiales solo puede ser autor aquel que reúne las características que exige el tipo penal” (Otto, 2017, p. 80).

Actualmente, los profesores Claus Roxin y Günther Jakobs, establecen una

clasificación bifronte de los delitos<sup>2</sup>. Delitos comunes o de dominio, también por Jakobs denominados de organización y delitos especiales o de infracción de deber o según la denominación de Jakobs, delitos de infracción de deber por competencia institucional<sup>3</sup> o también según la denominación de Berd Shunemann, delitos especiales de garantes. De ahí que se afirme que “la doctrina dominante en la ciencia del derecho penal clasifica los hechos punibles en delitos de dominio y de infracción de deber” (Kindhauser, 2011, p. 43). En sentido similar, Villavicencio (2006) sostenía que se “suele distinguir entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber” (p. 306). Por su parte el profesor Caro (2020), citando a Jakobs señala que la dogmática jurídico-penal, “acomete el estudio de la autoría y participación en el Derecho Penal acorde a los modelos de los delitos de dominio y de los delitos de infracción de deber” (p. 360). También, el profesor Meini (2014, p. 94).

Sin duda las dos clases de delitos responden a fundamentos diferentes de la imputación.

La delimitación entre delito de dominio y de infracción de deber no es, según Roxin, una delimitación lógico conceptual, sino “una cuestión de interpretación de los tipos penales específicos”. “Mediante la división entre dominio y deber... no se introduce en la Ley una diferenciación doctrinal deducida de quien sabe qué conceptos genéricos, sino, por el contrario, se tiene en cuenta una diferencia estructural que ya se encuentra trazada en los tipos penales concretos” (Roxin, 2000, p. 421). En otras palabras: “los conceptos de dominio y deber que, aisladamente considerados, muestran un mayor y menor carácter normativo, se encuentran frente a los tipos correspondientes como realidades previas ya conformadas, entre las que, si bien es cierto que el legislador puede elegir, no lo es menos que cuando ya ha adoptado una decisión, tales conceptos predeterminan las reglas a aplicar a todas las cuestiones de la participación,

---

2 De ahí que conociendo los fundamentos iusfilosóficos de las posiciones dogmáticos de estos 2 profesores alemanes, de modo alguno puede aceptarse que el binomio “delitos de infracción de deber” / “delitos de dominio” es un lastre causalista (MEINI, 2014, p. 95).

3 LESCH, (1995), siguiendo a Jakobs señala que “se puede diferenciar entre delitos por competencia en un ámbito de organización y delitos por competencia institucional” (p. 942).

resaltan la delimitación de entre la casuística y la incorporación a una relación normativa abstracta desligada de los tipos concretos”.

De modo que el profesor Roxin, ve un reflejo de la realidad social cuando se divide o diferencia entre delitos de infracción de deber y delitos de dominio: con los primeros se trata de proteger la “capacidad de función” de “diversos campos de la vida que ya se encuentran preformados, mientras que, en los segundos, el autor quebranta un espacio que”, “según el derecho, debiera haber dejado intacto. La diferencia entre estas clases de delitos no responde a dos conceptos de autor distintos, sino a la diversa estructura de los tipos penales. En cualquier caso, el fundamento último de que la conducta sea punible es la lesión de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social pacífica y soportable. De ahí que el incumplimiento del deber especial fundamenta tan sólo la autoría”. (Sánchez-Vera, 2002, p. 31)

Por su parte, en los delitos de dominio, según el funcionalismo radical:

“Se trata de responsabilidad en virtud de la propia organización; en los de infracción de deber, en virtud de una relación de carácter institucional. Responsabilidad por la lesión de deberes de comportamiento solidario en favor de un determinado bien jurídico. Son dos motivos diferentes”: la imputación como consecuencia de la relación sinalagmática “libertad de organizar versus responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice, y la imputación con causa en ciertas instituciones, cuyo fundamento reside en que poseen el mismo peso que el sinalagma citado. Aquí habría responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor”. (Sánchez-Vera, 2002, p. 38)

En consecuencia, existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: *la competencia por organización y la competencia institucional*. “La

primera se basa sobre deberes negativos en el sentido de que su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima no ocasionar daño a las demás personas. La segunda se basa en deberes positivos que se caracterizan por que el obligado institucional tiene el deber de configurar un mundo en común con otros, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen. Se trata de deberes positivos que contrario a los negativos, en los cuales el obligado no debe invadir espacios ajenos, el obligado debe protegerlos de manera especial contra ciertos riesgos” (Jakobs, citado por Montealegre y Perdomo, 2005, p. 70).

Mientras que la autoría y la participación en los delitos de organización se constituye y determina mediante el dominio del hecho (*quantum* de lo organizado), en los delitos de infracción de deber -en idéntico sentido que Roxin- la autoría la constituye la lesión del deber. Sin embargo, en Jakobs, el criterio de la lesión del deber ya no es sólo una regla para determinar la autoría, sino que es, además y, sobre todo, el fundamento principal de la imputación. El obligado especial habrá de responder, en principio, como autor. “La incumbencia del obligado respecto del suceso no viene delimitada por la regla de si dominó o no el hecho, sino que se determina en virtud del especial *estatus* del sujeto” (Sánchez-Vera, 2002, p. 39; Montealegre y Perdomo, 2005, p. 86). En este tipo de delitos, como ya se mencionó, el dominio del hecho es intrascendente o irrelevante.

E incluso, tal como sostiene el profesor Caro (2020), “las distintas formas de autoría y participación alcanzan así una más nítida distinción metodológica para poder entender también de una forma sencilla el papel de los particulares que intervienen en hechos delictivos cometidos por funcionarios públicos” (p. 360).

Con base en tales consideraciones debemos concluir que no puede aceptarse la posición dogmática que sostiene: “distinguir entre tipos de infracción de deber y tipos de dominio como razón para negar o aceptar ciertas formas de intervención delictiva, no es de recibo para quienes legitimamos la existencia de la norma penal en situaciones de peligro intolerable para bienes jurídicos que

son atribuidos a quienes asumen previamente el compromiso de evitarlas -o, expresado en otras palabras, a los garantes por injerencia- sin tener en sí que participar causalmente en su creación o mantenimiento” (Meini, 2014, p. 95). No se puede desconocer la estructura diferente que poseen los tipos penales o fórmulas legislativas.

### *1.1.2 NATURALEZA DE LOS DELITOS DE DOMINIO*

En los delitos comunes, el legislador describe en los tipos penales o fórmulas legislativas el comportamiento típico de la manera más precisa como le es posible. En ellos “tiene la condición de autor quien domina el hecho descrito en el tipo; en otras palabras, aquel que es amo y señor de un suceso delimitado en sus contornos mediante la descripción del delito efectuada en el tipo penal ubicado en la parte especial del Código Penal correspondiente” (Sánchez-Vera, 2002, p. 27). El punto de referencia para la determinación de la relación de dominio es, pues, la descripción del tipo penal o fórmula legislativa. De ahí que Roxin denomina a estos ilícitos como *delitos de dominio del hecho*.

Otra característica de los delitos de dominio es que el autor idóneo puede ser cualquier ciudadano. “El tipo penal utiliza la expresión indeterminada *el que* para describir al autor de la conducta punible” (Wessels, Beulke y Satzger, 2018, p. 20). Por su parte el profesor Villavicencio (2006), enseñaba que los delitos de dominio (comunes) “son aquellos que son cometidos por cualquier persona. Se identifican claramente en los tipos penales, cuando el legislador los señala a través de términos anónimos” (p. 306). Esto significa que, en nuestro sistema jurídico penal, cualquier persona mayor de 18 años puede ser autor de estos delitos. La fórmula legislativa no exige alguna cualidad o condición especial en el autor.

Lo decisivo para la autoría es en sí, y en qué medida el interviniente individual, de acuerdo a la persona y a la relevancia de su contribución objetiva al hecho, así como a causa de la intervención de su voluntad, domina individual o conjuntamente la realización del tipo, así como la forma en la



que esta ocurre de un modo tal que el resultado aparece (también) como obra de su voluntad orientada al objetivo o como hecho configurado por su voluntad. (Wessels, Beulke y Satzger, 2018, p. 363)

Su contribución a la realización del hecho punible debe desempeñar una función o un rol importante o esencial.

“Como todo individuo domina su propio comportamiento, en tanto no presente defectos de dirección, es entonces el dominio de su movimiento corporal fundamento del resultado dañoso o perjudicial. Este dominio sobre la propia conducta es el punto central llevado al concepto de la autoría directa o inmediata en los códigos penales del sistema jurídico europeo continental” (Schünemann, 2006, p. 286). De ahí que se afirme, según la teoría del dominio del hecho, que es autor quien domina el hecho punible. Es autor quien tiene las riendas del acontecimiento delictivo. “Luego, el dominio ejercido sobre otros en la autoría mediata y el dominio común mediante división de tareas en la coautoría, son expresiones del concepto tipológico (*typus*) de la teoría del dominio del hecho” (Schünemann, 2006, p. 287).

Por su parte, Jakobs enseña que “la lesión de la institución negativa da paso a los delitos de organización o de dominio del hecho; el autor de estos delitos extiende su ámbito de organización de forma no permitida a costa de ámbitos de organización ajenos, él organiza de forma defectuosa” (Montealegre y Perdomo, 2005, p. 81).

Por esa razón en los delitos de dominio, la responsabilidad se da en virtud de la propia organización defectuosa. La imputación resulta como consecuencia de la relación sinalagmática “libertad de organizar versus responsabilidad por las consecuencias de lo que se organiza” (Sánchez-Vera, 2002, p. 38); de modo que la autoría y la participación en los delitos de dominio o de organización se constituye y determina mediante el dominio del hecho (*quantum* de lo organizado).

### *1.1.3 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.*

A diferencia de los delitos comunes o de dominio, “existen otros tipos penales en los que se exige que la conducta prohibida solo puede ser ejecutada por ciertas personas que poseen deberes especiales” (Villavicencio, 2006, p. 306), a los que se denominan delitos de infracción de deber en los cuales los requisitos de la autoría son consecuencia inmediata de la existencia de un deber especial.

De modo que el criterio del dominio del hecho no es único ni un principio universal para determinar la autoría del hecho punible, pues existen “otros delitos cuya fórmula legislativa es diferente y, en los cuales, el legislador no ha previsto ni atendido a la naturaleza externa de la conducta del autor, sino que ha fundamentado la sanción penal en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico incumpliendo prestaciones vinculadas a un determinado rol social especial” (Sánchez-Vera, 2002, p. 29). Uno de los factores que fundamenta el reproche penal radica en la afectación a determinado bien jurídico infringiendo o incumpliendo deberes de carácter penal que al Estado le corresponde promover y, por tanto, proteger en determinados ámbitos de la realidad social imperante.

“En los delitos denominados comúnmente especiales, a diferencia de los delitos de dominio, en la construcción de los tipos penales, el legislador ha descrito conductas punibles vinculándolas con deberes constitutivos del tipo que han experimentado su concreción en los más diversos ámbitos del sistema jurídico y cuya infracción provocadora o incluso únicamente evitadora del resultado típico se sanciona con una pena. Aquí lo decisivo para el legislador no es la configuración externa de la conducta prohibida del autor, sino la infracción de exigencias de protección y promoción, concretizadas en deberes y principios, de un rol social asumido por aquel. En estos casos la figura central entre varios intervinientes es quien infringe el deber que le incumbe y de ese modo, contribuye por acción u omisión al resultado dañoso. De manera que es indiferente la magnitud de la participación externa o aporte externo en el resultado o en el dominio del hecho. Se trata de los delitos de infracción de

deber” (Roxin, 2014, p. 180)<sup>4</sup>.

De ahí que es lugar común sostener que se denominan delitos especiales o actualmente, delitos de infracción de deber a aquellos hechos punibles en los que “el ámbito de la autoría está limitada o reducida mediante la característica del autor descrito en el tipo legal” (Wessels, Beulke y Satzger, 2018, p. 20). Quien no cumple personalmente con este elemento especial o es ajeno a ese elemento especial (*extraneus*, por ejemplo) no puede ser autor de un delito especial, pero puede a lo más responder penalmente en calidad de cómplice si se llega a verificar su participación en el delito especial. En suma, “la autoría en los delitos especiales depende de criterios especiales a resolverse, en primer lugar, con base en el texto y la estructura de cada tipo penal” (Wessels, Beulke y Satzger, 2018, p. 364).

A esta clase de hechos punibles, Roxin los denominó en 1963 *delitos de infracción de deber*<sup>5</sup>. En este tipo de delito, el dominio del hecho es irrelevante. De esa forma, el profesor Roxin sostiene que hay formas especiales de tipos, *los delitos de infracción de deber o delitos contra el deber*, en los que lo único esencial para la autoría es el incumplimiento de un deber especial que le incumbe a una determinada clase de sujetos (los funcionarios en los delitos funcionariales o los garantes en los delitos de omisión impropia). Según esta concepción, sería indiferente para la autoría que el sujeto realice o no todos los requisitos de la conducta típica y que tenga o no dominio del hecho con tal de que infrinja su deber específico. Sin embargo, con respecto al principio de legalidad y a las exigencias materiales que supone la exigencia del dominio o determinación implícita del hecho en las fórmulas legislativas penales, no se

---

4 Por su parte el profesor SCHÜNEMANN (2018) enseña que “el concepto de delito de infracción de deber es, en la obra de Jakobs, uno totalmente diferente al de la obra de Roxin: mientras que Roxin quería originalmente determinar los delitos de infracción de deber mediante la lesión de un deber especial extrapenal, para Jakobs se trata de un deber penal en sí mismo, cuya concreta infracción sería idéntica al daño que para la vigencia de la norma penal general” (p. 100).

5 Véase: Tatterschaft und Tatherrschaft, primera edición, 1963. Obra que en su séptima edición alemana fue traducida al español por los profesores Cuello Contreras y Serrano Gonzales de Murillo, con el título *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid-Barcelona, 2000, pp. 385 y ss.; ROXIN, T.II, 2014, p. 180; SUÁREZ, 2001, p. 152; SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 29; ROBLES, 2003, p. 226; SCHÜNEMANN, 2006, p. 287; VILLAVICENCIO, 2006, p. 306; PARIONA, 2011, p. 69; CARO, 2010, p. 64 y 2015, p. 24; ABANTO, 2014, p. 386 y MEINI, 2014, p. 93.

puede admitir con carácter general de la fórmula legislativa la categoría de los delitos de infracción de deber. Solo se perfeccionan estos ilícitos penales, cuando se configure efectivamente en la realidad un hecho descrito en la fórmula legislativa. “En estos delitos es irrelevante si el sujeto activo realizó una conducta u otra, o si efectuó una conducta activa u omisiva; aquí lo importante es determinar si al desarrollar la conducta infringió determinado deber específico que le correspondía” (Luzón, 2016, p. 285).

Por su parte, según el funcionalismo radical, en los delitos de dominio, la responsabilidad se da en virtud de la propia organización; mientras que en “los de infracción de deber, la responsabilidad se da en virtud de una relación de carácter institucional. Responsabilidad por la lesión de deberes de comportamiento solidario en favor de un determinado bien jurídico” (Sánchez-Vera, 2002, p. 38). De ahí que Jakobs (1997) enseñe que “en los deberes en virtud de responsabilidad institucional solo el titular de un *estatus* institucionalmente asegurado puede ser autor; así pues, se trata de deberes especiales en sentido estricto” (p. 1030).

En los delitos de organización, la imputación resulta como consecuencia de la relación sinalagmática entre “libertad de organizar versus responsabilidad por las consecuencias de lo que se organiza; en cambio, en los delitos de infracción de deber, la imputación con origen en ciertas instituciones, su fundamento radica en que tienen el mismo peso que el sinalagma citado. Aquí existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor” (Sánchez-Vera, 2002, p. 38; Montealegre y Perdomo, 2005, p. 75). De ahí que la autoría y la participación en los delitos de infracción de deber, en idéntico sentido que Roxin, tienen como base primordial la lesión del deber de carácter penal.

En cuanto a la dogmática de los delitos de omisión:

Jakobs llega a la misma conclusión que Roxin: en los delitos de infracción de deber existe una equiparación entre la lesión del deber por acción y aquella otra por omisión. En el delito de

infracción de deber, la relación entre autor y bien jurídico no se establece mediante el comportamiento delictivo -como en el delito de organización-, sino que ya existiría con anterioridad a éste, y, por ello, es indiferente que el autor actúe u omita, sino solo si cumple o no con su deber. (Sánchez-Vera, 2002, p. 40)

Aquí, en la comisión de un delito de infracción de deber por omisión en el cual han participado varios sujetos, lo relevante es determinar quién infringió su deber de carácter penal con su omisión, y por su parte, quien no infringió deber alguno. Al primero se le atribuirá el delito en su calidad de autor, y al segundo, se le atribuirá el mismo delito, pero en su calidad de cómplice único.

En otro extremo, este tipo de delitos tradicionalmente se dividen en dos clases, en especiales propios y especiales impropios<sup>6</sup>. Los delitos especiales propios o también de infracción de deber propios se caracterizan por no tener delito de dominio paralelo. Se verifica cuando el autor de la conducta delictiva no ostenta la cualificación requerida o exigida por la fórmula legislativa, en consecuencia, no puede ser autor de este delito ni de algún otro de dominio. Un delito funcional especial propio es el hecho punible denominado negociación incompatible, sancionado en nuestro sistema jurídico en el artículo 399 del Código Penal. En efecto, la fórmula legislativa del citado delito es como sigue: *“el funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo”*. Es un delito especial propio debido a que solo una persona que tiene la calidad de funcionario o servidor público puede realizar la conducta prohibida en el artículo 399 del CP. Si en un caso en concreto, se verifica que el que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesó, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación estatal en el cual interviene, no tiene la condición

---

6 En los primeros, "según la definición tradicional, la cualidad solamente equivale a un elemento adicional que agrava (o eventualmente atenúa) el injusto ya existente en un delito común, de tal manera que si el sujeto activo no tuviera la cualidad exigida por el tipo especial, siempre podrá serle de aplicación el tipo penal común; en cambio, en los especiales propios, la cualidad del autor fundamenta el injusto penal, por lo tanto, no existe un tipo penal común similar que pueda aplicarse al sujeto en el caso de que este no reuniera la cualidad exigida en el tipo penal especial (abuso de autoridad, prevaricado, enriquecimiento ilícito, malversación de fondos)" (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 234; VILLAVICENCIO, 2006, P. 307; BACIGALUPO, 2007, p. 123; ABANTO, 2014, p. 379; MIR, 2016, p. 236; DE LA CUESTA, 2013, p. 92).

de sujeto público, no podrá ser autor del delito de negociación incompatible. Asimismo, tampoco podrá ser autor de algún otro delito común paralelo. Pues si buscamos alguna fórmula legislativa paralela en el CP en la cual se pueda subsumir la conducta indebida realizada no la encontraremos debido a que simplemente no existe.

En cambio, los delitos especiales impropios o de infracción de deber impropios se caracterizan por tener un delito paralelo de naturaleza común o de dominio. Si en un caso en concreto, se verifica que el sujeto activo de una conducta delictiva aparentemente de infracción de deber, no tenía la condición o cualidad exigida por el tipo penal, no podrá ser autor del delito especial. Puede ser subsumida esa conducta en un delito paralelo, es decir, podrá ser autor de un delito de naturaleza común. Aquel que no tiene la condición de sujeto público de modo alguno puede ser autor de un delito especial impropio. Un ejemplo de este tipo de delitos es el peculado. En efecto, la fórmula legislativa del citado delito es como sigue: *“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...”*. Es un delito especial impropio debido a que solo una persona que tiene la calidad de funcionario o servidor público puede realizar como autor la conducta prohibida en el artículo 387 del CP. Si en un caso en concreto, se verifica que el que indebidamente *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*, no tiene la condición de sujeto público, no podrá ser autor del delito de peculado. Sin embargo, sí podrá ser autor de algún delito de dominio paralelo. Pues si buscamos alguna fórmula legislativa paralela en el CP en la cual se pueda subsumir la conducta indebida de aquel, la encontramos por ejemplo en el artículo 190 del CP que sanciona el delito de apropiación ilícita, o el delito de hurto previsto en el artículo 185 del CP. Todo dependerá de la forma y circunstancias en que se produjo la sustracción o apropiación del caudal público.

En resumen, “son delitos de infracción de deber propios los que describen una conducta que solo es punible a título de autor si es realizada por ciertos

sujetos, de modo que los demás que participen no pueden ser imputados como autores ni de este ni de algún otro delito común (negociación incompatible, malversación de fondos, prevaricato, etc.). En cambio, los delitos de infracción de deber impropios guardan correspondencia con un delito de dominio, del que puede ser autor el sujeto no calificado que realiza la conducta (peculado y apropiación ilícita o colusión y estafa, enriquecimiento ilícito y lavado de activos, etc.)”<sup>7</sup>

## **I.2 DELITOS FUNCIONARIALES DE INFRACCIÓN DE DEBER MÁS FRECUENTES EN LA PRÁCTICA JUDICIAL**

Ante la verificación que existen delitos funcionariales más frecuentes que otros como objeto de procesos penales, corresponde analizar dogmáticamente los delitos de infracción de deber más invocados en las disposiciones de formalización de investigación preparatoria y en la acusación fiscal, y que, por lo tanto, son objeto de juzgamientos y eventuales sentencias condenatorias. Así pues, utilizando el método dogmático, analizaremos los elementos objetivos y subjetivos de los delitos de infracción de deber denominados en nuestro sistema jurídico como colusión, peculado, negociación incompatible, enriquecimiento ilícito y cohecho pasivo. Es para efectos de verificar el tratamiento que tienen en la dogmática penal estos típicos delitos de infracción de deber, como ya así los empiezan a denominar las Salas Penales de la Corte Suprema de la República, antes también denominados o conocidos como delitos especiales.

### **I.2.1 EL DELITO DE COLUSIÓN**

El delito de infracción de deber denominado colusión<sup>8</sup>, “que en otras

---

<sup>7</sup> En parecido sentido LUZÓN (2016) resume la diferencia en los términos siguientes: “Los delitos especiales a su vez se dividen en especiales propios que no cuentan con una figura paralela de delito común o de dominio (prevaricato) y especiales impropios, que cuentan con un tipo común paralelo, como el parricidio respecto del homicidio” (p. 284). Igual, DE LA CUESTA, 2013, p. 92.

<sup>8</sup> “Se le identifica simplemente como colusión y no con la tautológica y contradictoria frase de colusión ilegal o colusión desleal, debido a que el sustantivo ya contiene la idea de un pacto ilícito, clandestino, irregular, no pudiendo admitirse que existan colusiones legales o colusiones leales” (Exposición de motivos del Proyecto de Ley N.º 4187/2010-PJ, presentado al Congreso el 3 de agosto de 2010 por el Poder Judicial).

legislaciones recibe el nombre de *negociaciones incompatibles, fraude a la administración pública, celebración indebida de contratos o fraude contra el Estado o fraude en contrataciones y liquidaciones*<sup>9</sup>, tiene su antecedente en el artículo 344 del CP derogado de 1924". "Es un delito de infracción de deber" (R. N. N.º 1743-2018-Huánuco del 5-11-2019).

Luego de la modificación del tipo penal 384 por el Decreto Legislativo N.º 1243, del 22 de octubre de 2016, la fórmula legislativa es como sigue:

*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; 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.*

*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; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

---

<sup>9</sup> Por ejemplo, el artículo 436 del Código penal español modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, tiene una forma legislativa muy diferente a la del artículo 384 del Código Penal peruano. En efecto, el tipo penal tiene el siguiente contenido: "*La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas... Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos...*"



### I.2.1.1 TIPICIDAD OBJETIVA

Desde la modificación al contenido del tipo penal, producida por la Ley N.º 29758, del 21 de julio de 2011, en nuestro sistema jurídico penal tenemos el delito de colusión que se puede materializar en dos modalidades: simple y agravada<sup>10</sup>. Ambas modalidades tienen sus propios elementos típicos que le dan total autonomía e independencia la una de la otra.

#### **Colusión simple**

Se verifica este comportamiento delictivo cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de 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, *concierta*, pacta, conversa con los interesados para defraudar al Estado.

Ese *fraude* debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública, siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la *concertación* no habría aparentemente nada; que el delito se consuma con la simple *Colusión* o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial, ni que se verifique

---

10 En contra de esta división tenemos el voto en minoría de la sentencia casatoria del 3 de mayo de 2019, Casación N.º 542-2017-Lambayeque. En efecto, en el considerando décimo primero del voto en minoría, se precisa que "se trataría más bien de dos delitos afines pero notoriamente distintos e independientes entre sí. Así se expresa que el párrafo inicial del artículo 384, "alude expresamente a un acto preparatorio criminalizado autónomamente y como un delito de tendencia interna trascendente...En cambio, en la segunda parte...se regula también con precisión un delito de estructura comisiva... No se da, pues, la simetría típica que debe existir entre un tipo penal simple y uno de tipo penal derivado agravado de aquel... Técnicamente, entonces, no existe ni una "colusión simple" ni una "colusión agravada"...En todo caso, la nomenclatura apropiada que debe usarse para designar a ambos hechos punibles sería para el primer párrafo de dicha norma la de conspiración colusoria y para el segundo párrafo la de colusión desleal". No obstante, tal como se menciona en el voto en mayoría de la sentencia casatoria, "la posición dogmática de diferenciar a la colusión simple de la colusión agravada, es aceptada por el Tribunal Supremo". Para tal efecto, citan la Casación N.º 661-2016-Piura, 11 de julio de 2017 -Sala Penal Permanente y el R. N. N.º 2648-2016-Santa, 25 de agosto de 2017- Primera Sala Penal Transitoria. Se suma a esta posición el voto en mayoría de la citada sentencia casatoria.

materialmente la obtención de ventaja del funcionario. (ES, 8 de febrero de 2006, R.N. N.º 1512-2005-Cusco- Sala Penal Permanente)

### **Colusión agravada**

Se verifica cuando el agente siempre en su condición y razón del cargo de 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 o acuerdo con los terceros interesados, *defraudare* patrimonialmente al Estado, esto es, causa perjuicio efectivo al patrimonio estatal. Efecto de la concertación indebida es el perjuicio patrimonial al sujeto pasivo del delito.

La tipicidad objetiva de los delitos de colusión simple y colusión agravada presenta diversos elementos que los hacen figuras delictivas autónomas y de estructura compleja. Las diferencias entre una y otra tienen que ver con dos aspectos. "Primero, el verbo rector que como ya hemos mencionado en la simple es el CONCERTAR en tanto que en la agravada es el DEFRAUDARE. Y segundo, el perjuicio potencial o real producido con la conducta colusoria al patrimonio del Estado. En la simple, el peligro de afectación al patrimonio es potencial, en tanto que, en la agravada, el perjuicio es real y efectivo." (Salinas, 2019, p. 349)

#### a) Defraudar en la colusión simple

Defraudar, estafar<sup>11</sup> o "timar al Estado significa el quebrantamiento del rol

---

11 De modo alguno significa que sea lo mismo que el delito de estafa, previsto y sancionado en el artículo 196 del Código Penal. "La ejecutoria suprema del 26 de octubre de 2005 de la Sala Penal Permanente establece en forma pedagógica que el delito de colusión como delito especial comprende todos los elementos del tipo legal de estafa más algunos elementos adicionales –el autor del ilícito es un funcionario, el ámbito típico del negocio jurídico concertado es un contrato, el sujeto pasivo solamente puede estar constituido por el Estado–". R. N. N.º 956-2005-Junín. (GARCÍA y CASTILLO, 2008, p. 279)

especial asumido por el agente y la violación del principio de confianza depositado, con el consiguiente engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo en su beneficio, asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado" (Rojas, 2002, p. 281). El agente simplemente tima o estafa al Estado infringiendo los deberes funcionales que sustentan la contratación o concesión pública.

"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" (García y Castillo, 2008, pp. 42, 135). "La conducta del agente de infringir sus deberes funcionales debe estar dirigida u orientada a defraudar patrimonialmente al Estado. Para configurarse el delito de colusión simple, no es necesario que realmente con la conducta fraudulenta se genere perjuicio real al patrimonio del Estado. Basta verificar que la conducta colusoria tenía aquella finalidad". En este sentido se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, al precisar que "debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes –el Estado y los particulares– esté referido a que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado" (R. N. N.º 1076-2013-Ucayali, 02-04-2014).

Interpretando el tipo penal antes de la modificatoria, la jurisprudencia alegaba que:

Cabe precisar que el delito de colusión ilegal, previsto en el artículo 384 del Código Penal contempla como núcleo rector típico el defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados..., entendiéndose por defraudar que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada, con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado; siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses

estatales, que en la mayoría de los casos se concretará en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras. (Ejecutoria suprema, 4 de julio de 2002, Exp. N.º 1402-2002-Tumbes)

En consecuencia, no “puede identificarse perjuicio con la producción de un menoscabo efectivo del patrimonio institucional, pues desde la perspectiva del tipo penal lo que se requiere es la producción de un peligro potencial dentro de una lógica de conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos”. (R. N. N.º 1296-2007-Lima-2º Sala Penal Transitoria, del 12-12-2007)

Es de preciar que el peligro al objeto del delito como es el patrimonio estatal, en algunos casos puede reducirse al simple pactar o conversar colusorio entre el sujeto público desleal para con el Estado y el tercero interesado; en tanto que en otros casos, la concertación ya puede estar precedida o acompañada de actos adicionales realizados por el tercero interesado como, por ejemplo, presentarse a la licitación, presentar su propuesta económica, o incluso llegar a firmar el contrato fraudulento.

Es posible que el agente particular haya participado en todas las etapas previas de la contratación o concesión en la que participa, hasta que se produzca el primer desembolso por ejemplo, o hasta el momento que luego de firmado el contrato este se frustra por entera responsabilidad del tercero interesado, procediéndose a ejecutar las penalidades y recién se verifica que en el contrato correspondiente por ejemplo, no se fijaron las penalidades previstas por ley o, en su caso, estas son muy benignas para el particular. Si los hechos fraudulentos se descubren antes de la verificación real del perjuicio patrimonial, los hechos serán calificados como colusión simple.

El fundamento de la colusión simple radica en que si el funcionario público que de acuerdo a sus funciones tiene a cargo o dirige “un proceso de contratación o concesión pública trasgrede sus deberes funcionales, viciando el

proceso de contratación o concesión, atentando contra los principios de transparencia, imparcialidad y trato igualitario de los postores, no necesariamente el Estado va a terminar pagando más por el servicio contratado o bien adquirido; no obstante, al no haberse respetado las normas de contratación o concesión las expectativas del Estado se verán puestas en peligro, lo que puede redundar a la larga en un perjuicio patrimonial". (Fundamento 28, STC del 3 de mayo de 2012, EXP. N.º 00017-2011-PI/TC-Lima)

No está de más señalar que el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004) precisa que "para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado".

De ahí que no podemos compartir la propuesta interpretativa en el sentido de que lo previsto en el primer párrafo del artículo 384 CP se trate simplemente de una conspiración colusoria<sup>12</sup>. Y, además, por el hecho concreto que cuando el legislador nacional ha criminalizado actos preparatorios de conspiración, en forma precisa lo ha establecido en la fórmula legislativa mediante el verbo rector *conspirar*. Como ejemplo cabe citarse el delito de conspiración al sicariato regulado en el artículo 108-D. En efecto, allí se prevé que "*será reprimido... 1. Quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato*". En igual sentido, tenemos el delito de conspiración al tráfico ilícito de drogas sancionado en el último párrafo del artículo 296 del CP. Aquí la fórmula legislativa es como sigue: "*El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido...*". Estas fórmulas legislativas son diferentes a lo que prevé el primer párrafo del artículo 384 del CP.

#### b) Defraudare en la colusión agravada

---

12 Como se propone en el voto en minoría de la sentencia casatoria del 3 de mayo de 2019, Casación N.º 542-2017-Lambayeque. En efecto, en el considerando décimo primero del voto en minoría, se precisa que "técnicamente no existe ni una "colusión simple" ni una "colusión agravada"...En todo caso, la nomenclatura apropiada que debe usarse para designar a ambos hechos punibles sería para el primer párrafo de dicha norma la de conspiración colusoria y para el segundo párrafo la de colusión desleal".

“Aun cuando pareciera lo mismo *defraudar* y *defraudare*, el significado que se le ha dado en el tipo penal 384 del Código Penal, luego de la modificación introducida por la Ley N.º 29758, es totalmente diferente. En efecto, defraudar ya ha sido definido y señalado, cual es el sentido que tiene en el tipo penal. En cambio, defraudare o timar al Estado significa engaño al interés público y, como consecuencia de ello, un efectivo perjuicio patrimonial al erario público” (Exp. N.º 1402-2002-Tumbes). El agente público que de acuerdo a su función dentro del Estado está a cargo de las contrataciones o concesiones, infringiendo sus deberes funcionales, actúa asumiendo roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado y como efecto inmediato los perjudica. Aquí, para efectos de tipicidad es irrelevante si finalmente el agente obtiene o no provecho patrimonial. Este aspecto solo tendrá repercusión al momento de individualizar la pena que le corresponda al agente público corrupto.

La colusión agravada se perfecciona cuando el sujeto público por medio de concertación con el tercero interesado llega a generar perjuicio patrimonial al Estado. Este hecho punible se configura con la efectiva defraudación que se produce al objeto del delito como lo es el patrimonio del Estado, luego de la concertación producida entre el agente público y el tercero interesado. En cambio, como ya se ha precisado, la colusión simple se verifica con la sola concertación con los interesados para en el futuro mediano o inmediato lesionar o perjudicar el patrimonio público. En la agravada, se exige efectivo perjuicio al objeto del delito: el patrimonio del Estado; en tanto que, en la colusión simple, solo se exige la sola concertación entre los involucrados con aquella finalidad. Esa es la diferencia entre ambas modalidades delictivas<sup>13</sup>.

### c) Relación funcional entre el agente y el objeto del delito

“Elemento importante del delito en hermenéutica jurídica (agravado como

---

13 En tal sentido, no es razonable la alegación de que “resulta válido afirmar que el término defraudación previsto en el tipo penal cuyo texto legal se imputa no es equivalente al perjuicio económico patrimonial” recogida en la sentencia casatoria del 26 de junio de 2019, Casación N.º 9-2018-Junín. Se pretende equiparar la colusión simple con la agravada, cuando ambas figuras tienen contenido distinto.

simple) lo constituye la siguiente circunstancia: el agente que realiza los actos de concertación y defraudatorios en perjuicio patrimonial del Estado tiene que actuar en razón de su cargo, es decir, el agente debe actuar directa o indirectamente (por intermedio de otra u otras personas) en el desarrollo de las atribuciones propias de su cargo establecidas ya sea en la ley, reglamentos o directivas de la empresa u organismo estatal. El agente se aprovecha en su beneficio personal de las atribuciones que el Estado u organismo estatal le ha confiado para que lo represente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. El tipo penal exige la relación funcional jurídica entre el sujeto público y el objeto del delito que vienen a ser los procesos de contratación pública que realiza el Estado. Ello significa que si en un hecho concreto, el funcionario o servidor público no estaba facultado o, mejor, no estaba dentro de sus funciones participar en representación del Estado, en concesiones, por ejemplo, el delito en análisis no se configura”. En parecido sentido Pariona (2017, p. 60).

En cuanto al derecho vivo y actuante antes de la modificatoria producida por la Ley N.º 29758, tenemos la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2000 que argumenta que “los elementos del delito de concusión-colusión desleal, según el artículo 384 del código sustantivo vienen a ser el acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito, perjudicando a un tercero, el Estado, en este caso mediante diversas formas contractuales, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial” Exp. N.º 5201-99-Loreto, Sala C (Normas Legales, 2000, p. A-74).

Este elemento del delito de colusión evidencia que “se impone una obligación normativa reforzada al sujeto público” (Salinas, 2019, p. 352). “En efecto, los funcionarios o servidores públicos que actúan en razón del cargo, y dentro de su función asignada previamente, ostentan un deber jurídico intensificado de proteger y cautelar los intereses patrimoniales del Estado al negociar con particulares o con personas jurídicas –sean de derecho público o privado, nacionales o extranjeras– vigilando o supervisando las cláusulas más convenientes y útiles, tanto en precio y en calidad para la institución pública a la

que representan y se deben” (García y Castillo, 2008, p. 87).

De modo que es correcta la ejecutoria suprema del 5 de mayo de 2003 cuando argumenta que “el delito de colusión ilegal exige para su configuración que el funcionario o servidor público concierte con los interesados para defraudar al Estado en las distintas contrataciones que celebre por razón de su cargo o comisión especial; sin embargo, fluye de autos que el procesado no tuvo poder de decisión y, por lo tanto, ninguna injerencia en la adquisición”<sup>14</sup>.

#### d) Concertar con los interesados

“El siguiente elemento de la compleja estructura típica del delito de colusión lo representa el hecho de que el agente, en abuso de su cargo, se pone de acuerdo, pacta, conviene o arregla con los interesados para o con la finalidad de defraudar al Estado u organismo estatal que representa.

La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subrepticio y no permitido por la Ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa”<sup>15</sup>.

Consideramos que hay defraudación cuando en la celebración o ejecución de un contrato o concesión con un particular, el sujeto público se pone de acuerdo o pacta con el particular interesado la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación más diligente en

14 Exp. N.º 1382-2002-Puno, (SALAZAR, 2004, p. 154). En el mismo sentido, la Ejecutoria Suprema, 19 de noviembre de 2013, R.N. N.º 1565-2012-Ica

15 Ejecutoria suprema, 12 de diciembre de 2007, R.N. N.º 1296-2007-Lima, 2ª Sala Penal Transitoria. En parecido sentido, la ejecutoria suprema, 24 de noviembre de 2006, precisa que “la configuración del delito de Colusión desleal requiere de la concertación del funcionario o servidor público con el interesado, es decir, de un acuerdo subrepticio entre dichas personas, en los contratos, suministros o licitaciones; asimismo, debe destacarse, como otro elemento constitutivo del tipo, la defraudación al Estado, sus organismos o entidades, la misma que se manifiesta en un perjuicio y que es producto, precisamente, de dicho acuerdo ilícito relacionado a esta concertación, el ilícito penal necesita de la intervención activa del interesado, quien justamente concierta con el funcionario público, lo que implica la exteriorización de un acto de conformidad o asentimiento de su parte y con ello, un acuerdo de voluntades entre el funcionario y el interesado”, R.N. N.º 2508-2005-Ancash- 2ª Sala Penal Transitoria.



la defensa de los intereses patrimoniales del Estado. La determinación del carácter desventajoso de las cláusulas contractuales no puede hacerse desvinculada del concreto o mismo momento de la negociación, así como de la posición contractual del Estado. Bien precisa la ejecutoria suprema del 5 de noviembre de 2019, el carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside en la “privatización de la función pública” que ostenta el sujeto público que, como tal, debe representar y resguardar los intereses del Estado y no, por el contrario, beneficiar indebidamente a los particulares (R. N. N.º 1743-2018-Huánuco) cuando estos participan en las contrataciones o concesiones.

“La concertación del agente público con los interesados implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses estatales en juego. Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar, por ejemplo, precios simulados – sobrevaluados o subvaluados–, admitir calidades inferiores a las requeribles, derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines” (Rojas, 2002, p. 282), o no asegurar la mejor garantía de los bienes o servicios que debe prestar el particular, etc. En esa línea argumentativa, más pedagógica es la ejecutoria suprema del 09 de octubre de 2018 (R.N. N° 2529-2017-Ancash), que da por acreditado el delito de colusión sosteniendo que:

Denotan un concierto entre el alcalde y los miembros del Comité Especial con el titular de la empresa Constructora y Servicios Generales Sullana SRL -Consergesul SRL. De otra forma, no se explican tantas irregularidades, como no permitir la postulación de dos empresas, colocar a una indebidamente sin que hubiera participado, no respetar los tiempos para consolidar la participación de las empresas interesadas, no suspender el procedimiento ante la impugnación, aceptar una carta fianza notoriamente ilegal, y autorizar unos adelantos legalmente inadmisibles. Son indicios graves que articulados entre sí revelan un concierto punible en agravio del Estado y un patente incumplimiento de las funciones públicas... El concierto punible generó una afectación al tesoro público, al impedir la participación de otras empresas -que permitiera una mejor perspectiva

económico y funcional-, aceptar una carta fianza impropia y pagar adelantos indebidos. El fraude al Estado es patente.

El término *interesados*, sin duda, se refiere a los particulares o personas jurídicas o naturales que negocian o contratan con el Estado. Por medio de estos, las instituciones estatales adquieren bienes, servicios y realiza obras en beneficio de los administrados.

En consecuencia, “no se trata de castigar cualquier concertación en los negocios jurídicos, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias económicas negativas y nocivas para el Estado, ya sea, porque se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes contractuales” (con amplitud, García y Castillo, 2008, p. 118). “Lo cuestionable en la conducta de cualquier funcionario público es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso con el interesado para obtener un provecho en perjuicio del Estado” (R.N. N.º 732-2007-Piura- Segunda Sala Penal Transitoria, 15-02-2008). Desde el inicio, tanto sujeto público como el tercero interesado saben que se defraudará al Estado.

De manera que no se configura el delito de colusión cuando el sujeto público no respetando la normatividad de la materia contrata de manera directa a un particular para que ejerza las funciones de supervisor de obra, por ejemplo, y este no cumple cabalmente las funciones asignadas. En este sentido, la ejecutoria del 16 de enero de 2017, da cuenta de un caso real en el cual en primera instancia se calificó los hechos como colusión y el particular fue condenado como cómplice. Allí se precisó que:

“El acto colusorio estuvo orientado a la contratación del recurrente para desempeñarse como supervisor de obra; no obstante, cabe resaltar que dicho acuerdo clandestino contrariamente tenía como fin que el recurrente realice una conducta lícita dentro de las ejecución de la obra en cuestión, que conllevó incluso a suscribir un contrato de locación de servicios,

y si bien no se habría cumplido con las normas de la materia para su contratación, ello no resulta suficiente para dar por sentada la configuración del delito de colusión, puesto que el tipo penal exige que tanto el funcionario público como el particular tengan un codominio del hecho...; en este caso, no se advierte el aporte colusorio por parte del recurrente, sino que según la tesis fiscal su coencausado Inga Damián habría tenido la intención de apropiarse del presupuesto asignado para la ejecución de la obra en cuestión, para lo cual habría contratado indebidamente al recurrente, presupuesto que no se subsume dentro del tipo penal en cuestión, y si bien este, dentro de su funciones de supervisor de la obra, incumplió sus deberes o funciones, los mismos tendrían sus efectos correctivos bajo la figura de otro tipo penal o dentro del ámbito administrativo.” (R. N. N.º 5-2015-Junín-Primera Sala Penal Transitoria)

En conclusión, la sentencia condenatoria fue reformada y se procedió a absolver al recurrente de la acusación fiscal.

Por otro lado, debe quedar establecido siguiendo al profesor Abanto (2003) que, “la concertación solamente puede realizarse por comisión” (p. 264). “No es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante actos de omisión. El agente, necesariamente y de manera activa, debe concertarse o ponerse de acuerdo con los interesados en negociar con el Estado. Es imposible que actos omisivos impliquen o representen acuerdo o concertación alguna”. Por su parte, Rojas (2002) sostiene que “la colusión desleal también puede verificarse por actos de omisión” (p. 288).

En el mismo sentido, García Caveró concluye que “la conducta realizada por un funcionario público de un comité de selección de no hacer nada ante una licitación amañada por otros miembros, no es equiparable a una concertación con los interesados que exigen el tipo penal” (García y Castillo, 2008, p. 51; Pariona, 2017, p. 114). Aquel funcionario público que omite podrá ser atribuido el delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales, pero de ningún modo por el delito de colusión. En la misma posición y línea interpretativa

respecto a los cómplices, Castillo Alva asevera que “en el caso que un funcionario que participa de las negociaciones –pero no obra por razón al cargo– solo guarda silencio y con ello permite que haya un comportamiento defraudatorio a los intereses del Estado estaremos ante un caso de complicidad omisiva” (García y Castillo, 2008, p. 122). El guardar silencio no equivale, desde el punto de vista normativo y estructural, a concertar o pactar que exige la fórmula legislativa. Concertar o pactar es una acción eminentemente activa de parte del autor. “Quien guarda silencio o calla, no obra en concierto para perjudicar al Estado, simplemente realiza un comportamiento omisivo que ayuda a la comisión del delito por otros intervinientes” y, si eso se acredita responderá como cómplice del delito. En el mismo sentido, Pariona (2017), quien incluso concluye que “aceptar una concertación por omisión, sería castigar aquello que la ley no prohíbe” (p. 114).

Según ello, la ejecutoria suprema del 16 de enero de 2014 precisa con propiedad que “la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevalorar los precios ofertados, así como las sumas acordadas, entre otros.” (R. N. N.º 1969-2012- La Libertad- Sala Penal Permanente)

De modo que, resulta desacertada la ejecutoria suprema del 11 de octubre de 2005 (R. N. N.º 648-2005), cuando en un típico caso de omisión de deberes funcionales tipificado en el artículo 377 del CP confirmó una sentencia que condenó por colusión a procesados que sin concertación alguna “omitieron en forma dolosa sus deberes funcionales”<sup>16</sup>. En efecto, en el considerando tercero de la citada ejecutoria se argumenta que:

“Aparece de lo actuado que en representación de la jefatura de infraestructura del MBI-Programa MAJ de la GCR-PJ e

---

16 Al menos, del contenido de la ejecutoria, no se advierte que se haya acreditado que los sentenciados se hayan concertado para perjudicar al Estado. En sentido parecido Castillo Alva (2017, p. 303)

integrantes de la comisión de recepción, ambos mostraron su conformidad con la obra que se les hacía entrega y expresaron que la misma había sido ejecutada de acuerdo al expediente técnico y levantadas las observaciones que se le formulara en su oportunidad, por lo que declaraban su conformidad a la obra y procedían a su recepción, pese a que las observaciones formuladas primigeniamente no habían sido subsanadas en su totalidad; que si bien los citados acusados han alegado que suscribieron dicha acta de favor pues se les informó que las observaciones habían sido subsanadas, dada su calidad de profesionales de la ingeniería tenían la obligación de verificar que en realidad la obra se encontrara operativa y ejecutada conforme a lo establecido en el correspondiente expediente técnico, situación que permite inferir la concertación entre los encausados y el contratista a fin de hacer aparecer como cabalmente ejecutada una obra que no se ajustó a los acuerdos previamente adoptados con la entidad contratante, encontrándose acreditada de esta manera la culpabilidad de los recurrentes”.

“Cuestión diferente es si en el proceso penal se llega a determinar que efectivamente los integrantes de la comisión de recepción se coludieron con los contratistas para aparentar que la obra estaba concluida cuando en la realidad aún faltaba. Lo fundamental es los acuerdos colusorios o concertación. Si no hay prueba alguna (directa o indiciaria) de acuerdos colusorios previos, el delito no se verifica”.

“Asimismo, si bien tanto en la colusión agravada como en la simple interviene la concertación o acuerdo clandestino y fraudulento, también es cierto que en la colusión simple es el verbo rector y, por lo tanto, se configura el citado delito con la simple concertación tendiente a defraudar el patrimonio del Estado. El agente concierta con la finalidad de defraudar este patrimonio. En tanto que en la agravada la concertación es un medio que utiliza el agente para perjudicar de modo efectivo el patrimonio del Estado”.

Tomando en cuenta la afectación al objeto del delito, resulta razonable concluir que “el delito de colusión simple es de peligro, donde la concertación debe ser idónea para poner en peligro los intereses económicos del Estado” (Pariona, 2017, p. 89); en cambio, “la colusión agravada es un delito de lesión, pues en este no es suficiente la creación de un peligro sino es necesario un perjuicio efectivo contra los intereses patrimoniales del Estado” (Pariona, 2017, p. 91).

#### e) Instrumentos del delito

“El agente con la finalidad de defraudar al Estado, en el desempeño de su cargo en el que actúa, acuerda o pacta con los interesados obtener algún beneficio en perjuicio del Estado con su participación en cualquier etapa de las adquisiciones o contrataciones públicas de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo de la administración pública. Comprende desde la generación de la necesidad, el requerimiento, la presentación de la propuesta, la evaluación, la adjudicación, la firma del contrato, la ejecución y la liquidación del mismo”<sup>17</sup>.

Encierra, en consecuencia, la celebración de actos jurídicos como son contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas u otra operación semejante que realiza el Estado para cumplir sus objetivos y fines propuestos.

“El ilícito previsto en el artículo 384 del Código Penal, exige que el funcionario o servidor público a cargo de las adquisiciones, concierte con las empresas proveedoras, con la finalidad de favorecerlos indebidamente con el otorgamiento irregular de tratos de provisión en detrimento del patrimonio estatal”<sup>18</sup>.

“Se refiere a actos jurídicos en los cuales el Estado es parte. Entre ellos tenemos a los contratos, los mismos que son acuerdos escritos que celebra el Estado con los particulares para

---

17 Exposición de motivos del Proyecto de Ley N.º 4187/2010-Poder Judicial, presentado al Congreso el 3 de agosto de 2010.

18 Considerando séptimo de la ejecutoria suprema del 14 de febrero de 2005, R.N. N.º 1016-2004-Ayacucho (GARCÍA y CASTILLO, 2008, p. 324).

la ejecución de obras, provisión de bienes, prestación de servicios, etc.

Suministros son acuerdos a que llega el organismo estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarle prestaciones de bienes y/o servicios.

En tanto que las licitaciones representan un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad o conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras.

Concurso de precios, en tanto, es el procedimiento por el cual el postor presenta su propuesta para ejecutar una obra pública previa invitación cursada por la entidad estatal que convoca al concurso.

En cambio, las subastas son actos de venta pública de bienes al mejor postor. Puede hacerse judicial o administrativamente” (con amplitud, Rojas, 2002, pp. 283-286).

Las concesiones son actos jurídicos por los cuales el Estado cede a una persona jurídica facultades de uso privativo de una propiedad de dominio público o la gestión de un servicio público en un plazo determinado y siempre bajo ciertas condiciones contractuales. Son ejemplos, las concesiones de los peajes en la ciudad de Lima.

“El tipo penal deja abierta la posibilidad de que otra operación en la cual el Estado u organismo estatal sea parte, se constituya en objeto del delito de colusión. Pero estas operaciones deberán enmarcarse necesariamente en los procesos de selección y contratación pública para las adquisiciones de bienes, obras o servicios del Estado, así como en el marco de las concesiones” (Salinas, 2019, p. 358). Podrán incluirse, por ejemplo, otros procesos de selección no mencionados expresamente en el tipo penal, “como sería el caso de la adjudicación directa o la adjudicación de menor cuantía”<sup>19</sup>.

---

19 En parecido sentido PARIONA (2017), precisa que “desde un análisis sistemático e integral de la norma penal, las “otras operaciones” a que se refiere el tipo penal debe coincidir normativamente con la naturaleza de los contratos, esto es, que se oriente a la negociación de intereses económicos de índole prestacional” (p. 86).

Sin duda alguna, las modalidades de adquisición y contrataciones del Estado son el marco para el acuerdo defraudatorio. En este marco pueden producirse convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, etc. Aquí, el agente, en su beneficio, realiza convenios, ajustes, liquidaciones o suministros en desventaja patrimonial para el Estado, dando prioridad a los intereses económicos de los particulares que negocian con el Estado.

El término *convenio* se refiere a los acuerdos concretos a los que llegan los representantes del Estado con los particulares, los que se traducen o positivizan en un contrato. El legislador, al utilizar el término “convenios”, no solo se refiere a los acuerdos alcanzados en la celebración o ejecución de una contratación pública, sino también se refiere a ciertas modalidades específicas de contratación en los procesos de selección previstos en la normativa administrativa vigente.

Por otra parte, ajustes son las adecuaciones o reacomodos que se realizan entre los representantes del Estado y los particulares cuando hay desavenencias en el cumplimiento del contrato. Se puede, ajustar precios, plazos, remuneraciones, servicios, etc. Los ajustes son supuestos que se contemplan simplemente para los casos de variación del precio de las obras derivadas de la contratación pública, ello según el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado N.º 30225, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Las liquidaciones serían “los contratos firmados entre el Estado u organismos estatales con terceros cuando llegan a su fin los acuerdos y es necesario hacer el procedimiento de liquidación que deberá ser elaborado por el particular contratista y luego de presentado a la entidad estatal correspondiente, deberá ser aprobado por resolución bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. Con ello, se cierra el expediente de la contratación o adquisición” (Rojas; 2002, p. 287). Para tal fin, se sigue lo previsto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.



Los suministros representan los acuerdos a que llegan los representantes del organismo estatal con los particulares para que estos se encarguen de proporcionarles prestaciones de bienes y/o servicios. “Los suministros constituyen la ejecución de un contrato con el Estado para proveer de manera continua y permanente determinados bienes a ciertas instituciones públicas para el desarrollo de sus actividades” (García y Castillo, 2008, p. 29). “Siendo el caso que luego de firmarse el contrato de suministro, la empresa contratista con conocimiento del agente público realiza suministros de menor calidad o cantidad a la comprometida” (Abanto, 2003, p. 267). Por ejemplo, alimentos descompuestos para los damnificados, chalecos antibalas de menor grosor que lo pactado, leche con fecha límite de consumo vencida, etc.

La ejecutoria suprema del 4 de junio de 2002 expone un caso real de la forma como pueden presentarse los actos defraudatorios. En efecto, aquí se considera que:

La conducta del encausado se encuentra tipificada en el delito de concusión en su modalidad de colusión desleal, en razón de que se le incrimina, en su condición de alcalde, haber adquirido bienes sin la respectiva cotización y sin que exista el cuadro comparativo que para estos casos se exige, con el agregado de que los mismos se encontraban sobrevalorados y en algunos casos inoperativos; asimismo, se le incrimina haber realizado diferentes obras que no contaban con la documentación contable respectiva, esto es, órdenes de compra, órdenes de servicio y expedientes técnicos necesarios; sin embargo, se ha cancelado por tales trabajos. (Exp. N.º 1559-2001-Apurímac)

#### f) Bien jurídico protegido

Asumiendo que el delito de colusión es uno de infracción de deber, el bien jurídico genérico es el normal y recto funcionamiento de la administración pública que es manifestación material del Estado. Cuando por ejemplo, el sujeto público encargado de participar en la contratación de bienes para el Estado, infringiendo

sus deberes funcionales pacta o se colude con el postor empresario para sobrevalorar el precio de los bienes objeto de contrato, la administración pública (Estado) en general se resiente y su funcionamiento deja de ser normal, pues al pagar sobreprecio deja de atender otros requerimientos de los administrados, debido a que se queda hasta sin presupuesto al haber pagado una diferencia que realmente no correspondía.

No obstante, ya el Tribunal Constitucional en la sentencia del 3 de mayo de 2012 ha sostenido que “más allá de los fines de índole constitucional que sustentan de modo general la criminalización de los delitos contra la administración pública, de modo más específico para el delito de colusión, que se desenvuelve en el ámbito de la contratación pública, cabe señalar los principios constitucionales que cumplimentan esta actividad” (Fundamento 18, Exp. N.º 0017-2011-PI/TC-Lima). Para tal efecto, no queda otra alternativa que recurrir a la interpretación del contenido del artículo 76 de la Constitución. Allí se prevé que en “la obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

El Tribunal Constitucional, por sentencia del 17 de mayo de 2004, interpretando esta disposición constitucional, ha precisado que:

La función constitucional de esta norma es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr

el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos. (Exp. N.º 020-2003-AI/TC-Lima)

De ahí que la contratación y, ahora, la concesión estatal tiene una particularidad que lo diferencia de cualquier otro acuerdo de voluntades entre particulares o extraños a la administración, toda vez que, al estar comprometidos recursos públicos y finalidades públicas, se hace necesario una especial regulación normativa que permita una adecuada transparencia en las operaciones contractuales y de concesión.

Aparece de esa forma la Ley N.º 30225 (Ley de contrataciones del Estado), modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341, que representa una norma de desarrollo constitucional que recoge en forma expresa los principios que se desprenden del contenido del artículo 76 de la Constitución.

El sujeto público, al desarrollar sus obligaciones funcionales dentro de la administración pública, tiene que hacerlo conforme a los deberes funcionales que le impone el cargo público que desempeña. Y esos deberes funcionales en nuestro sistema jurídico los impone la ley en forma expresa, en este caso, la Ley N.º 30225, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341. Si el sujeto público obligado, infringiendo aquellos deberes, busca o pretende defraudar o llega realmente a defraudar los intereses patrimoniales del Estado, aparece el delito de colusión ya sea en su modalidad simple o agravada.

En efecto, en nuestro sistema jurídico encontramos que en el artículo 2 de la citada ley de contrataciones, entre otros, tenemos “los deberes o principios que orientan o sirven de parámetros funcionales que tienen que respetar los sujetos públicos que por razón de sus cargos participan en representación del Estado en las adquisiciones, contrataciones, concesiones u otra operación semejante” (Salinas, 2019, p. 362). Allí se precisa que estos principios son los

parámetros para la actuación de quienes intervengan en las contrataciones<sup>20</sup>. Entre otros principios, para efectos de la ley penal que tipifica el delito de colusión, consideramos que son pertinentes los siguientes:

1. "Principio de integridad: La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida".

2. "Principio de transparencia: Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y

---

20

El artículo 2 de la Ley N.º 30225 enumera y define los siguientes principios:

"a) Libertad de concurrencia. Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.

b) Igualdad de trato. Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.

c) Transparencia. Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

d) Publicidad. El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.

e) Competencia. Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

f) Eficacia y Eficiencia. El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos".

g) Vigencia Tecnológica. Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

h) Sostenibilidad ambiental y social. En el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.

i) Equidad. Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

j) Integridad. La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna."

que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad”.

3. “Principio de igualdad de trato a los postores: Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto”.

De ahí que el bien jurídico específico penalmente protegido del delito en hermenéutica jurídica encuentra su fundamento en los deberes especiales que tienen los sujetos públicos al participar en las contrataciones representando a la administración. Estos se traducen en los principios de integridad, transparencia<sup>21</sup> e igualdad de trato a los postores<sup>22</sup>. Si bien podría alegarse razonablemente que el tipo penal pretende proteger el patrimonio del Estado, lo cierto es que el sustento de la norma prohibitiva no está en la generación de un perjuicio económico al Estado o al sistema económico general, sino en el irregular desempeño del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público. De modo que sustenta la sanción penal, la inobservancia de los deberes específicos que vinculan al sujeto público con los fines últimos del Estado. Pero no se trata de cualquier deber específico, sino solo de aquellos de carácter positivo, en el sentido que el sujeto público que, en razón de su cargo participa en la adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, debe hacerlo siempre tratando de cautelar el patrimonio administrado en beneficio del Estado.

En efecto, el funcionario o servidor público que por razón de su cargo tiene que ver con el patrimonio del Estado tiene la obligación especial de cautelar y protegerlo y solo usarlo en beneficio del propio Estado y con tal fin de actuar siempre con integridad, transparencia y dando trato igual y justo a los postores.

---

21 STC del 17 de mayo de 2004, Exp. N.º020-2003-AI/TC-Lima, fundamento 13 se precisa que "En términos generales, el principio de transparencia estará garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general".

22 STC del 17 de mayo de 2004, Exp. N.º 020-2003-AI/TC-Lima, fundamento 13 se ha precisado que, en términos generales, "habrá trato igualitario cuando bajo ninguna circunstancia se advierta preferencia o tendencia destinada a beneficiar a algún postor determinado".

Caso contrario, si aprovecha de tal posición especial para obtener beneficio personal o de tercero en perjuicio del patrimonio estatal, infringiendo aquellos deberes funcionales, se verifica alguna modalidad del delito de colusión<sup>23</sup>.

Consideramos que “el delito de colusión tiene como último propósito específico el orientar o conminar a los funcionarios o servidores públicos a que observen los deberes funcionales especiales que les impone la ley cuando asumen la competencia de participar en nombre o representación del Estado en las contrataciones, adquisiciones, concesiones y demás operaciones semejantes” (Salinas, 2019, p. 365).

El Tribunal Constitucional, en la resolución de fecha 17 de mayo de 2004 (Exp. N.º 020-2003-AI/TC), interpretando el delito de colusión a la luz de la Constitución y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004), ha precisado en forma pertinente que “es necesario que las contrataciones de servicios, bienes y obras se realicen mediante un procedimiento oportuno, con la mejor oferta económica y técnica, así como respetando los principios, de transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores”.

Esta es la orientación interpretativa de parte de la jurisprudencia nacional. En efecto, en la ejecutoria superior de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, del 12 de septiembre de 1996, se considera que “el bien jurídico tutelado por la norma penal es la actuación conforme al deber que impone el cargo y asegurar la imagen institucional, por parte de los funcionarios o servidores públicos” (Exp. N.º 1531-92, AMAG, Serie de Jurisprudencia 1, p. 420). En parecido sentido, la ejecutoria suprema del 15 de febrero de 2005 argumenta que:

La colusión prevista en el artículo 384 del Código Penal, es un tipo penal especial propio, de resultado, que busca proteger el

---

23 PARIONA (2017), enseña que “los bienes jurídicos específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios o servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones pública” (p. 25).

patrimonio del Estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del Estado, deber funcional que, al ser transgredido mediante la concertación o colusión, perjudica directamente al Estado, constituyendo el fraude con el consecuente perjuicio patrimonio potencial o real para la administración (R. N. N.º 79-2003-Madre de Dios). Igual en la ES, 17 de marzo de 2005, R. N. N.º 3017-2004-Huánuco, (GARCÍA y CASTILLO, 2008, pp. 215 - 348)

En la misma línea, tenemos la ejecutoria suprema del 30 de marzo de 2009 (R. N. N.º 4661-2007-Ucayali), al sostener que “el núcleo rector del delito de colusión consiste en que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y viola el principio de confianza depositada con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado”. En parecida línea jurisprudencial encontramos la sentencia casatoria del 26 de junio de 2019, donde se precisa que:

El bien jurídico protegido en el delito de colusión (tipo penal de infracción) no es únicamente el patrimonio del Estado, pues su cautela es un deber entimemático. El agente activo tiene el deber de obrar con pulcritud y dotar de eficiencia los recursos del Estado en la adquisición de bienes, y responder a la confianza que implica administrar y disponer de dinero público. (Casación N.º 9-2018-Junín)

De modo que los bienes jurídicos específicos protegidos con la tipificación del delito de colusión son los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores<sup>24</sup>. En efecto, si el sujeto público competente para

---

24 El TC ha precisado que “el deber del Estado de combatir todo acto de corrupción se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico, de los principios constitucionales que rigen la contratación pública como son los principios de transparencia, imparcialidad en la contratación estatal y trato justo e igualitario a los postores o posibles proveedores. En este sentido, siendo la colusión un delito contra la administración pública cuyo sujeto activo es un funcionario público a cargo de procesos de contratación estatal, lo que justifica la intervención penal es el reprimir los actos que atentan contra aquellos principios constitucionales que informan la contratación pública”. Fundamentos 20 y 26 de la sentencia del 3 de mayo de 2012, EXP. N.º 00017-2011-PI/TC-Lima.

participar en determinada operación contractual en representación del Estado se colude con un postor interesado, infringe tales deberes y como consecuencia se vuelve deshonesto y falso hacia el Estado al no defenderlo. En tal condición no proporciona información clara y coherente sobre la contratación a todos los proveedores, deja de ser imparcial y, por supuesto, propicia que la contratación se desarrolle en condiciones de desigualdad de trato a los postores, privilegiando y otorgando ventajas solo al postor con quien tiene el pacto ilícito.

Así entendido el bien jurídico específico, podemos concluir que “el patrimonio del estado, como tal, no es el bien jurídico protegido del delito de colusión. este no es un delito patrimonial, sino uno de infracción de deber. el patrimonio estatal viene a constituir el objeto último del delito” (Salinas, 2019, p. 366). El patrimonio no es el bien jurídico del delito de colusión, sino solo objeto del delito. La diferencia es obvia.

De tal modo, es errado sostener que el objeto del bien jurídico directamente atacado tenga contenido patrimonial, es decir, “se atente contra el patrimonio administrado por el Estado en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado” como sostiene el profesor Abanto (2003, p. 261). En el mismo sentido, Castillo Alva, quien contradiciendo radicalmente lo sostenido por García Caveró en el mismo libro, enfatiza que, “desde su perspectiva, el bien jurídico protegido del delito de colusión es el patrimonio del Estado” (García y Castillo, 2008, p. 79).

Igualmente, no es de recibo la interpretación respecto del bien jurídico de colusión que se hace en la ejecutoria suprema del 12 de diciembre de 2007, en la cual se precisa que “el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la administración pública.” (R. N. N.º 1296-2007-Lima, 2da. Sala Penal Transitoria)

#### g) Sujeto pasivo

Sujeto pasivo siempre será el Estado y como se indica en el tipo penal



cualquier entidad u organismo del Estado. Los particulares de modo alguno pueden ser sujetos pasivos de este delito.

“La interpretación que se realice del sujeto pasivo debe ser amplia en la medida en que los diversos sectores del Estado, los organismos constitucionales autónomos o las diversas personas jurídicas de derecho público (universidades, sociedad de beneficencia pública, EsSalud, Ministerio Público, Poder Judicial, etc.) suscriben contratos y operaciones económicas que comprometen en forma directa el presupuesto del Estado y que, por lo tanto, pueden verse perjudicados por el desprendimiento de su patrimonio que corre a consecuencia de los actos colusorios” (García y Castillo, 2008, p. 100).

Aquí resulta importante establecer que cuando el operador jurídico (fiscal o juez) concluye que el hecho concreto se subsume en la fórmula legislativa de colusión realizado en agravio de una entidad u organismo estatal, solo esta se constituye en sujeto pasivo. Se excluye al Estado. Para entender mejor este aspecto debemos citar la ejecutoria suprema del 17 de marzo de 2005. Allí se argumenta en forma razonable que:

Estando a las múltiples ejecutorias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la República, en el sentido que tratándose de delitos contra la administración pública el sujeto pasivo resulta únicamente las instituciones que representan al Estado y que a su vez son perjudicadas con la comisión del delito, es decir, en el presente caso el Instituto Peruano de Seguridad Social, hoy EsSalud es quien solo debe ser considerado como agraviado, lo contrario implicaría una duplicidad de pago con relación a la reparación civil. (R.N. N.º 3017-2004-Huánuco)

#### I.2.1.2 TIPICIDAD SUBJETIVA

Tanto la colusión simple como la agravada son de comisión dolosa. No cabe la comisión por culpa. El agente, conociendo perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierta

con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él. No es relevante verificar si el agente actuó con la intención especial de obtener algún provecho patrimonial.

Aquí solo “es posible el dolo directo” (Abanto, 2003, p. 268). Esto se desprende de la exigencia de conocer y querer por parte del agente, del elemento *concertar* para defraudar al Estado.

“De acuerdo con la estructura de la colusión simple y agravada, es necesario hacer la diferencia en el aspecto subjetivo. En la simple, el agente dolosamente concierta con los terceros interesados para buscar, o mejor, defraudar al Estado. El agente concierta con la intención de defraudar el patrimonio público”<sup>25</sup>. En tanto que, en la agravada, el agente público por medio de la concertación dolosamente defrauda al Estado. El agente por medio del concierto defrauda de modo efectivo al patrimonio público.

“Se debe precisar que la fórmula legislativa empleada por el legislador, solo admite la comisión activa del delito de colusión simple y agravada. No es de recibo la interpretación que alega que es posible la comisión por omisión. No es posible suponer siquiera que el funcionario o servidor público obre “concertándose” con los particulares interesados con actos omisivos. Concertar implica actos comisivos de las partes. Si una de las partes guarda silencio no es posible la concertación que exige el tipo penal”. En cambio, Rojas (2002) sostiene que “es posible la colusión desleal por omisión (guardar silencio, no denunciar irregularidades dolosas, hacer lo no debido, etc.), caso en el cual es posible la concurrencia del dolo eventual” (p. 288).

### I.2.1.3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Las dos modalidades de colusión son delitos de infracción de deber

---

25 “En la exposición de motivos del Proyecto de ley N.º 4187/2010-PJ del 3 de agosto de 2010, que proponía fórmula similar a la colusión simple, se alega que si lo fundamental, desde la perspectiva del bien jurídico protegido, es la concertación ilícita, el perjuicio o la defraudación al Estado se convierte explícitamente en un elemento subjetivo del tipo, como sucede en la legislación española”.

especialísimos<sup>26</sup> y debido “a su estructura típica son de infracción de deber” (Pariona, 2017, p. 107). En esta el autor o agente, aparte de tener la condición especial debidamente señalada en el tipo penal 384, esto es, funcionario o servidor público, debe también tener dentro de sus atribuciones funcionales la competencia de participar en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado. Nadie más puede ser autor de las modalidades de colusión. Y por supuesto, como tiene tal competencia siempre debe actuar respetando entre otros, los principios de integridad, transparencia e igualdad de trato a los postores que le impone la ley, en el caso del Perú el artículo 2 de la Ley N.º 30225, modificada por el Decreto Legislativo N.º 1341.

“En efecto, solo pueden ser agentes del delito de colusión aquellas personas que tienen la condición de funcionarios o servidores públicos. Pero ello no basta, es necesario que aquellos tengan dentro de sus atribuciones funcionales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones, concesiones u otra operación semejante representando al Estado. Incluso el agente puede tener el deber de supervisar que las adquisiciones o contrataciones se lleven con total normalidad y transparencia”<sup>27</sup>. En el hecho concreto, debe verificarse la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Si no se verifica la relación funcional, el delito en hermenéutica no se configura.

Ahora el tipo penal engloba la conducta del funcionario o servidor público que infringiendo sus deberes funcionales pacta o acuerda con los interesados

---

26 “La jurisprudencia todavía viene considerando al delito de colusión como uno especial propio. Así tenemos la ejecutoria suprema del 29 de noviembre de 2006, en la cual se argumenta que: Es de puntualizar que el tipo penal del injusto de Colusión Ilegal es un delito especial propio, porque solo pueden ser autores los funcionarios o servidores competentes en actos de contratación u otros señalados en el tipo penal-vinculación funcional”, R. N. N.º 823-2006-Tacna.

27 “La ejecutoria suprema, 27 de diciembre de 2007 presenta un caso real en el cual un Ministro de Estado fue condenado como autor del delito de colusión, pues de conformidad al artículo 6º de la Ley 27860, era la máxima autoridad del sector y titular del pliego, correspondiéndole ejercer la supervisión y control de las fuerzas armadas, de los órganos del Ministerio y de los organismos públicos descentralizados y empresa del sector. En efecto allí se alega que de autos ha quedado establecido la existencia de gran número de irregularidades en las licitaciones privadas, las cuales indicarían que las adjudicaciones de la buena pro a favor de determinadas empresas y la emisión de las correspondientes resoluciones del Ministerio de Defensa, aprobando las mismas, no fue consecuencia de un adecuado y regular proceso de licitación, sino que corresponde a una previa concertación con los funcionarios de las empresas beneficiadas”, R. N. N.º 028-2003-A-Lima.

para perjudicar el patrimonio del Estado en forma “directa o indirecta”. Esto es, el agente que tiene competencia para participar en las contrataciones y adquisiciones públicas, puede por sí mismo participar en la concertación con los particulares interesados, o también puede hacer que otra persona (allegado a él se entiende) participe en la concertación con el objetivo de sacar provecho patrimonial de los contratos, adquisiciones o concesiones que realice. La corrupción ha llegado a niveles insospechados que este último supuesto es el que más se ventila en los estrados judiciales por lo que la apertura del tipo penal resulta razonable.

Analizando el tipo penal 384 antes de la última modificatoria, Castillo Alva, siguiendo los argumentos de Abanto Vásquez, respecto de esta última circunstancia, enseñaba que el tipo penal impone una segunda y más importante restricción:

La de exigir que el sujeto público se encuentre autorizado para participar en los contratos o en el negocio o, en general, los actos jurídicos patrimoniales que interesan a la administración. Por lo tanto, el sujeto público debe contar con un título habilitante o con una mínima representación para intervenir en aquellos actos jurídicos de carácter económico-patrimonial en los que la administración tiene interés de concretar. Lo decisivo, entonces, es la razón del cargo, la competencia específica o la comisión especial más que la calidad de funcionario. Esto deberá determinarse, las más de las veces, con la ayuda de las leyes y reglamentos administrativos que regulan las actividades públicas. (García y Castillo, 2008, p. 92)

Este aspecto básico en la configuración del delito de colusión ha sido entendido de manera adecuada por la jurisprudencia nacional. En efecto, en la ejecutoria suprema del 1 de marzo de 2005, se establece que:

En cuanto al procesado Juan Mendoza Ochoa, director de Administración de la Dirección de Salud de Arequipa, se desprende de los actuados que este no se encontraba a cargo de adquisición de los bienes de la institución agraviada, por lo cual

carecía de la cualidad requerida por el tipo penal previsto en el artículo 384 del Código Penal, sin perjuicio de lo mencionado, no se vislumbra en su conducta ningún indicio de participación en dicho ilícito, razón por la cual la absolución venida en grado se encuentra arreglada a ley. (R. N. N.º 1477-2004-Arequipa)

En el mismo sentido, Rojas (2002), antes de la modificatoria del tipo penal, enseñaba que “solo los funcionarios y servidores públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial pueden ser sujetos activos” (p. 279; Abanto, 2003, p. 262; García y Castillo, 2008, p. 32). No puede ser autor, por lo tanto, cualquier funcionario o servidor que no tenga las facultades específicas de decisión que la formula legislativa exige; sus aportes serán en todo caso de complicidad o asumirán irrelevancia penal.

La ejecutoria suprema del 22 de agosto de 2001 considera que:

El colegiado ha incurrido en un error al considerar a los inculpados como si fueran funcionarios o servidores públicos cuando solo eran particulares contratados por el alcalde para que en su condición de carpinteros fabricaran puertas y ventanas que tendrían que colocarse en su momento en el nuevo local que se estaba construyendo para dicha comuna. (Exp. N.º 753-2001-Amazonas)

Asimismo, al tratarse de un delito de infracción de deber, no es posible que dos o más sujetos públicos que participan en el pacto colusorio con los terceros interesados respondan a título de coautoría, pues cada sujeto público al actuar de esa forma habría infringido el deber especial personal que le impone la ley penal y, por tanto, solo responderían como autores. Posición contraria sostiene Pariona (2017), quien luego de insistir que el delito de colusión es uno de infracción de deber, concluye que es posible la coautoría, pues “la decisión sobre los contratos públicos se encuentra a cargo de funcionarios con deberes compartidos, donde la decisión válida requiere la intervención o consentimiento de todos” (p. 110).

Si dos o más sujetos públicos pactan con el tercero interesado para defraudar al Estado, responden como autores paralelos<sup>28</sup>. Recuérdese que, en este tipo de delitos, el dominio del hecho ya no es relevante para la determinación de la autoría y las otras formas de intervención delictiva. En el mismo sentido, no es posible la materialización de la autoría mediata, pues cuando el sujeto público instrumentaliza a otro mediante (engaño o coacción) para que participe en el acto mismo de la concertación, responde como autor simplemente, pues con su proceder está infringiendo directamente sus deberes especiales impuestos por la ley penal<sup>29</sup>. La única exigencia es que ese otro como mínimo empiece a concertar.

Los demás funcionarios o servidores públicos que no tengan esa relación funcional con el objeto del delito, así como los extraños a la administración, de verificarse su participación junto al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible, responderán penalmente en su condición de cómplices del delito de colusión.

También se sabe que en la administración pública el sujeto público competente, no siempre interviene de manera directa y personal en los procesos de contratación estatal, sino que lo hace -de manera regular y en el marco de la ley- delegando a otro su representación. En estos casos, "no existe impedimento alguno para considerar a estos delegados, encargados o representantes como autores del delito de colusión si se conciertan ilícitamente con los interesados" (Pariona, 2017, p. 53).

En cuanto a la participación es perfectamente posible la instigación, que se verifica cuando el agente público hace nacer la resolución criminal en los sujetos públicos con vinculación funcional con el objeto del delito. En efecto, la ejecutoria

---

28 Este aspecto, en la jurisprudencia aún no se tiene claro, pues por ejemplo en la ejecutoria suprema del 09 de octubre de 2018, se declaró no haber nulidad en la sentencia que condenó a Erasmo... como autor del delito de colusión en agravio de la Municipalidad distrital de Antonio Raimondi y a César Leoncio..., Abel Godofredo... y Amador Almaquio... (miembros del Comité Especial) como coautores del delito de colusión. R. N. N.º 2529-2017-Ancash.

29 En contra, PARIONA (2017), quien precisa que "responde como autor mediato el funcionario, que teniendo el deber especial, interviene en la concertación por medio de otro; mientras que el intermediario -que interviene de manera directa y dolosa- será cómplice en el delito, pues no ostenta los deberes especiales del funcionario competente" (p. 109).

suprema de fecha 17 de febrero de 2010, precisa un caso de instigación en el delito de colusión. Allí se argumenta que:

“Es claro que los altos funcionarios no pueden tener la calidad de autores porque les falta la estricta relación funcional para decidir la adjudicación a la empresa Wensa, por la que intercedieron indebidamente. Pero, desde luego, según la conducta que llevaron a cabo para concretar el acto prohibido, tienen la calidad de instigadores. Ambos imputados ejercieron indebida y eficazmente su poder jerárquico y fijaron un marco fáctico de tal entidad que incrementaron de modo relevante la posibilidad -finalmente concretada- de que los inducidos adopten y ejecuten la resolución delictiva a la que se les incitó. Ellos, finalmente, impusieron a los integrantes del Comité Especial de Adjudicación -sin que pierdan la capacidad de decisión sobre la ejecución - el favorecimiento fraudulento a la empresa Wensa.”  
(R. N. N.º 1015-2009-Puno- Sala Penal Permanente)

“Los *interesados*, que conciertan con los funcionarios o servidores públicos de modo alguno se les puede imputar el delito a título de autores. Por dos razones: primero, no tienen la relación funcional que exige el tipo penal<sup>30</sup>; y segundo, no tienen el deber funcional específico de cautelar y respetar los principios de transparencia y trato justo a los postores.

“Aquellos tienen la calidad de cómplices del delito, pues sin ellos, por la forma como está construida la fórmula legislativa, sería imposible la comisión del delito” (Rojas, 2002, p. 290; Abanto, 2003, p. 316; García y Castillo, 2008, pp. 54 - 152).

En doctrina se conoce al delito de colusión como un delito de encuentro. Incluso en la ejecutoria suprema del 5 de noviembre de 2019, se señala como una de las características de la colusión la circunstancias de que “es de

---

30 La ES del 29 de noviembre de 2006 considera en forma atinada que “la conducta de los particulares o funcionarios concertados –que no intervengan por razón de su cargo– será calificada como complicidad”, R. N. N.º 823-2006-Tacna.

participación necesaria -concretamente de encuentro- que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*... con quien el sujeto público se pone de acuerdo... ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica” (R. N. N.º 1743-2018-Huánuco).

En parecido sentido, la ejecutoria suprema del 6 de julio de 2005, precisa que:

Al encausado Mosquera Ángeles se le ha procesado indebidamente por encubrimiento real [...], presupuestos que en el caso de autos no se advierte; sino más bien el ilícito previsto en el artículo 384º del Código Penal, toda vez que al haberse cometido irregularidades en el proceso de adquisición referida, entramos a la esfera de los ‘delitos contra la administración pública’ en sus diversas modalidades, los mismos que si bien es cierto por tratarse de delitos especiales solo lo cometen los funcionarios o servidores públicos quienes jerárquica y disciplinariamente se hallan integrados a un organismo o entidad pública y como consecuencia de la infracción al deber se lesiona el patrimonio del Estado, siendo por ello menester señalar que los de la materia están referidos a aquellos cometidos por funcionarios o servidores públicos –*intraneus*–; también lo es que en el ejercicio de sus actividades funcionariales participan en algunas ocasiones como en el caso de autos con particulares en su condición de –*extraneus*– que de manera individual o colaborando con estos logran que los caudales sean extraídos de manera ilícita de la esfera de protección de estos últimos, actuando los primeros a título de autor y los segundos como partícipes. (R.N. N.º 124-2005-Ancash)

“No obstante, asumiendo la tesis de la unidad del título de imputación, queda establecido que la sola participación no fundamenta la participación punible del interesado. Es necesario un aporte adicional a su participación en cualquiera de las modalidades de adquisiciones o contrataciones públicas. La idea parte del hecho que la colusión es un delito de encuentro. Significa que para la configuración del delito resulta necesaria la realización de dos conductas de



sujetos distintos que, orientándose a una finalidad común, se complementan en el hecho típico” (Abanto, 2003, 427).

Los sujetos distintos son, por un lado, los funcionarios o servidores públicos; y, por el otro, los terceros interesados que, como ya se ha precisado, pueden ser personas naturales o jurídicas que tienen interés de contratar con el Estado.

“Que el delito de colusión se configure como un delito de encuentro no implica, sin embargo, que la intervención necesaria se convierta por esa sola circunstancia en participación punible, sino que para ello esta intervención necesaria debe asumir determinadas características en cuanto al bien jurídico y la forma de lesión que legitimen una imputación en calidad de partícipe” (García y Castillo, 2008, p. 54). En el curso de la investigación se tiene que verificar el contubernio, el acuerdo o la concertación entre el sujeto público y el tercero interesado para defraudar las expectativas patrimoniales del Estado. El tercero interesado tiene que intervenir en tal concertación. Si ello no se acredita sin duda, no podrá imputársele delito alguno. Esto sucederá, por ejemplo, cuando el sujeto público le propone una concertación para defraudar al Estado y el tercero interesado en lugar de aceptar realiza la denuncia correspondiente.

En la misma línea, Abanto (2003) enseña que “los particulares intervinientes son partícipes necesarios, cuya conducta por sí sola o sea por el mero hecho de ser la contraparte en la colusión, es impune toda vez que para ser partícipes del delito deberán aportar en la comisión del hecho delictivo del autor” (p. 316). No obstante, no es de recibo lo sostenido por Abanto (2003) cuando afirma que “es difícil de constar el aporte del tercero interesado en la comisión del delito a excepción de los actos de instigación (si hicieran surgir la idea criminal en el sujeto público) que puedan significar un aporte mínimo en el hecho principal” (p. 316). El tercero interesado no solo puede participar como instigador, sino también cuando acepta la concertación propuesta por el autor.

Ahora bien, es “más común que los terceros interesados en la

concertación, actúen ofreciendo una comisión a los funcionarios o servidores públicos si se llega a concretar la adquisición o contratación. También ocurre cuando los terceros interesados aceptan entregar una comisión al funcionario o servidor público de resultar favorecido con la adquisición o contratación pública. La ventaja patrimonial puede ser actual o futura.

Lo concreto es que la colusión se produce cuando mediante la concertación, el interesado da, ofrece o promete dar una ventaja patrimonial al funcionario o servidor público de resultar favorecido con la adquisición o contratación pública.

En la modalidad en la cual el agente público actúa en forma indirecta, igual serán imputados el delito de colusión en su modalidad de complicidad, aquellas personas que participan en los acuerdos colusorios con los terceros interesados representando al agente público”.

En suma:

Solo los sujetos públicos en los cuales concurra la relación funcional serán autores del delito de colusión; los demás, incluidos los terceros interesados, así como los intermediarios del sujeto público, serán cómplices del mismo delito. Sin duda, a efectos de individualizar la pena a imponer, el Juez impondrá mayor pena al autor que al cómplice por la circunstancia que el autor al realizar el delito infringe deberes especiales impuestos por la administración pública, en cambio, los demás intervinientes, al no infringir algún deber especial su conducta es menos reprochable penalmente. (Salinas, 2019, p. 375)

Postura distinta plantea el profesor Pariona (2017), quien sostiene que:

El título de imputación de los interesados como cómplices del delito de colusión, no es correcto, debido a que el comportamiento desplegado por los interesados no se subsume en la complicidad, pues el entendimiento de la complicidad en la dogmática penal ha sido siempre de ayuda a otro a la comisión

de un delito. Esta situación que no se presenta en la colusión, toda vez que aquí el interesado realiza el delito conjuntamente con el sujeto público. Los dos son igualmente responsables y, por tanto, no se puede señalar en absoluto que el interesado es simplemente un cómplice o colaborador. (p. 121)

Asimismo, sigue argumentando el citado profesor (2017), que:

No puede ser cómplice, debido a que resiente el principio de accesoriidad de la participación. Según este principio, la participación es accesoria del hecho punible cometido por el autor. La autoría es independiente a la complicidad. En el caso de la colusión, el interesado no es cómplice puesto que su intervención es imprescindible para su configuración. La intervención del interesado no es accesoria. La intervención del interesado es fundante del delito de colusión. El comportamiento del interesado no configura la complicidad primaria, menos una complicidad secundaria. (p. 122)

Finaliza Pariona (2017), proponiendo que “el legislador proceda a criminalizar el comportamiento del interesado en un tipo penal particular en la Parte Especial del Código Penal, que vaya junto a la colusión en una suerte de colusión activa, de modo parecido al delito de cohecho” (p. 122).

Al respecto consideramos que, si se aplica la teoría del dominio del hecho para resolver la autoría y participación en el delito de colusión, es posible que lleguemos a iguales conclusiones; sin embargo, como ya hemos dejado establecido al constituir el delito de colusión un delito de infracción de deber, otras son las reglas que deben aplicarse para determinar el título de imputación del tercero interesado.

En otro extremo, no podemos seguir sosteniendo que los terceros interesados son cómplices primarios, toda vez que como ya se mencionó la “diferencia entre complicidad primaria y secundaria se da en la teoría del dominio del hecho que explica la autoría y participación de los delitos comunes o de dominio. En cambio, según la teoría de infracción de deber que explica la autoría

y participación de los delitos especiales como lo es el delito de colusión, solo hay autores y cómplices”<sup>31</sup>.

Este aspecto aún no se tiene claro en la jurisprudencia de la Corte Suprema, pues todavía viene indicado que el empresario que se colude con los sujetos públicos sería cómplice primario. En efecto, en la ejecutoria suprema del 18 de mayo de 2017, se precisan los siguientes hechos:

Los condenados Oré Quiñones y Valle Utrilla, regidores de la Municipalidad Provincial de Pallasca, conjuntamente con el alcalde Vásquez Heredia –ya fallecido– integraron una Comisión Municipal para la adquisición de un camión volquete, en el año dos mil siete. En todo momento, contaron con la intervención del condenado Flores Escudero, gerente municipal quien dio la conformidad a la orden de compra y emitió el comprobante de pago, pese a que no se había recibido el camión. La adquisición del camión volquete fue a la empresa Equipamiento Municipal del Perú Sociedad Anónima Cerrada, a cargo de la encausada recurrente Abarca Paredes. Con ella se firmó el contrato y se encargó de la asesoría del trámite administrativo. Para concretar esta indebida adquisición –vía compra directa–, se falsificaron informes técnicos y legales, cotizaciones y estudios de mercado. La Municipalidad agraviada desembolsó cuatrocientos quince mil ochocientos soles por el citado camión volquete, no obstante que su valor solo ascendía a doscientos treinta y seis mil cuatrocientos setenta soles con cuarenta céntimos. (Fundamento 3, R. N N.º 2675-2016-El Santa– Primera Sala Penal Transitoria)

Con base en aquellos hechos se sostiene que “lo cierto es que la mencionada empresa estaba vinculada a la encausada Abarca Paredes, quien en la fecha de los hechos era subgerente general. Ella, además, firmó el contrato de compra venta del camión volquete, y cobró el cheque de pago por esa venta –su intervención, por consiguiente, no fue meramente nominal, sino que tenía

---

<sup>31</sup> Salinas, (Martes 3 de abril de 2018), El delito de colusión en el sistema penal peruano, El Peruano, Recuperado de <https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/682/web/index.html>

control sobre la empresa cuestionada—. No solo se festinaron trámites, falsificaron documentos y se dirigió la adquisición a una directa por la causal de emergencia, sino que, a propósito de lo anterior, se adquirió un bien a un precio sobrevaluado. Por estas razones, por unanimidad, declararon no haber nulidad en la sentencia en el extremo que condenó a Iliá Abarca Paredes como cómplice primaria del delito de colusión desleal en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Pallasca.” (R. N. N.º 2675-2016-El Santa)

## I.2.2 EL DELITO DE PECULADO

Otro delito de infracción de deber lo constituye el delito de peculado. Es el delito objeto de investigación y acusación más frecuente en las fiscalías y juzgados y, por tanto, es el que ha sido objeto de muchas y variadas sentencias definitivas.

Iniciando la hermenéutica de este ilícito penal, consideramos necesario dejar establecido que “nos vamos a referir fundamentalmente a la doctrina y jurisprudencia peruana, toda vez que la fórmula legislativa que recoge el tipo penal 387 del CP es diferente a las fórmulas legislativas de los tipos penales de los códigos penales foráneos. Así, por ejemplo, en el Perú los verbos rectores del tipo penal son apropiarse y utilizar, en tanto que en el Código Penal de Argentina el verbo rector es *sustrajere*”<sup>32</sup>. Igual, el artículo 432 del Código Penal español<sup>33</sup> utiliza los verbos rectores *excediéndose* en la administración o

32 ARTICULO 261 del Código Penal Argentino (Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). "*Será reprimido... e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido ... el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública*".

33 Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En efecto, el citado artículo 432 del CP español tiene la siguiente fórmula legislativa: "1. *La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena ...*

*2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.*

*3. Se impondrán las penas de prisión ...si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o*

*b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.*

*apropiaren.*

También en el Código Penal español no existe la figura delictiva de peculado culposo como sí existe en el Código Penal peruano y en el argentino<sup>34</sup>.

En tal sentido, las citas a los autores argentinos, españoles o italianos se harán en forma limitada y quizá solamente para efectos de hacer Derecho penal comparado. Sin embargo, ello no significa que no tomemos interés ni se conozca la doctrina extranjera. Esta siempre es importante para conocer la concepción doctrinal que inspira y fundamenta nuestro sistema penal y conocer cómo está legislado en otros países el tema que se trate y orientar el conocimiento del Derecho penal a la universalización de sus conceptos centrales. Pero en tanto ello no llegue, debemos tener bastante cuidado al momento de interpretar y aplicar la norma penal a la realidad peruana. (Salinas, 2019, p. 404; 2008, pp. 125-150)

En ese orden de ideas y como cultura general en Derecho penal, resulta trascendente indicar que el término *peculado* proviene de dos voces latinas: *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto. En consecuencia, etimológicamente significa *hurto de ganado*. En Roma, cuando el ganado era el bien máspreciado junto a la tierra, servía como medio de cambio comercial y definía el estatus socioeconómico de los ciudadanos. “En la República ya se utilizó el término *peculado* para indicar el hurto de cosas de valor. Es en el Imperio romano donde se llega a utilizar la frase *criminis peculatus* que hace referencia al hurto de dinero o bienes públicos” (Rojas, 2002, p. 315). Esta última definición es la que ha prevalecido hasta nuestros días.

---

*Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”. (Artículo 252 administración desleal y artículo 253 apropiación indebida)*

34 ARTICULO 262 del Código Penal Argentino (Ley 11.179). "*Será reprimido..., el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior*".

En nuestro sistema penal, luego de la modificación de la fórmula legislativa producida por el Decreto Legislativo N.º 1243 del 22 de octubre de 2016, el contenido del tipo penal es como sigue:

*“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.*

*Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

*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 ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

*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”.*

### I.2.2.1 TIPICIDAD OBJETIVA

El tipo penal 387 regula el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa.

“Al delito de peculado doloso podemos definirlo como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública.

En tanto que el delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la administración pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el estado”.  
(Salinas, 2019. p. 406)

Estos conceptos aparentemente sencillos generan en la doctrina y en la práctica jurisprudencial vivas discusiones como veremos enseguida al analizar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos que requiere el delito de peculado. Primero, analizaremos los elementos del peculado doloso y, luego, los elementos típicos del delito de peculado culposo.

#### a) Modalidades de peculado doloso

**1. Peculado por apropiación.** Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyos los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi*. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o, en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la



administración.

La conducta del sujeto público se constituye en una apropiación *sui generis*. Él no sustrae los bienes, estos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. “El sujeto simplemente no administra los bienes orientándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si fueran suyos” (Abanto, 2003, p. 342). Actúa como propietario del bien público. En igual sentido, Rojas (2002) argumenta que “apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, de manera que los separa de la esfera funcional de la administración pública y los coloca en situación de disponer de estos” (p. 335).

La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del sujeto público, impliquen negocio que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación, no comprendiendo actos de agotamiento (Rojas, 2002, p. 336).

Como ejemplo de esta modalidad cabe citarse el hecho real objeto de la ejecutoria suprema del 26 de junio de 2003. Allí se argumenta que:

Conforme se aprecia de las pruebas actuadas se ha establecido la responsabilidad del procesado en los hechos instruidos, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora; asimismo recibió dinero de la unidad de tesorería para abrir una cuenta corriente para la compra de un ómnibus, sin embargo, dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante

descuento de las remuneraciones que percibía, empero quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento. (Exp. N.º 2337-2001-Lima, Rojas, 2005, T. II, p. 321)

**2. Peculado por utilización.** La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el autor no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero<sup>35</sup>. Esto presupone “una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle un destino privado temporal sin agotarlo, para volverlo luego a la esfera de la administración pública” (Abanto, 2003, p. 344). Así se precisa en la ejecutoria suprema del 20 de septiembre de 2005, cuando se argumenta que “la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero.” (R. N. N.º 3632-2004-Arequipa, San Martín, 2006, p. 619)

Aquí es necesario hacer la siguiente precisión:

En el artículo 388 del Código Penal encontramos el peculado de uso que muchos podemos pensar que es idéntico al peculado en su modalidad de utilizar del artículo 387 del Código Penal. Sin embargo, la diferencia salta con la sola lectura de ambos tipos penales. En efecto, en el artículo 387 se refiere a utilizar efectos o caudales públicos en tanto que en el artículo 388 se refiere a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387 siempre que los bienes públicos no estén

---

35 ROJAS (2002) enseña que “utilizar es aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. No hay aquí ánimo de dominio, sino solo el de servirse del bien” (p. 336).

representados por los instrumentos de trabajo de la administración. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388. (Salinas, 2019, p. 410)

Es común en la doctrina nacional considerar que el peculado doloso tanto por apropiación como por utilización “puede configurarse por omisión impropia” (Rojas, 2002, p. 337; Abanto, 2003, p. 343). En efecto, de la lectura del tipo penal se concluye que el agente, muy bien con conocimiento y voluntad, puede dejar, tolerar o permitir que un tercero se apropie o haga uso en su beneficio del bien público. De presentarse esta hipótesis, no hay duda de que el operador jurídico recurrirá a lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal.

Pueden presentarse dos supuestos: primero, cuando el agente garante del bien público o allegados a él no se benefician con el acto del tercero. Aquí, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero será investigado y sancionado por el delito de hurto o apropiación ilícita. Segundo, cuando el agente garante del bien público o allegados a él, se benefician con el acto del tercero, donde el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero por unidad del título de imputación será investigado y sancionado por el delito de peculado doloso en el grado de complicidad. Es evidente un acuerdo previo entre el agente garante y el tercero para cometer el hecho punible en perjuicio de la administración pública. Solo así se explica que aquel dolosamente haya permitido que el tercero sustraiga el bien público confiado a su cargo y luego se aprovecha del producto de la sustracción. Se entiende que el agente utiliza la ayuda del tercero para hacer realidad la apropiación del bien público.

Respecto a las modalidades de apropiación y utilización en que se traduce la comisión del delito de peculado, se ha establecido como jurisprudencia vinculante lo siguiente:

El primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al

aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. (Fundamento 7, Acuerdo Plenario N.º 4-2005, 30 de septiembre de 2005)

“En otro aspecto, nos parece una exageración del legislador haber equiparado la figura del peculado doloso por apropiación con la figura del peculado doloso por utilización y sancionarlo con la misma pena. No es lo mismo apropiarse de los bienes de la administración pública que el solo usarlos para luego ser devueltos y que continúen siendo de la administración pública”<sup>36</sup>. Esto nos convence para sostener que el juez, al momento de graduar la pena, le impondrá mayor sanción al que se apropió de los bienes públicos que al que solo se limitó a utilizarlos.

#### b) Perjuicio patrimonial

Asimismo, para configurarse el delito de peculado es necesario que, con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal.

En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal. (ES. 13-03-2003, Exp. N.º 3858-2001-La Libertad)

Este aspecto es importante tenerlo en cuenta. La jurisprudencia nacional se ha orientado en esta dirección al punto que en todo proceso penal por

---

36 ROJAS (2002), al referirse a este aspecto, con razón argumenta que “esta forma de legislar implica un exceso de penalización, afectándose el principio de proporcionalidad frente a la cantidad de injusto penal” (p. 336).

peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o, en su caso, de valorización, por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Si la pericia concluye que con la conducta del investigado no se ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el delito de peculado no se verifica al faltarle un elemento objetivo. Así, la ejecutoria suprema del 23 de setiembre de 2008 argumenta que:

“Constituye ya una línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), en razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por lo tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito.” (R. N. N.º 889-2007-Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema)

La importancia de la pericia valorativa resulta del hecho que, según la Corte Suprema, “primero, permite determinar la existencia de los bienes públicos; segundo, posibilita apreciar la aplicación de estos, y tercero, permite establecer la diferencia entre lo que ha ingresado y salidas de la esfera estatal”. (Rojas, citando reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, 2002, p. 347)

Si en la conducta rotulada como peculado que se atribuye al imputado no se verifica el elemento objetivo “perjuicio patrimonial”, la conducta es irrelevante penalmente por atípica.

Si esta es la interpretación jurisprudencial y la orientación de la doctrina mayoritaria, no es de recibo lo sostenido por Barrios (2010), cuando tomando como sustento la doctrina argentina argumenta que el peculado “es un delito contra la Administración Pública y no contra la propiedad: a consecuencia de que el servidor traiciona sus deberes, quebranta la correcta marcha patrimonial de la Administración Pública”. Por ende, respecto al bien jurídico, el perjuicio

'patrimonial' no es exigible para la configuración de este ilícito penal. (p. 174)

No hay forma de tipificar una conducta determinada como peculado sancionada en el artículo 387 del Código Penal, si no concurre el elemento objetivo de perjuicio patrimonial contra el Estado. Asimismo, el perjuicio patrimonial nada tiene que ver con el bien jurídico protegido, pues como lo vamos a ver más adelante, el patrimonio público no es realmente el bien jurídico que se pretende cautelar o proteger con el delito en hermenéutica jurídica.

c) ¿Es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial?

El tipo penal 387 no hace referencia a cuantía alguna como lo hace el Código Penal español. Para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igual se configura el delito de peculado. De este modo lo tiene establecido la jurisprudencia desde la aplicación del Código Penal de 1924. En efecto, en la ejecutoria suprema del 21 de diciembre de 1990 se argumenta que “el delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no es procedente dada su cuantía considerarlo como falta” (Exp. N.º 808-90-Callao, Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia, 1993, p. 141). En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 3 de junio de 1991 prescribe que “por la naturaleza del delito de peculado, ni el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contemplan la cuantía de los caudales apropiados para considerar como faltas contra el patrimonio tal ilícito penal.” (Exp. N.º 1141-90-Loreto).

En ejecutoria suprema mucho más reciente, de fecha 13 de enero de 2004, se considera con propiedad que:

En nuestra legislación penal, en los delitos cometidos por funcionarios públicos –peculado– no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en vía extrapenal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes

estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionario o servidores públicos. (Exp. N.º 3682-2002-La Libertad, San Martín, 2006, p. 738)

Aquí cabe precisar que la Sala Plena de la Corte Suprema, por el Proyecto de Ley N.º 4187/2010-PJ, Ingresado al Congreso de la República el 3 de agosto de 2010, propuso se modifique el contenido del artículo 387 del CP, para imponer una cuantía mínima al delito de peculado (2 unidades impositivas tributarias para el doloso y 2 remuneraciones mínimas vitales para el culposo). En la exposición de motivos del citado proyecto se argumentó que:

El sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagógica por parte del legislador. Por ello se plantea que al igual que en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuantitativo para configurar el peculado como un delito; un criterio puede ser el de la remuneración mínima vital. Ello no significa que la conducta del funcionario que se apropie de un bien, por debajo del límite, quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el derecho administrativo disciplinario, cuya sanción mayor es la destitución del funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien o el valor de lo apropiado.

Sin embargo, tal propuesta no caló en los legisladores. Más bien la Comisión de Justicia, en su dictamen<sup>37</sup> sobre el citado Proyecto de Ley, señaló que:

La Corte Suprema con su propuesta estaría propiciando o induciendo a apropiaciones pequeñas... De ser así, donde queda la tesis de la infracción del deber, el peculado pasaría a ser un delito patrimonial... el criterio de costo económico de los bienes

---

37 De fecha 13 de abril de 2011. Este dictamen incluyó un proyecto sustitutorio que luego fue aprobado por el congreso y sin mayor discusión se convirtió en la Ley N.º 29703, publicada el 10 de junio de 2011, la misma que ante una reacción inusitada y unánime de todos los medios de comunicación fue derogada en parte por la Ley N.º 29758 del 21 de julio de 2011.

apropiados se ha utilizado en otras legislaciones penales, en el marco del peculado, para agravar la conducta, no para descriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria. Lo cual no implica que, en la práctica, las apropiaciones o utilidades de mínima entidad de bienes públicos, sean vistas bajo el principio de insignificancia o de bagatela, en el marco de interpretación del operador jurídico que siempre se reconduce (o debe hacerlo) en su análisis bajo la directriz del principio de lesividad para el bien jurídico... En este escenario de reforma del delito de peculado, se consideran no felices varias de las propuestas. Planteándose en cambio un texto sustitutorio que establece una circunstancia agravante cuando el valor de lo apropiado o utilizado excede las diez unidades impositivas tributarias.

Ante tal revés, la Suprema Corte reformuló su posición y en la exposición de motivos de un segundo Proyecto de Ley” (N.º 4898/2010-PJ), ingresado al Congreso de la República el 4 de julio de 2011, señaló que:

En atención a que, según el estado de la discusión, del derecho penal comparado y de los últimos proyectos de ley, se acepta la configuración de la entidad del perjuicio... como una circunstancia con entidad para construir un tipo base y tipos agravado y privilegiado. En esta perspectiva... se ha considerado necesario fijar un monto como supuesto de grave perjuicio... La alternativa que se alcanza está referida a las sanciones penales, que se reequilibran en atención a la opción sumida.

En suma, “en el delito de peculado no hay cuantía mínima, situación que consideramos adecuada con una política frontal de lucha contra la corrupción. Tan corrupto es aquel que se apropia de diez soles como aquel que se apropia de diez millones de soles” (Salinas, 2019, 416). Aspecto que solo podrá ser tomado en cuenta por el Juez al momento de determinar la pena por imponer al acusado si eventualmente se acredita su responsabilidad penal luego de finalizar el debido proceso.



#### d) Destinatarios de la apropiación

Otro elemento objetivo del delito de peculado lo constituye el destinatario de los bienes públicos objeto de apropiación o el destinatario del usufructo de los bienes del Estado objeto de utilización. El beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización, así como un tercero identificado en el tipo penal como “para el otro”, que bien puede ser una persona jurídica o particular u otro funcionario o servidor público. Se entiende que el otro no debe haber participado en el hecho mismo de apropiación o utilización, caso contrario sería autor del hecho si se verifica que tiene relación funcional con el objeto del delito, o en su caso, si no hay relación funcional será cómplice del delito.

En consecuencia, “el sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero”. (Considerando 7, Acuerdo Plenario N.º 4-2005, 30 septiembre de 2005)

La utilización del término “otro” significa que no siempre el peculado es un delito de apoderamiento que se agota en el autor, sino también puede comprometer a un tercero vinculado con aquel. Tiene como presupuesto en este último caso que el autor haya consumado el delito, vale decir, “se haya apropiado del patrimonio público para tener luego la posibilidad real o potencial de disponer del patrimonio apropiado y entregarlo a un tercero” (Rojas, 2002, 339).

El “otro” de modo alguno quedará sin sanción. Será investigado y juzgado por el delito de inducción, si se verifica que el otro fue el que hizo nacer en el agente la voluntad criminal; o por receptación, o el grave delito de lavado de activos.

#### e) Relación funcional del agente y el objeto del delito

El objeto del delito de peculado (caudales y efectos) debe estar confiado o,

mejor, en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado dentro de la administración pública. Este aspecto resulta un elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica jurídica. Si en un hecho concreto “este elemento no se verifica, el delito de peculado no se configura así haya evidente apropiación de los caudales del Estado y este resulte seriamente perjudicado en su patrimonio”. Rojas (2002) con propiedad enseña que “si el agente se apropiara o utilizara bienes de propiedad o en posesión de los entes estatales y no poseyera dicha vinculación, simplemente estaría incurriendo en delito común de hurto, robo, defraudación o apropiación ilícita” (p. 331).

En el delito de peculado es condición *sine qua non* que el bien público, objeto de la apropiación o utilización, esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña dentro de la administración estatal<sup>38</sup>. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de la institución pública. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto directo con el patrimonio público o darlo por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional. Abanto (2003), enseña que “el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes *con ocasión* de sus funciones. El funcionario incompetente solo podría cometer delitos contra la propiedad” (p. 337). En parecido sentido, Amoretti (2007, p. 223).

Este aspecto incluso ha sido establecido como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005, del 30 de septiembre de 2005. Allí se prescribe:

---

38 Incluso puede ser autor de peculado la más alta autoridad de la República como es el presidente. Véase: ejecutoria suprema del 8 de julio de 2011 que confirmó la sentencia condenatoria a Fujimori por el delito de peculado entre otros; R.N. A.V. 33-2003-9-Lima. Allí se argumentó que “cuando fue presidente de la República, tenía como atribución constitucional administrar la Hacienda Pública, conforme al artículo 118 apartado 17 de la Constitución Política del Perú; esa atribución origina una relación funcional con los fondos públicos, que por razón de la más alta jerarquía atribuye un deber positivo de administrar los fondos del Estado; en ese sentido, advertimos que la imputación realizada por el representante del Ministerio Público, sí se subsume en el supuesto de hecho del tipo penal de peculado doloso, pues imputa al encausado haber dispuesto de manera dolosa de cuantiosas sumas de dinero pertenecientes al Tesoro Público para objetivos ilícitos y políticos”. En igual sentido se pronunció la ejecutoria suprema, 18 de julio de 2011, que confirmó la sentencia condenatoria del expresidente por el delito de peculado doloso por apropiación; R.N. A.V. 23-2001-09-Lima- caso quince millones de dólares.

Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por lo tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública<sup>39</sup>.

En parecido sentido, la sentencia casatoria del 26 de julio de 2018 concluye que:

Uno de los elementos del tipo objetivo del delito de peculado es que el sujeto público, respecto de los bienes públicos objeto de apropiación -apartándolos de su destino o desviándolo de las necesidades del servicio (separación definitiva de la esfera de dominio público)-, los tenga a su cargo. Es decir, que con ocasión de sus funciones el funcionario concernido ostente su custodia material o la capacidad de disposición e inversión sobre ellos, de suerte que no puedan salir de la institución pública sin su decisión. (Fundamento 4, Casación N.º 1004-2017-Moquegua)

La vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para limitar el círculo de autores, circunscribiendo solo a aquellos que tienen los caudales o efectos públicos por razón del cargo que realizan, excluyendo los casos de autoría a los que no gozan de tal relación funcional; y, en segundo lugar, esta exigencia constituye un límite que debe ser advertido por los operadores de justicia, de lo contrario se lesionaría el principio de legalidad que sustenta la aplicación de las normas penales (Alcócer, 2005, p. 97).

---

39 Numeral 6 del Acuerdo Plenario N.º 4-2005. En el mismo sentido tenemos la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente, 24 de febrero de 2014. Allí en el considerando cuarto se sostiene que “la posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, establecido en la Ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como son los reglamentos-ROE. Dicha posesión puede ser directa o indirecta, pero siempre en virtud a los deberes o atribuciones, habiendo, por lo tanto, siempre una relación funcional entre el bien y el agente”. R.N. N.º 287-2013-Puno.

Este elemento objetivo del delito de peculado permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por el funcionario o servidor público en virtud del cargo que desempeña en la administración pública.

#### f) Relación funcional de hecho

Por otro lado, simples delegaciones o encargos temporales o coyunturales de los bienes del Estado a funcionarios o servidores públicos de modo alguno configuran la relación funcional que exige el tipo penal en análisis.

No obstante, si los encargos o delegaciones al funcionario o servidor público son permanentes o continuados y por disposición o anuencia de autoridad competente, hasta el punto, que cualquier persona toma conocimiento de que tal funcionario o servidor es el encargado de administrar, percibir o custodiar los bienes del Estado, es factible tenerlo como autor del delito de peculado, siempre y cuando las leyes o reglamentos internos no prohíban de manera expresa aquellas delegaciones o encargos. “El funcionario de facto ejerce funciones en forma lícita, pero sin cumplir en realidad con los requisitos legales o sin haber cumplido con las formalidades de ley” (Abanto, 2003, p. 360).

La actuación de estos funcionarios, al contar con la anuencia, orden o disposición de los directos responsables de la administración o custodia del patrimonio estatal, es pública, exclusiva, pacífica y continuada.

No debe obviarse que, en nuestro sistema jurídico penal, es doctrina legal vinculante el criterio de que la relación funcional del sujeto público con el objeto del delito como es el patrimonio público implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre los bienes públicos y:

Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es

posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor público que originalmente por su nivel o facultad específicas no poseía. (Fundamento 15, Acuerdo Plenario N.º1-2010-/CJ-116; Casación N.º 442-2017-Ica)

Con base a la doctrina legal, el operador jurídico no debe limitarse a ubicar la orden o disposición escrita para acreditar la relación funcional. Aquí al final debe primar el principio de supremacía de la realidad. Si la administración, custodia o percepción del fondo público es continuada, pacífica, pública y por disposición de funcionario competente, resulta hasta irrazonable alegar luego que no existe relación funcional debido a que no hay orden o disposición escrita.

Este es el caso, por ejemplo, de un secretario de juzgado que por orden del juez asume el deber de custodiar determinado bien que constituye cuerpo del delito u otro documento. En la ejecutoria suprema del 8 de julio de 2002 se grafica esta modalidad de peculado. Allí se argumenta que:

Al haberse verificado que el procesado, en su calidad de secretario judicial, tuvo en custodia una tarjeta de ahorros, la cual fue encargada a su persona por la juez de la causa, a efectos [de] que por mandato judicial se hicieran efectivas las pensiones alimenticias a favor del agraviado, sin embargo, de manera indebida sustrajo de dicha cuenta de ahorros sumas de dinero, configurándose así el delito de peculado doloso. (Exp. N.º 2007-2001-Santa, Salazar, 2004, p. 289)

En este supuesto, se subsume a cabalidad y coherencia el hecho real de peculado atribuido a Vladimiro Montesinos. En efecto, por Resolución Suprema N.º 279-96-PCM de agosto de 1996, Montesinos fue designado en el cargo de confianza de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, por lo cual se hallaba dentro de la esfera de la administración pública<sup>40</sup>. Por declaración del mismo procesado, se sabe que por orden del expresidente de la

---

40 Extracto de la Ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, R.N.N.º 1813-2003-Lima. En Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N.º 7, Grijley, Lima, 2006, p. 490.

República, Alberto Fujimori, participó en la administración y custodia de los fondos correspondientes a las partidas de reserva uno y dos desagregadas de la partida del Régimen de Ejecución Especial, destinada en el presupuesto para gastos de inteligencia y contrainteligencia, versión ratificada por los testigos Salazar Monroe, Rozas Bonuccelli y Villalobos Candela<sup>41</sup>, quienes han señalado que una vez que se cobraba el cheque correspondiente al Régimen de Ejecución Especial, el dinero se entregaba a Montesinos, “todo lo cual evidencia que tuvo una administración de hecho de los fondos del Estado por orden expresa de autoridad competente.” (ES del 14-11- 2003, R. N. N.º 1813-2003-Lima). De modo que:

El procesado Montesinos, al disponer de los fondos que administraba de hecho y fueron entregados para favorecer a terceros, permite colegir que existía una relación funcional entre el citado procesado con los recursos públicos, lo cual implicaba un deber de custodia y correcta administración por ser un patrimonio que pertenecía al Estado; por lo que, al financiar la campaña política de su coprocesado Bedoya de Vivanco, incurrió en el delito de peculado en calidad de autor. (R. N. N.º 1813-2003-Lima)

En esta misma línea de interpretación, el Tribunal Constitucional en sentencia del proceso de Habeas Corpus del 23 de noviembre de 2004, señaló que:

Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal. (Exp. N.º 2758-2004-HC/TC-Lima)<sup>42</sup>

---

41 Los tres fueron funcionarios del ahora desactivado Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), al tiempo que Montesinos ejercía de facto la función de administrador de los fondos públicos destinados al SIN.

42 En este proceso, Luis Bedoya de Vivanco interpuso hábeas corpus alegando que “se ha violado el principio de legalidad penal, por haber sido condenado por el delito de peculado a título de cómplice, sin que, a su juicio, se cumplan los presupuestos previstos para que se configure

En contra de esta interpretación, Amoretti (2007), analizando el Acuerdo Plenario N.º 4-2005 de modo particular, sostiene que el funcionario o servidor de facto o de hecho no puede ser autor del delito de peculado, debido a que “no incurre en una infracción de deber cuando se apropia de los bienes que percibió, al no ser desleal o infiel con el Estado, porque no tiene la competencia en el cargo, ni la obligación de vigilar o custodiar o administrar lo que recibe” (p. 233). Planteamiento que no podemos compartir toda vez que el funcionario o servidor público que asume de facto o de hecho las funciones de administrar los bienes o caudales del Estado con anuencia de otros funcionarios o, en su caso, por orden de otro funcionario competente como en el caso de Montesinos del presidente de la República<sup>43</sup>, al tener bajo su administración efectos o caudales que sabe bien pertenecen al Estado, asume en forma automática la obligación o, mejor, el deber de manejar, administrar, proteger y custodiar los bienes públicos en forma debida dándole la aplicación al destino que tienen fijados dentro de la administración pública. Por el contrario, si este funcionario o servidor público se apropia o usa en su beneficio personal o de tercero los efectos o caudales que administra de hecho, en forma evidente infringe su deber de no lesionar el patrimonio estatal.

El planteamiento de Amoretti Pachas tiene sentido solo en el supuesto que un extraño o particular a la administración, asuma de facto o de hecho funciones de administrar fondos públicos. Aquel, de manera alguna tiene el deber de fidelidad y lealtad para con el Estado. Supuesto que no puede invocarse para el caso de Montesinos Torres, quien como llegó a acreditarse en el proceso que concluyó con sentencia condenatoria, al tiempo de la comisión del delito de peculado, era funcionario público y administraba en forma pacífica, pública y continuada los fondos del SIN.

---

43      dicho delito”. El TC por mayoría declaró infundado el recurso, indicando además que, conforme a lo señalado en la sentencia cuestionada, en el caso sí se configura el delito de peculado. AMORETTI (2007) considera que “Montesinos no debió ser condenado por el delito de peculado, debido a que los funcionarios de facto o de hecho no pueden ser sujetos activos de tal delito” (pp. 235, ss). Este planteamiento tiene su explicación en el hecho que el autor citado participó en el proceso defendiendo a Bedoya de Vivanco y como es natural, en todo momento argumentó que su patrocinado no podía ser cómplice del delito de peculado, debido a que Montesinos al ser un funcionario de facto no podía ser autor de peculado.

Para afianzar la doctrina legal vinculante ante citada, también la relación funcional de hecho ha sido asumida por la Corte Suprema invocando el principio de primacía de la realidad. Es decir, en un caso en concreto, así el agente público que ha dispuesto del erario público, no tenga formalmente el título de administrar, custodiar o percibir el fondo público, si se llega a acreditar que en realidad cumplía cualquiera de esas funciones al interior de la institución pública en forma pacífica, exclusiva y continuada puede responder como autor del delito de peculado. En efecto, en la sentencia casatoria del 11 de junio de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema ha precisado que:

Si bien formalmente, según la Ley General del Sistema Nacional de Tesorería, dichas funciones le correspondían a otros funcionarios o servidores públicos, en el caso concreto de esta entidad edil expresado en su Reglamento de Organización y Funciones (debidamente analizado en primera instancia), analizado por los órganos jurisdiccionales, el encausado Miguel Gonzales también ostentaba dicha vinculación funcional con los caudales estatales y, por tanto, tenía la capacidad legal y material de apropiarse del dinero de la entidad para la que laboraba.

En el ámbito laboral, existe una serie de principios que informan la interpretación de normas a fin de considerar que existe determinado vínculo con un empleador. En el caso, conforme al principio de primacía de la realidad -reconocido constitucionalmente- que establece que "en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos" (STC: 1944-2002-AA/TC y 833-2004-AA/TC, entre otras).

Pese al cuestionamiento de la defensa de que "legalmente" el procesado no ostentaba el cargo y, por ende, no realizaba las funciones que lo habilitaran a cometer las conductas imputadas, se debe tener presente que el juzgado y la Sala analizaron no solo este aspecto formal, sino lo que se desprendía de la realidad, lo cual se encuentra arreglado a derecho. (Casación N.º 163-2018-Lambayeque)



Consideramos que la figura del funcionario del hecho se sustenta sobre la base del principio de supremacía de la realidad<sup>44</sup>, aplicable a los casos judiciales en concreto en los cuales se evidencia la discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos. Ante tal discordancia el juez siempre debe preferir lo que ocurre en el terreno de los hechos; es decir, si el juez verifica que efectivamente, el sujeto público venía cumpliendo la función en forma normal y pública, por ejemplo, de administrador de la institución pública debe asumirlo como tal, debiendo ser indiferente si no existe el documento o título que lo habilite realizar tal función.

Con base a tales argumentos declararon infundado el recurso de casación. En otros términos, se confirmó la sentencia que condenó a Miguel Gonzales como autor del delito de peculado simple y agravado en agravio de la Municipalidad de Pátapo, y le impuso 16 años de pena privativa de libertad.

Cuestión diferente y en el cual no es aplicable la figura de la relación funcional de hecho, lo constituye, por ejemplo, el caso en el cual el acusado que en un periodo trabajó como auxiliar de recaudación del Poder Judicial y, luego, pasó a laborar como auxiliar de requisitorias. Es en esta última área que se apropia de fondos públicos correspondiente a conceptos de alquileres que los arrendatarios le seguían entregando en la creencia que seguía trabajando en el área de recaudación. En el caso no se verifica que el sujeto público haya ejercido la función de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica o continuada. Por tal consideración, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación y reformando la sentencia condenatoria de vista, absolvió al acusado. (Sentencia casatoria, 11-12-2019, Casación N.º 442-2017-lca)

---

<sup>44</sup> Principio que se reitera en la STC del 21 de noviembre de 2017; Exp. 5272-2015-PA/TC-Huaura: “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.

g) Caudales o efectos

El patrimonio público que no es otra cosa que el objeto del delito de peculado, está representado por los caudales o efectos públicos. En nuestro sistema jurídico penal, está aceptado que el patrimonio del Estado constituye el objeto del delito de peculado. Así aparece establecido como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005 CJ/116 del 30 de setiembre de 2005. En efecto, en el considerando sexto se precisa que “los caudales y efectos públicos constituyen el objeto material del hecho ilícito” de peculado. Lo mismo se reitera en la sentencia casatoria del 11 de julio de 2019. En efecto, en el considerando primero y párrafo 1.3 de la citada sentencia se argumenta en forma razonable, atinada y sin dudas que “el objeto material del delito de peculado lo constituyen los bienes sobre los que recae el uso o apropiación” (Casación N.º 282-2018-Lambayeque).

Se entiende por *caudales* en una acepción amplia a todos los bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura. En forma más una estricta, “lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero” (Rojas, 2002, p. 341).

A efectos de la hermenéutica jurídica del tipo penal 387 del Código Penal, sirve el concepto restringido de caudal, lo demás constituyen efectos. En tal sentido, se entiende por caudal a toda clase de bienes, en general con la única exigencia que estén dotados de valor económico<sup>45</sup>, es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido claro está, el dinero.

---

45 Por su parte, la Convención Interamericana contra la Corrupción no se refiere a caudales o efectos, simplemente se refiere a “bienes”, los que son definidos como “los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”. Véase, artículo 1.

En la doctrina, hay discusión para admitir a los bienes inmuebles como objetos del delito de peculado. En Argentina y España, por ejemplo, algunos afirman que no es posible que un inmueble sea objeto de peculado, pues no es posible que sea sustraído de la esfera de la administración pública. Sin embargo, para nuestra legislación, al ser los verbos centrales del tipo penal el utilizar o apropiarse, es perfectamente posible que tal acción recaiga sobre bienes inmuebles. En el mismo sentido, Rojas (2002, p. 341) y Abanto, (2003, p. 348). Por ejemplo: hay peculado cuando el encargado de administrar los inmuebles del Estado, sin autorización alguna utiliza uno de ellos como su vivienda.

En otro extremo, es lugar común para la doctrina nacional entender que “efectos es todo tipo de documentos de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitidos por la administración pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.” (Rojas, 2002, p. 341; Abanto, 2003, p. 348; Amoretti, 2007, p. 225).

Los libros o documentos contables de las empresas estatales no son caudales ni efectos, debido a que no son factibles de ser introducidos en el tráfico comercial. Esta es la línea de interpretación de la jurisprudencia. En la ejecutoria suprema del 10 de septiembre de 1997 se argumenta que “los documentos y libros contables no pueden considerarse en manera alguna como caudales y menos como efectos, pues los mismos no son susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico, ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y la Sunat.” (Exp. N.º 4174-96-Junín, Rojas, 1999, p. 668)

Los caudales y efectos deben pertenecer o estar bajo la administración pública destinados a los fines propios del Estado. En consecuencia, los bienes pertenecientes a un organismo internacional, por ejemplo, no constituyen bienes del Estado; por lo tanto, no comete peculado, sino otro delito común el funcionario que se apropia en razón de estar administrándolos.

En suma, se ha establecido como precedente vinculante que “los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero; y los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial

público, lo cual incluye los títulos valores negociables.” (Exp. N.º 4174-96-Junín, Rojas Vargas, 1999, p. 668)

h) Percibir, administrar y custodiar

Ya señalamos que para configurarse el delito de peculado es necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas en razón del cargo que desempeña. Pero veamos qué significan cada una de estas únicas formas o modos generadores de la posesión de los bienes públicos por parte del agente establecidos en el tipo penal, los que pueden concurrir juntos o separadamente:

Percibir significa la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita (del tesoro, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio del Estado. “Perciben los caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de su cargo, como los que recaudan, del ámbito externo a la administración pública, contribuciones, rentas o impuestos que ingresan a los fondos estatales” (Rojas, 2002, p. 334).

La ejecutoria suprema del 6 de enero de 2003 presenta un caso real en el cual un recaudador perfecciona el delito de peculado. En efecto, allí se considera que:

De las pruebas actuadas, se tiene que el citado encausado desde su ingreso a la administración de Emapa se ha desempeñado como recaudador de los recibos de consumo de agua potable, realizando labores propias de un servidor público, percibiendo para ello un sueldo en dicha condición, [...]; se acredita además la consumación del delito de peculado doloso cuando el recaudador estando en la obligación de controlar que el dinero cobrado ingrese a los fondos de la empresa, y no solo de entregárselos al administrador sin recabar documento alguno que acredite la entrega, permitió que el administrador de la empresa se apropie del dinero recaudado. (Exp. N.º 524-2002-Tumbes)

En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 5 de noviembre de 2002 argumenta que:

Existen suficientes medios probatorios que acreditan la comisión del delito de peculado por parte del acusado, quien en su condición de jefe de almacén de la oficina ejecutiva de logística del Consejo Regional recepcionó dos refractómetros y al ser destituido de su cargo no hizo entrega de dichos artefactos, apropiándose los, para después de tres años, de ser requerido en proceso, devolverlos. (Exp. N.º 26-2001-Cusco)

Administrar significa “la facultad de disponer de los bienes públicos para destinarlos a objetivos previamente determinados en forma legal” (Abanto, 2003, p. 353). No implica que el sujeto debe detentar siempre la posesión directa de los bienes que administra, pero sí resulta necesario que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, por lo que puede disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.

La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público “tiene implícita vinculación funcional. Comprende tanto relaciones directas con el bien público como relaciones mediatas por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario o servidor público disponer de ellos con razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego por ejemplo” (Rojas, 2002, p. 334).

El otro título que genera la posesión del bien público es el acto jurídico denominado por el legislador en el tipo penal: custodiar, el que se traduce en “actos de protección, conservación y vigilancia de los caudales o efectos públicos por parte del funcionario o servidor público” (Rojas, 2002, p. 335; Abanto, 2003, p. 353).

Debe haber custodia funcional entre el agente y el bien público, por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural.

Abanto (2003), siguiendo al argentino Carlos Creus y al español Muñoz Conde, grafica este último aspecto con los siguientes ejemplos: “no es sujeto activo el policía que vigila el local donde están los bienes públicos y procede a sustraerlos; tampoco constituye autor de peculado doloso el empleado que embala los bienes por orden del administrador y en tales circunstancias procede a apropiárselos” (p. 354).

Estos tres aspectos han sido resumidos como doctrina jurisprudencial en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005<sup>46</sup>, en los siguientes términos:

La percepción no es más que la acción de captar o recibir caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. La administración implica las funciones activas de manejo y conducción; y la custodia importa la típica posesión que incluye la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

#### i) Los viáticos y peculado

Los viáticos comprenden la cobertura de los gastos de alimentación (desayuno, almuerzo y cena), hospedaje y movilidad cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera del lugar donde normalmente trabaja (exterior o interior del país), por comisión de servicio con carácter eventual o transitorio<sup>47</sup>. La condición es que al final del servicio encomendado, el comisionado debe rendir cuentas adjuntado los documentos que acrediten el gasto efectuado. Esto es, el funcionario o servidor, luego de concluido el encargo, adjuntando los documentos (facturas, boletas, declaraciones juradas, etc.) que acrediten el gasto, debe rendir cuentas ante la institución que le entregó los viáticos. Sin duda, en el caso de que no haya gastado todo el dinero recibido, deberá devolver el viático sobrante.

46 Del 30 de septiembre de 2005. Invocado en las ejecutorias supremas siguientes: R. N. N.º 260-2009-Loreto, 3 de marzo de 2010; R. N. N.º 4481-2008-Junín, 11 de marzo de 2010 y R. R. N.º 1886-2009-Lima, 15 de setiembre de 2010.

47 Véase al respecto las siguientes normas vigentes en el país: la Ley N.º 28411 (Ley del Sistema Nacional de Presupuesto Público), Ley N.º 27619 que regula los viáticos en comisión de servicios al extranjero, Decreto Supremo N.º 007-2013-EF que regula el otorgamiento de viáticos para viajes en comisión de servicios en el territorio nacional y la Directiva de Tesorería N.º 001-2007-EF/77.15, aprobada por Resolución Directoral N.º 002-2007-EF-77.15.

La naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los agentes públicos como viáticos, constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera del lugar de trabajo, lo que significa que el dinero entregado se traslada del ámbito de la Administración Pública al ámbito privado y personal a efectos de ser utilizado para los fines públicos determinados. (Barrios, 2010, p. 176)

De modo que, al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. La condición para efectos de no tener cuestionamiento alguno es que al final del servicio el sujeto público debe rendir cuentas, presentando la correspondiente documentación que acredita el gasto efectuado. Si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite, ya sea en forma negligente o intencional, rendir las cuentas da lugar, sin alguna duda, a la responsabilidad administrativa y civil.

Ahora bien, ¿es posible atribuirle la comisión del delito de peculado por apropiación a aquel funcionario o servidor público que luego del requerimiento no cumple con rendir cuentas sobre los viáticos recibidos? En la práctica pueden presentarse hasta cinco supuestos fácticos que responden a la interrogante de modo diferente:

1. Cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente trabaja. Luego realizando lo encomendado no rinde cuentas o lo hace con documentos falsos.
2. Cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar

donde trabaja. Luego, sin realizar el servicio encomendado, rinde supuestas cuentas con documentos adulterados o falsos.

3. Cuando el agente público, teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino él mismo coge (por ser administrador de los fondos, por ejemplo) una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja. Luego de realizado el servicio no rinde cuentas.
4. Cuando el agente público, teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino de mutuo propio, coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar de trabajo. Luego sin realizar el servicio, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos.
5. Cuando el sujeto público teniendo o no teniendo relación funcional con los efectos o caudales del Estado, sin recibir viáticos (por el motivo que sea) simula o realiza una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente presta servicios laborales. Luego con la finalidad que la entidad pública le reembolse, rinde cuentas adjuntando documentos adulterados o falsos. (Salinas, 2019, p. 430)

Ante estos supuestos fácticos, consideramos que en algunos supuestos se presenta el delito de peculado en concurso con el delito contra la fe pública, en tanto que, en otros, por atipicidad no aparece el delito de peculado.

En efecto, el **primer supuesto** no configura el delito de peculado. Como ya hemos expresado, para que se perfeccione el peculado es necesario que el agente, previamente y de mutuo propio con ánimo de lucro, separe el efecto o caudal de la esfera pública de custodia y protección para pasarlo a su esfera privada de protección en forma definitiva (modalidad de apropiación) o pasarlo a su esfera privada de protección y darle una aplicación privada temporal (modalidad de utilización). Así se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte cuando precisa que “este tipo penal supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de tercero” (Ejecutorias



supremas del 23 de setiembre de 2008, R. N. N.º 889-2007-Lima, y del 26 de marzo de 2015, R. N. N.º 997-2014-Tacna).

Situación que de modo general no ocurre cuando se trata del supuesto en que el sujeto público recibe los viáticos. Estos son entregados por la administración al funcionario o servidor público para que los administre<sup>48</sup> en su propio beneficio personal a condición que realice la comisión de servicio que generó el viático. Este los tiene en su poder (en su esfera privada de custodia incluso) con la disposición de gastarlos como si fuera dueño de los mismos a condición de hacerlo en la ejecución de la comisión y rendir luego cuentas sobre lo gastado. El monto que corresponde a los viáticos, el sujeto público de mutuo propio no los separa de la administración y los pasa a su esfera de dominio privado, sino que la propia administración los entrega en forma consciente y voluntaria, incluso muchas veces en contra de la voluntad del sujeto público (piénsese en los supuestos en que el funcionario o servidor público, por la razón que fuere, no quiere realizar el servicio y solo lo hace para evitar problemas laborales en su centro de trabajo). En consecuencia, al no verificarse la separación intencional y con ánimo de lucro del dinero de la esfera pública para pasarlo luego a la esfera de administración privada del agente, como regla general no es posible que se perfeccione el delito de peculado.

La jurisprudencia se viene orientando en este sentido. En efecto, en las ejecutorias supremas del 3 y 11 de marzo de 2010 y 15 de setiembre de 2010 respectivamente, en las cuales se revocó las sentencias de vista y, se procedió a absolver a los acusados del delito de peculado, se argumenta que:

Los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado,

---

48 Es discutible sostener que la facultad de la libre disposición de los caudales percibidos como viáticos es incompatible con el concepto de administrar dinero para fines estatales. Cfr. Acuerdo Plenario N.º 07-2019/CIJ-116 (considerando 38). La administración privada del viático es parecida a la administración del fondo público, pues ambas tienen fines estatales. Es obvio que el viático que se entrega al sujeto público es para disponerlo en su beneficio personal al tiempo que éste realiza la comisión de servicio público encomendada y todo en favor de la institución pública de que se trate.

que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del viático que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o las haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos que en todo caso deben dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto; aún más, de persistir las deficiencias u omisiones, debe agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, obviamente de carácter administrativo y extrapenal<sup>49</sup>.

Por otro lado, la institución pública de que se trate, al entregar al sujeto público los viáticos para sus gastos personales, le da una especie de orden o disposición para que los administre o custodie en su propio y directo beneficio personal al realizar la comisión encomendada. Aquí debe precisarse que la administración entrega el viático al sujeto público con la finalidad que lo administre y disponga en su beneficio personal a condición de que lo gaste al tiempo que realiza la comisión de servicio. Este último aspecto es trascendente, pues la realización de una comisión de servicio fuera del lugar del trabajo genera el viático. Si no hay comisión de servicio que realizar simplemente no hay dinero para entregar al sujeto público. Caso contrario, si el agente ha recibido el viático sin que existe comisión de servicio que efectuar fuera del lugar del trabajo, o pese a que existe esa necesidad, el agente público no se desplaza a realizarlo y, en ambos casos, se resiste a devolver lo recibido por concepto de viático, su conducta configurará el delito de peculado, pues el agente en esos casos excepcionales habría infringido el deber de no lesionar el patrimonio del Estado.

En conclusión, si luego de la indagación correspondiente se verifica que el agente público que recibió el viático, realizó la condición, esto es, efectuó la comisión del servicio encomendada, y por su parte, no rinde cuentas sobre los viáticos recibidos ni los devuelve total o parcialmente, esta conducta no será

---

49 R. N. N.º 260-2009-Loreto; R. N. N.º 4481-2008-Junín y R. N. N.º 1886-2009-Lima, todas de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. También, la ES del 26 de marzo 2015, R. N. N.º 997-2014-Tacna.

típica de peculado. La omisión de no rendir cuentas de modo alguno es elemento objetivo del delito de peculado.

Sin embargo, si pretende rendir cuentas con documentos falsos o adulterados será autor solo del delito contra la fe pública.

En el **segundo supuesto**, esto es cuando el agente público sin tener relación funcional con los efectos o caudales públicos recibe una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera del lugar donde trabaja, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos sin que haya realizado el servicio encomendado, se perfecciona el delito de peculado, pues como ya hemos expresado, los viáticos son entregados al sujeto público para que los administre y disponga en alimentación, alojamiento y movilidad con la simple condición de que lo realice al estar ejecutando la comisión de servicios encomendada. Para ello, el agente tiene que trasladarse a la localidad o lugar diferente al que labora (dentro o fuera del país) con la finalidad de efectuar la comisión. Si ello no ocurre, ni devuelve a la administración lo recibido y, por el contrario, el agente intencionalmente y con ánimo de lucro se lo apropia, estaremos ante la comisión del delito de peculado. Si bien es cierto el agente público ha recibido el viático para que los administre o custodie en su directo beneficio personal, también es cierto que esa administración o custodia del dinero y su gasto tiene que hacerse en el lapso en que se está cumpliendo la comisión ordenada. Si no se realiza la comisión de servicio, cualquier gasto significa apropiación de los dineros públicos y, por lo tanto, el peculado se verifica<sup>50</sup>.

---

50 Por la ejecutoria suprema del 23 de setiembre de 2008 (R. N. N.º 889-2007-Lima), se resolvió declarar no haber nulidad en la sentencia de vista que condenó a Fernando... como autor del delito contra la administración pública –peculado y contra la fe pública– falsificación de documentos y falsedad genérica - en agravio del Estado, toda vez que se había determinado que el sentenciado en su condición de jefe de Auditoría de INDECI físicamente no realizó comisiones a las ciudades de Pucallpa, Tacna, Huánuco, Cerro de Pasco, Arequipa, Puno y Ancash; no obstante, presentó diversas rendiciones de cuentas de viáticos sustentadas con documentos falsos. Igual supuesto es objeto de la ejecutoria suprema, 21 de enero de 2010, R.N. N.º 2665-2008-Piura, en la cual declarando no haber nulidad de la sentencia, se argumenta que “el acusado García Gallo en el cargo de Ejecutor Coactivo de la Municipalidad agraviada solicitó autorización de viaje a la ciudad de Lima con la finalidad de efectuar gestiones propias del cargo que ostentaba, así como requirió el pago de mil quinientos soles por concepto de viáticos por un plazo de diez días; que posteriormente no presentó la rendición de cuentas respectiva ni efectuó el informe sobre la gestión encomendada, motivo por el cual fue destituido del cargo y procesado por peculado”. Aquí, el acusado no realizó la comisión de servicio para cuyo efecto solicitó y se le entregó un monto de dinero por concepto de viáticos.

Si unido a ello aparece que con la finalidad de sorprender a la administración el agente público rinde cuentas con documentos falsificados, será autor también del delito contra la fe pública. Es factible el concurso real de delitos: peculado con fe pública.

En el **tercer supuesto**, esto es, cuando el agente público teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos no recibe, sino él mismo coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera de la localidad o lugar donde trabaja y luego de realizado el servicio no rinde cuentas, tampoco se verifica el delito de peculado, toda vez que el agente coge determinado monto de dinero por concepto de viáticos con la finalidad de realizar una comisión de servicios, la misma que realiza, es decir, dispone o gasta de los viáticos en su directo beneficio personal al tiempo que realiza la comisión en beneficio directo, se entiende, de la administración pública. La simple omisión de rendir cuentas de modo alguno genera el delito de peculado, pues tal dato no es alguno de sus elementos objetivos. Es más, la administración tiene abierta la posibilidad, si así lo considera pertinente, de recuperar el monto del viático no justificado descontándolo de sus remuneraciones al funcionario o servidor.

Respecto al **cuarto supuesto**, esto es, cuando el agente público teniendo relación funcional con los efectos o caudales públicos de mutuo propio coge una cantidad de dinero por viáticos para realizar una comisión de servicios fuera de la localidad o del lugar de trabajo y sin que la realice, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos, el delito de peculado también se verifica en concurso real con el delito contra la fe pública. En efecto, aquí el sujeto público que tiene relación funcional con los dineros del Estado de mutuo propio coge y dispone del dinero por concepto de viáticos, alegando realizar una comisión de servicios fuera de la localidad donde trabaja; sin embargo, luego se verifica que nunca realizó comisión alguna y más bien el dinero en lugar de devolverlo a las arcas públicas, lo dispuso en su directo beneficio personal. Tal conducta configura los elementos objetivos y subjetivos del delito de peculado. El sujeto

---

público al estar en administración de un fondo público para disponerlo en su beneficio personal al tiempo que realiza la comisión de servicio, lo dispone o se lo apropia sin realizar el servicio público encomendado, sin duda comete delito de peculado.

Si luego aparece que, con la finalidad de sorprender a la administración, el agente público rinde cuentas con documentos falsificados, será autor también del delito contra la fe pública.

En lo que corresponde al **quinto supuesto**, esto es, cuando el sujeto público teniendo o no teniendo relación funcional con los efectos o caudales del Estado, sin recibir viáticos simula o realiza una comisión de servicios fuera del lugar donde normalmente presta servicios laborales y acto seguido, con la finalidad que la entidad le reembolse, rinde cuentas con documentos adulterados o falsos, configura sin duda alguna el delito de peculado. Ello es así debido a que el sujeto público, sabiendo bien que no ha realizado servicio de comisión alguna, o sabiendo que no tiene cómo rendir cuentas ante la institución al no haber realizado comisión alguna, dolosamente se agencia de documentos falsos para hacer que la administración le reembolse. Desde el inicio, el agente tiene la intención y *animus* de lucro de sorprender a la administración para que le entregue dinero por concepto de viáticos supuestos para finalmente apropiárselos. Aparece el peculado, pues el agente intencionalmente y sabiendo perfectamente que no puede sustentar el gasto de los viáticos al no haber efectuado alguna comisión de servicios, dolosamente separa el dinero de la administración y lo pasa a su esfera privada personal, con lo que perjudica de ese modo al agraviado que no es otro que el Estado.

Verificada la presentación de documentos falsos, el peculado concurrirá con el delito contra la fe pública.

De todo lo expuesto, queda claro que no toda omisión de rendición de cuentas configura atipicidad del delito de peculado. Es necesario para ello identificar principalmente que el sujeto público haya cumplido con la comisión encomendada; verificado ello, la omisión o defecto en la sustentación del gasto

deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción administrativa (Barrios, 2010, p. 177; Cáceres, 2012, p. 57).

Esta posición interpretativa ha sido recogida en el Acuerdo Plenario N.º 07-2019/CIJ-116, del 10 de setiembre de 2019, al señalar en el considerando 49 que:

Antes de imputar la comisión del delito de peculado será necesario identificar si el funcionario cumplió o no con la comisión; si la cumplió, la omisión o defecto en la sustentación del gasto deberá quedar dentro de los estrictos ámbitos del control y sanción de orden administrativo. Ir más allá constituiría un supuesto de criminalización extensiva de una materia que tiene eficaz tratamiento extra penal. Peor aun cuando sin la indagación previa y debida se pudiera imputar una apropiación total o parcial del monto que recibió el comisionado como viáticos.

Es más, en el considerando 47 se precisa que:

Se podrá considerar el dinero entregado y recibido en auténtica calidad de viáticos cuando: "i) La comisión (dentro o fuera del territorio nacional) sea cierta y no una falsa formalidad para encubrir una apropiación. ii) Se cumpla con la comisión encargada (independientemente del resultado obtenido). iii) El monto de dinero entregado se ajuste al marco o nivel tope de la cantidad permitida por ley (no se haya inflado o sobredimensionado la suma).

Aun cuando en el acuerdo plenario citado no se dice nada, se entiende *contrario sensu* que si luego de la indagación previa se verifica que el sujeto público no realizó la comisión de servicio encomendada (porque simplemente se había simulado la comisión de servicio o habiendo realmente comisión, no se desplazó para realizarlo) y tampoco devuelve voluntariamente lo entregado por concepto de viáticos, su conducta se subsume en el delito de peculado<sup>51</sup>.

---

51 No puede aceptarse pacíficamente lo previsto en el considerando 42 del Acuerdo Plenario citado, al indicar que "cuando la diligencia o comisión por la que fue otorgado el viático no se realizó

## j) Bien jurídico protegido

Es común, en la doctrina, considerar que el bien jurídico protegido general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública.

En cuanto al bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado, existe vivo y nada pacífico debate doctrinario. Se identifican tres posiciones bien definidas: la primera que considera que “se tutela el patrimonio estatal” Castillo (2027, p. 117; Amoretti, 2007, p. 221)<sup>52</sup>, la segunda sostiene que se protege el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público, y la última, que sostiene que “el delito de peculado es pluriofensivo” (Rojas, 2002, p. 327), toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad a la que están obligados los funcionarios y servidores.

El patrimonio del Estado no es el bien jurídico del delito de peculado, pues este no es un delito patrimonial como por ejemplo el robo o el fraude en la administración de personas jurídicas, sino es un delito de infracción de deber. En esta clase de delitos, el patrimonio representado en efectos y caudales públicos es simplemente el objeto del delito<sup>53</sup>. En el mismo sentido, el profesor español Roca (2013a), interpretando el artículo 432 del CP español que regula el peculado con el *nomen iuris* de malversación sostiene que, “el objeto material del delito de malversación está constituido por los caudales o efectos públicos” (p. 500)

---

porque el comisionado no se desplazó y no devolvió el dinero, es decir, lo incorporó a su patrimonio probablemente constituye un delito de falsedad”.

52 Cuestión diferente ocurre en Alemania, por ejemplo, allí tiene plena acogida esta posición hasta el punto que el delito de peculado no aparece regulado en los delitos contra la administración pública sino en el rubro de los delitos contra el patrimonio.

53 Véase: la sentencia casatoria, 11 de julio de 2019, Casación N.º 282-2018-Lmabayaque. En efecto, en el considerando primero y párrafo 1.3 se prescribe, en forma razonable y atinada con la doctrina legal vinculante establecida en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005, que “el objeto material del delito de peculado lo constituyen los bienes sobre los que recae el uso o apropiación”.

Abanto (2003) sostiene que:

Con el contenido del artículo 387 del Código Penal se pretende proteger el patrimonio del Estado, buscando su correcta gestión y utilización por parte de la administración pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad por tres motivos: primero, el patrimonio del Estado se protege contra su lesión, así como contra el peligro de que la lesión pueda ocurrir (malversación), del mismo modo se exige un deber de cuidado especial en el agente público. Segundo, el legislador peruano ha previsto como agravantes del peculado la importancia de la finalidad de los bienes objeto del delito: fines asistenciales o programas de apoyo social. Es decir, cuando el patrimonio del Estado está destinado a fines de asistencia y a programas de apoyo social, el peculado es agravado. Y tercero, en el artículo 80 del Código Penal se afirma que en los delitos que lesionan el patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplica. (p. 334)

La posición asumida por Abanto Vásquez no es de recibo para la interpretación del tipo penal 387 del Código Penal. La redacción y ubicación del tipo penal en el catálogo de delitos de nuestra patria descarta la simple posibilidad de argumentar que el interés jurídico específico del delito de peculado lo constituya el patrimonio del Estado. Caso contrario, también tendríamos que argumentar que, en los delitos de concusión o colusión, por ejemplo, también se pretende proteger el patrimonio del Estado. La regla del artículo 80 del Código Penal es de aplicación a todos los delitos incluido el peculado en los cuales se haya afectado o lesionado el patrimonio del Estado como objeto del delito, sin importar qué bien jurídico principal se lesionó con el hecho punible.

Respecto a la postura que sostiene que el bien jurídico de peculado sería el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público, no nos dice nada del bien jurídico específico, pues a lo más hace referencia al bien jurídico general que se constituye en el normal y recto funcionamiento de la administración, y ello tiene que ver con el hecho concreto de que el sujeto público desarrolle en forma regular sus funciones públicas dentro de la administración.



En lo que se refiere a la última postura, que sostiene que el delito de peculado es pluriofensivo, toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración, y evitar el abuso de poder del que se halla facultado el sujeto público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, es la postura más razonable. Incluso esta posición se ha traducido en doctrina legal vinculante en nuestro sistema jurídico penal. En efecto, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005 del 30 de septiembre de 2005, se prescribe que el peculado es:

Un delito pluriofensivo, en el cual el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad o probidad<sup>54</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que el delito de peculado es un delito de infracción de deber pluriofensivo<sup>55</sup>, toda vez que aparte de proteger el normal y recto funcionamiento de la administración pública en general, se pretende proteger en forma específica el deber de organización y funcionamiento del Estado de no lesionar su patrimonio. Deber impuesto por el cargo que desempeña el agente dentro de la administración pública. “De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente se apropie o use el patrimonio (objeto del delito) del Estado infringiendo su deber de no lesividad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados o confiados con razón de su cargo dentro del Estado” (Salinas, 2019, 438). Ello es así hasta el punto que si el patrimonio estatal se lesiona sin que se infrinja el deber de no lesividad por parte del agente público, el delito de peculado no se configura.

---

54 Numeral 6 del Acuerdo Plenario N.º 4-2005, pues pese a la vigencia de la Ley N.º 29758, considero que el Acuerdo Plenario sigue teniendo plena vigencia, pues la estructura del tipo penal no ha variado, solo se ha introducido otra circunstancia agravante. Se ha vuelto insistir en esta posición en el Acuerdo Plenario N.º 7-2019/CIJ-116 - Viático y delito de peculado, 10 de setiembre de 2019. También en la ejecutoria suprema, 29 de enero de 2009, R. N. N.º 1601-2006-Huaura.

55 Pero no en el sentido general que asume Rojas Vargas, sino en un sentido particular que tiene en cuenta que no todos los funcionarios o servidores públicos pueden cometer el delito de peculado, sino solo aquellos que tienen el deber funcional de percibir, administrar o custodiar el patrimonio del Estado.

Aparte del Acuerdo Plenario antes citado, la ejecutoria suprema del 14 de abril de 2000 sustenta nuestra posición, pues allí se argumenta en forma resumida que:

El delito de peculado no se encuentra comprendido dentro de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como delito cometido contra la administración pública por funcionario público, donde el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados. (Exp. N.º 1132-98-Lima, Normas Legales, T. 292, Trujillo, 2000, p. A-40)

En el mismo sentido, en la ejecutoria suprema del 23 de enero de 2003 se considera que:

En el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad. (R. N. N.º 3630-2001-Ucayali. Esta ejecutoria es anterior al Acuerdo Plenario N.º 4-2005 CJ/116)

Parecida postura se asume en la ejecutoria suprema de 24 de febrero de 2014, al sostener - siguiendo el Acuerdo Plenario antes citado - que el bien jurídico del peculado se desdobra en dos objetos específicos de protección jurídica penal: "garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y evitar el abuso del poder del que se halla facultado el sujeto público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad" (R. N. N.º 287-2013-Puno- Sala Penal Permanente).

Haciendo Derecho penal comparado, el profesor Roca (2013), interpretando la fórmula legislativa 432 del Código Penal español enseña que, "el bien jurídico protegido con el delito de peculado regulado en el Código Penal Español es la correcta gestión del patrimonio público destinado a la prestación

de servicios públicos" (p. 413; 2013a, p. 499). En tanto que el profesor Mir (2000), precisa que el bien jurídico específico del delito de peculado "es el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público" (p. 288).

De ahí que resulta desacertada la ejecutoria suprema del 26 de marzo de 2015, cuando sostiene que:

El bien jurídico protegido en el delito de peculado, además del correcto funcionamiento de la administración pública, abarca el patrimonio de esta, además de la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública, por lo tanto, la seguridad con que ésta quiere preservar los bienes públicos, constituye el equivalente al cumplimiento de los deberes del funcionario para con el Estado. (R. N. N.º 997-2014-Tacna)

En igual sentido tenemos la sentencia casatoria del 26 de julio de 2018, que concluye que "el delito de peculado tutela el patrimonio público cuanto, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado" (Casación N.º 1004-2017-Moquegua). Incluso, estos últimos pronunciamientos se apartan abiertamente del contenido del Acuerdo Plenario N.º 4-2005 del 30 de septiembre de 2005<sup>56</sup>, sin expresar alguna consideración del apartamiento. No hay duda de que los jueces podemos apartarnos de la doctrina legal vinculante, pero para ello debemos fundamentarlo, dando razones sobre por qué se asume una posición diferente a la doctrina legal vinculante en el caso concreto. Y las razones deben ser diferentes a las ya discutidas cuando se asumió la postura vinculante.

---

56 Lo anecdótico es que el citado Acuerdo Plenario fue firmado por algunos jueces firmantes de los pronunciamientos jurisprudenciales anotados.

### k) Sujeto pasivo

Solo es el Estado, que viene a constituir el representante o titular de la administración pública en sus diversas manifestaciones: “No puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de este”<sup>57</sup>. No obstante, es necesario dejar establecido que, si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo esta se constituye en agraviado y no el Estado. En efecto, así lo prevé en forma atinada y pedagógica la ejecutoria suprema del 18 de agosto de 2005, al argumentar:

En el delito de peculado objeto de juzgamiento se han considerado agraviados tanto al Estado como al Proyecto Especial Plan de Copesco, entidad integrante del Gobierno Regional del Cusco; que, empero, en este delito el sujeto pasivo es la concreta institución pública cuyo patrimonio se afecte, y en tanto el gobierno regional es un órgano de derecho constitucional y el Plan Copesco es una entidad del citado gobierno regional, solo este es el agraviado y, en consecuencia, el Estado no puede concurrir en su afectación. (R. N. N.º 106-2005-Cusco)

### l) Agravantes del delito de peculado:

#### 1. Por el valor del objeto del delito

La Ley N.º 29758 del 21 de julio de 2011 introdujo al tipo penal en hermenéutica jurídica la agravante que se configura cuando el valor de lo apropiado o utilizado por el agente público sobrepase diez unidades impositivas tributarias (DS N.º 380-2019-EF estableció la UIT para el año 2020 en 4,300

---

57 ES, 15 de marzo de 1994, Exp. N.º 1885-92-B-Ancash (ROJJASI, Ejecutorias supremas penales 1993-1996, p. 238).

soles), esto es, aparece la agravante cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza caudales o efectos cuyo valor supera las 10 UIT. El fundamento de la agravante radica en el mayor perjuicio que puede producirse al agraviado. El principio de lesividad justifica que, a mayor afectación patrimonial a los recursos del Estado, mayor sea la sanción punitiva que se imponga a los agentes públicos que violentando sus deberes funcionales cometen este tipo de conductas ilícitas. De verificarse esta agravante, el agente será sancionado con una pena que oscila entre no menor de ocho ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad ambulatoria.

La agravante, sin duda, está destinada en forma prioritaria a aquellos funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas estatales.

## 2. Por la finalidad del objeto del delito

El artículo 387 del CP prevé también que el peculado será agravado y, por lo tanto, el autor será merecedor de mayor pena cuando se apropie o utilice bienes públicos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o ayuda social. Aquí, el mayor injusto penal está en el mayor daño que la conducta puede causar a los beneficiarios.

Fines asistenciales son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), ya sea mediante la asignación de recursos directos del erario público, así como las asignaciones que hace el Estado con las donaciones de organismos nacionales o internacionales. Ejemplo del primer supuesto son las asignaciones que el Estado ha entregado a las municipalidades del país para que compren víveres y entreguen castas a la población vulnerable en la pandemia generada por el COVID-19. Si el funcionario encargado de la administración de aquel fondo de fines asistenciales se los apropia aparece el delito de peculado agravado.

En cambio, la expresión *programas de apoyo social* hace alusión a

programas de carácter más permanente y con asignación previa presupuestal para hacer frente a carencias sociales y económicas de las zonas donde viven personas vulnerables o se destinan a ciudadanos con determinadas características como, por ejemplo, el programa social de pensión 65 cuyos destinatarios son personas mayores de 65 años en situación vulnerable.

De esa forma se verifica la agravante cuando, por ejemplo, el sujeto público se apropia de alimentos destinados a poblaciones de escasos recursos o de bienes que deben ser repartidos a poblaciones que han sufrido catástrofes naturales, o cuando se apropian o utilizan en beneficio personal de bienes destinados a programas sociales específicos como es el caso del programa del vaso de leche o pensión 65, etc. De un caso típico de peculado agravado da cuenta la ejecutoria suprema del 18 de junio de 2001. Allí se considera que:

La conducta del procesado constituye delito de peculado agravado, por cuanto el agente se ha apropiado de los fondos destinados a apoyo social que se había asignado para la construcción de aulas en el centro educativo, encuadrándose dicha conducta en la forma agravada del delito de peculado, por tratarse de caudales destinados a programas de apoyo social.  
(R.N. N.º 2104-2001-Cajamarca)

A efectos de la agravante, los programas con “finas asistenciales” o programas de “apoyo social” tienen que ser específicos. No deben entenderse en sentido general. Así lo deja establecido la Suprema Corte en la ejecutoria del 19 de mayo de 2004. Aquí, se argumenta que:

Es de sostener que por bienes destinados a fines asistenciales cabe reputar a los que emergen de campañas específicas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada – entre otras, en el área de salud– ya sea mediante la asignación de recursos del Estado o de la cooperación internacional. (R. N. N.º 2664-2003-Arequipa, Ávalos y Robles, 2005, p. 296)

En suma:

El delito de peculado doloso agravado requiere: a) que los procesados hayan actuado en su calidad de funcionarios o servidores públicos; b) que la custodia o la administración de lo apropiado o utilizado, se les haya confiado en razón de sus cargos; c) que los caudales o efectos objeto de la acción hubiesen estado destinados a programas de apoyo social; y d) que se produzca apropiación o utilización para sí o para otros de los caudales o efectos públicos. El destino, en el presente caso se ha acreditado al demostrarse que la fuente directa de financiamiento estuvo a cargo del Instituto Nacional de Desarrollo, quien, a través del Programa de Emergencia e Inversión Social, como unidad operativa asignó los recursos económicos para la ejecución de la obra. (Sentencia de la Sala Mixta de Camaná-Arequipa, 9 de junio de 1998. Exp. N.º 219-98, Armaza y Zavala, 1999, p. 84)

#### I.2.2.2 TIPICIDAD SUBJETIVA

El peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de no lesionar el patrimonio del Estado; en consecuencia, tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados por su cargo. No obstante, voluntariamente actúa, es decir, voluntariamente infringe y lesiona el deber de no lesividad impuesto.

Abanto (2003), en forma atinada, enseña que "el dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o de dar uso privado a los bienes" (p. 356). También en el mismo sentido Amoretti (2007, p. 226). Este último aspecto nos orienta a sostener que se trata de un delito de comisión solo por dolo directo, no y no es posible su comisión por dolo eventual como sostiene Rojas (2002, p. 343).

Según la redacción del tipo penal, el agente actúa o desarrolla la conducta

punible con el firme propósito de dejar de lado su deber de no lesividad, apropiándose para sí o para otro, o utilizando en beneficio propio o de otro, los caudales o efectos del Estado. Ocasionando tal proceder un evidente perjuicio al sujeto pasivo del delito que no es otro que el Estado. Tesis reiterada en la ejecutoria suprema del 23 de abril de 2018. Aquí se precisó que:

La razón criminológica del tipo penal de peculado la constituye el aprovechamiento del poder en beneficio privado del sujeto público, situación que en el presente caso no fue acreditada, pues únicamente se hizo referencia a una conducta objetiva, esto es, el incremento objetivo que estuvo directamente reglamentado y no se hizo un análisis del tipo subjetivo o afán doloso de apropiación que determine y delimite el momento de comisión de un supuesto típico de peculado con la comisión de una infracción administrativa. (R. N. N.º 2390-2017-Ancash- Sala Penal Permanente).

De un caso tipificado como peculado doloso da cuenta la ejecutoria suprema del 17 de marzo de 2017 (R. N. N.º 525-2015-Ayacucho). En efecto, allí se narra que el sentenciado, en su calidad de residente de obra y, por tanto, responsable junto al tesorero, del manejo y administración de los recursos destinados a una obra social - puesto de salud Umasi- no rindió ni justificó el importe de 7,129.04 soles faltante. De ahí que se presumió razonablemente que se apropió de tal importe, procediendo la Suprema Corte a declarar no haber nulidad de la sentencia condenatoria.

Este último razonamiento no fue efectuado en la ejecutoria suprema del 17 de enero de 2018. En efecto allí se sostiene que:

Se atribuyó el delito de peculado al acusado, quien, en su condición de alcalde de la Municipalidad distrital de Lomas, el dieciocho de diciembre de dos mil seis giró un cheque por la suma de 3,840 soles a su favor por concepto de aguinaldo de Navidad, efectuando luego el cobro en el Banco de la Nación, contraviniendo disposiciones normativas que prohibían el cobro de dicho dinero por el concepto citado. Materializándose de esa forma



la apropiación de dinero cuya administración le estuvo confiado en razón de su cargo. (R. N. N.º 1509-2017-Arequipa- Sala Penal Permanente)

En efecto, pese a estar debidamente probados los hechos narrados, en la ejecutoria se argumentó que el representante del Ministerio Público no propuso medios de prueba enfocados en acreditar el apoderamiento de dinero en el que habría incurrido el ahora sentenciado, esto es, no determinó el afán o tipo subjetivo con el que obró el agente. Concluyó que “el titular de la acción penal no demostró, cuando menos, que la disposición patrimonial fue exclusivamente a favor del sentenciado, y que ella hubiera sido con ánimo de apropiación” y “que la determinación del tipo subjetivo no ha sido propuesta ni en la acusación ni durante la realización de los debates orales”. Con tales argumentos declaró haber nulidad en la sentencia de vista condenatoria y, reformándola, absolvió al acusado Niño Anicama.

La posición materializada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema obvia que el dolo se infiere o deduce de las pruebas que acreditan los elementos objetivos del delito. Si las pruebas demuestran que el acusado sujeto público obligado, en contra de las disposiciones legales que lo prohíben, se gira un cheque y luego lo cobra en el Banco de la Nación, evidentemente está actuando con dolo directo, pues sabe perfectamente que con su accionar está infringiendo su deber especial de no lesionar el patrimonio del Estado; sin embargo, voluntariamente lo realiza. Y todo con la finalidad de lucro, esto es, incrementar su patrimonio ilícitamente.

No hay otra forma de probar el dolo, pues no es posible poner un espejo en el cerebro del agente para saber perfectamente qué estaba pensando, cuál era su "afán" o "ánimo" al momento de desarrollar la acción delictiva, en este caso, de apropiarse del dinero del Estado.

Pues bien, el delito de peculado es uno de tendencia interna trascendente, pues el agente al actuar lo hace con ánimo de lucro. Le guía la intención o el móvil de incrementar ilícitamente su propio patrimonio o el de otro con el cual tiene nexos sentimentales o de parentesco, con los caudales o efectos que el

Estado le ha confiado con razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública. Respecto de este punto, Rojas (2002) alega sin fundamentar su posición que “el tipo penal no exige el ánimo de lucro o la finalidad de enriquecimiento” (p. 343). En tanto que Abanto (2003) acepta la existencia de un ánimo de lucro implícito (p. 358).

En suma, para configurarse el delito de peculado, “no es suficiente la verificación del dolo en el agente, es necesaria, además la concurrencia del elemento subjetivo adicional al dolo como es el ánimo de lucro. La finalidad de acrecentar su patrimonio o el ajeno infringiendo su deber funcional de no lesionar el patrimonio del Estado” (Salinas, 2019, p. 449). Si este no se verifica en la conducta concreta del agente, el delito de peculado se descarta. Por ejemplo, no se configura el delito de peculado cuando el agente se apodera de parte del dinero que administra para hacer efectivo el pago de su remuneración que la administración le adeuda.

En el mismo sentido argumentó la sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash, del 7 de abril de 1998. Allí se consideró que:

No constituye delito de peculado la conducta del inculpado, quien en su calidad de director de un centro educativo y con conocimiento de la asociación de padres de familia, realizó un préstamo de calaminas donadas al colegio a un grupo de padres de familia para guarecerse de las lluvias, quienes las devolvieron posteriormente, en tanto no existe apropiación ni utilización de los bienes ni un móvil de lucro. (Exp. N.º 576-97, AMAG, Serie de Jurisprudencia 4, 2000, p. 440)

De modo que no es de recibo lo expresado en la ejecutoria suprema del 17 de marzo de 2017 antes citada, cuando precisa: “que el elemento subjetivo del tipo -dolo- que se requiere para que se configure este delito es el de dolo eventual, toda vez que no se necesita algún propósito especial o la presencia de algún esfuerzo subjetivo, como el a sabiendas, el ánimo de lucro o la finalidad

de enriquecimiento” (R. N. N.º 525-2015-Ayacucho).

Es cuestionable la argumentación efectuada en un caso en el cual el acusado actuó con dolo directo y, evidentemente, con ánimo de lucro. En este tipo de casos, está de más efectuar aseveraciones respecto al dolo eventual o de que en el peculado no se necesita algún propósito especial o presencia de algún esfuerzo subjetivo, como el “a sabiendas”, el “ánimo de lucro” o la “finalidad de enriquecimiento”.

### I.2.2.3 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

No se trata de un delito especial como señala la doctrina mayoritaria, sino ante un delito de infracción de deber especialísimo. Aquí, además de exigirse que el agente cuente con la condición de funcionario o servidor público, se requiere que posea una relación funcional ineludible con los efectos o caudales del Estado objeto del delito. Debe verificarse la existencia de una relación funcional entre el sujeto público y el objeto del delito que lo representa el patrimonio público.

Es lugar común en la doctrina (Portocarrero, 1996, p. 188; Rojas, 2002, p. 327; Amoretti, 2007, p. 216; Salinas, 2019, p. 439), considerar que tanto en el peculado doloso como en el culposo solo pueden ser autores el funcionario o servidor público que reúne en su persona la relación funcional exigida por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla en la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro. El funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, reglamentos, directivas u órdenes de autoridad competente en razón del cargo que desempeña. No basta que el funcionario disponga de los bienes públicos que coyuntural u ocasionalmente le encomendaron. Con propiedad señala Abanto (2002): “no se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario (entrega facultativa), o derivada de la costumbre o del consenso o de cualquier otra circunstancia; el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley” (p. 336).

La Corte Suprema tiene claro este aspecto. Prueba de ello es la atinada ejecutoria suprema del 18 de julio de 2011 que declaró no haber nulidad de la sentencia condenatoria del expresidente Fujimori por el delito de peculado doloso por apropiación. Allí, ante el argumento de la defensa que a su patrocinado no le correspondía el título de autor del delito de peculado, se consideró que:

El vínculo con los fondos públicos apropiados se desprende claramente de la disponibilidad jurídica que sobre los mismos ejerció el procesado Fujimori como administrador de la Hacienda Pública, evidenciado a través del instrumento legal – Decreto de Urgencia– que se empleó para concretar la desviación de los mismos, cuya dación constituye una prerrogativa exclusiva a su cargo como Presidente de la República, conforme lo establece el artículo 118° de la Constitución Política de la Nación; y aun cuando con el mismo se haya autorizado el pliego del Ministerio de Defensa a utilizar dichos fondos públicos para un fin estatal falso, que de antemano había sido concertado con sus ministros como el medio para conseguir la desviación privada de los caudales públicos que fueron a parar a manos de Montesinos<sup>58</sup>.

Por otro lado, el particular o *extraneus*, el usurpador del cargo ocasional en contraposición a normas internas, así como el funcionario o servidor público que no tenga vínculo funcional con los bienes públicos objeto de apropiación o uso indebido, no serán autores del delito de peculado, sino serán autores de otro delito común o, en su caso, serán partícipes del delito de peculado cometido por un funcionario o servidor público que sí tiene relación funcional con el objeto del delito. No debemos soslayar que, siguiendo la teoría de los delitos de infracción

---

58 R. N. A.V. 23-2001-09- Lima. Los hechos objeto de acusación de aquel público proceso penal en resumen son los siguientes: el acusado y tres ministros de Estado idearon y ejecutaron acciones con el fin de disponer y apropiarse de dinero del Estado por la suma de cincuenta y dos millones quinientos mil soles, a cuenta del monto autorizado en el Decreto de Urgencia N.º 081-2000. El pretexto de ese apoderamiento fue el pago de una supuesta compensación de tiempo de servicios a la nación al exasesor del SIN, Montesinos Torres, quien en esos momentos planeaba su fuga del país. El dinero en cuestión fue recibido por el beneficiario y, luego, entregado a terceros para ser depositado en la banca extranjera. La prensa lo etiquetó como el caso de los quince millones de dólares.

de deber de Roxin, solo pueden ser autores aquellos que infringen el deber funcional especial penal; los demás que participan con él, solo pueden ser partícipes del delito de peculado.

La esfera de custodia es la que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, pero cuya titularidad corresponde al funcionario o servidor público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional. Si el sujeto no es el titular de dicha esfera, solo puede haber hurto. La esfera de custodia es determinada por la ley, el reglamento, directivas o la orden legalmente formulada por la autoridad competente. Usualmente pueden ser sujetos activos el ordenador del gasto, el custodio de caudales, el administrador de bienes públicos, el titular del pliego, etc. (Salinas, 2019, p. 441)

Es obvio que no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de peculado, sino también, de acuerdo con el artículo 425, inciso 3, del Código Penal, “pueden ser los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de percibir, custodiar o administrar fondos públicos” (Rojas, 2002, p. 329; Abanto, 2003, p. 338).

Esta es la interpretación que se hace en la ejecutoria suprema del 4 de junio de 1999. Allí se sostiene que:

El delito de peculado constituye un delito especial que exige una calificación específica al sujeto activo, que es la de ser funcionario o servidor público, siendo esta exigencia un aspecto de tipo objetivo, que necesariamente debe verificarse en el caso concreto para establecer dicha conducta como típica. Si bien la carta política, en el segundo párrafo del artículo 40, indica que no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedad de economía mixta, este dispositivo en ningún momento deroga el artículo 425 del Código Penal, pues esto se corrobora incluso con la Ley N.º 26713, expedida por el Congreso de la República el 27 de diciembre de 1996, cuando preceptúa, modificando el inciso 3 del artículo 425

del Código acotado, que es funcionario público 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, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos. (Exp. N.º 5210-98-Lima, Revista peruana de jurisprudencia, Trujillo, 1999, Año I, N.º 2, p. 384). En parecido sentido, ROJAS (2004, p. 249).

Es acertado afirmar que para efectos de interpretar el delito de peculado no sirve la definición amplia de funcionario público adoptada en el artículo 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>59</sup>. En efecto, allí se prevé que para la Convención se entiende “por funcionario público o servidor público a todo funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”. Aquí se asume un concepto amplio de funcionario público. Abarca a todas aquellas personas que han sido seleccionadas o elegidas de forma permanente o temporal, remunerada u honoraria, para desempeñar un cargo público, así aún no haya juramentado y asumido realmente funciones. Este concepto no sirve para la configuración del delito de peculado, que por su propia naturaleza exige la concurrencia de una relación funcional real o jurídica entre el agente y el objeto del delito. Esto es, si el sujeto ha sido seleccionado o elegido, pero aún no ha asumido el cargo y, por lo tanto, aún no tiene la relación funcional real o jurídica, no podrá ser autor del delito de peculado si eventualmente se apropia de un bien o caudal público. Su conducta de apropiación en tales supuestos será tipificada en otro tipo penal.

### ***Participación***

En cuanto a la participación en el delito de peculado de particulares o

---

59 El Perú, con fecha 29 de marzo de 1995, suscribió la Convención, la aprobó por Resolución Legislativa N.º 26757 del 5 de marzo de 1997 y fue ratificada por Decreto Supremo N.º 012-97-RE del 21 de marzo de 1997, por lo que forma parte del derecho interno en aplicación del artículo 55 de la Constitución Política vigente. Parecida definición, pero más amplia, tiene el artículo 2 de la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005. No está de más reiterar aquí que este concepto amplio de funcionario público ha sido impuesto en nuestro sistema jurídico por la Ley N.º 30124 del 13 de diciembre de 2013.

funcionarios y servidores que no tienen la relación funcional que exige el tipo penal, se presentan hipótesis interesantes. No obstante, aplicando primero la teoría de los delitos de infracción de deber, luego los principios de unidad del título de imputación y de accesoriedad de la participación, se llega a las siguientes conclusiones: (con amplitud, ROJAS (2002, p. 348).

- Los funcionarios o servidores públicos que no estén vinculados funcionalmente con los bienes del Estado no son pasibles de cometer peculado a título de autores. Sus actos se tipifican como delitos comunes que pueden ser de apropiación ilícita o hurto.
- Los funcionarios o servidores públicos que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado. En este último supuesto solo en calidad de cómplices. Es obvio que en los delitos de infracción del deber no se hace diferencia entre complicidad primaria o secundaria como en la teoría de dominio del hecho. En la teoría de infracción del deber solo hay partícipes ya sea como instigadores o como cómplices.
- Los particulares que instiguen o colaboren con los funcionarios que no tienen vinculación funcional con los bienes del Estado, serán partícipes (instigadores o cómplices) del delito común perpetrado.
- Los particulares (*extranei*) que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente con los bienes estatales responden a título de complicidad del delito de peculado cometido<sup>60</sup>. Solo responderán por complicidad. No hay diferencia entre complicidad primaria y secundaria como se hace en la teoría del dominio del hecho, la misma que no sirve para explicar los delitos de infracción del deber.

No obstante, todavía encontramos pronunciamientos de la Corte Suprema que, pese a que se acepta que el delito de peculado es uno de infracción de

---

60 “Los *extranei* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho”. (ABANTO, 2003, p. 360)

deber, se sigue confirmando sentencias a los particulares que ayudan o colaboran con la apropiación del patrimonio público por parte del funcionario público, en su calidad de cómplices primarios (Casación N.º 1004-2017-Moquegua, 26 de julio de 2018).

Esta es la línea jurisprudencial mayoritaria. Como ejemplo cabe citar la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003. Aquí se argumenta que:

La participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriidad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26 del Código Penal. (Exp. N.º 3203-2002-Lima)

De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, deja establecido en forma pedagógica que:

En cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriidad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado. (R. N. N.º 1813-2003-Lima)

De forma similar se pronuncia el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Aquí, la ejecutoria suprema sostiene que:



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 a establecer que la esfera de los autores está limitado (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, por los *intranei*. Consecuentemente, el particular, al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración típica de la conducta, gozar de la calidad de funcionario o servidor público, no puede ser autor material del delito de peculado. Que, 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 propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas '*extranei*' 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 calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquel determina a otro obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, habiéndose establecido en la doctrina al respecto que en los delitos especiales [...] (*sic*) en tanto que no se describe, o no solo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un status del 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 lo

tanto, solo limitadamente<sup>61</sup>.

- Los otros, a los que hace referencia el tipo penal 387 con la frase “para otro”, no son autores del delito de peculado, pues ellos no consuman o perfeccionan el delito, pudiendo ser, en cambio, inductores, receptadores de los bienes o lavadores de dinero sucio.

Por lo demás, resulta claro que en el peculado no hay coautoría. No debe obviarse que la teoría de la infracción del deber no admite la coautoría que viene a ser hija de la teoría del dominio del hecho. Y no puede haber coautoría debido a que como se trata de un delito de infracción de un deber especial penal, es imposible materialmente que dos o más funcionarios se pongan de acuerdo para infringir una parte del deber especial. Este deber es único no puede dividirse materialmente. Por lo tanto, no puede afirmarse con propiedad que en los funcionarios o servidores públicos ha existido un reparto de roles para infringir un deber especial penal. Ello es imposible, el deber es personalísimo. En consecuencia, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian, por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores<sup>62</sup>.

#### I.2.2.4 PECULADO CULPOSO

El peculado también puede ser cometido por culpa o negligencia de parte del agente, siempre funcionario o servidor público con relación funcional sobre los efectos y caudales del Estado o entidad estatal. En efecto, en el tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal se prevé que se configura el delito de peculado culposo cuando el agente, por culpa, da ocasión a que otra persona efectúe la sustracción de bienes públicos. Incluso también se prevé como peculado culposo agravado cuando los bienes públicos objeto de sustracción por parte de tercero, tuvieran como destino fines asistenciales o programas de apoyo social.

---

61 R.N. N.º 375-2004-Ucayali (Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N.º 6, Grijley, Lima, 2005, p. 545). Igual la ejecutoria suprema, 30 de diciembre de 2004, R. N. N.º 2976-2004-Lima, en la misma revista jurídica, p. 548.

62 Estas ideas que aparecen ya en la edición de 2016 de libro: Delitos contra la administración pública, (Salinas), fueron reproducidas sin la cita correspondiente, en la sentencia casatoria del 11 de julio de 2017 (fundamento 18.4), casación N.º 102-2016- Lima.

El peculado culposo hace alusión directa a la sustracción efectuada por terceros, aprovechando del estado de descuido imputable al sujeto público en su función de vigilar y resguardar los bienes del Estado. No hay delito de peculado culposo en la modalidad de utilización.

Es preciso determinar que la figura del peculado culposo no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propicia, facilita o permite de hecho) un delito doloso de tercero; sea que el tercero lo sustrae con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtiene o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tiene ni debe tener la función de percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos. Aquí no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro (*extraneus* o *intraneus*) lo sustraiga dolosamente. (Salinas, 2019, p. 457)

Asimismo, en el peculado culposo debe tenerse en cuenta que la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

- a) La sustracción. Entiéndasele como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.
- b) La culpa del funcionario o servidor público. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término

impreciso de pérdidas), vale decir, cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público<sup>63</sup>.

El derecho vivo y actuante se ha pronunciado en muchos casos de peculado culposo. Aquí con fines pedagógicos solo citaremos los siguientes precedentes jurisprudenciales:

– “Resulta imputable por delito de peculado culposo, el inculpado que actúa con negligencia en sus funciones, ya que al tener la calidad de tesorero obedece la orden del gerente general de una empresa del Estado, entregándole una suma de dinero de manera irregular, dinero que este se habría apropiado.” (Ejecutoria suprema del 15 de julio de 1999, Exp. N.º 281-99, AMAG, Serie de Jurisprudencia, 2000, p. 465)

– “Ha quedado debidamente acreditado el delito de peculado culposo, así como la responsabilidad penal de la encausada, por el mérito de su declaración instructiva, en donde refiere que el dinero hurtado por su coprocesado lo dejó en la gaveta de su escritorio y no en la caja fuerte de la institución, como respondía, y a la que estaba obligada en su conducción de tesorera; conducta negligente que facilitó la sustracción de dinero que estaba destinado al pago de los trabajadores de la institución.” (Ejecutoria suprema, 10 de julio de 2002, Exp. N.º 3278-2001-Apurímac)

– “Los encausados admiten que el dinero fue retirado del banco y no obstante que las adquisiciones tenían que hacerse en la misma localidad, tal como señala el manual de procedimientos, lo deciden hacer en la ciudad de Lima y sin tomar las medidas de seguridad dada la cantidad considerable de dinero que se había retirado, dicha inobservancia del deber de cuidado dio lugar a que el tesorero del núcleo executor fuera asaltado cuando pretendía hacer el depósito en otro banco.” (Ejecutoria suprema, 16 de octubre de 2002, Exp. N.º 4168-2001-La

---

63 Jurisprudencia vinculante establecida en los numerales 8 y 9 del Acuerdo Plenario N.º 04-2005, 30 de septiembre de 2005. Así mismo, en la ejecutoria vinculante del 6 de septiembre de 2007, R. N. N.º 4500-2005-Junín, se reiteran estas líneas de interpretación.

Libertad)

– “Ha quedado suficientemente acreditada la responsabilidad penal de los encausados en el delito de peculado culposo, toda vez que en razón de sus cargos, no cumplieron con su función de velar por la integridad y permanencia de los bienes municipales materia del presente proceso, los mismos que debieron de administrar y custodiar, permitiendo con su actitud inerte en tomar las acciones correspondientes que desaparezcan inexplicablemente.”(Ejecutoria suprema, 2 de julio de 2002, R. N. N.º 3056-2001-Puno)

– “El delito de peculado culposo resulta imputable al sujeto que actúa con negligencia en sus funciones, es decir, cuando no toma las precauciones debidas para evitar sustracciones de bienes que son de propiedad pública; que si bien es cierto, de la revisión de los autos la materialidad del delito se encuentra acreditada, sin embargo, se ha demostrado que los encausados no tenían la obligación de custodiar los bienes sustraídos, ya que existía un personal de vigilancia contratado o través de un *service* o locadora de servicios por el Ministerio de Agricultura.” (Ejecutoria suprema, 3 de diciembre de 2004, Exp. N.º 382-04-Junín, Jurisprudencia Penal II, Normas Legales, 2005, p. 230)

– “La responsabilidad penal del acusado Ramos Zapata por el delito de peculado culposo ha quedado acreditada, toda vez que como Jefe de la Oficina de Administración no actuó diligentemente para evitar que un tercero se beneficie con los fondos de la entidad agraviada, puesto que autorizó que el acusado De la Cruz Hernández cobre los cheques, sin prever los mecanismos de control adecuados para garantizar la seguridad de los mismos, lo que facilitó para que el antes mencionado se apropie del fondo.” (Ejecutoria suprema, 11 de junio de 2008, R. N. N.º 4952-2007-Huancavelica)

Queda claro que el agente del delito de peculado culposo de modo alguno propicia o genera su propia negligencia. Si en un caso en concreto, el sujeto público, por ejemplo, participa con pleno conocimiento y voluntad en un acuerdo por el cual se decide disponer de fondos públicos que administra y luego, ejecuta el acuerdo, descuidando los bienes o caudales que administra de modo alguno

el agente actúa con negligencia o culpa en la disposición de aquellos fondos públicos, sino que actúa abiertamente en forma dolosa.

Así las cosas, no entendemos la forma como resolvió la Corte Suprema el caso judicial objeto de la Casación de fecha 11 de febrero de 2014. En efecto, según el contenido de la casación, el problema era determinar si el recurrente Mamerto Rolando Cornejo Cuervo como Rector de la Universidad Nacional de San Agustín pudo desvincularse o no de los acuerdos adoptados por el Consejo Universitario en el sentido de acatarlos o no, pues en sus argumentos de defensa sostenía que solamente cumplía los acuerdo adoptados por el Consejo Universitario; sin embargo:

Este Supremo tribunal considera que el rector no debió acatar y/o cumplir los acuerdos adoptados por el Consejo Universitario por tratarse de acuerdos esencialmente ilegales, hacerlo implicaba o implicó asumir responsabilidad penal, como ha ocurrido en el presente caso, a no ser que el recurrente haya expresado disconformidad u oposición en las sesiones de dichos acuerdos en las que él estuvo presente en su calidad de Rector. Y los acuerdos tomados en los años 2001 y 2002 eran ilegales debido que no existe documento alguno en autos que disponga o se habilite la contratación y pago a los jugadores y técnicos como si fueran personal docente o académico. En consecuencia, este Colegiado Supremo, considera que debió existir por parte del recurrente una diligencia y cuidado en su actuar por la alta jerarquía que cumplía dentro de la citada casa de Estudios y al no hacerlo no ha incurrido en peculado doloso sino en peculado culposo. (Casación N° 244-2013-Arequipa)

La suprema casó la sentencia de vista que en forma correcta había tipificado los hechos como peculado doloso. Al reconducir los hechos a peculado culposo, declaró prescrita la acción penal por el citado delito por el tiempo transcurrido. En suma: un hecho grave de corrupción en la Universidad San Agustín de Arequipa quedó sin sanción.

No compartimos la *ratio decidendi* de esta decisión de la Sala Permanente de la Corte Suprema, pues como se transcribe en el contenido de la casación,

primero, el acusado en su calidad de rector participó en las sesiones del Consejo Universitario en las cuales se decidió, arbitrariamente y en forma ilegal, habilitar la contratación y pago a los jugadores y técnicos del club Atlético Universidad como si fueran personal docente o académico; segundo, el acusado en su calidad de rector ejecutó tales acuerdos y como consecuencia desembolsó del tesoro público la suma de S/ 658 895.59 soles que correspondían al pago por desarrollo de la enseñanza y formación profesional de pregrado, perjudicando con ello a la universidad. Expuestos así los hechos, estos se subsumen en el delito de peculado doloso de modo alguno en peculado culposo. El agente ha participado activamente en la toma de decisiones ilegales y, luego, él los ejecutó en perjuicio patrimonial evidente de la Universidad Nacional de Arequipa y todo en beneficio de terceros.

#### I.2.2.5 PECULADO DE USO

De la lectura del Código Penal derogado, llegamos a la conclusión que el hecho punible de infracción de deber denominado “peculado de uso” sancionado en el tipo penal 388 del actual texto punitivo, no tiene antecedente en aquel cuerpo legal ni en otra ley especial de nuestra patria. Es una creación del legislador nacional del Código Penal de 1991, “posiblemente inspirado en el Código Penal de Portugal de 1932” (Rojas, 2002, p. 376; Abanto, 2003, p. 372). Desde entonces, tenemos la figura penal de peculado de uso o por distracción. Luego de la modificación del tipo penal 388 producida por el Decreto Legislativo N.º 1243 del 22, de octubre de 2016, la fórmula legislativa tiene el siguiente contenido:

*El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro 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.*

*Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.*

*No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.*

El delito de peculado de uso o por distracción se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, para fines privados o particulares, hace uso o permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado confiados a él en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública o que se hallan bajo su guarda o cuidado.

De igual modo, por disposición del segundo párrafo del artículo 388º del Código Penal, el delito de peculado de uso también se configura cuando el contratista de obra pública o sus empleados, para fines privados o particulares, usa o permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado o dependencia pública que se halla bajo su guarda o cuidado.

Se evidencia, por lo tanto, la necesidad de la concurrencia de diversos elementos objetivos para la configuración del delito de peculado de uso. Estos por fines pedagógicos, los explicaremos en forma separada. En consecuencia, tenemos los siguientes elementos:

a) Usar o permitir usar

En primer término, la modalidad de usar o utilizar se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado, sin propósito de apropiárselos. En el agente, no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de un tercero. Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal a los bienes sin consumirlos, para regresarlos o reintegrarlos luego a la esfera de la



administración pública.

En segundo término, se configura el peculado por distracción cuando el agente por actos omisivos permite, tolera o facilita que un tercero o particular, para fines ajenos al servicio público, realice actos de uso, empleo, provecho, disfrute o se beneficie de vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado, sin propósito de apropiárselos.

De modo que hay delito de peculado de uso por omisión en aplicación del artículo 13 del Código Penal, pues el agente público en todo momento es garante del bien público que está a su disposición o bajo su guarda para el desempeño de sus funciones en la administración.

Al permitir que otro use supone un comportamiento omisivo imputable a los sujetos activos que dolosamente permiten, toleran, consienten o autorizan el uso de dichos bienes por terceros. “El término “otro” alude a cualquier persona, particular o funcionario-servidor público, persona natural o jurídica” (Rojas, 2002, p. 378; Abanto, 2003, p. 374).

Aquí cabe hacer la siguiente precisión: en el artículo 388 encontramos el peculado de uso que –al parecer– es idéntico al peculado en su modalidad de “utilizar” del artículo 387 del Código Penal. Sin embargo, la diferencia salta por sí sola con la lectura de ambos tipos penales. En efecto, el artículo 387 se refiere a utilizar efectos o caudales públicos, en tanto que el artículo 388 se refiere restrictivamente a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387 siempre que los caudales públicos no estén representados por cualquier instrumento de trabajo de la administración pública. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388.

#### b) Bienes muebles del Estado

El tipo penal especifica la naturaleza de los bienes objeto del delito de peculado. Estos solo pueden ser de naturaleza mueble, puesto que tienen como

finalidad servir de instrumentos de trabajo dentro de la administración pública. Puede ser cualquier tipo de bienes como, por ejemplo, los vehículos, computadoras, herramientas utilizadas en construcción civil, camiones de limpieza pública, etc.

Abanto (2003) señala que “se trata de todo tipo de herramientas, máquinas, vehículos o aparatos indispensables para el desempeño de la función pública; no pueden serlo el dinero, los títulos valores, los bienes consumibles como el papel, los alimentos, la mano de obra, los inmuebles, etc.” (p. 375).

En consecuencia, no hay peculado de uso sobre bienes inmuebles ni sobre bienes muebles fungibles. Si en un caso concreto, un inmueble o un bien fungible (dinero, por ejemplo) es objeto de uso para fines particulares el operador jurídico deberá recurrir al supuesto típico recogido en el artículo 387 del Código Penal para imputar responsabilidad penal al agente.

Estos bienes, que sirven de instrumentos de trabajo a efectos de que la administración estatal cumpla con sus fines, tienen que pertenecer al Estado o, en su caso, a particulares siempre y cuando estén bajo la custodia y guarda de la administración pública.

#### c) Fines particulares o privados

Los bienes muebles del Estado tienen como finalidad trascendente hacer realidad los fines de la administración. En consecuencia, el funcionario o servidor público tiene el deber ineludible de usarlo dentro de la administración con el propósito de materializar su finalidad. Ese servicio es el destino natural y normal de los bienes del Estado, así como de aquellos bienes pertenecientes a particulares, pero que eventualmente se encuentran en custodia de la administración pública. Se entiende que los bienes de los particulares están en custodia de la administración debido a que han ingresado (prestados, alquilados, etc.) para prestar determinada función pública (obra pública).

Sin embargo, constituye otro elemento objetivo de la tipicidad del delito de

peculado de uso, el supuesto que el funcionario o servidor público, en lugar de destinar el bien mueble a su servicio natural y normal, lo destina o utiliza para fines ajenos al servicio en su evidente beneficio o de terceros allegados a aquel. Se usa el bien mueble para fines particulares ajenos a los fines de la administración pública.

Los fines ajenos al servicio público a los que el funcionario o servidor público destina los bienes señalados en el tipo penal pueden ser diversos: transportar a los familiares del agente público a su centro de trabajo o al centro comercial para hacer las compras domésticas; utilizar el vehículo para realizar trabajos de mensajería de una empresa privada; usar los vehículos para hacer campaña electoral ya sea propia o de un tercero allegado; alquilar los equipos de cómputo, prestar los instrumentos agrícolas, etc. “El uso a fines ajenos al servicio presupone ya la presencia de beneficio para el agente o para terceros que resultan favorecidos con el uso del bien público” (Rojas, 2002, p. 379).

Podemos ilustrar lo hasta aquí expuesto citando un caso real que fue objeto de pronunciamiento judicial, en el cual los agentes fueron sancionados por el uso de vehículos de la municipalidad para fines ajenos al servicio público. En efecto, en la ejecutoria suprema del 23 de agosto de 2002 se argumenta que:

Los procesados en su condición de alcaldes y, por ende, de funcionarios públicos encargados de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública, faltaron a la confianza pública depositada en ellos, toda vez que se comprobó su participación a favor de una candidatura facilitando el uso de vehículos de transporte de sus respectivos municipios participando activamente, portando banderolas alusivas a la candidatura, es decir, dieron mal uso a los vehículos destinados al cumplimiento de alguna labor pública. (Exp. N.º 2565-2001-Cusco)

#### d) Relación funcional del agente y el objeto del delito

De la naturaleza del delito de peculado de uso, se desprende que “los

bienes muebles objeto de la conducta típica deben estar confiados o encontrarse en posesión inmediata o mediata del sujeto activo, con razón del cargo que tiene al interior del Estado” (Abanto, 2003, p. 377). Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito de peculado de uso no se configura así sea evidente el uso de los bienes del Estado y este resulte seriamente perjudicado en el desarrollo del servicio o función pública.

En efecto, para que se configure el delito de peculado de uso, al igual que en los supuestos ilícitos tipificados en el artículo 387 del Código Penal, es condición *sine qua non* que el bien público objeto de la utilización esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña en la administración estatal. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas previamente por la ley o por normas jurídicas de menor jerarquía, tales como los reglamentos de la institución pública o directivas internas. La posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto con los bienes o instrumentos de trabajo o tenerla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional.

Para tal efecto, y con fines netamente pedagógicos citamos la ejecutoria Suprema del 20 de abril de 2015, donde la Sala Penal Permanente, deja establecido que:

Se ha determinado la relación funcional del procesado con el bien utilizado indebidamente, pues su proceder se adecua a lo que alude la norma sustantiva, de que el bien mueble se hallaba bajo su custodia directa, pues ejercía sobre el mismo acto de cuidado o vigilancia, o con palabras de la norma penal se hallaba bajo su guarda. (R. N. N.º 2149-2013-Amazonas)

#### e) Magnitud del perjuicio patrimonial

Aun cuando el tipo penal no hace referencia a la magnitud del perjuicio

patrimonial que se ocasiona a la administración pública con el uso temporal de los bienes públicos para fines ajenos al servicio o función encomendada, este elemento objetivo es tácito en el tipo penal. Todo uso de un bien mueble origina automáticamente un perjuicio patrimonial sea grave o leve. Este puede ser por el desgaste natural del bien que se produce por su uso, así como por el hecho de que, al no estar el bien a disposición del servicio público, este se ve afectado temporalmente. No se exige que la afectación al servicio o función encomendada sea de gravedad. Basta que el perjuicio se verifique para configurarse el hecho punible. En consecuencia, al no existir cuantía mínima, se entiende que así el perjuicio sea valorizado por los peritos en una cantidad mínima, igual el delito se verifica.

En el Proyecto de Ley N.º 4187/2010-PJ del Poder Judicial, ingresado a la mesa de partes del Congreso el 3 de agosto de 2010, se propuso modificar la fórmula legislativa del delito de peculado de uso, para introducir de manera expresa el nivel de perjuicio que sería exigible. La fórmula que se propuso es la siguiente: “El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo, afectando gravemente el servicio o la función encomendada, será reprimido (...)”. En la exposición de motivos del citado proyecto se alegaba que:

No se puede distraer los limitados recursos del sistema, en casos de bagatela o en los que el uso privado del bien, no genere una grave afectación del servicio o la función encomendada. Otra vez el derecho administrativo disciplinario es un instrumento primario para hacerse cargo de estos casos. Ciertamente, en el caso de contratistas que distraen con fines privados insumos públicos, el derecho penal debe cumplir su rol sancionador, pues estos no tienen vinculación con el Estado.

Sin embargo, la fórmula propuesta no fue aceptada por la Comisión de Justicia del Congreso que en su dictamen<sup>64</sup> argumentó que:

---

64 De fecha 13 de abril de 2011. En este dictamen se incluyó un Proyecto sustitutorio, el mismo que dio origen a la polémica y fugaz Ley N.º 29703 del 10 de junio de 2011.

Resulta sintomático que solo las afectaciones graves que se causen al servicio o función encomendadas, con la utilización de automotores, máquinas e instrumental de trabajo sean objeto de intervención penal. Si bien el control administrativo tiene que jugar sus roles, cuando dichas utilizaciones de bienes públicos impliquen comportamientos dolosos, se entiende que la injerencia punitiva mantiene su ámbito de aplicación.

El contenido del citado dictamen y la polémica pública que originó la promulgación de la Ley N.º 29703 que modificó algunos delitos contra la administración pública, hizo que el Poder Judicial volviera a presentar un segundo Proyecto de ley, el N.º 4898/2010-PJ (ingresado al Congreso de la República, 4 de julio de 2011), en el cual no volvió a insistir en su fórmula legislativa propuesta, volviendo más bien a proponer el texto original del artículo 388 del Código Penal. Considero que es razonable no diferenciar entre actos de corrupción menor o mayor según el perjuicio patrimonial. Menos pretender que si el perjuicio es leve o menor, el acto de corrupción debe ser ventilado a nivel administrativo, toda vez que en una política de lucha frontal contra la corrupción es necesario tener como delito todo tipo de corrupción así el daño a la administración sea leve. No obstante, tal aspecto debe ser observado por el juez al momento de individualizar la pena a imponer al sujeto público, luego del debido proceso penal. Se impondrá mayor pena al agente público cuya conducta ocasionó mayor perjuicio al servicio público que al sujeto público cuya conducta causó perjuicio leve o menor a la administración.

#### f) Autoría y participación

Estamos ante un delito especialísimo en el cual, además de exigirse que el agente reúna la condición de funcionario o servidor público, se exige que aquel debe tener una relación funcional ineludible con los bienes muebles no fungibles del Estado o bienes particulares que se encuentran bajo la custodia de la administración pública.

Solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien

por el cargo que desarrolla dentro de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en custodia o administración, los bienes muebles destinados al servicio público. Por su parte, Rojas (2002) afirma erróneamente que “solo en algunos supuestos se exige la relación funcional” (p. 377). El funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley o reglamentos con razón del cargo que desempeña, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes con los que coyuntural u ocasionalmente entra en posesión.

Para la configuración de este delito no es suficiente el requisito –también indispensable– de que el sujeto activo del delito sea funcionario o servidor público. Igualmente, se requiere que el bien esté en la esfera de custodia directa o jurídica del sujeto activo.

La esfera de custodia es la que se refiere a la actividad patrimonial del Estado, pero cuya titularidad corresponde al funcionario público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional. Si el sujeto no es el titular de dicha esfera, solo puede haber hurto. La esfera de custodia es determinada por la ley, el reglamento o la orden legalmente formulada por la autoridad competente. Usualmente pueden ser sujetos activos el jefe de almacén, el chofer de un vehículo público, el custodio de la maquinaria destinada a la construcción de una obra pública, etc.

Por otro lado, no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de peculado de uso, sino también, según el artículo 425, inciso 3, del Código Penal, los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de custodiar o administrar los bienes muebles del Estado.

En vista de ello, tenemos la ejecutoria suprema del 22 de enero de 2003 que señala:

Se incrimina a los procesados en su calidad de miembros activos de la Policía Nacional del Perú, haber hecho uso del vehículo

incautado por la División Antidrogas, el mismo que debió ser internado oportunamente en la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas, circunstancias que fueron advertidas al haberse ocasionado con el vehículo un accidente de tránsito. (Exp. N.º 3201-2001-Lima)

Pueden ser también sujetos activos del delito los contratistas de una obra pública o sus empleados, cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. Ello por expresa disposición del segundo párrafo del artículo 388 del Código Penal.

Los particulares que ayudan o auxilian a cometer el delito al funcionario o servidor público responden como cómplices del delito de peculado de uso.

#### g) Tipicidad subjetiva

El peculado de uso requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de lealtad y probidad de administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados a su cargo, no obstante, voluntariamente los utiliza o permite que otro los utilice en su provecho y como contrapartida en perjuicio de la administración pública.

El dolo consiste en el conocimiento del carácter público del bien y de la relación funcional, así como la intención de dar uso privado a los bienes. Este último aspecto nos permite sostener que se trata de un delito de comisión solo por dolo directo; no siendo posible su comisión por dolo eventual.

Según la redacción del tipo penal, el agente actúa o desarrolla la conducta punible con el firme propósito de utilizar en beneficio propio o de otro los bienes muebles no fungibles del Estado. Este proceder ocasiona un evidente perjuicio al sujeto pasivo del delito. En consecuencia, en el delito de peculado el agente actúa con ánimo de lucro. Le guía la intención o el móvil de obtener un provecho particular, ya sea para él o para otro, con el cual tiene nexos sentimentales o de parentesco.



Aparte del dolo es necesario la concurrencia del elemento subjetivo adicional al dolo, como es el ánimo de lucro por parte del agente público. Si el ánimo de lucro no se verifica en la conducta del agente, el delito de peculado se descarta.

#### h) Causal de atipicidad de peculado de uso

El último párrafo del artículo 388 del Código Penal recoge una causal de atipicidad de la conducta de peculado de uso. Ella se concreta cuando el funcionario o servidor público, para fines ajenos al servicio, usa vehículos motorizados pertenecientes a la administración pública, siempre y cuando tales vehículos estén destinados a su servicio personal por razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública. "La atipicidad se presenta solo cuando se trate de vehículos. Aquí debe precisarse que haya atipicidad siempre y cuando el mismo funcionario o servidor público utilice el vehículo *destinado a su servicio personal*, para fines ajenos al servicio" (Salinas, 2014, pp. 143 - 153; 2019, p. 484).

Se presenta cuando, por ejemplo, el mismo servidor público o funcionario utiliza el vehículo para que le traslade al gimnasio, a la playa en sus horas o días de descanso, al mercado donde va a hacer sus compras, a un lugar donde efectuará una visita familiar o amical, a una reunión social, al colegio de sus hijos para dejarlos o recogerlos, etc. Se entiende que de una u otra manera, son actos personales que realiza el sujeto público como parte de su vida cotidiana. Es más, se justifica totalmente esta causal de atipicidad, debido que el sujeto público desde su nombramiento o designación hasta su cese en ningún momento deja su condición de funcionario o servidor público. Hasta duerme como sujeto público. Incluso, sin duda se presenta la atipicidad así el funcionario o servidor a cuyo servicio está el vehículo, vaya dentro del vehículo acompañado de familiares o terceras personas.

De igual modo aparece la atipicidad si el sujeto público dispone que algún familiar o personal de confianza vaya o se traslade en el vehículo a determinado

lugar con la finalidad de realizarle una gestión personal (a una agencia bancaria para hacer pagos mensuales por el uso de tarjetas de crédito, a la municipalidad a realizar pagos de tributos, a la universidad a recoger un documento académico del sujeto público, a los juzgados o fiscalía a verificar el estado del proceso donde el sujeto público aparece como procesado, etc.). Mucho más será atípica la conducta cuando el agente público disponga que algún familiar o personal de confianza vaya o se traslade en el vehículo asignado a su persona, a determinado lugar con la finalidad de realizar un acto propio de la función pública o un acto en beneficio de la función pública (se traslade a su domicilio a recoger documentos que olvidó, propios de su labor diaria, a una comisaría a recoger una información antes solicitada, se constituya al juzgado o fiscalía a verificar el estado del proceso donde la institución pública respectiva aparece como agraviada, a otra institución pública a dejar o recoger documentos, etc.). En suma, en este supuesto de interpretación cuando el vehículo es usado por familiares o personas de confianza o allegados al funcionario o servidor obligado para realizar actividades en beneficio de aquel o en beneficio de la administración pública, sin duda, se presenta la atipicidad.

Por el contrario, hay tipicidad del delito de peculado de uso, cuando el funcionario o servidor público dispone u ordena al chofer de la movilidad asignada, traslade de un lugar a otro a sus familiares o terceros a fin de que estos realicen actos personales o actos en su directo y propio beneficio. Aparece sin duda el peculado de uso, cuando el agente público dispone que la movilidad traslade al gimnasio a algún familiar o tercero, o a la playa a toda la familia o terceros, o su cónyuge o un tercero al mercado donde va a hacer sus compras, o a un familiar o tercero a un lugar donde efectuará una visita familiar o amical, o a una reunión social a un familiar o tercero, o al colegio a sus hijos para dejarlos o recogerlos, etc. Es más reprochable la conducta cuando el funcionario se traslada a otra ciudad y deja la movilidad al servicio de la familia. De un caso real y típico de peculado de uso da cuenta el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 17 de abril de 2013- Caso Torres Gonzales. En efecto, allí se establece como hechos que:

Torres Gonzales, en su condición de Alcalde Provincial de Chiclayo, permitió que se use indebidamente el vehículo oficial camioneta de placa PIO-62- Toyota, de propiedad de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, para trasladar a sus hijos al Jockey Club de Chiclayo, donde realizaban actividades recreacionales. Y esto habría ocurrido “un día en que el alcalde había viajado a la ciudad de Lima”. (Exp. N.º 4298-2012-PA/TC)

Tal como aparecen redactados por el TC, a estos hechos de modo alguno les alcanza la causal de atipicidad<sup>65</sup>, toda vez que el sujeto público permitió o dispuso el uso del vehículo oficial para trasladar a sus familiares a un lugar donde realizaron actos de recreación, es decir, actos en directo y propio beneficio personal de los familiares. No realizaron un acto en beneficio del sujeto público obligado ni menos realizaron un acto en beneficio de la administración. No obstante, habiéndose aplicado en forma acertada y razonable la Ley penal por los jueces superiores de Lambayeque, el TC anuló la indicada sentencia, alegando falta de motivación de la misma, toda vez que según su criterio “la Sala no había precisado por qué el hecho... (antes descrito)... constituye un ‘uso familiar’ del vehículo, ajeno a todo margen de razonabilidad, que se encuadre más bien como un uso exclusivo y sistemático del vehículo oficial por personas distintas del funcionario” (Considerando 18 de la sentencia, Exp. N.º 4298-2012-PA/TC).

La única explicación que puede darse a esta sentencia dictada en mayoría<sup>66</sup> por el máximo intérprete de la constitución, es que decidieron emitir una decisión política. Sin duda, cuando la política entra en un proceso de cualquier naturaleza (penal, civil, constitucional, laboral, etc.), el derecho es marginado y, por lo tanto, la decisión final es imprevisible y cuando esta se da, solo puede explicarse y justificarse políticamente.

En este supuesto y los demás enumerados como ejemplos, se presenta la tipicidad del peculado de uso, debido a que el vehículo está destinado solo para

---

65 Como en forma acertada lo estableció la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lambayeque, en la sentencia del 22 de mayo de 2012, Exp. N.º 1488-2011-96-1706-JR-PE-06.

66 Cuatro magistrados declararon la nulidad de la sentencia en tanto que tres declararon que la demanda era improcedente.

el uso personal del funcionario o servidor público en razón del cargo público que desempeña. El vehículo de modo alguno está destinado para el uso familiar y menos para el uso de terceros. Los familiares o terceros allegados al sujeto público no pueden beneficiarse y hacer uso del vehículo para realizar actos personales. Actos sin ningún beneficio para la administración. En estos casos, si el funcionario quiere ayudar o colaborar con ellos debe pagar el costo de la movilidad. No puede permitirse que el funcionario asigne la movilidad de la institución pública a sus familiares o allegados con la finalidad que estos realicen actos en su directo y propio beneficio. Si esto sucede es simplemente corrupción. Los familiares no trabajan dentro de la administración. Considero que esta interpretación restrictiva es la más razonable<sup>67</sup> y está acorde con la política criminal del Estado de enfrentar frontal y francamente los actos de corrupción que tanto daño hacen a la administración pública en cuanto a su imagen. No podemos permitir ni aceptar corruptelas que originen que los ciudadanos de a pie pierdan credibilidad en las instituciones públicas, en la confianza hacia el Estado mismo.

No pueden utilizarse las excepciones de atipicidad para hacer interpretaciones amplias y dejar impunes actos evidentes de corrupción.

En efecto:

Si hacemos una interpretación amplia de la excepción prevista en el último párrafo del artículo 388 del Código Penal, dejaríamos puerta abierta al sujeto público para que realice lo que mejor le parece con el vehículo asignado por la función pública que cumple o desempeña dentro de la administración pública. Es decir, podría alquilarlo a terceros, prestarlo a sus familiares o terceros allegados para trasladarlos a lugares de recreación, utilizarlo para él hacer servicio de taxi en la ciudad, asígnalo de *mutuo proprio* a su cónyuge para que le traslade a su trabajo en una empresa particular en tanto el sujeto público se traslada en

---

67 Incluso el TC precisó que el último párrafo del artículo 388° del Código Penal debe aplicarse efectuando una interpretación restrictiva. Exp. 4298-2012-PA/TC- caso Torres Gonzales.

servicio de transporte particular a la institución pública donde trabaja. A su vez, podría dejar la movilidad al servicio de su familia (hijos, por ejemplo) en tanto el sujeto público goza de sus vacaciones fuera del país, etc. Esto es, le estaría permitido realizar acciones que sin duda tienen evidente tinte de corrupción. No puede aceptarse que los familiares o allegados del sujeto público gocen de tales privilegios y los demás ciudadanos no tengan ese privilegio. Tales acciones aparecen hasta discriminatorias. El Estado no puede asumir los costos que significa el uso de los vehículos estatales para el transporte de los familiares o allegados, cuando estos van a realizar actos personales propios y ajenos a la institución pública. Cuando eso sucede el perjuicio patrimonial al Estado es evidente. Seguramente cuando se realice la pericia respectiva, los peritos deberán de precisar a cuánto asciende el gasto de combustible, cuánto de salario se pagó al chofer por el servicio particular realizado, cuánto de desgaste sufrió el vehículo, cuál fue el valor del mantenimiento del vehículo, etc. Finalmente, como en nuestro sistema jurídico no existe cuantía mínima, basta que el peritaje arroje un perjuicio al Estado valorizado en un sol o medio sol, el delito estará acreditado. (Salinas, 2019, p. 488)

En otro extremo, la atipicidad solo alcanza a los vehículos, de modo alguno abarca a otros instrumentos de trabajo.

### I.2.3 EL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

La fuente directa del hecho punible de infracción de deber denominado *negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo* lo constituye el artículo 345 del Código Penal de 1924 y el artículo 201 del Código Penal de 1863. Estos textos punitivos tienen idéntica redacción y solo se diferencian en el *quantum* de la pena.

En la doctrina este hecho punible es conocido también como “gestión desleal, infidelidad de funcionario, aprovechamiento indebido del cargo, o interés

particular en acto de oficio” (Castillo, citando a Luzón y Manzini, 2008, p. 565). En el Código penal español, se denomina “*negociaciones prohibidas*”<sup>68</sup>.

Luego de la modificación introducida por la Ley N.º 30111 del 26 de noviembre de 2013, la fórmula legislativa<sup>69</sup> del tipo penal 399 tiene el siguiente contenido:

*El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por actos simulados se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

### I.2.3.1 TIPICIDAD OBJETIVA

Se trata de un delito de infracción de deber. Este delito se configura cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, se interesa o se inclina de manera particular en forma directa, indirecta o por actos simulados por cualquier contrato u operación que realizan particulares con el Estado. “Se entiende que la intervención del agente en la celebración de aquellos actos jurídicos es por razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública. Su finalidad es obtener un provecho patrimonial personal o para terceros” (Salinas, 2015, pp. 240, 257).

Así la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la ejecutoria de fecha 19 de octubre de 2010 (R. N. N.º 4096-2009- Junín), precisó que “en este

<sup>68</sup> El artículo 439 del citado Código Penal modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, tiene el siguiente contenido: “*La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena...*”

<sup>69</sup> En el incomprensible e inexplicable proyecto de Código Penal de 2015, se repite la misma fórmula legislativa en el artículo 585º.

tipo de delito el funcionario o servidor debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse en los contratos u operaciones que celebre u ordene el Estado; sin embargo, dicho sujeto especial orienta su interés en función personal, tornándose así incompatible dicha injerencia con su rol funcional". Actúa de esa forma en contra de los intereses del Estado para quien trabaja y a quien representa en las operaciones contractuales de índole económico.

La sentencia casatoria del 30 de enero de 2018 da cuenta de un caso judicial en el cual se dieron por acreditados los hechos tipificados como negociación incompatible, así como la responsabilidad penal del procesado, y, por tanto, fue condenado por este delito. En efecto, allí se precisa que:

El imputado Carlín López en su condición de Gerente de Operaciones de Aeropuertos de CORPAC se interesó indebidamente, de manera directa y en provecho de tercero, en la ejecución del contrato número NGL cero noventa y cinco punto dos mil diez punto P punto S, del trece de enero de dos mil once, sede Tacna, celebrado por CORPAC y el consorcio Word SecurityServices y otros, representado por Emilio Huamán Yepes; y, en consecuencia, emitió un conjunto de directivos que favorecieron indebidamente al consorcio contratista y, de ese modo, no se aplicó a dicho consorcio la penalidad respectiva ante su incumplimiento de las condiciones establecidas en los términos de la referencia del aludido contrato. (Casación N.º 799-2017/Callao)

Pese a que el sentenciado interpuso casación, la Suprema Corte declaró infundado dicho recurso extraordinario.

En la estructura del tipo penal intervienen diversos elementos de la tipicidad objetiva que es necesario explicar por separado para su real comprensión.

a) Interesar

El verbo rector del tipo penal es el término interesar que significa atañer,

concernir, incumbir, comprometer o importar algo y, por ello, se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo. En la conducta de negociación incompatible, el agente de manera especial y particular se compromete, le importa, se inclina sospechosamente o se interesa en un contrato u operación que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o en favor de terceros<sup>70</sup>. Interesar significa poner un interés particular en la operación, interés que normalmente no se impone. “Ello puede suceder en los actos preparatorios del contrato u operación, durante su ejecución o en la fase de liquidación, y, claro, puede incluir un ámbito muy variado de expresiones prácticas” (Rojas, 2002, p. 587; Castillo, 2015, p. 41).

En el mismo sentido, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema por ejecutoria del 13 de febrero de 2013 sostiene que:

El delito materia de análisis, tiene como verbo rector del tipo penal el término interesar, que significa atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar y por ello se destina nuestra voluntad a conseguirlo u obtenerlo; es decir, este importar o interesar en un contrato u operaciones que realiza el Estado con terceros con la finalidad de obtener un provecho económico indebido en su favor o favor de otros. (R.N. N.º 253-2012-Piura)

El profesor argentino Creus (1990) enseña al respecto que “interesarse es volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que el negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros” (p. 309).

El interesarse no siempre debe implicar un peligro para el patrimonio de la administración pública. Si en los hechos, el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que resultaron favorables económicamente a la administración pública, igual la conducta será ilícita. En el

---

70 Este aspecto no es tomado en cuenta por ABANTO, toda vez que la segunda edición de su libro es del año 2003, tiempo en el cual aún no se había producido la modificación del contenido del hecho punible de negociación incompatible que se realizó en octubre de 2004.



mismo sentido Castillo (2015, p. 49). Posición contraria expone Abanto (2003), cuando sostiene que “el interesarse siempre debe implicar un peligro para el patrimonio de la administración pública. Si en los hechos, el funcionario o servidor público hubiera favorecido intereses particulares o de terceros que resultaron favorables económicamente a la administración pública, habrá coincidencia de intereses, pero no tipicidad de la conducta” (p. 513).

Aquí no es punible la conducta, porque se afecte o deje de afectar el patrimonio del Estado, sino por lesionar el bien jurídico normal y el recto funcionamiento de la administración pública. Si el sujeto público se interesa indebidamente en contratos en los que actúa en representación de la administración, para sacar provecho económico para sí o terceros, la conducta es típica siendo irrelevante si con tales actos la administración se vio favorecida.

El interesarse indebidamente debe entenderse como un:

Desdoblamiento en el actuar del agente del delito de negociación incompatible, pues, dentro del contexto del contrato u operación en la que interviene, el agente actúa como funcionario representante de la administración pública; pero a la vez, representa intereses particulares, con el cual pretende sacar un provecho personal o a favor de tercero, y es precisamente este último, lo que denota el carácter económico de su accionar y que implica una probable afectación del patrimonio de la administración pública; por lo tanto es dentro de estos márgenes que debe ser entendido el interés indebido. (ES, 4 de julio de 2007, R. N. N.º 373-2007-Lima; Sentencia casatoria, 24 de julio de 2019, Casación N.º 18-2017-Junín).

Que en este tipo de delitos el funcionario o servidor público efectúa una intervención legítima, en función de las prerrogativas de su cargo o empleo en la administración pública; que el acto de intervenir inicial es legítimo, luego el interés particular puesto de manifiesto es ilícito y se inscribe en el contexto del régimen de incompatibilidades del agente activo; que en buena cuenta se puede afirmar que el sujeto debe ser parte estatal y en tal mérito actuar e interesarse

en los contratos u operaciones que celebre u ordene la administración; sin embargo, “dicho sujeto especial orienta su interés en función personal, y se torna así incompatible dicha injerencia con su rol funcional”. (ES, 19-10-2010, R. N. N.º 4096-2009-Junín)

Los actos objetivos por los cuales se puede manifestar el interés del agente no solo se configuran resolviendo, individual o colectivamente la contratación, sino elaborando dictámenes, asesorando, preparando el expediente técnico, aprobando o ratificando una propuesta. También se evidencia con la proposición, deliberación, ratificación, modificación, revocación o anulación, etc. No es necesario que el agente público firme personalmente algún documento. “La forma como puede aparecer y revelarse el interés es a través de recomendaciones, votos, pedidos verbales o escritos, defensa de un proyecto, receptación de una dieta, incluso en una orden del día” (Castillo, citando a Luzón, 2015, p. 47).

El interés particular que expresa el agente del delito puede materializarse en la realidad, hasta de tres formas.

b) Interesarse de forma directa

Este elemento de la tipicidad objetiva significa que el agente en forma personal y directa se interesa o compromete en el contrato u operación y realiza todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados que busca, esto es, el beneficio indebido en su favor o de terceros que lógicamente tienen vínculos amicales, familiares o económicos con aquel. En otros términos, significa que “el sujeto activo personalmente pone de manifiesto sus pretensiones particulares, ya sea en el momento de la propuesta, celebración, ratificación, modificación-revocatoria, ejecución, etc., del contrato u operación” (Rojas, 2002, p. 589; Castillo, 2015, p. 592).

El interesarse implica que el agente público esta al mismo tiempo interesado personalmente en el contrato u operación, y es un funcionario que interviene en él por razón de su cargo. El agente en este delito se convierte en

lo que comúnmente se conoce como “juez y parte”. Actuando de ese modo el sujeto público obvia los principios de imparcialidad y transparencia. El sujeto se parcializa en su propio beneficio, y en ese sentido, ya no es transparente en su actuación, sino que esta se vuelve oscura con la finalidad de no ponerse en evidencia.

Tal como aparece redactada la fórmula legislativa “no es posible la comisión por omisión, o simplemente por un dejar de hacer o dejar pasar pese a que el funcionario tiene una posición de garante o la obligación de intervenir en el proceso de contratación” (Castillo, 2015, p. 47). Si se verifica algún acto de omisión parecido a los indicados, los hechos se subsumirán en otro tipo penal como, por ejemplo, omisión de actos funcionales.

#### c) Interesarse de forma indirecta

En esta modalidad, “el agente (siempre funcionario o servidor público) no actúa directamente sobre los funcionarios responsables de la celebración del contrato u operación, sino que se vale o hace uso de intermediarios que pueden ser particulares u otros funcionarios o servidores públicos” (Ejecutoria suprema del 11-08-2012, R.N. N.º 2641-2011- Lambayeque), para lograr su finalidad de conseguir una ventaja indebida a su favor o a favor de terceros. El sujeto activo sugiere o influye en otro funcionario o servidor público que actúa en representación del Estado en la celebración de contratos u operaciones por medio de otra persona que bien puede ser un particular u otro funcionario.

“Los intermediarios no pueden ser autores, pues siempre actúan como cooperadores o cómplices, y según el caso, pueden constituir instrumentos que utiliza el autor mediato” (Rojas, 2002, p. 589; Abanto, 2003, p. 509). No obstante, debe precisarse aquí que el intermediario solo responderá como cómplice único de ser el caso, pues es posible que no responda por el resultado dañoso. Ello ocurrirá cuando se llegue a determinar que fue utilizado como instrumento del hombre de atrás quien será el autor directo. Recuérdese que estamos ante un delito de infracción de deber.

Por su parte, Castillo (2015) enseña que "esta modalidad se produce cuando se utiliza a otras personas para la promoción o favorecimiento de los intereses particulares" (p. 593). No interesa si son sujetos públicos o terceros. No es necesario que los terceros reciban una determinada utilidad o ventaja. Dichos intermediarios, en especial los particulares, poseen la condición de cómplices y no de autores por más importancia y peso que tenga su aporte. A ello se agrega que interesarse indirectamente también comprende el hecho de que se posea un interés de obtener un beneficio indirecto.

El disvalor de la conducta es evidente debido a que el sujeto público se interesa de manera directa como cuando actúa por intermedio de otra persona, incluso, dada la modalidad comisiva y la valoración objetiva de la conducta es posible afirmar que esta última forma de acción es más reprochable penalmente, en la medida que interviene una pluralidad de agentes, se demuestra una actuación coordinada y la actuación a través de una tercera persona obedece, en la generalidad de casos, al deseo de no ser descubierto y de esa forma obtener impunidad (Castillo, 2015, p. 66).

d) Interesarse por actos simulados

Interesarse mediante acto simulado significa que el sujeto activo ante los funcionarios responsables de la celebración de contratos u operaciones muestra un interés especial fingiendo defender los intereses del Estado, cuando lo cierto es que defiende sus propios intereses. Aparentemente actúa defendiendo los intereses de la administración pública cuando en realidad defiende sus propios intereses particulares o personales. Por esta modalidad, "el agente se interesa en la negociación de los contratos con empresas que simulan tener titularidad o representatividad distinta, cuando en realidad son de propiedad del funcionario o servidor público agente, o en una diversa gama de actos ficticios o con empresas inexistentes" (Rojas, 2002, p. 589).

En realidad, "el acto simulado alude también a una forma indirecta de interesarse" (Abanto, 2003, p. 513), pues aquí se quiere hacer aparentar que es

otro el interesado cuando en realidad el interesado es el funcionario encargado de celebrar el contrato u operación; por ejemplo, la inclusión en la negociación de una empresa inexistente.

“Hay simulación cuando el funcionario, para favorecer a una empresa en la cual se entiende tiene interés particular directo, en una licitación crea una tercera empresa de fachada para dar la imagen de una supuesta, pero inexistente competencia y así cumplir con las bases establecidas” (Castillo, 2015, p. 595).

El derecho vivo y actuante de la Corte Suprema sostiene por interés simulado el hecho de que:

Los contratos u operaciones se realizan con empresas que simulan tener una titularidad o representatividad distintas cuando realmente son de propiedad del agente público o están vinculadas a este; es decir, se aparenta un accionar en concordancia con los intereses de la administración pública cuando en realidad se están haciendo prevalecer de manera oculta intereses privados o particulares. (Ejecutoria del 11-08-2012; R. N. N.º 2641-2011-Lambayeque)

En parecido sentido otra ejecutoria suprema de fecha 12 de setiembre de 2012 sostiene que “se considera como acto simulado el que se realiza aparentando que se trata de intereses de la administración pública cuando en realidad son intereses particulares o personales” (R.N. N.º 2770-2011- Piura).

La diferencia con la colusión es el acuerdo. En la negociación incompatible, el agente no se pone de acuerdo con nadie, actúa solo. En cambio, aparece la colusión, cuando el funcionario responsable de los contratos y otras operaciones económicas se colude, es decir, se pone de acuerdo con otro para defraudar al Estado.

e) Provecho propio o de tercero

El agente actúa guiado o motivado por el provecho que planifica obtener

de la operación. El actuar indebido del agente debe tener como objetivo conseguir un provecho o mejor, sacar ventaja patrimonial del contrato u operación en la cual interviene en razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública.

El provecho que pretende obtener del contrato u operación puede ser en favor del propio agente público, o en favor de terceros con los cuales el agente tiene lazos de amistad, familiares o sentimentales. Cuando el tipo penal se refiere a terceros, estos necesariamente deben tener alguna vinculación con el sujeto público. Es imposible que el agente se interese de modo particular en obtener un provecho a favor de terceros extraños a él.

f) Cualquier contrato u operación

El tipo penal en forma expresa indica el objeto de la conducta punible: cualquier contrato u operaciones. En consecuencia, si los actos que expresan especial interés de parte del agente tienen como destino otros actos administrativos diferentes a los contratos u operaciones no se engloban en la tipicidad del delito en hermenéutica jurídica.

La noción de contrato debe entenderse en sentido técnico, de la mano de los criterios que se manejan en el Derecho privado y en el público. “No interesa la forma particular del contrato, como su modalidad, tiempo de duración, sujetos intervinientes, ni tampoco es relevante la materia o el carácter del mismo” (Castillo, 2015, 589). En esa línea se entiende por contratos a todos los actos jurídicos destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Un contrato siempre es bilateral, es necesaria la concurrencia de dos partes: el Estado y las personas naturales o jurídicas particulares en las cuales el sujeto público “agente” tiene algún interés económico.

Los contratos en los que es parte el Estado son variados y se refieren a negociaciones lícitas de contenido múltiple: de suministro de servicios, culturales, económicos, de obras, etc.

En cambio, las “operaciones” son los actos dispuestos o convocados por el Estado que no reúnen las características formales y bilaterales de los contratos: licitaciones, convocatorias diversas, incautaciones, embargos de bienes, expropiaciones, etc. “El objetivo del legislador de utilizar este término genérico con carácter subsidiario es ampliar el círculo de actos en los cuales está prohibido poner en práctica intereses disfuncionales” (Rojas, 2002, p. 590; Abanto, 2003, p. 515; Castillo, 2015, p. 590).

En suma, cualquier contrato u operación:

Comprende aquellas situaciones en las que la administración pública, representada por sus funcionarios, participa y/o interviene como parte contractual, en similar condición, frente a un tercero, sea este una persona natural o jurídica, mientras que la operación, debe entenderse como aquellos actos unilaterales que se producen entre la administración pública y sus administrados, condicionados a que tales actos tengan un contenido económico; que, dentro de ese contexto, se advierte que no estamos ante cualquier acto administrativo, sino ante aquellos de naturaleza bilateral o unilateral, en los que existe la posibilidad de poner en peligro el patrimonio de la administración. (Ejecutoria suprema, 4-07-2007, R. N. N.º 373-2007-Lima)

g) Relación funcional

El objeto del delito de negociación incompatible debe estar confiado al sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado en la administración pública. Este aspecto resulta un elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica jurídica. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito no se configura así incluso haya evidente perjuicio patrimonial del Estado con el actuar del agente.

En el delito de negociación incompatible es condición *sine qua non* que los contratos u operaciones objeto de la conducta indebida estén confiados al

agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo que desempeña dentro de la administración estatal. “Estas competencias están establecidas en de manera previa en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía, como reglamentos o directivas de la institución pública comprometida” (Rojas, 2002, p. 590).

La relación con el objeto del delito puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar encargado de modo directo de celebrar los contratos o realizar las operaciones, o solo puede tener esa facultad por disposición jurídica o disposición funcional. En este último caso, se entiende que otro funcionario o servidor dependiente de aquel, participa de modo directo en el contrato u operación.

“Es obvio que la incompetencia o falta de relación funcional del sujeto público con los contratos u operaciones de modo alguno puede llevar a la conclusión de impunidad de su conducta, toda vez que es factible sea sancionado como cómplice de la conducta realizada por aquel agente que cuente con relación o vinculación funcional” (Salinas, 2019, p. 685).

Este elemento objetivo del delito de negociación incompatible permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulneran los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por los funcionarios o servidores públicos en virtud del cargo que desempeñan en la administración pública. Entendido así, se concluye que el bien jurídico solo se verá afectado cuando el agente lesione o coloque en peligro el patrimonio del Estado infringiendo o lesionando deberes específicos que tiene para con la celebración de contratos u operaciones en representación del Estado que le han sido encomendados. Con ello se descarta una lesión a deberes generales del cargo.

En concreto, como señala Rojas (2002), “no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público sino solo aquel que posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones como cometido de sus funciones por razón del cargo” (p. 586). En sentido parecido Abanto (2003, p.



508). Esta restricción prevista por el tipo penal excluye a los funcionarios o servidores públicos que solo cumplen encargos o delegaciones sin estar referenciados en los deberes del cargo.

Esta es la interpretación que hace la jurisprudencia nacional en la ejecutoria suprema del 8 de agosto de 2001, argumentando que:

En cuanto al delito de negociación incompatible, se tiene que el encausado era regidor de la Municipalidad Metropolitana y no de los municipios distritales, ni funcionario de la Empresa Nacional de Administración de Peajes –Emape– que suscribirían los convenios sobre publicidad exterior con las empresas vinculadas a su persona, por lo que no puede ser sujeto activo del mismo. (R.N. N.º 1054-2001-Lima)

En la misma línea de hermenéutica jurídica, la ejecutoria suprema del 25 de octubre de 2002 en forma pedagógica argumenta:

Si bien el encausado, médico especialista del hospital, era propietario del ‘Centro Quirúrgico Oftalmológico’ y en calidad de servidor público se interesó por la celebración de los convenios suscritos por el hospital nacional y su centro oftalmológico, también lo es que en la celebración de ambos convenios el procesado no intervino por razón de su cargo, tal como lo exige el tipo penal, debido a que la decisión de aceptar la propuesta prestada no dependía de él, evidenciándose de esta manera que los hechos imputados no reúnen los presupuestos del tipo penal referido. (R.N. N.º 4832-2001- Arequipa)

En otras ejecutorias el alto tribunal de justicia ha sostenido que:

No es suficiente para la configuración de este tipo penal, que el sujeto activo del delito tenga solo la condición especial de funcionario o servidor público, ya que, es necesario que el agente cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y la competencia para participar en una contratación u operación. De

tal manera que lo que determina la condición de autor no es tanto la calidad de funcionario o servidor sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley en razón del cargo. (R. N. N.º 253-2012- Piura, 13-02-2013; R. N. N.º 2099-2010, 22-07-2012 y R. N. N.º 2770-2011- Piura, 12-09-2012)

h) Bien jurídico protegido

Es común en la doctrina mayoritaria considerar que el bien jurídico protegido general es el recto y normal desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública<sup>71</sup>. La conducta prohibida tiene por finalidad sancionar penalmente a aquel sujeto público que se interesa en un contrato u operación de carácter económico en el cual interviene en razón de su cargo. Lo que se busca es que el sujeto público no realice actos que revelen una especial preocupación de favorecer intereses de terceros o favorecer sus intereses particulares en perjuicio de los intereses del Estado. El delito se evidencia cuando el agente público en lugar de preocuparse por los intereses económicos de la administración pública a la que representa se interesa por beneficiar a terceros o beneficiarse personalmente. En consecuencia, el normal y recto funcionamiento se ve seriamente lesionado o puesto en peligro. De modo que este es el bien jurídico general protegido que se pretende cautelar.

Corresponde enseguida determinar cuál es el bien jurídico específico que lo diferencia de los demás delitos contra la administración pública.

Consideramos que el bien jurídico específico del delito de negociación incompatible es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su función particular encomendado en razón del cargo que desempeñan, como es el de celebrar contratos u operaciones –

---

71 No obstante, aún hay quienes como CASTILLO (2015), que no entienden esta posición desde una perspectiva teleológica habida cuenta de que es posible que el interés particular del funcionario sea en ocasiones el más compatible con el desarrollo y normal funcionamiento de la administración pública. Por otro lado, siguen afirmando, “el referido normal funcionamiento de la administración pública más que una fórmula que sirva para orientar y delimitar el contenido de las acciones típicas del tipo penal constituye un planteamiento de escasa ayuda en la interpretación del injusto” (p. 17).

desde su preparación, inicio, celebración y ejecución- a favor de la administración pública. Se entiende que participa en estos actos jurídicos siempre cuidando o preocupándose por los intereses del Estado al que representa. De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente público lesione o ponga en peligro el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad en la celebración de contratos u otras operaciones que le han sido encomendados o confiados por el cargo que desempeña dentro de la administración pública. Y estos deberes sin duda se sustentan en los principios de transparencia e imparcialidad de los sujetos públicos en la toma de decisiones propias de su cargo. (Salinas, 2019, p. 687)

El autor vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones que interviene por razón de su cargo, “cuando en lugar de procurar siempre el beneficio del Estado en los contratos u operaciones similares en las que interviene, procura un beneficio particular, sea propio o para tercero” (Casación N.º 628-2015-Lima, 5 de mayo de 2016). Cuando el sujeto público se parcializa actúa con una orientación torcida y al margen del interés de la administración a la cual debe ser leal.

De esa forma, se busca evitar que los sujetos públicos, “utilizando su posición y cargo, interfieran deslealmente, manipulen o dirijan arbitrariamente los contratos u operaciones económicas de carácter estatal, imponiendo su voluntad, deseo o capricho a favor de terceros o del propio por encima de los intereses del Estado” (Castillo, 2015, p. 16). Se trata de que el sujeto público no afecte su imparcialidad con tales conductas. Se entiende la imparcialidad como la actitud leal y proba del sujeto público en su participación en los contratos y operaciones económicas del Estado, en los cuales debe dejar de lado intereses pecuniarios ajenos a los del Estado. Si abusando del cargo público que ostenta persigue intereses propios y particulares, se parcializa a favor de terceros o a favor de sus propios intereses, esa parcialización pone en peligro y puede en ocasiones llegar a perjudicar en forma real el patrimonio del Estado.

En la ejecutoria suprema del 4 de julio de 2007 se argumenta que “el bien

jurídico específico que es protegido en el delito de negociación incompatible, no puede ser cualquier conducta de interés indebido en un contrato u operación, sino solo aquella que implique el peligro de un perjuicio patrimonial para la administración pública, debido a una supuesta actuación imparcial del funcionario o servidor público” (R.N. N.º 373-2007-Lima).

En parecido sentido se ha pronunciado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la ejecutoria suprema del 10 de marzo de 2010, cuando sostiene que con el tipo penal de negociación incompatible:

No se tutela el patrimonio administrado por el funcionario o servidor público, sino propiamente la legalidad del ejercicio de la función pública y busca asegurar los deberes de lealtad institucional y probidad funcional, de suerte que se sanciona la transgresión de los roles especiales de negociación y representación pública que intervienen, directa o indirectamente, en cualquier contrato u operación por razón de su cargo –principio de taxatividad- que el sustento de la prohibición no está en la generación de un perjuicio patrimonial al Estado, sino en el irregular desempeño funcional. (R.N. N.º 661-2009-Lima)

Por su parte, Rojas (2002) considera que:

El bien jurídico específico se orienta a otros aspectos. Así pretende enseñar que el objeto específico radica en la necesidad de preservar normativamente la administración pública del interés privado de sus agentes que anteponen sus intereses a los de ella. Se busca también mantener incólume la imagen de la administración ante la ciudadanía. Es inaceptable social y culturalmente que el conjunto de la actividad estatal o un sector de ella brinde una imagen de funcionarios y servidores con doble expectativa en el cumplimiento del cometido de sus cargos: servir al Estado y servirse indebidamente de las posiciones o ventajas funcionales obtenidas (p. 585).

En tanto, Castillo (2015), siguiendo a Sancinetti, argumenta que el bien jurídico protegido en el delito en hermenéutica jurídica “es la transparencia en

los procesos de contratación estatal, en las operaciones y la exclusiva promoción de los intereses públicos con la que debe actuar un funcionario público en la realización de los actos propios del cargo cada vez que intervienen en los contratos en nombre o representación del Estado” (p. 15). No es de recibo este planteamiento, debido a que todos los actos delictivos de corrupción de funcionarios son actos no transparentes para con la administración pública. Tal aspecto más tiene que ver con el bien jurídico general que con el bien jurídico específico.

Aquí es necesario dejar precisado que tal como sucede con todos los delitos contra la administración pública, el bien jurídico protegido no es el patrimonio del Estado sino deberes y principios que sustentan la organización de la administración pública, así como principios que le dan funcionalidad. De modo que el patrimonio del Estado se constituye solo en objeto de los delitos. De ahí que se sostenga con propiedad que en el delito de negociación incompatible “no se protege directamente el patrimonio estatal, pues el delito se perfecciona al margen de si se acredita una afectación o un perjuicio real o potencial al patrimonio del Estado” (Castillo, 2015, p. 21).

#### i) Sujeto pasivo

Solo lo es el Estado. Pues se constituye en el único representante o titular de los bienes jurídicos que se pretenden proteger con este tipo de delito que forma parte de los delitos funcionariales.

#### I.2.3.2 TIPICIDAD SUBJETIVA

El hecho punible de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo es netamente doloso, no cabe la comisión por culpa. La configuración subjetiva de la conducta ilícita requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de celebrar contratos o realizar operaciones en representación y favor del Estado; no obstante, voluntariamente actúa evidenciando interés particular con el firme objetivo de obtener un provecho indebido para sí o para un tercero con el cual

lógicamente tiene alguna vinculación.

Es lugar común en la doctrina nacional considerar que la conducta punible es posible solo por dolo directo. Los actos de “interés privado” y, sobre todo, bajo la modalidad de “acto simulado”, no son posibles sin quererlos. “Es en estos casos donde es determinante el dolo, pues los elementos objetivos no contienen la conducta desvalorada sin el “interés particular” en su aspecto subjetivo” (Abanto, 2003, p. 516). En tanto que Rojas (2002), enseña que el delito en análisis “requiere dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en las hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública” (p. 591).

Incluso la Sala Permanente de la Corte Suprema, en ejecutoria del 12 de setiembre de 2012, ha dejado establecido que “es una exigencia del tipo penal que el agente actúa con dolo directo, lo cual se aprecia con mayor énfasis en la hipótesis de intervención simulada, donde el sujeto activo despliega actos de astucia o engaño a la administración pública.” (R.N. N.º 2770-2001- Piura)

Posición distinta y sin mayor explicación sostiene Castillo (2015), al afirmar que:

La formulación amplia de la ley no impide que la infracción pueda cometerse, por ejemplo, con dolo eventual, pues nuestra legislación, a diferencia de lo que sucede en el Derecho italiano no alude especial y expresamente a la intencionalidad del funcionario público, forma subjetiva que excluye el dolo eventual.  
(p. 597)

Aparte de esta consideración general y definir lo que significa dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual, el citado profesor no explica razonablemente como podría darse en la realidad concreta un caso de negociación incompatible por dolo indirecto o dolo eventual. Incluso, no se aventura a dar un ejemplo práctico como sí lo hace en otros supuestos.

### I.2.3.3 AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

De la lectura del artículo 399 del Código Penal se concluye que estamos ante un delito especialísimo. El sujeto activo puede ser funcionario o servidor público y, en tal condición, debe tener dentro de sus atribuciones o funciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación de la administración pública. En consecuencia, como ya se ha expresado *ut supra*, además de exigirse que el agente cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que posea también una vinculación funcional ineludible con los contratos u operaciones que celebra el Estado objeto del delito. Si no se verifica que el funcionario o servidor público tenía dentro de sus funciones o atribuciones la celebración de contratos o la realización de operaciones en representación y favor del Estado, el hecho punible en hermenéutica jurídica no se perfecciona.

En esa línea, “no es suficiente para la configuración del delito de negociación incompatible, que el sujeto activo del delito tenga la sola condición especial de funcionario o servidor público. Es necesario que el sujeto público cuente con las facultades y competencias para intervenir en los contratos o las operaciones, es decir, posea el poder y las competencias para participar en una contratación u operación” (Salinas, 2019, p. 691). De tal manera, que debemos concluir que lo determinante para ser autor no es tanto la calidad de sujeto público, sino la intervención en los actos jurídicos regulados por la ley por razón del cargo que desempeña dentro de la administración pública.

Por otro lado, no solo los funcionarios de la burocracia tradicional pueden ser sujetos activos del delito de aprovechamiento indebido de cargo, sino también de acuerdo con el artículo 425, inciso 3, del Código Penal, pueden ser los particulares que han sido contratados para ejercer la función específica de contratar o realizar cualquier otra operación en representación y en favor del Estado.

Asimismo, los funcionarios o servidores públicos que no tienen la relación funcional exigible por el tipo penal y los extraños a la administración que

colaboren o apoyen al sujeto público obligado en la comisión del hecho punible responderán por el mismo delito, pero a título de cómplices, pero solo son cómplices o instigadores.

Es obvio que para saber quién es autor o cómplice en un delito funcional, no se sigue la teoría de dominio del hecho sino la teoría de infracción del deber, en la cual la complicidad es única como ya lo tenemos expuesto en la primera parte de esta obra. No pueden hacerse distinciones entre complicidad primaria o secundaria como todavía lo hace Castillo (2015, p. 119). En estos tiempos que nos ha tocado vivir, somos testigos de excepción del avance de la dogmática penal, en la cual ha quedado establecido que la diferencia entre complicidad primaria o secundaria, así como la categoría de la coautoría son hijas de la teoría del dominio del hecho. Aquellas categorías son incompatibles con la teoría de la infracción del deber que debe ser utilizada para identificar en forma razonable quién es autor y quién es cómplice en los delitos especiales como lo son la mayoría de los delitos contra la administración pública donde se incluye el delito de negociación incompatible.

### **I.3 PROPUESTAS DOCTRINARIAS DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA PLANTEADO: TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DE LOS DELITOS FUNCIONARIALES**

En general se sabe que, si en la realización de un delito interviene una sola persona, no se genera problemas de autoría. Quien realiza el tipo penal tanto de manera objetiva como subjetiva será autor del delito. Los problemas de autoría aparecen cuando varias personas intervienen en la comisión de un delito, pues dado que el legislador en el Código Penal ha distinguido entre autoría y participación, “se genera la necesidad de diferenciar quién debe ser imputado como autor y quién como cómplice en la realización del delito producido” (Otto, 2017, p. 443).

De esa forma, cuando participan más de dos personas en la comisión de los delitos especiales o de infracción de deber como lo constituyen la mayoría



de los delitos contra la administración pública que en los casos más extremos desintegran las sociedades, siempre en la doctrina del Derecho Penal y en la jurisprudencia ha resultado problemático determinar quién es autor y quién cómplice o instigador. El planteamiento de diversas teorías da cuenta de esta preocupación permanente en la doctrina del Derecho penal. Aquí corresponde resaltar las teorías dogmáticas más importantes que se han planteado para tratar el problema jurídico puesto en evidencia. Pues bien, tomando en cuenta su trascendencia dogmática y el momento de su sistematización, tenemos las siguientes teorías: 1) La de dominio del hecho, 2) La de infracción de deber desde la posición dogmática de Roxin, 3) La de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs y 4) La de los delitos especiales de garantes de Schünemann.

### I.3.1 LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE DOMINIO: TEORÍA DE DOMINIO DEL HECHO

Desde la inicial definición sistemática de autor del Código Penal italiano de 1930, conocido también como “Codice Rocco”, en el cual se sostenía que “autor es todo causante” del resultado (autoría única) se han ensayado diversas teorías para conceptualizar al “autor” u “hombre central” del delito en la dogmática penal, hasta llegar a la teoría de dominio del hecho que finalmente se ha impuesto a nivel dogmático, legislativo y jurisprudencial.

Antes de todo, debe precisarse que la teoría del dominio del hecho presenta variedad de aristas entre los penalistas que la defienden, por lo que no es fácil deducir conclusiones claras y similares. “Entre estas aristas, las más aceptables son las que más perfilan en qué consiste ese dominio y qué papel desempeña en cada forma de autoría, sin dar al dominio del hecho una extensión desmesurada” (Díaz y García, 1991, p. 689).

En la mayoría de los delitos que recoge el Código Penal el criterio decisivo para identificar al autor es el “dominio del hecho”<sup>72</sup>: figura central del suceso

---

72 WELZEL utilizó por primera vez el término “dominio del hecho”, en su escrito fundamental *Studien zum System des Strafrechts* del año 1939. Antes era utilizado solo confusa y ocasionalmente.

delictivo es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, mientras que los partícipes, si bien ejercen igualmente influencia en el acontecer, sin embargo, no configuran de manera decisiva o determinante su ejecución (Roxin, 2014, p. 69). De modo que “posee el dominio del hecho y es autor quien en la realización del delito aparece como figura clave, como personaje central del evento por su influencia determinante o decisiva en el acontecimiento” (Roxin, 2014, p. 75). Antes de Roxin, Welzel (1956) enseñaba que:

Autor es quien tiene el dominio consciente del hecho dirigido hacia el fin. Aquí se eleva el autor, por la característica del dominio finalista del hecho, por encima de toda otra participación. El instigador y el cómplice no tiene el dominio del hecho, sino que sólo han inducido a la decisión del hecho o ayudaron en su ejecución. Por eso, una participación auténtica solo es posible dentro de los tipos dolosos. (p. 104)

Interpretando la postura dogmática de Welzel, Cerezo (2001) concluía que “autor es solo aquel que, mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico, tiene el dominio de la realización del tipo” (p. 201). El autor se diferencia del cómplice e instigador por el dominio finalista del hecho; el partícipe, o bien se limita a ayudar en el hecho, dominado por el autor de un modo finalista, o participa determinando la resolución del autor de realizar el hecho punible.

Para Roxin, en los delitos comunes, “el legislador describe el comportamiento típico de forma tan precisa como le ha sido posible. En ellos es autor quien domina el hecho descrito en el tipo; en otras palabras, aquel que es señor de un suceso delimitado en sus contornos mediante la descripción del delito de la parte especial del Código Penal correspondiente” (Schünemann, 2009, p. 499; Sánchez-Vera, 2002, p. 27).

---

WELZEL lo estableció como criterio central de la autoría, distinguiendo entre las dos formas siguientes del dominio del hecho, equiparándolas: “el dominio final del hecho como resultado de la acción final y el dominio social del hecho en los delitos especiales que se centran en una posición especial de deber del autor” (SCHÜNEMANN, 2009, p. 511). De ahí que el profesor español CEREZO (2001) consideraba que “una de las aportaciones más importantes de Welzel a la moderna teoría del delito, es, sin duda, el desarrollo del concepto finalista de autor” (p. 201).

El punto de referencia para la determinación de la relación de dominio es, pues, la descripción del tipo penal. Roxin denominó a estos delitos, *de dominio del hecho*. El mismo Roxin, reconoce que “esta teoría es fruto del desarrollo de enfoques tanto subjetivos y objetivos, de modo que representa realmente una síntesis de las concepciones con anterioridad extremadamente divergentes”. Halló su primera formulación en 1933 con Lobe. Luego Welzel en 1939 desarrolló el concepto del dominio final del hecho. Afirmaba que “el criterio esencial del dominio del hecho no es una vaga voluntad de autor, sino el verdadero dominio final del hecho”. Luego Gallas en 1954 intentó determinar por primera vez de forma mucha más concreta el concepto de dominio del hecho desde un punto de vista objetivo. “Uso el concepto de dominio del hecho como baremo para una interpretación “relajada” de la conducta típica”. “Quien tiene el dominio del hecho no se decide necesariamente en función del grado de dominio sobre el curso causal, sino también con arreglo al sentido jurídico de los distintos tipos” (ROXIN, 2000, pp. 85, 96; ROXIN, 2014, pp. 76, 77). Y sobre esta postura, Roxin sistematiza lo que hoy conocemos como teoría del dominio del hecho.

Como todo individuo domina su propio comportamiento, en tanto no presente defectos de conducción, es entonces el dominio sobre el propio movimiento corporal fundamento del resultado. “Este dominio sobre el propio comportamiento es el punto de partida llevado al concepto de la autoría directa o inmediata en todos los códigos penales” (Schünemann, 2006, p. 286). De ahí que se afirme, según la teoría del dominio del hecho, que es autor quien domina el evento delictivo. Es autor quien tiene las riendas del acontecimiento criminal. Luego, “el dominio ejercido sobre otros en la autoría mediata y el dominio común, mediante división de tareas en la coautoría, son expresiones del concepto tipológico (typus) de la teoría del dominio del hecho” (Schünemann, 2006, p. 287). Aquí se sostiene tal como enseña Roxin, que “son los tipos penales de la Parte Especial de los Códigos penales que describen el hecho y que, de ese modo, caracterizan como autor a quien pertenece a esa descripción” (p. 287).

De modo que es lugar común en la doctrina sostener que solo es autor aquel que realiza por propia mano o por medio de otro todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal, es decir, aquel que tiene el

dominio del hecho. Dominio del hecho significa “mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico” (Maurach, citado por Roxin, 2000, p. 90; Wessels, Beulke y Satzger, 2018, p. 360). “Solo puede ser autor quien, de acuerdo con el significado de su aportación objetiva, gobierna el curso del hecho” (Jescheck y Wigend, 2014, p. 976). De ahí que Schünemann concluya: “el dominio es la forma más intensa de control de los hechos. Quien lo posee, decide de forma determinante sobre el destino del bien jurídico, por eso el autor de un delito doloso es amenazado por la ley con la pena más dura” (2018, p. 40).

El dominio del hecho, según esta teoría de concepto abierto (Roxin, 2000, p. 146; Roxin, 2014, p. 75; Wessels, Beulke y Satzger, 2018, p. 360; Abanto, 2014, p. 378), se manifiesta, a su vez, de tres formas:

1. Dominio de la acción o autoría directa: quien no ha coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho. El legislador en las descripciones típicas describe también al autor. “Solo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor” (Roxin, 2000, p. 151).

En concreto, el que ejecuta por completo, libremente, de propia mano y por la razón que sea, es la figura central dominante del hecho dañoso. Es el centro del acontecimiento perjudicial. Por su parte, el profesor Díaz y García (1991) expresa que “autor es quien, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos, y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, solo e inmediatamente, domina el hecho, es decir, determina objetiva y positivamente el curso del suceso” (p. 691).

El artículo 23 del CP peruano asume y define a la autoría directa como la situación que aparece cuando la persona “realice por sí” el hecho delictivo.

2. Dominio de la voluntad o autoría mediata: aquí se trata de casos en “los que falta precisamente la acción ejecutiva del sujeto de atrás y el dominio del

hecho solo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Existe dominio de la voluntad en el autor” (Roxin, 2000, p. 166). Se puede dominar el acontecimiento delictivo, sin tener que participar en la realización típica o colaborar de otra manera, dominando la voluntad del ejecutor. “El dominio de la voluntad del sujeto de detrás puede basarse o en que (como en las situaciones coactivas) domina la formación de la voluntad del ejecutor directo o en que como en los casos de error es capaz de dirigir el suceso en virtud de una supra determinación configuradora de sentido” (Roxin, 2000, p. 169).

En consecuencia, en estos casos “el hombre de atrás se sirve de otra persona para la comisión del hecho y, a través de su preponderancia, obtiene un dominio del hecho asimilable valorativamente a la perpetración inmediata del hecho” (Jescheck y Wigend, 2014, pp. 976 - 993).

Autor mediato es “el hombre de atrás, que no comete de por sí el hecho delictivo; es decir, no actúa de propia mano; pero, paradójicamente, ostenta el sí y el cómo, tiene las riendas del evento, domina el hecho” (Parma, 2016, p. 184).

Del mismo modo, puede aparecer el dominio de la voluntad del hombre de adelante por parte del hombre de atrás en virtud de estructuras de poder organizadas. En efecto, una organización de poder despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona automáticamente, sin que importe la persona individual del ejecutor. Si el sujeto de atrás que es el mando de la estructura organizada da la orden de matar, por ejemplo, puede confiar en que la orden se cumplirá sin que tenga que conocer al ejecutor. Y no necesita recurrir al engaño o la coacción, pues si uno de los ejecutores no quiere cumplir la orden, inmediatamente es remplazado por otro: el ejecutor es fungible. “Este ejecutor si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo, es al mismo tiempo engranaje fungible en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer delictivo” (Roxin, 2000, p. 273). En tanto que Díaz y García (1991), enseña que autor mediato es aquel que “reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos, y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, a través de otro, al que utiliza

como instrumento, domina el hecho, es decir, determina objetiva y positivamente el curso del suceso” (p. 691).

El artículo 23 del CP peruano asume y define a la autoría mediante como la situación que se verifica cuando la persona realiza “por medio de otro” el hecho punible.

3. Dominio funcional del hecho o coautoría: En un hecho delictivo común o de dominio donde participan varias personas, es fundamental también determinar quién actúa como coautor. Para tal cometido es necesario saber que lo particular de la coautoría radica en que cada persona interviniente domina el acontecer delictivo global en cooperación con los demás. Lo que quiere decir que el coautor no tiene por sí solo el dominio completo del hecho, ni un dominio parcial, pues “el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que estos pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho delictivo global” (Roxin, 2000, p. 307). Esto es, serán coautores aquellos intervinientes a quienes corresponda, de acuerdo con el plan delictivo, una contribución independiente, esencial, a la comisión del delito. Ninguno de ellos tiene por sí solo el dominio del hecho, pero a la vez todos, en conjunto, lo tienen, “pues sus aportaciones están tan engarzadas de acuerdo el principio de la división de funciones que si cualquiera de ellos dejase de aportar su contribución a la comisión del delito, este no podría realizarse o se trataría ya de otro hecho” (Cerezo, citando a Roxin, 2001, p. 214). Welzel (1956), ya enseñaba que “la coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Todo coautor complementa con su parte del hecho las partes del hecho de los demás en un total delictuoso; por eso responde también por el total” (p. 113).

De modo que es coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo dominio funcional se sostiene o se viene abajo el hecho delictuoso emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer. Y mucho menos se requiere que “ponga las manos a la obra” en sentido externo o ni siquiera que esté presente en el lugar del hecho criminal. “El jefe de una banda de contrabandistas que imparte por teléfono las

órdenes a los concretos grupos operativos, es coautor”, caso citado por Maurach (Roxin, 2000, p. 311).

De ahí que es razonable concluir que más importante que la aportación material en la ejecución del delito que formalmente no entra en el marco de la acción típica, es suficiente para configurar la coautoría, la división de roles que resulte más adecuada a la finalidad perseguida por los participantes<sup>73</sup>. Jescheck y Wigend (2014) sostienen que “solo debe tratarse de una parte necesaria de la ejecución del plan delictivo conjunto en el marco de una división del trabajo llevada a cabo racionalmente (dominio funcional del hecho)” (pp. 977, 1008). Por su parte Kindhauser (2011) enseña que “una división funcional del trabajo es presupuesto objetivo de una representación relevante para la coautoría. Pues el autor no es meramente llamado a responder por un déficit de fidelidad al derecho, sino ya también por la realización objetiva del injusto” (p. 51).

En tanto que Kohler sostiene que “coautor es quien realiza el hecho juntamente con otro, de mutuo acuerdo a través de aportaciones similares” (Citado por Roxin, 2000, p. 170).

Díaz y García (1991) precisa que “se presentará coautoría cuando el autor reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos, y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, mediante la actuación conjunta con otros, domina el hecho, es decir, determina objetiva y positivamente el curso del suceso” (p. 691).

El artículo 23 del CP peruano asume y define a la coautoría como la situación que aparece cuando dos o más personas “cometen conjuntamente” el hecho delictivo<sup>74</sup>. Jurisprudencialmente también se acepta que la coautoría puede darse o aparecer en los casos concretos de tres formas. En efecto, en la

---

<sup>73</sup> CERESO (2001) enseñaba que “la aplicación del criterio del dominio funcional del hecho puede plantearse en algún caso límite, pero ofrece, a su juicio, directrices lo suficientemente claras al juez para llevar a cargo el deslinde de coautoría y complicidad” (p. 214).

<sup>74</sup> La jurisprudencia nacional ha interpretado que la coautoría exige tres requisitos: “Decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer”. Ejecutoria suprema, 6 de mayo de 1999, Exp. N° 1199-99-Cañete; sentencia casatoria del 11 de junio de 2019, Casación N.° 1039-2016-Arequipa- Sala Penal Transitoria.

sentencia casatoria del 11 de junio de 2019, se hace referencia que:

En doctrina se distinguen teóricamente varias formas de coautoría; a) la coautoría sucesiva, que consiste en que una persona participa en un hecho, cuya acción se inició en régimen de autoría única por otro sujeto, a fin de acompañando su actuación con la de este, lograr la consumación, en este tipo de coautoría no se requiere un acuerdo expreso<sup>75</sup>; b) la coautoría alternativa, la misma se define como el acuerdo de voluntades que determina que el hecho no lo realice por sí solo un sujeto determinado sino cualquiera del colectivo alternativamente, dependiendo de las circunstancias más propicias para la ejecución; c) la coautoría aditiva o agregada, esta aparece cuando varias personas siguiendo la decisión común realizan al mismo tiempo la acción ejecutiva, pero solo alguna o algunas de las acciones de dichas personas producirán el resultado típico. (Fundamento 10 de la Casación N.º 1039-2016-Arequipa)

*La participación* se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. “La participación es la incitación o el apoyo, sin el dominio del hecho, de un hacer o de un no hacer ajenos” (Wessels, Beulke, Satzger, 2018, p. 363). La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Esto es, sin la participación del partícipe no se hubiese realizado el delito. Su participación es imprescindible para la comisión del delito. Mientras que la participación secundaria se configura cuando el partícipe de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito. Es secundaria la participación cuando con o sin la intervención del partícipe igual el delito se hubiese cometido. Podemos decir que la participación primaria es insustituible, en tanto que la secundaria es sustituible.

---

<sup>75</sup> Parma (2016) enseña que, en la coautoría sucesiva, los coautores “no gestan su plan común en una fase previa a la ejecución, sino que se ponen de acuerdo en plena fase ejecutiva” p. 175. (Esta cita no forma parte de la casación citada, es agregado nuestro)



No está de más precisar que estas categorías de la complicidad aparecen debidamente previstas en el artículo 25 del CP peruano. En efecto, allí se prevé que aparece la complicidad primaria cuando el agente “dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado”. Luego se describe que se verificará la complicidad secundaria cuando el agente “de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia” al autor o autores del hecho punible.

Otra modalidad de participación también está prevista en el artículo 24 del Código Penal que prevé la instigación, y que se configura cuando el agente *dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible*. Welzel (1956) sostenía que “instigar es determinar dolosamente a un hecho doloso (mediante influenciación psíquica)” (p. 121). Se materializa cuando se hace nacer en otro la resolución criminal. Este otro no tenía pensado y menos planificado cometer un delito, no obstante, se presenta el agente y por medio de la instigación le hace nacer la resolución de cometer determinado delito.

“Autor es quien ostenta el poder de controlar el desarrollo de todos los acontecimientos y partícipe quien, por exclusión, tiene un peso de intervención de menor grado, accesorio o secundario con relación al autor” (Caro, 2015, p. 23). De ahí que Montealegre y Perdomo (2005), señalen que “el criterio para delimitar al autor del partícipe, es el mismo: el peso del aporte” (p. 81). La relación entre autor y partícipe es de dependencia, el partícipe depende del autor. No hay partícipe si previamente no existe autor.

Todo lo expuesto, en resumen, es la postura de la teoría del dominio del hecho de ROXIN (2000; 2014, pp. 80 y ss; 2007, p. 470) a la cual se adhiere nuestro Código Penal respecto a la autoría y participación. Teoría que pretende otorgar criterios objetivos y cualitativos para la delimitación entre autoría y participación en los delitos comunes o de dominio. Teoría que por lo demás es dominante en la ciencia penal alemana (Schünemann, 2006, p. 281; Wessels, Beulke y Satzger, 2018, p. 362). Aquí resulta necesario precisar que se trata de la teoría del dominio del hecho sustentada por Roxin, la misma que Jakobs la calificó como una “forma amorfa” (Schünemann, 2006, p. 280). Jakobs, en lugar

del dominio del hecho, ofrece el concepto de la “división del trabajo vinculante”. “Así el interviniente en el hecho sería competente por la totalidad del hecho cuando le hubiere proporcionado un aporte al ejecutor que lo vinculare (al interviniente) con la ejecución, por tener el sentido de darle una determinada forma a ésta. La distinción entre autoría y participación debería, en su opinión, ser desplazada al nivel comunicativo-simbólico del significado. Entonces, como cada interviniente sería competente con respecto a la totalidad del hecho, la diferenciación entre autoría y participación recaería sólo sobre los grados de gravedad que sirven para la medición de la pena. Según esta concepción, no habría una diferenciación objetiva entre coautor y cómplice y, especialmente, tampoco una restricción de la autoría al estadio de ejecución. En suma, se vuelve al concepto unitario de autor” (Schünemann, 2009, pp. 494, 498).

En efecto, Schünemann (2009), enseña que “los puntos angulares de la concepción de Roxin han sido ampliamente aceptados durante décadas en la ciencia penal alemana, y también en gran parte de la ciencia penal hispanohablante” (p. 492)<sup>76</sup>. Incluso el mismo Roxin (2014), con sobrada razón ha llegado a sostener que “hoy casi toda la literatura científica sigue la teoría del dominio del hecho” (p. 77); así también ha sostenido que “la delimitación entre autoría y participación se lleva a cabo, según la opinión absolutamente dominante en la bibliografía alemana, con la ayuda de la doctrina del dominio del hecho” (Roxin, 2000, p. 165). Por su parte Otto (2017), precisa que “hoy constituye doctrina dominante en la bibliografía la teoría del dominio del hecho, cuyos partidarios ven el criterio decisivo de la autoría en el dominio del hecho - aunque con diferentes matices en los detalles-, al menos respecto de los delitos comunes” (p. 446).

En resumen, la teoría del dominio del hecho, como criterio determinante de la autoría, “es uno de los grandes aportes de Roxin a la dogmática penal”

---

76 Según el punto de vista de SCHÜNEMANN, (2009), tres son los puntos angulares de la concepción de ROXIN: “en primer lugar, la adopción del sistema de diferentes formas de intervención en el delito frente a la concepción unitaria de autor; en segundo lugar, la concepción de que el concepto restrictivo de autor es correcto y, en tercer lugar, la idea de que el dominio del hecho representa, al menos para una gran parte de los delitos, la base decisiva de la autoría” (p. 492).

(Montealegre y Perdomo, 2005, p. 80).

En tal sentido, podemos formular las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es el título de imputación de los particulares que cometen un delito funcional a pedido o sugerencia del sujeto público obligado?
2. ¿Cuál es el título de imputación de los particulares que participan junto a un sujeto obligado en la comisión de un delito funcional en perjuicio del Estado?
3. ¿Cuál es el título de imputación del particular que dolosamente determina al sujeto público obligado a cometer un delito contra la administración pública?
4. ¿Cuál es el título de imputación del particular que coopera o ayuda al sujeto público obligado en la comisión del delito funcional en agravio del Estado?
5. ¿Cuál es el título de imputación del funcionario o servidor público que sin tener relación funcional alguna, participa junto con un sujeto público obligado en la comisión de un hecho punible contra la administración pública? (Salinas, 2019, p. 17)

Si se responde con los parámetros dogmáticos de la teoría del dominio del hecho la primera pregunta, “seguramente llegaremos a sostener que los particulares serán autores directos y los sujetos obligados autores mediatos. La respuesta no resulta razonable, toda vez que los particulares al no tener la condición de funcionario o servidor público que exige el tipo penal, y por lo tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por el tipo penal, de modo alguno pueden ser autores de un delito especial”. En consecuencia, se opone frontalmente el principio de legalidad fuente del derecho penal.

Por su parte, si respondemos bajo los parámetros de la teoría del dominio del hecho la segunda pregunta, “para ser coherentes debemos concluir que los particulares serían coautores de los sujetos obligados. Sin embargo, tal respuesta no puede aceptarse debido a que los particulares al no tener la condición de funcionarios o servidores públicos que exige la ley penal, y por lo tanto, no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno

pueden ser autores de un delito especial y menos coautores”.

Asimismo, al responder la tercera pregunta utilizando la teoría del dominio del hecho, “llegaríamos a sostener que los particulares o extraños a la administración pública, son autores mediatos o instigadores del delito realizado. No obstante, tal respuesta no es razonable, pues el particular al no tener la condición de funcionario o servidor público, y, por lo tanto, no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, no puede ser autor ni menos autor mediato”.

Si para responder la cuarta pregunta utilizamos los parámetros dogmáticos de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que el particular que coopera o ayuda al funcionario o servidor público en la comisión del delito sería cómplice primario o secundario, según el grado de apoyo que haya proporcionado al autor. Sin embargo, como luego se analizará, aquí se trata solamente de cómplices. No puede diferenciarse entre cómplice primario o secundario como luego se verá.

Finalmente, al responder la quinta pregunta con la teoría del dominio del hecho, “los funcionarios o servidores públicos sin relación funcional que participan junto con un sujeto público obligado serían coautores. Sin embargo, tal respuesta no puede aceptarse, pues los funcionarios o servidores públicos que no tienen un deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores del delito especial y menos coautores. Aquellos a lo más podrán ser cómplices del delito”.

De ahí que podemos concluir razonablemente que “para determinar las cuestiones de autoría y participación en los delitos especiales conocidos ahora como de infracción de deber, es apropiada la teoría del dominio del hecho, toda vez que si en el hecho delictivo participan personas con cualidades diferentes a las descritas en el tipo penal o fórmula legislativa, así estos tengan el dominio del hecho no pueden ser autores del delito, caso contrario, resultaría una extensión de la punibilidad en clara lesión o afectación al principio de legalidad” (Salinas, 2019, p. 18).

Por su parte, el profesor alemán Otto (2017), con propiedad expone que “si el tipo penal exige a la persona del autor requisitos especiales -por ejemplo, juez o funcionario- no alcanza el dominio del hecho para fundar la autoría” (p. 448).

De modo que, para Roxin, el criterio del dominio del hecho no es un principio ni criterio universal para determinar la figura central del hecho punible. Antes bien, “respecto de algunos tipos penales, el legislador no atiende a la naturaleza externa del comportamiento del autor, sino que el fundamento de la sanción reside en que se incumplen las prestaciones ligadas a un determinado rol social especial” (Sánchez-Vera, 2002, p. 29). A estos tipos penales, Roxin en 1963 los ha denominado *delitos de infracción de deber*<sup>77</sup>, en estos el dominio del hecho es irrelevante.

En suma, por la construcción de las fórmulas legislativas, en la mayoría de los delitos contra la administración pública no cualquier ciudadano puede ser autor. Para ser autor de esta clase de delitos es necesario tener, tal como lo exige el tipo penal correspondiente, la condición de funcionario o servidor público, e incluso en ciertos delitos además de tal condición, se necesita tener una relación funcional especial con el objeto del delito dentro de la administración pública. Por ejemplo, si en un caso concreto el ciudadano que ha cometido un acto de defraudación para el Estado no tiene la condición de funcionario o servidor público, no podrá ser autor de un delito contra la administración pública. De igual modo, si se exige la concurrencia de una relación funcional específica del sujeto público con el bien objeto del delito, no será posible atribuir en calidad de autor a cualquier funcionario o servidor público la comisión del delito de que se trate como, por ejemplo, el delito de colusión, peculado, malversación de fondos o negociación incompatible, etc.

Hasta aquí, queda claro que “la teoría de dominio del hecho o de

---

77 Véase: Taterschaft und Tatherrschaft, primera edición, 1963. Obra que en su séptima edición alemana fue traducida al español con el título *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, (2000, pp. 385 y ss; ROXIN, 2014, p. 180)

organización no sirve para saber quién responde como autor y quién como cómplice en la mayoría de los hechos punibles contra la administración pública, cuando en él intervienen más de dos sujetos” (Salinas, 2019, p. 21).

### I.3.2 LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

La categoría de los delitos especiales no fue estudiada en detalle durante mucho tiempo en el derecho penal. Como primer antecedente se cita “la décimo séptima edición del célebre libro de comentarios del Código Penal del Imperio Alemán de Reinhard Frank (1926)” (Schünemann, 2018, p. 95). Su naturaleza es descrita de un modo positivista, de tal manera que no solo serían delitos especiales los delitos de clase de los funcionarios o militares, sino también numerosos otros como los delitos empresariales, que solo podrían ser cometidos por el dueño de una empresa. Desde allí, como conclusión dogmática central quedó aclarado que un particular o extraño no podría ser autor del delito, aunque sí participe. El profesor Schünemann (2018) enseña que “la única monografía de rango científico a la que Frank pudo remitirse fue la tesis doctoral de Johannes Nagler sobre *La participación en los delitos especiales* del año 1903” (p. 95), donde se trató de encontrar el fundamento del delito especial en el hecho concreto de que la norma que la recogiera estuviera destinada solo a regular el comportamiento de determinados sujetos en la sociedad.

Debieron pasar más de 60 años antes de la publicación en Alemania de la siguiente monografía sobre los delitos especiales. Y esa fue la célebre obra de Claus Roxin: *Autoría y dominio del hecho (Täterschaft und Tatherrschaft)*, que fue la publicación del escrito de habilitación para la cátedra presentado en 1963. La esencia de los delitos especiales radicaría en “la infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en este delito, pero que es necesaria para la realización del tipo” (1963. p. 354). Desde allí se comenzó a diferenciar los delitos de infracción de deber de los delitos de dominio o comunes, en los cuales el dominio del hecho constituye el criterio decisivo de la autoría y participación.

Así se acuñó y apareció el concepto de los delitos de infracción de deber, concepto que, “en más de medio siglo transcurrido desde entonces, ha hecho una enorme carrera” (Schünemann, 2018, p. 96), hasta imponerse en la dogmática penal de los países adscritos al sistema jurídico europeo accidental o también conocido como sistema romano germánico (civil law). En el mismo sentido el profesor Díaz y García (2018), precisa que es “una categoría debatida, pero exitosa” (p. 169). Actualmente, con propiedad en la dogmática penal, ya no se habla de delitos especiales sino de delitos de infracción de deber. De ahí viene la división entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber que en la tesis se asume con todas sus consecuencias.

### I.3.2.1 LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER DESDE LA PERSPECTIVA DE ROXIN.

En la división entre delitos de infracción de deber y delitos de dominio verifica Roxin (2014) un reflejo de la realidad social:

Con los primeros se trata de proteger la “capacidad de función” de “diversos campos de la vida que ya se encuentran preformados”, mientras que, en los segundos, el autor quebranta un espacio que, “según el derecho, debiera haber dejado intacto”. (...) La diferencia entre estas clases de delitos no responde a dos conceptos de autor distintos (como figura central del suceso o acontecer típico), sino a la diversa estructura de los tipos penales. (p. 182)

En cualquier caso, “el fundamento último de la punibilidad -señala Roxin- es también aquí, como siempre, la lesión de bienes jurídicos; el incumplimiento del deber especial fundamenta tan solo la autoría” (Sánchez-Vera, 2002, p. 31).

La delimitación entre delito de dominio y de infracción de deber no es, según Roxin (2000), una delimitación lógico conceptual, sino una cuestión de interpretación de los tipos penales específicos:

Mediante la división entre dominio y deber... no se introduce en la Ley una diferenciación doctrinal deducida de quien sabe qué

conceptos genéricos, sino, por el contrario, se tiene en cuenta una diferencia estructural que ya se encuentra trazada en los tipos penales concretos (...). (p. 421)

En otras palabras, “los conceptos de dominio y deber que, aisladamente considerados, muestran un mayor y menor carácter normativo, se encuentran frente a los tipos correspondientes como realidades previas ya conformadas, entre las que, si bien es cierto el legislador puede elegir, no lo es menos que cuando ya ha adoptado una decisión, tales conceptos predeterminan las reglas a aplicar a todas las cuestiones de la autoría y la participación, estas resaltan la delimitación entre la casuística y la incorporación a una relación normativa abstracta desligada de los tipos concretos”.

En la construcción de los tipos penales, el legislador en los delitos de infracción de deber<sup>78</sup>, a diferencia de los delitos de dominio, describe las conductas intolerables socialmente vinculándolas con deberes constitutivos del tipo que han experimentado su concreción en los más diversos ámbitos del ordenamiento jurídico y cuya infracción provocadora o incluso únicamente evitadora del resultado típico se conmina con pena. Aquí lo decisivo para el legislador no es la configuración externa o constitución externa de la conducta del autor, sino la infracción de exigencias de prestaciones o rendimiento de un papel social asumido por aquel. En estos casos la figura central entre varios intervinientes es quien infringe el deber que le incumbe y, de ese modo, contribuye por acción u omisión al resultado, de manera que es indiferente la magnitud de la participación externa en el resultado o en el dominio del hecho. “Son los delitos de infracción de deber” (Roxin, 2014, p. 180).

Por ende, según la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción de deber”. Es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo o lesionando un deber especial

---

78 El profesor SCHÜNEMANN (2018) enseña que “el concepto de delito de infracción de deber es, en la obra de Jakobs, uno totalmente diferente al de la obra de Roxin: mientras que Roxin quería originalmente determinar los delitos de infracción de deber mediante la lesión de un deber especial extrapenal, para Jakobs se trata de un deber penal en sí mismo, cuya concreta infracción sería idéntica al daño que para la vigencia de la norma penal genera” (p. 100).



de carácter penal. En tanto que partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno.

La teoría de infracción de deber fue introducida en el Derecho penal junto a la teoría de dominio del hecho por el profesor Claus Roxin en 1963 en su obra *Autoría y dominio del hecho*. No obstante, debemos precisar que algunos de los planteamientos iniciales han sido modificados y reelaborados por el mismo Roxin, pues como se verá ya no se refiere a deberes extrapenales. En efecto, en el segundo volumen de su tratado de derecho penal publicado en el 2003, ya no hace referencia a “deberes extrapenales” y más bien, en su lugar hace referencia a “la infracción del deber específico del tipo” (Roxin, 2014, p. 181). En concreto, hace referencia a deberes específicos de carácter penal. Asimismo, los delitos imprudentes y los delitos omisivos citados por Roxin como delitos de infracción de deber en la edición de 1963, fueron dejados de lado por él mismo debido a que con el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, se determinó que el injusto culposo no depende de la infracción de un deber, sino de la creación de un riesgo permitido. Del mismo modo, respecto de los delitos de omisión impropia, hoy es prácticamente indiscutible que el injusto no depende de la infracción de un deber, sino de la asunción de una función de protección: “bien en el sentido de la vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, o bien en el sentido de la protección total de un bien jurídico desvalido o desamparado”. (Schünemann, 2018, p. 96).

El profesor Roxin (2000) inició su exposición sobre los delitos de infracción de deber señalando que si, por ejemplo: “alguien determina, dados los requisitos de la tortura, a un funcionario a realizar torturas, tiene el dominio del hecho; sin embargo, no es autor de las torturas, lo que se deduce del tipo de este precepto, que presupone un funcionario público como sujeto del delito” (p. 385). “Calificar como autor a un no funcionario, incluso a un no funcionario con dominio del hecho, resultaría una extensión de la punibilidad en claro disenso con el principio de legalidad” (Sánchez-Vera, 2000, p. 28). El tipo penal señala en forma específica qué condiciones o cualidades debe tener el autor. Nadie más que aquel puede constituirse en autor del delito de que se trate. Aquellos que no tienen las condiciones o cualidades que exige el tipo penal, también responden

penalmente por el delito, pero jamás como autores sino como cómplices.

Según la teoría de los delitos de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, es *autor* aquel sujeto público que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será siempre quien lesione o incumpla el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuya al resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por acción u omisión. Como ya se ha mencionado, en los delitos de infracción de deber es irrelevante si la lesión o puesta en peligro al bien jurídico se produce por acción o por omisión. Así, por ejemplo, “el que un funcionario público encargado de la custodia de un preso le ayude a fugarse incumpliendo su deber funcional mediante la acción de abrir la puerta cerrada o mediante la omisión de cerrar la que se encontraba abierta es absolutamente intrascendente para la tipicidad del delito de quebrantamiento de condena llevada a cabo por funcionario en favor del preso a su cargo” (Roxin, citado por Sánchez-Vera, 2002, p. 33).

“Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado” (Roxin, 1997, p. 338). En el mismo sentido, Jakobs (1997), este aspecto lo grafica con el siguiente ejemplo: “El tutor a quien un tercero le da el consejo, que resulta exitoso, de cómo esa tercera persona puede sustraer el patrimonio del pupilo confiado a su cuidado, es autor del delito de administración desleal (Untreue), aun cuando a él le falte el dominio del hecho en lo que se refiere a la sustracción” (p. 791). Igual Roxin, con ejemplo parecido (2000, p. 394), también citado por Pariona (2011, p. 72).

“Es el quebrantamiento del deber especial extrapenal, producido del resultado, lo que fundamenta la autoría, sin tener en cuenta ni voluntad de autor ni dominio del hecho” (Roxin, 2000, p. 391).

Desde la óptica de los delitos de infracción de deber planteada por Jakobs, esto es más patente. En “estos delitos lo relevante no es - aunque lo haya- el

dominio sobre un suceso, sino la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución positiva estatal” (Sánchez-Vera, 2003, p. 275). De ahí que es factible conceptualizar a los delitos de infracción del deber como aquellas conductas activas u omisivas en las cuales la autoría se ve caracterizada por el hecho de que el personaje central abusa o descuida el deber especial que surge de su rol social, y de ese modo, ocasiona una puesta en peligro o lesión típica de determinados bienes jurídicos<sup>79</sup>. En concreto, son conductas en las cuales el autor por no cumplir con las exigencias impuestas por su rol social especial, lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido representado por principios y deberes funcionales.

En efecto, aquí es preciso dejar establecido que:

En los delitos de infracción de deber, los bienes jurídicos que se pretenden proteger siempre se representan en principios o deberes (el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado, el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos, el principio de gratuidad del acto público en los cohechos, los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión, el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, etc.). En tanto que en los delitos comunes o de dominio, por regla general, los bienes jurídicos que se pretenden proteger siempre se representan en derechos (derecho a la vida en los homicidios, derecho a la salud en los delitos de lesiones, derecho a la libertad sexual en los delitos sexuales, derecho a la propiedad en los delitos patrimoniales, derecho a la salud pública en los delitos de tráfico ilícito de drogas, derecho a un medio ambiente equilibrado en los delitos ambientales, etc.). (Salinas, 2018, p. 95; 2019, p. 24)

Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber *un deber especial de carácter penal que no recae en todas las personas, sino solo en*

---

79 Antes de expresar este concepto, el profesor ROXIN (2016) insiste en “continuar desarrollando la denominación originaria que hiciera de los delitos de infracción de deber de un modo que se renuncie a tomar como referencia reglas extrapenales como requisito necesario y que destaque su fundamento social, pero manteniendo la idea de la lesión de deberes especiales en su importancia para fundamentar la autoría” (p. 323).

*aquellos sujetos calificados indicados en la fórmula legislativa.* Sujetos que al ser calificados se constituyen en los únicos candidatos a constituirse en autores del delito. Por respeto al principio de legalidad, autores de los delitos de infracción de deber solo pueden ser aquellas personas que reúnen las condiciones personales que el tipo penal exige, por ejemplo, en los delitos de peculado (art. 387 CP) o colusión (art. 384 CP) solo pueden ser autores los ciudadanos que tienen la condición de funcionario o servidor público. Nadie más que ellos pueden ser autores, los demás serán partícipes. En cambio, en el delito de abuso de autoridad (art. 376 CP), autor solo puede ser un ciudadano que tiene la condición de funcionario público. Este delito no puede ser cometido por un servidor público, debido a que no tiene autoridad. No está revestido con el principio de autoridad. Nadie puede lesionar, en calidad de autor, lo que no tiene.

No obstante, queda sobre entendido que el fundamento de esta teoría no es la infracción del deber general que tenemos todos los ciudadanos y que surge en forma abstracta del tipo penal, como, por ejemplo, el no ser desleal con el Estado, sino su fundamento se encuentra en la infracción de deberes especiales o específicos impuestos por la ley penal. Por ejemplo, en la mayoría de los delitos contra la administración pública, los sujetos calificados tienen deberes especiales impuestos por la ley como honestidad, veracidad, imparcialidad, transparencia, gratuidad del acto público, de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. En efecto, si el sujeto calificado con su conducta afecta alguno de estos deberes especiales es posible que se convierta en autor de un delito funcional, siempre claro está, que tal conducta esté tipificada como delito en el Código Penal o en una ley penal especial de acuerdo al principio de legalidad, fundamento último del Derecho penal. (Salinas, 2018, p. 96; 2019, p. 25)

De ahí se deriva que, “en los delitos de infracción de deber, la figura central (autor) del evento delictivo se encuentra vinculada por un deber especial o específico de carácter penal” (Pariona, 2011, p. 79). Autor será quien interviene en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo aquel deber especial o específico; y partícipe quien interviene en la comisión del mismo delito, pero sin

infringir o incumplir deber especial alguno, toda vez que no lo tiene. Por ejemplo, al no trabajar para la administración pública no tienen deber especial alguno. Aquí resulta necesario precisar que aquellos deberes especiales de carácter penal, o mejor, aquellos deberes específicos cuya materialización se refuerzan con la tipificación de la conducta delictiva, existen antes de la norma penal. La norma penal viene a protegerlos penalmente. La norma penal que tipifica una conducta lo que busca es reforzar su materialización en la realidad social.

Por ello, no debemos desconocer que aquellos deberes específicos están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y que se originan en otras ramas del derecho. Es obvio que cuando se criminaliza una conducta, lo central es el bien jurídico a proteger, el mismo que existe antes de la norma penal.

Estos deberes especiales para los delitos contra la administración pública nacen y están en el derecho constitucional, más específicamente, en la teoría general del Estado. Son deberes y principios sobre los cuales se fundamenta la existencia misma del Estado. En efecto, existen deberes sobre los cuales se organiza la administración pública y otros principios o deberes que sustentan su propio funcionamiento. Recuérdese que administración pública no es otra cosa que el Estado mismo. El Estado solo se puede organizar y luego solo puede funcionar con base en principios y deberes funcionales que los funcionarios y servidores públicos deben cumplir y materializar. Si no se protegen estos deberes y principios por medio del Derecho penal, el Estado mismo es inviable. El Estado se desintegra. (Salinas, 2018, p. 97; 2019, p. 26)

De ahí la explicación de que los delitos contra la administración pública siempre han estado y estarán en los códigos penales.

En consecuencia, estos deberes especiales no se extienden a todos los ciudadanos de un Estado, sino solo a aquellos que trabajan para él. De modo que si en la comisión de un delito funcional participan varias personas, solo

serán autores, en general, quienes trabajan para el Estado debido a que tienen el deber especial de cautelar y fomentar el normal y recto funcionamiento de la administración pública, pues este se constituye en el bien jurídico general que se tiene que cautelar, en tanto que los demás participantes en la comisión del mismo delito, solo serán cómplices, ya que no trabajan para el Estado y, por tanto, no tienen deber específico alguno que cautelar. Sobre este último el profesor Roxin (2000) enseña que:

Podemos considerar cierto que solo un *intraneus* puede ser autor de los delitos de funcionarios, pero no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director del hecho delictivo lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico del implicado de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente lo que fundamenta la autoría. (p. 386)

Únicamente puede ser autor del tipo de administración desleal, por ejemplo, aquel que infringe el deber que tiene de velar por el patrimonio ajeno, quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del hecho, solo responde como partícipe. Así responde penalmente como partícipe debido a que la administración pública no es del todo ajena a él, pues también tiene el deber, pero general, de no afectarlo.

No obstante, en los delitos de infracción de deber especialísimos<sup>80</sup> (como colusión, peculado, malversación de fondos, negociación incompatible, etc.) donde participan varios funcionarios o servidores públicos, solo serán autores de estos delitos aquellos agentes públicos que tienen una competencia funcional específica con el objeto del delito, en tanto que los demás responderán penalmente por el mismo delito, pero solo en su calidad de cómplices. Así por

---

80 Son aquellos que para ser autor del delito no es suficiente tener la calidad que exige el tipo penal (funcionario o servidor público), sino es necesario, además, que el agente tenga una relación funcional específica con el objeto del delito (patrimonio del Estado). Por ejemplo, en el delito de peculado (art. 387 CP) solo puede ser autor aquel funcionario o servidor público que tiene la facultad funcional de administrar, custodiar o recaudar los fondos públicos. Nadie más que ellos pueden ser autores. En consecuencia, si en un hecho en concreto de peculado participan también funcionarios o servidores que no tienen aquella relación funcional, responderán por el mismo delito, pero en su calidad de cómplices.

ejemplo, en el hecho de haber sustraído dinero de la municipalidad, realizado por dos funcionarios públicos: el alcalde y el regidor de limpieza pública, solo será autor el alcalde, debido a que aparte de ser funcionario público tiene la relación funcional específica de administrar los fondos públicos de la Municipalidad, en tanto titular de la entidad; en cambio, el regidor de limpieza solo responderá como cómplice del delito, debido a que si bien es también sujeto público no tiene alguna relación funcional específica con el objeto del delito de peculado (patrimonio público). En los delitos especialísimos, la relación jurídica funcional específica entre el agente y el objeto del delito consolida y fundamenta los deberes especiales de fomentar el normal, transparente y correcto funcionamiento del Estado (Salinas, 2018, p. 97; 2019, p. 27).

La relación funcional entre el agente público calificado y el objeto del delito puede ser mediata o inmediata, lo trascendente es que aquel, según sus funciones competenciales, posea la atribución jurídica de disponer del objeto del delito<sup>81</sup>.

No le falta razón al profesor Roxin (2000) cuando enseña que:

Se trata de deberes que no se extienden a cualquier partícipe delictivo, pero que es indispensable para completar el tipo penal. Se trata siempre de deberes que lógicamente están ubicados antes de la norma penal y que, por lo general, surgen en otros ámbitos del derecho vigente. Como son los deberes y principios que sustentan la organización del Estado, los deberes del Derecho público de los funcionarios y servidores públicos, los preceptos sobre guardar reserva del Derecho de las profesiones, las obligaciones civiles de prestar alimentos y guardar fidelidad son solamente ejemplos de este tipo de deberes. Es

---

81 En este sentido, los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, respecto del delito especialísimo de peculado, estableció como doctrina legal que “para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por lo tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública”. Fundamento 6 del Acuerdo Plenario dictado el 30 de setiembre de 2005.

característico de todos ellos el que los portadores de estos deberes destaquen de entre todos los demás coparticipantes a través de una relación especial con el contenido del injusto del hecho, y que el legislador, en aras de esta obligación, los considere como figuras centrales de los sucesos configuradores de la acción, y con ello, como autores. Y la razón de la sanción radica en que el agente público atenta contra las exigencias de rendimiento provenientes del rol social que él ha asumido en el Estado. (p. 387)

“Son ámbitos jurídicos de la vida ya plenamente formados, cuya funcionalidad debería ser protegida por los tipos penales” (Roxin, 2016, p. 310). En otras palabras, los deberes y principios ya están allí; están antes que la norma penal. En consecuencia, lo único que sucede es que *cuando se tipifica alguna conducta que lesionan o ponen en peligro alguno de aquellos deberes, el Derecho penal viene a protegerlos y afianzarlos en la realidad social.*

Por otro lado, según esta postura dogmática, si un funcionario público (tesorero) planifica con su compadre espiritual (extraño a la administración) llevarse los caudales existentes en la municipalidad donde trabaja, y dispone que este último ingrese a la tesorería y se lleve el dinero, mientras que aquel distrae a los trabajadores de la tesorería, el *intraneus* (funcionario) es el autor, mientras que el hombre de adelante extraño es solo cómplice (no infringe deber especial alguno). “Partícipe es aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial... fundamentador de la autoría” (Roxin, 2000, p. 397). Esta solución razonable se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría. El *intraneus* es aparentemente un autor mediato, puesto que lo que hace es realizar parte de la acción típica “a través de otro”, infringiendo personalmente su deber especial. Decimos aparentemente, debido a que el obligado especial responde siempre como autor con independencia de la diferenciación fenomenológica (autor directo, autor mediato o coautor). En cambio, aunque tenga el “dominio del hecho”, el *extraneus* es solo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial (no trabaja para el Estado) y, por lo tanto, no puede lesionarlo ni ponerlo en peligro (Pariona, 2011, p. 71).



El profesor Caro (2010), enseña que en este modelo rige el principio de autoría única, “en todos los supuestos, el *intraneus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber” (p. 87).

Una importante característica de los delitos de infracción de deber lo constituye la circunstancia de que se puede ser autor, sin haber tenido alguna participación en el dominio del hecho. En contrapartida, “el tercero o extraño a la administración que ejecuta el hecho por disposición del sujeto público obligado, tan solo será cómplice, aunque únicamente él hubiera tenido el dominio del hecho” (Roxin, 2016, p. 306). “La tesis central es que el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor, y ello con independencia de si junto a él un actuante -con o sin dominio del hecho- o un omitente contribuyeron a que se produjese el resultado” (Sánchez-Vera, 2003, p. 282). Lo mismo sucede en los casos en los cuales participan solo funcionarios o servidores públicos en la comisión de los delitos especialísimos. Autor será aquel o aquellos sujetos públicos que tienen relación funcional con el objeto del delito tal como exige el tipo penal, en tanto que serán solo cómplices aquellos agentes públicos que no tienen relación funcional. La relación funcional prevista por el legislador como elemento típico objetivo fundamental del delito de infracción de deber, hace más fuerte a los deberes o principios que sustentan la organización y funcionamiento del Estado.

En consecuencia, con Díaz y García (2018, p. 169), podemos concluir que la idea de Roxin es materialmente correcta en el ámbito de los delitos contra la función pública cometidos por sujetos públicos. Es cierto que en ellos lo relevante es que un sujeto cualificado infrinja su deber penal. Por lo que debe resultar, en general, indiferente si lo hace de un modo u otro, realizando él mismo la acción, induciendo a un *extraneus* a que lo haga, omitiendo impedir que lo haga, etc. La teoría de los delitos de infracción de deber “explica de forma muy gráfica el fundamento de la autoría en los delitos especiales” (De la Cuesta, 2013, p. 95).

No obstante, la aceptación de esta teoría no es pacífica, pues según el profesor Schünemann, la teoría de los delitos de infracción de deber deja dos cuestiones sin resolver:

Primero, la necesaria diferencias entre deberes internos y externos de una institución, como puede explicarse con el ejemplo de la corrupción. Cuando un funcionario acepta dinero para cometer un acto ilícito en el ejercicio de su cargo, se trata de una infracción de los deberes externos de la institución, sobre los que ejerce el dominio en cuanto funcionario competente. En cambio, cuando cobra dinero para un acto debido y conforme a ley, entonces quedan intactas las relaciones externas y únicamente ha infringido un deber interno de la institución: el de contentarse con su salario mensual y no sacar alguna ventaja de sus actos en el ejercicio del cargo. En este último caso, la infracción puede ser castigada mediante sanciones administrativas. Segundo, la lesión individual de un deber institucional no perjudica todavía a la institución en su conjunto, sino que, ante el mal ejemplo ofrecido, solo fundamenta un lejano peligro para la lenta decadencia de la institución; o sea, un peligro abstracto que se diferencia esencialmente del concepto de peligro en los delitos de dominio. (Schünemann, 2018, p. 104)

Estos cuestionamientos no tienen mayor sustento por lo siguiente: en primer término, podemos aceptar la diferencia entre deberes internos y externos de una institución pública como al parecer así lo ha concebido el legislador del Código Penal de 1991 al regular los artículos 393 (cohecho pasivo propio) y 394 (cohecho pasivo impropio), pero ello de ningún modo puede servir para alegar que no lo resuelve la teoría de infracción de deber. En efecto, cuando el sujeto público acepta dinero para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones, lesiona el bien jurídico protegido representado por los deberes de imparcialidad y gratuidad del acto público. En cambio, cuando el sujeto público cobra dinero para realizar u omitir un acto propio de su cargo o empleo sin violentar sus obligaciones funcionales, lesiona también el principio de gratuidad del acto público, y no el deber de contentarse con su salario mensual y no sacar

alguna ventaja de sus actos en el ejercicio del cargo como supone Schünemann. La materialización de cualquiera de estas conductas lesiona o resiente el bien jurídico general que no es otro que el normal y recto funcionamiento de la administración pública. Según la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin, será autor de cualquiera de estas conductas aquel sujeto público que infringió aquellos deberes que representan al final el bien jurídico específico, y los demás que colaboran con aquel, serán cómplices; y por supuesto, con la realización de cualquiera de las conductas se afectará a la institución pública, pues esta, ya no funcionará normalmente. En nuestro sistema jurídico, ambos supuestos están sancionados con la misma pena privativa de libertad, esto es, no menor de 5 ni mayor de 8 años e inhabilitación.

Segundo, la lesión individual de un deber de carácter penal perjudica directamente a la institución pública lugar en el cual ha ocurrido el hecho delictivo. Debemos tener en cuenta que en los delitos de infracción de deber el bien jurídico siempre se representa en deberes o principios de organización y funcionamiento del Estado. Esto es, la realización de un cohecho, por ejemplo, lesiona inmediatamente el deber de imparcialidad y el principio de gratuidad del acto público que sirve de sustento a la administración pública, por tanto, directamente se afecta a la institución pública donde ha ocurrido el hecho ilícito. No debe obviarse que muchos delitos funcionariales tienen la calidad de ser delitos de mera actividad, lo que significa que para su configuración y sanción penal no es necesario lograr algún resultado material como al parecer lo sugiere el profesor Schünemann al indicar que el peligro de una lesión individual de un deber es muy lejano para *la lenta decadencia de la institución*.

Como ya se ha mencionado, todo depende de qué consideremos como bien jurídico en los delitos de infracción de deber.

Otra crítica que se hace a la posición de Roxin, la misma que da cuenta el profesor Díaz y García (2018, p. 169), es que “múltiples tipos penales de los delitos especiales describen acciones y, por lo tanto, no se puede obviar estas circunstancias, pues al hacerlo infringiría el principio de legalidad”. Esta crítica no tiene mayor sustento, pues como ya hemos mencionado, por ejemplo, en el

delito de peculado previsto en el tipo penal 387 del CP, para llegar al menos a la tentativa resulta necesario que el agente público infringiendo su deber especial de no lesionar el patrimonio público dé inicio a la sustracción. El delito no se agota con la simple ideación o planificación de sustraer el patrimonio público, la estructura de la fórmula legislativa exige que el agente público lesionando su deber especial inicie la acción de sustracción o apropiación. Si el agente no da inicio al acto de sustracción no hay forma de verificar si realmente se ha violentado o lesionado el bien jurídico protegido representado por un deber<sup>82</sup>. Esta crítica no alcanza a la teoría de infracción de deber desde la posición dogmática que aquí se defiende. Más bien la crítica planteada tiene sentido respecto a la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs como veremos enseguida.

### I.3.2.2 LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER POR COMPETENCIA INSTITUCIONAL

“El grupo delictivo de los delitos de infracción de deber fue desarrollado por Roxin” (Jakobs, 1997, p. 1028). No obstante, tal reconocimiento, el profesor Jakobs, ha desarrollado la teoría de los delitos de infracción de deber con contenido diferente a la posición de Roxin. No le falta razón al profesor Caro John cuando señala que no debemos desconocer que “la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado por Jakobs, quien, en el marco de un pensamiento funcional-normativista del Derecho Penal, en los últimos veinte años, ha orientado su dogmática a una fundamentación amplia de los delitos de infracción de deber” (Caro, 2010, p. 71; 2015, p. 25)<sup>83</sup>. Su aporte “ha significado un refinamiento y, en algunos aspectos, un indudable progreso para esta construcción” (Peñaranda, citado por Caro, 2017, p. 36).

---

82 De modo que no es necesario recomendar al legislador - como propone DÍAZ Y GARCÍA (2018) – “decurar la redacción de los tipos penales para no hacerlo incompatible con la que debe ser su naturaleza en materia de autoría. O bien, si resulta demasiado arduo buscar verbos típicos que en todo caso lo permitan, recomendar la introducción de cláusulas generales para grupos de delitos en que quede claro que, sea cual sea la redacción típica en la descripción de la configuración externa de la conducta, autor será el sujeto que infrinja su deber penal, sea cual sea su modo de actuación” (p. 171).

83 Incluso según SÁNCHEZ-VERA (2002), la posición de Jakobs ha sido calificada por Roxin como “la aportación hasta ahora más importante para el desarrollo de la teoría de los delitos de infracción de deber” (p. 35).

De inicio debemos dejar establecido que tal como lo pone en evidencia Sánchez-Vera, Jakobs igual que Roxin establece también una clasificación bifronte de los delitos: delitos de dominio, también por él llamados en virtud de una organización o, simplemente, de organización y en delitos de infracción de deber. Las dos clases de delitos responden a fundamentos diferentes de la responsabilidad o imputación<sup>84</sup>. En los delitos de dominio se trata de responsabilidad de acuerdo a la propia organización; en los de infracción de deber, de acuerdo a una relación de carácter institucional. Responsabilidad por la lesión de deberes de comportamiento solidario en favor de un determinado bien jurídico.

Sánchez-Vera (2002) sostiene que son dos motivos diferentes: la imputación como consecuencia de la relación sinalagmática “libertad de organizar/responsabilidad por las consecuencias de lo que se organice”, y la imputación con causa en ciertas instituciones, cuyo fundamento radica en que poseen el mismo peso que el sinalagma citado. “Existe responsabilidad como premisa de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor” (p. 38).

Mientras que la autoría y la participación en los delitos de organización se constituye y determina mediante el dominio del hecho (quantum de lo organizado), en los delitos de infracción de deber -en idéntico sentido que Roxin- la autoría la constituye la lesión del deber. Sin embargo, en Jakobs, el criterio de la lesión del deber ya no es solo una regla para determinar la autoría, sino que es, además, y lo importante, fundamento principal de la imputación (Sánchez-Vera, 2002, p. 39; Montealegre y Perdomo, 2005, p. 74).

---

84 En la terminología de Jakobs, “existen instituciones negativas y positivas. Las primeras siempre se han representado como el NO DAÑAR A NADIE, y por supuesto, si se hace lo contrario por acción u omisión se sostiene que el autor organiza defectuosamente y, por tanto, da lugar a los denominados delitos comunes, delitos de organización o delitos de dominio del hecho. En tanto que las instituciones positivas imponen jurídicamente que se edifique un mundo en común, una prestación de ayuda y fomento, por ejemplo, los deberes familiares o estatales. Si estos deberes son violentados da lugar a los delitos de infracción de deber, cuya primera formulación se remonta al escrito de habilitación de Roxin en 1963. Hay delitos que el legislador ha querido mediante su formulación positivizarlos única y exclusivamente como de infracción de deber, en los cuales aparece plasmada la propia institución positiva que las soporta (deberes estatales), siendo el ejemplo paradigmático los delitos de funcionarios: hay amenaza penal si el autor quebranta un deber especial que a él de forma particular le está encomendado” (SÁNCHEZ-VERA, 2014, pp. 288-295).

En los delitos de infracción de deber, la autoría y la participación no pueden delimitarse acudiendo a la magnitud del aporte que cada uno de los intervinientes da al hecho. El criterio para delimitar la autoría y participación no es cuantitativo, porque lo determina solo el *status* que ocupa el obligado institucional. Por esta razón, “toda contribución a la comisión del hecho es autoría, aunque se trate de aportes insignificantes” (Montealegre y Perdomo, 2005, p. 86). El obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor y esto es así, debido a que el garante institucional tiene la obligación de proteger el bien jurídico contra determinados ataques que se presenten en su contra. Ese deber especial de protección se vulnera siempre que el autor defrauda las expectativas que surgen del rol impuesto institucionalmente<sup>85</sup> y es independiente de la forma como se infrinja (por acción u omisión). Por ejemplo: el padre tiene una posición de garante frente a su hijo, y está obligado institucionalmente a evitar peligros que surjan en su contra. Si el padre observa que alguien va a dar muerte a su descendiente, y pudiendo hacerlo no evita la muerte, es autor por omisión del homicidio realizado.

“El *quantum* de la infracción no tiene relevancia, pues cualquiera que fuera la forma que adopte, defrauda el deber especial de protección” (Montealegre y Perdomo, 2005, p. 87).

Por lo demás, esta concepción difiere de los planteamientos efectuados por Roxin en ocho puntos importantes<sup>86</sup>. Primero, Jakobs (1997) extiende la categoría de los delitos de infracción de deber a los delitos comunes cuando estos son realizados por garantes: “el matar al propio hijo menor de edad implica para los padres un delito de infracción del deber, de manera que siempre habrá autoría sin analizar la existencia o medida de intervención, o el marido que entrega los medios para que se mate a su mujer, es autor”. (p. 1028). En efecto,

---

85 “La crítica de que el reconocimiento de deberes positivos como deberes jurídicos judicializaría la moral, no es acertada, puesto que las expectativas son válidas antes que las instituciones y sólo por medio de las instituciones son a su vez válidos los cargos públicos” (JAKOBS, 2000, p. 145)

86 No obstante, según el profesor SÁNCHEZ- VERA (2002) las diferencias entre Jakobs y Roxin serían solo dos: “el primero habla de institución, Roxin no. Para Roxin, la lesión del deber explica solo la autoría, mientras que para Jakobs, en ella reside el juicio de la imputación y, al menos en parte, el injusto” (p. 43).

Jakobs amplía el contorno de los delitos de infracción de deber a todos los casos en los que se constate la concurrencia de una institución o, lo que es lo mismo, en los que el autor sea un obligado especial. Por ejemplo: el padre que facilita al asesino de su hijo (del padre) un cuchillo no es un mero cómplice de un homicidio o asesinato (Roxin), sino autor del mismo, puesto que mediante su comportamiento ha quebrantado su deber de cuidado institucional (patria potestad), habiendo transformado un simple delito de homicidio en un delito de infracción de deber. Al ser este último, el padre siempre será autor. Su lesión del deber fundamenta su responsabilidad como autor sin que haya de tenerse en cuenta que el dominio del hecho estaba en manos de un tercero. Delitos de infracción de deber, para Jakobs, son no solo aquellos comportamientos que pueden ser subsumidos bajo el tenor literal de un delito de infracción de deber positivado (por ejemplo, un delito de funcionario), sino toda forma de conducta que lesiona una institución, y, en verdad, también, aunque el tipo de la Parte Especial en cuestión haya sido formulado aparentemente como un delito común, por ejemplo, el delito de homicidio.

Resumiendo: los tipos formulados como delitos comunes y no especiales se convierten siempre en delito de infracción de deber cuando el interviniente es un obligado especial, en otras palabras, “un garante en virtud de una institución” (Sánchez-Vera, 2002, p. 44). En términos de Jakobs (2000), “los delitos comunes pueden ser cometidos por personas que se encuentran obligadas positivamente en el sentido descrito, y entonces el delito común se convierte en delito de infracción de deber” (p. 143).

Segundo, Jakobs restringe el círculo de los delitos de infracción de deber al ámbito de lo que él denomina las competencias institucionales. La cualificación de autor se basa en la existencia de una institución, en la que se encuentra inmerso el autor. Son instituciones la relación paterno-filial, la confianza especial, el matrimonio, y los deberes genuinamente estatales. Las instituciones son... razones estabilizadas de solidaridad, estabilizadas, porque la fundamentación o no fundamentación individual de una solidaridad motivadas en el amor, en la compasión o en la esperanza de reciprocidad carece de importancia. Los padres tienen que ocuparse de su hijo también, aunque no le quieran; el Estado debe

ayudar en caso de catástrofe también a aquellos ciudadanos que no le resulta útiles, etc. La función de estas instituciones consiste en la garantía de expectativas, que se encuentran referidas al mantenimiento de bienes jurídicos. “La protección jurídico-penal sirve siempre, asimismo, para el fortalecimiento de la institución” (Sánchez-Vera, 2002, p. 41).

Un ejemplo de competencia institucional que fundamenta la autoría por obligaciones estatales es la actividad policial: la policía es... garante en la protección ante la delincuencia. El policía que no impide la inducción a un delito... es autor del delito. Según su teoría, los deberes de la competencia organizacional (por ejemplo, los deberes de seguridad en el tráfico), en caso de ser infringidos, nos llevan sin más a la autoría: “quien solamente es garante de que objetos peligrosos no estén al alcance de otros o que se aseguren objetos en peligro... Será por regla general únicamente un cómplice”.

Tercero, la concepción normativista no reconoce como delitos de infracción de deber a aquellos en los cuales se restringe el círculo de autores solo porque al autor le sería posible un actuar típico o de manera prácticamente relevante, o porque otra persona es única... que puede atacar un bien de una manera especialmente fácil o prácticamente relevante. Según Jakobs, deberes aislados, por ejemplo, el deber que tiene un deudor con su acreedor no fundamenta un *estatus* específico -no se basan en una institución- por lo que no conducen, en definitiva, a un delito de infracción de deber. La condición de deudor no convierte delito alguno -tampoco un delito de omisión (Roxin)- en un delito de infracción de deber, puesto que tal condición no proviene de la conexión con alguna institución. Existe tan solo un *estatus* en el sentido del delito de infracción de deber, cuando el deber sancionado es parte de una institución (*estatus* de soldado, funcionario, padre, cónyuge, etc.) o en su caso cuando el deber incluye al obligado en una institución (por ejemplo, el *estatus* de testigo o el *estatus* de ayudante en el delito de revelación de secretos confiados en razón del cargo). En consecuencia, Jakobs distingue entre delitos de infracción de deber y delitos especiales. El razonamiento es el siguiente: “la diferencia de un delito como de infracción de deber o simplemente como especial depende de si el tipo sencillamente limita la posibilidad de ser autor a sujetos con unas determinadas



características o, por el contrario, si existe un deber específico que garantiza una relación ya existente entre obligado y bien jurídico. En este último caso, el legislador, en ocasiones, formula un delito de infracción de deber” (Sánchez-Vera, 2002, p. 45). “Entre estos se encuentran todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada, de un bien” (Jakobs, 1997, p. 791).

En cambio, son simplemente delitos especiales en sentido amplio, aquellos en los que la posibilidad de ser autor ha sido limitada por el legislador, tan solo como consecuencia de que un determinado bien solo puede ser dañado por un determinado grupo de personas, o por ellas en una forma especialmente sencilla, o, por último, cuando el bien jurídico únicamente pueda ser dañado de una determinada manera. La diferencia radica en que en los delitos de infracción de deber solo puede ser autor una persona que, ya con independencia de la comisión delictiva, posee una relación con el bien dañado, mientras que en los últimos tal relación se establece única y precisamente mediante el comportamiento delictivo. En los delitos especiales en sentido amplio se determinará entonces la forma de intervención, según Jakobs, mediante la teoría del dominio del hecho, con la particularidad de que no todo el mundo de cualquier forma y manera puede encontrarse en posesión de ese dominio del hecho. Ejemplos de este grupo serían: el alzamiento de bienes, la quiebra fraudulenta, el delito de huida sin prestar asistencia en los accidentes de tráfico, etc. En suma, “es evidente que no toda limitación de los posibles sujetos que pueden ser autores -concluye Jakobs- presupone la existencia de un deber especial” (Sánchez-Vera, 2002, p. 46).

Cuarto, para Jakobs, la lesión del deber es el fundamento penal de los delitos de infracción de deber. “Lo único relevante es que la lesión de la institución positiva siempre fundamenta la punibilidad” (Sánchez-Vera, 2002, p. 257; Caro, 2017, p. 38). La equiparación del delito con lesión de bienes jurídicos fracasaría, “principalmente en los delitos con un deber especial proveniente de una competencia institucional” (Roxin, 2016, pp. 315-316). En Jakobs, el criterio de la lesión del deber ya no es solo una regla para determinar la autoría, sino que es, fundamento esencial de la imputación jurídico-penal. “El especialmente

obligado habrá de responder, en principio, como autor. La incumbencia del obligado respecto del suceso no viene delimitada por la regla de si dominó o no el hecho, sino que se determina en virtud del especial *status* del sujeto” (Sánchez-Vera, 2002, p. 39). Este es el punto central de la diferencia entre la teoría de Roxin y Jakobs, mientras el primero cree que la infracción del deber no fundamenta el injusto, sino tan solo decide sobre la autoría y participación en el delito; el segundo cree que el injusto (la defraudación de expectativas) viene definido exclusivamente con la lesión de la institución a la que sirve el deber. Con base en esta diferencia fundamental, Robles (2003), sostiene que “no es acertado seguir afirmando que la aportación de Jakobs constituya un desarrollo de la teoría de infracción de deber creada por Roxin”, (p. 227), pie de página 125.

Quinto, Jakobs al dividir entre deberes negativos, que de infringirse generan delitos de organización o de dominio, y deberes positivos, que de vulnerarse generan delitos de infracción de deber institucional, esto trae como consecuencia lógica que solo puede responder por un delito de infracción de deber institucional aquel que tiene la obligación institucional de realizar un mundo en común con los demás. Esto significa que solo pueden ser atribuidos o imputados los delitos de infracción de deber a aquellos que tienen deberes institucionales, los demás concurrentes en el delito responderán penalmente por un delito de dominio o de organización, ya como autores o partícipes. De modo que un *extraneus* nunca será autor de un delito de infracción de deber. Solo es factible que su responsabilidad sea a título de autoría del delito de organización respectivo. En el caso del padre que planifica con un tercero el homicidio de su hijo, el tercero no es autor ni partícipe del delito de infracción de deber, pues no se encuentra obligado ni sujeto a un deber. Esto significa la posibilidad de realización en autoría paralela con un delito de dominio general, cuando el aporte sea suficiente para fundamentar su autoría. En cambio, el padre responderá como autor del delito de infracción del deber de homicidio (Montealegre y Perdomo, 2005, p. 89). Así, el profesor Jakobs (2000) con base en la legislación penal alemana, para graficar su posición dogmática sostiene que “quien aconseja a una madre que mate a golpes a su hijo (de la madre), sugiere la realización de un delito que, en cuanto delito de la madre es uno de infracción

de deber y, en cuanto delito de una persona cualquiera, es un delito de organización” (p. 151).

Esta es la conclusión coherente y lógica de los planteamientos dogmáticos de Jakobs, quien es verdad, en sus textos, no se refiere en forma clara y expresa, respecto a la ruptura o unidad del título de imputación de los partícipes de un delito de infracción de deber. De ahí que algunos de sus seguidores como Sánchez- Vera, Montealegre y Perdomo, interpreten la posición de Jakobs y concluyan que “si el delito es de aquellos que solo pueden ser realizados por un obligado institucional..., la intervención del titular del rol institucional convierte el comportamiento de los demás colaboradores en participación delictiva (instigación o complicidad) así estos hubieren jugado un papel de gran importancia en la estructuración del suceso; comportamientos que, en situaciones de competencia por organización, serían valorados como coautoría” (2005, p. 86). En cambio, otros como Lesch y García Cavero interpreten la cuestión de manera contraria como se verá luego.

Sexto, respecto de la coautoría, la teoría de infracción de deber institucional, precisa que el deber es personal. No hay deberes compartidos, pues el deber se ostenta o no se ostenta. Lo que sucede es que este puede estar al mismo tiempo en cabeza de varias personas, lo que por supuesto no le quita su carácter personalísimo. “Cada obligado positivamente, solo por el hecho de serlo, al incumplir el deber lo está lesionando perfectamente” (Montealegre y Perdomo, 2005, p. 90).

Sétimo, de acuerdo a Jakobs, no todos los delitos de comisión por omisión han de ser calificados como de infracción de deber, sino únicamente aquellos cuyo autor sea un garante en virtud de un deber institucional. En esa línea afirma, Jakobs, los delitos de omisión en los que se quebranta un deber en virtud de responsabilidad institucional son delitos de infracción de deber. “En estos delitos no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general contra determinados peligros, solidariamente. Fundamento de responsabilidad es la vinculación institucional con el bien” (Jakobs, 1997, p. 1027). En este aspecto,

es de reconocer que Jakobs llega a la misma conclusión que Roxin: en los delitos de infracción de deber existe una equiparación entre la lesión del deber por acción o por omisión.

En el delito de infracción de deber, la relación entre autor y bien jurídico no se establece mediante el comportamiento delictivo - como en el delito de organización-, sino que ya existía con anterioridad a este, y, por ello, es indiferente que el autor actúe u omita, sino solo si cumple o no con su deber. (Sánchez-Vera, 2002, p. 40)

Asimismo, “habría también delitos de omisión en virtud de una incumbencia organizacional, delitos que son equiparables a los delitos comunes o de organización o dominio por comisión” (Sánchez-Vera, 2002, p. 47).

Octavo, finalmente en lo que corresponde a la autoría mediata, cuando un *intraneus* utiliza a un *extraneus* como hombre de adelante, se tiene por resultado la lesión del deber institucional por parte del obligado positivamente, lo que fundamenta ya la autoría. “La diferenciación entre autor mediato e inmediato pasa a ser, por esto, una cuestión didáctica” (Montealegre y Perdomo, 2005, p. 91).

Tomando en cuenta los objetivos propuestos en esta tesis, consideramos que, de todas las diferencias anotadas, debemos hacer las siguientes precisiones:

No resulta razonable restringir el círculo de los delitos de infracción de deber al ámbito de lo que Jakobs denomina las competencias institucionales. En efecto, para graficar su posición, Jakobs afirma que tienen competencias organizacionales, por ejemplo, “el guía de montañas que acompaña por una ruta difícil, según lo acordado, a turistas inexpertos”, o “el cuidador de niños” o “el salvavidas en la playa” o “el guardaespaldas contratado para protección personal”. “Si estos por omisión no actúan para evitar la comisión de un delito en agravio del turista inexperto, del niño, del bañista o del protegido respectivamente, solo podrán ser sancionados penalmente como cómplices del

delito por omisión. En cambio, sí tienen competencia institucional, por ejemplo, la policía que es la institución garante en la protección ante la delincuencia. De modo que, si el policía no impide la inducción a un delito, responderá como autor del delito” (Jakobs, 1997, p. 1028).

Según nuestro criterio jurídico, siguiendo lógicamente a Roxin, cuando un policía no interviene frente a un hecho violento que se está produciendo en su presencia, pese a que no hay dudas sobre la posición de garante del policía, es razonable y correcto se le castigue como autor de un delito por omisión. Pero no encontramos explicación razonable alguna, según nuestro sistema jurídico, sobre por qué el guardaespaldas o el guía de montañas, el cuidador de niños o el salvavidas que uno ha contratado, en caso de su inactividad, tan solo deben ser sancionados como cómplices. (Salinas, 2018, p. 106; 2019, p. 43)

No se entiende esta conclusión debido a que “la relación del guardaespaldas o el guía de montañas, el cuidador de niños o el salvavidas con la persona que debe proteger o guiar o cuidar a los niños o salvar a los bañistas, es más cercana y estrecha que la del policía (Roxin (2016, p. 332). En nuestro sistema jurídico, el sujeto activo es garante en los específicos casos propuestos y, por tanto, responderá como autor del delito por omisión de acuerdo al artículo 13 del Código Penal.

En otro extremo, según la concepción normativa pura del Derecho Penal, la infracción del deber institucional fundamenta ya el hecho punible; este aspecto constituye la razón de la punición del hecho delictivo. “La razón de la imputación es la infracción de deber, la que trae consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una institución positiva fundamenta siempre la punibilidad del autor” (Villavicencio, citando a Sánchez-Vera, 2006, p. 307).

El profesor Sánchez-Vera sostiene que una de las características de los delitos de infracción de deber es que la razón o fundamento de la responsabilidad es la lesión de un deber institucional específico de modo que ya existe un delito de infracción de deber consumado y, por tanto, punible cuando, por ejemplo, “la

madre facilita un arma al asesino para que mate a su hijo (de la madre), con independencia de que el asesino llegue a la consumación del hecho o al menos lo haya intentado” (Sánchez-Vera, 2003, p. 282). Siguiendo esta línea de concebir y explicar los delitos de infracción de deber, por ejemplo:

Se perfeccionará el delito de peculado previsto en el artículo 387<sup>o</sup> del Código Penal, cuando el sujeto público infringiendo o incumpliendo su deber funcional de administrador decide y planifica apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene relación funcional. Para efectos de la consumación y, por tanto, para la correspondiente sanción penal es irrelevante si el sujeto público inició los actos de apropiación del bien público, objeto del delito. (Salinas, 2018, p. 107; 2019, p. 44)

Posición dogmática que, en nuestra patria no es factible, pues la misma construcción del tipo penal 387 que regula el delito de peculado exige en primer lugar, que se dé inicio a la conducta de apropiación del objeto del delito (efectos o caudales públicos) y, en segundo término, se exige la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos que en conjunto configuran el delito para poder recién sancionarlo penalmente. La sola infracción del deber de carácter penal no configura el peculado y, por tanto, no se sanciona ni por tentativa. “La razón de la punición de los delitos de infracción de deber tal como ocurre con los delitos de dominio o comunes es la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos” (Roxin, 2016, p. 335). Situación que se configura cuando menos el autor se acerca al objeto del delito para dañarlo o intentar cogerlo, o cogiéndolo y sustrayéndolo para verificar de modo efectivo el peligro o lesión al bien jurídico (infringir de manera real el deber de carácter penal). Por ejemplo, el derecho a la vida mínimamente se le pone en peligro cuando el agente se acerca a la persona- víctima con intenciones de matarla (homicidio: delito común o de dominio). En el mismo sentido, el deber de no lesionar el patrimonio del Estado mínimamente se pone en peligro cuando el agente público se acerca al objeto del delito como es el patrimonio estatal con intenciones de apropiárselo o utilizarlo en su beneficio personal (peculado: delito de infracción de deber).

“La infracción de deber por parte del agente se constituye solo en un elemento objetivo más del delito de peculado. Elemento que para tener trascendencia penal debe ir acompañado de otros elementos objetivos del delito funcional de que se trate. De modo que la simple infracción de deber no tiene aún contenido penal” (Salinas, 2018, p. 108). Esta postura dogmática ha sido recogida con toda propiedad por los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema en el considerando 36 del Acuerdo Plenario N.º 07-2019/CIJ-116 del 10 de setiembre de 2019. En efecto, allí se ha dejado establecido como doctrina legal vinculante que la sola verificación de la “infracción de deber, resulta insuficiente para dotar de sustantividad a los injustos funcionariales”<sup>87</sup>.

Parecida postura sostiene Pariona (2011), cuando argumenta que:

Por la manera como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro Código Penal en su parte especial, no es posible sostener que la sola infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico-penal. Según las fórmulas legislativas de la mayoría de los delitos contra la administración pública, por ejemplo, aparte de la infracción del deber se exige que el sujeto público realice una acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico determinado para completar el injusto penal. La sola infracción de un deber especial no es suficiente, se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos. La punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal, tal como lo exige el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal. (p. 73)

En los delitos de infracción de deber igual que en los delitos de dominio o comunes, la razón de su sanción es el inicio de la acción de lesión o puesta en

---

87 Incluso, para precisar aún más esta postura en el pie de página N.º 48 del citado Acuerdo Plenario, se precisó que “la infracción de deber puede ser considerado como un primer escalafón a valorar, para la determinación de la relevancia jurídico-penal de la conducta, más con ella no basta para afirmar la tipicidad penal”.

peligro del bien jurídico y esto solo puede ocurrir cuando el agente de modo doloso se acerca al objeto del delito. Las instituciones públicas fundamentan una obligación especial de preservar los bienes jurídicos que han sido incluidos en esa relación. El obligado es autor, porque está más cerca o se encuentra vinculado con los bienes jurídicos que le corresponde cautelar y promover a diferencia de lo que sucede con sujetos que están lejos a la vinculación de deberes. “Debido a su especial posición social, el perteneciente a la institución pública tiene acceso directo a cada uno de los bienes jurídicos y puede perjudicarlos de manera sencilla y considerable que los que están situados fuera de la institución” (Roxin, 2016, p. 336). En conclusión, el agente obligado no solo está más cerca y, por tanto, tiene acceso directo a los bienes jurídicos sino por su especial posición de vinculación con ellos tiene el deber especial y particular de promoverlos y preservarlos. En contra, los sujetos no obligados de modo alguno tienen vinculación con esos deberes especiales.

En el mismo sentido, el profesor Caro sostiene que:

La postura dogmática de Jakobs y Sánchez-Vera tiene que ser cuestionada, debido a que ubica la lesión del deber únicamente en el nivel de lo abstracto, si se quiere, de lo formal, mas no en el nivel de lo material, como corresponde identificar a toda conducta que reúne un significado de relevancia penal. Los delitos de infracción de deber necesitan una objetivización de la lesión acorde a la semántica del tipo penal, a la que se llega cuando se da comienzo a la realización típica. Es imposible que pueda ya hablarse de una realización típica del delito de peculado en el momento que el tesorero dejó abierta la caja municipal para que terceros, con quienes lo ha planificado todo, se apropien de los caudales públicos a pesar que estos todavía no han dado inicio a la tentativa. Puede darse el caso que el funcionario agotó todo lo que le tocaba realizar dentro del plan conjunto de hurtar la caja del municipio, sin embargo, mientras no se inicie la realización típica de sustracción, la lesión no se produce en toda su plenitud penal. En concreto, el infringir o incumplir un deber especial solo tiene sentido jurídico penal cuando se traduce en una realización típica, como mínimo en el grado de una tentativa.



La lesión del deber expresa su sentido únicamente en su vinculación con la realización de un tipo penal. La infracción de deber no tiene trascendencia penal si no va acompañada cuando menos con el inicio de la acción típica que describe el tipo penal de que se trate. (Caro, 2015-A, pp. 31, 33; 2015-B, p. 24; 2017, p. 42)

La verificación de la infracción de deber se convierte simplemente en un elemento más, el mismo que para tener trascendencia penal debe ir aparejado de otros elementos objetivos como subjetivos del delito especial de que se trate como es el hecho de realizar actos de inicio del comportamiento delictivo (mínimo se exige que el agente intente acercarse al objeto del delito). Solo dando inicio al hecho se pone en peligro real o potencial el bien jurídico representado en deberes o principios que sustentan las instituciones públicas que conforman el Estado. La simple infracción de deber no tiene relevancia penal. Por ello, el caso que propone el profesor Sánchez- Vera, “de la madre que quiere deshacerse de su hijo, y facilita el arma al asesino para que mate a su hijo”, no podrá ser sancionada ni siquiera por tentativa de parricidio si el asesino no empezó siquiera su acto delictivo.

El profesor Schünemann (2018), por su parte, enseña que:

La lesión o infracción de deberes, en los cuales la sola infracción de un deber especial institucional fundamenta la punibilidad, no puede fundamentar como regla general ningún injusto penal, alegando que sí puede hacerlo y qué requisitos deben ser cumplidos para ello son cuestiones que hasta hoy han quedado en gran parte sin resolver por los que sustentan tal posición dogmática. (p. 103)

Sin embargo, pese a las observaciones que se realizan a la postura de Jakobs y aun cuando según el Acuerdo Plenario N.º 07-2019/CIJ-116 del 10 de setiembre de 2019, las Salas Penales de la Cortes Suprema, habrían optado por la teoría de la infracción de deber desde la postura dogmática de Roxin, todavía encontramos algunos pronunciamientos que se adhieren a la teoría de la infracción del deber institucional. En efecto, como ejemplo cabe citar la sentencia

casatoria del 5 de febrero de 2019 (Casación N°. 503-2018-Madre de Dios). Allí se precisa que:

El delito de malversación de fondos es uno de infracción de deber -situaciones de responsabilidad por competencia-. En este caso lo relevante es el deber institucional que ha de cumplir el imputado recurrente como Gobernador Regional -la fuente del deber es la propia ley de la materia-. Si es delegante debe delegar bien, supervisar razonablemente a su delegado... y, en su caso, corregirle o incluso sustituirle si ello es necesario para la observancia de la función de seguridad encomendada. Como se trata del manejo presupuestal de la institución mayor es el riesgo que debe controlar y más difícil su control, entonces, es más intensa sus tareas de supervisión<sup>88</sup>.

No obstante, hay dos aspectos dogmáticos que deben ser rescatados de los planteamientos de Jakobs, los mismos que deben servir para consolidar aún más los planteamientos dogmáticos de Roxin. Primero, respecto de la coautoría, la teoría de infracción de deber institucional, precisa que el deber es personal. No hay deberes compartidos, pues el deber lo tiene el sujeto obligado o simplemente no lo tiene. Es factible que este puede estar al mismo tiempo en cabeza de varios sujetos obligados, no obstante, ello no le quita su carácter personalísimo. Cada sujeto obligado, solo por el hecho de serlo, al incumplir su deber lo está ya lesionando. En conclusión, es razonable concluir que no es posible la coautoría en los delitos de infracción de deber de carácter penal.

Segundo, asimismo, en lo que corresponde a la autoría mediata, cuando un *intraeus* (hombre de atrás) utiliza a un *extraneus* como hombre de adelante, se tiene por resultado la lesión del deber por parte del obligado positivamente, lo que fundamenta ya la autoría. En efecto, si, por ejemplo, un sujeto obligado utiliza a un extraño a la administración para que se sustraiga el caudal público,

---

88 Para la solución del caso no es necesario hacer referencias a deberes institucionales. Se tratan de deberes de carácter penal. Esto es, efectivamente la conducta del funcionario (gobernador regional) se tipifica en el delito de infracción de deber denominado malversación de fondos cuyo bien jurídico lesionado es el principio de legalidad presupuestal. Principio que si bien está en la Ley de Presupuesto, se convierte en bien jurídico penal, cuando el legislador criminaliza esta conducta.

y este así lo hace, el sujeto obligado ya infringió materialmente su deber especial de carácter penal y, por tanto, no es autor mediato sino simplemente autor directo como lo veremos más adelante.

Pero claro, debemos dejar de lado la denominación de los deberes como institucionales o positivos, pues si concluimos que los deberes o principios que se lesionan o infringen en este tipo de delitos constituyen los bienes jurídicos a proteger, debemos concluir que es irrelevante calificarlos como institucionales o positivos. Y esto es así debido a que como hemos ya dejado establecido *ut supra*, los bienes jurídicos en los delitos de dominio mayormente se representan como derechos, en cambio, en los delitos de infracción de deber los bienes jurídicos se representan en deberes o principios. De modo que los bienes jurídicos siempre son positivos o valiosos para lograr una convivencia pacífica, libre y soportable de la sociedad. Los bienes jurídicos siempre se sustentan en deberes generales: no matar, no robar, no lesionar, no afectar bienes ajenos, no afectar la organización del Estado, no afectar el desenvolvimiento o funcionamiento del Estado, etc.

En otros términos, los bienes jurídicos que no son otra cosa que elementos o requisitos indispensables para lograr una convivencia pacífica, libre y soportable, siempre se protegen y promueven. Por ejemplo, el derecho a la vida (homicidio) se protege y promueve tal igual que el deber de no lesionar el patrimonio del Estado (peculado). En el mismo sentido, el derecho a la propiedad (robo) se protege y promueve tan igual que el principio de imparcialidad y trato justo al postor (colusión), etc.

En suma, desde nuestra perspectiva dogmática jurídico penal no existen deberes negativos merecedores de protección por medio del derecho penal.

### I.3.2.3 LOS DELITOS ESPECIALES DE GARANTES DE SCHÜNEMANN

Bernd Schünemann sustenta una vertiente parecida a los delitos de infracción de deber que aquí se promueve, la misma que en los resultados finales prácticos tiene coincidencias en lo central con la postura de Roxin (2016, p.

313)<sup>89</sup>; no obstante, Schönemann se resiste a utilizar la denominación de “delitos de infracción del deber”, y en cambio, prefiere la de “delitos especiales de garantía” (Schönemann, 2009, p. 506) o “delitos especiales de garantes” (Schönemann, 2006, p. 293).

Plantea que “según las reglas generales, todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio se coloca en posición de garante” (Schönemann, 2009, p. 506). Así, por ejemplo, sostiene, “no se trata de quién posee la posición de dueño de un perro peligroso, sino de quién saca a pasear al perro y no interviene cuando este se lanza contra un transeúnte”. Según el profesor Bernd, con el ejemplo “se puede demostrar el parentesco entre los delitos impropios de omisión con los delitos comunes, por un lado, y con los delitos especiales por el otro”. “Cuando el perro muerde a un transeúnte, quien ha asumido del dueño la tarea de vigilar al animal, y no lo detiene cuando ataca, comete lesiones corporales por omisión” (Schönemann, 2006, p. 294).

Este es un delito especial del dueño del perro, pero es evidente que lo decisivo en este delito no es el deber de Derecho Público, sino el ejercicio del dominio efectivo sobre el perro al sacarlo a pasear. Quien, por tanto, a pedido del dueño saca a pasear al perro que muerde y no le pone bozal, posee el dominio sobre el perro a raíz de que ha asumido su vigilancia. Así, es autor idóneo, lo que es asegurado en el sistema penal mediante las reglas de la responsabilidad por el actuar en lugar de otro. (Schönemann, 2009, p. 507)

De ahí que el criterio de la figura central en los delitos especiales no debe ser buscado en la infracción de un deber especial de carácter penal, sino en una

---

89 En este trabajo, ROXIN (2016) precisa que se trata tan solo de variantes fundamentadoras – que por cierto no dejan de tener importancia práctica- y que necesitan mayor discusión, (p. 323). Debe quedar precisado que para Bernd Schönemann, “el suceso delictivo es la expresión de la decisión tomada por el autor de qué es lo que ha de pasar en su ámbito de dominio y qué no; esto es, en la terminología del autor, estamos ante un “dominio sobre el motivo del resultado”. Este dominio supone siempre, un dominio actual, que se caracteriza por un movimiento corporal propio o por una dominación ya preexistente de un determinado ámbito social (o una fuente de peligro o un bien-objeto jurídico desamparado). Con base en esto se pregunta Schönemann por las necesidades político criminales que podría mover al legislador a estatuir delitos de infracción de deber, siendo su respuesta, de rechazo absoluto a esta categoría de delitos por considerarlos superfluos dogmáticamente” (SÁNCHEZ- VERA, 2002, p.154).

vinculación de dominio sobre el hecho o suceso, tipológicamente parecido con el de dominio del hecho en los delitos de dominio o comunes. “El derecho penal debe dirigir sus normas prohibitivas prioritariamente a aquellas personas que ejercen el dominio decisivo sobre el proceso causal dañoso. Esto es más evidente en los delitos funcionariales, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone” (Schünemann, 2009, p. 508; 2006, p. 295).

Con base en ello, Schünemann encuentra libre el camino para proponer la unidad sistemática de la teoría del autor. El criterio del dominio sobre el fundamento del resultado planteado en 1971<sup>90</sup> logra sus objetivos también en los delitos especiales. El derecho penal debe dirigir sus normas prohibitivas a los sujetos que ejercen un dominio importante sobre el proceso causal dañoso. Este dominio sobre el fundamento u origen del resultado dañino se presenta en dos formas:

En el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (con las posiciones de garante en particular, de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de la vigilancia) y el dominio sobre una causa esencial del resultado (el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión, y más allá, en los delitos de omisión, las posiciones de garante en particular de los deberes en el tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, del dominio sobre personas o instalaciones peligrosas y, finalmente, la responsabilidad de quien dirige la empresa). El mismo estado de cosas se encuentra también en la mayoría de los delitos especiales que tipifican una relación de dominio como presupuesto de la autoría y, por tanto, pueden denominarse delitos especiales de garantía. Aquí hallamos, por un lado, el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico, por ejemplo, en caso de infidelidad del administrador del patrimonio, y, por otro lado, también hallamos el dominio sobre una fuente de peligro como causa esencial del resultado, como, por ejemplo, el dominio que existe al dirigir una empresa

---

90 SCHÜNEMANN (2009) propuso el criterio del “dominio sobre el fundamento del resultado” en 1971 para los delitos de comisión e impropios de omisión como la caracterización más general del concepto tipológico de la autoría (p. 508).

o al utilizar instalaciones peligrosas (por ejemplo, el dueño de una instalación peligrosa que daña el medio ambiente). (Schünemann, 2006, 298)

Aquí no es el deber del Derecho Público el criterio fundamental, ello solo representa un aspecto accesorio al dominio, sino la posesión del dominio mismo en el Derecho Público, el mismo que es factible de transmitirse a quien dirige la institución y lo convierte en autor idóneo del suceso dañoso. De esa manera sigue sosteniendo Schünemann (2006), “queda abierta la vía para una sistemática del concepto de autor de los delitos dolosos basada en un principio unitario, que está caracterizada en los delitos de comisión por el dominio del hecho, en los delitos impropios de omisión y los delitos especiales de garantía por un dominio preestablecido sobre el suceso, en el sentido del control sobre un ámbito social” (p. 298). Ambos son modos de manifestarse el dominio sobre la razón u origen del resultado como estructura de la autoría<sup>91</sup>. En razonamiento parecido, la española Rueda (2014) concluye que:

El fundamento material que explica la limitación de la autoría en los delitos especiales, ya sean propios o impropios, es el mismo, el dominio social típico o la especial posición de dominio que ostenta un *intrañeus*, de modo que los delitos especiales impropios no son simples tipos cualificados o privilegiados de los correspondientes delitos comunes paralelos, sino que son delitos que tienen una sustantividad propia o plena autonomía con respecto a estos por la especialidad de su tipo de injusto, como sucede con los delitos especiales propios. (pp. 244-247)

Como ejemplo de los delitos especiales de garantes, Schünemann cita el peculado de uso sancionado en el artículo 388 del Código Penal peruano<sup>92</sup>. “En

---

91 Luego el mismo, SCHÜNEMANN (2018), en su trabajo titulado *Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales*, ha precisado que “el dominio sobre el fundamento, origen, razón o causa del resultado se presenta de dos formas: como dominio de vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, y como dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro. El dominio sobre una fuente de peligro se divide a su vez en dos formas, según si la fuente de peligro consiste en una acción humana activa o en una cosa peligrosa, como un perro que muerde o una central nuclear. La primera forma se constituye por el dominio del hecho; la segunda, por el actual control de objeto peligroso”. (p. 101)

92 El tipo penal es el siguiente: *El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con*

este tipo de delito que une una conducta activa y una omisión impropia, el autor se caracteriza mediante el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico como es la propiedad pública de vehículos que están subordinados a su administración” (Schünemann, 2018, p. 96).

Schünemann considera superflua la categoría de los delitos de infracción de deber. Sostiene que con el criterio del dominio del hecho puede saberse perfectamente quién es autor y quién es cómplice en los delitos especiales sin tener necesidad de crearse alguna categoría jurídica con base en la infracción de deberes.

Antes de pasar a realizar algunas objeciones al planteamiento del citado profesor, debemos indicar que no es correcto sostener que el delito de peculado de uso se materializa mediante la unión de una conducta activa y una de omisión impropia, pues de la fórmula legislativa se verifica que se trata de dos supuestos o conductas delictivas diferentes. La primera conducta se verifica cuando el propio sujeto público *usa los vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública o que se hallan bajo su guarda*. En tanto que la segunda conducta se perfecciona cuando el sujeto público permite que otra persona use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda. De modo que la primera es una conducta activa y la segunda modalidad es una conducta omisiva. En otro extremo, también no es correcto sostener que el bien jurídico en el delito de peculado de uso lo constituye la propiedad pública o el patrimonio como lo sostiene el profesor Schünemann, toda vez que al menos en nuestro sistema jurídico, ha quedado establecido que el bien jurídico primordial es el principio de no lesividad del patrimonio público.

---

*pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro 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.*

*Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.*

*No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.*

La identificación errónea del bien jurídico en los delitos funcionariales trae como consecuencia planteamientos que no resultan razonables. En efecto, como ya hemos tenido oportunidad de señalar, en este tipo de delitos los bienes jurídicos se representan en deberes o principios de organización del Estado o en deberes y principios de funcionamiento del Estado. En los delitos funcionariales donde se afecta el patrimonio del Estado, este no es el bien jurídico protegido sino aquel solo se constituye en el objeto del delito. De ahí que no es de recibo sostener, como lo hace el profesor Schünemann (2018), que “en el delito de peculado el bien jurídico es el patrimonio público, igual que el patrimonio de una persona privada” (p. 103). Así según esta postura “el titular del cargo público ejerce sobre su desvalimiento (vulnerabilidad) el mismo dominio de protección que el tutor sobre el patrimonio de su tutelado. Por eso, es igualmente punible si él mismo perjudica el patrimonio o si permite que otro lo perjudique” (p. 103).

Ahora bien, podemos coincidir con Schünemann respecto a conductas omisivas como el propuesto del perro peligroso; sin embargo, cuando estamos frente a conductas de comisión, aquel razonamiento no rinde, pues cuando el funcionario público sustrae los fondos estatales, o acuerda o pacta con los terceros interesados para defraudar al Estado, o da o dispone para un destino definitivo diferente a los caudales que administra, por ejemplo, difícilmente podrá interpretarse que el agente público actuó con falta de vigilancia de una fuente de peligro que él dominaba, o como dominio sobre el desamparo de un objeto del bien jurídico. (Salinas, 2018, p. 102; 2019, p. 33)

Se trata más bien de hechos punibles de comisión en las cuales la autoría está circunscrita a sujetos que están vinculadas o relacionados con deberes públicos en su condición de funcionarios o servidores públicos (véase con ejemplos diferentes: Roxin, 2016, p. 319). y no necesariamente al dominio sobre el origen o razón del resultado dañoso como para igualarlo al dominio del hecho de los delitos de dominio. Consideramos que, en esta clase de delitos, no es suficiente ni relevante el dominio sobre el suceso sino aparte de tener eventualmente (no es la regla) aquel posible dominio, es necesario verificar la



existencia o concurrencia de deberes especiales de carácter penal en la protección del objeto del delito. De modo que la vulneración o afectación de aquellos deberes especiales es lo que al final fundamenta la autoría.

En efecto, por la fórmula legislativa de los delitos especiales, en los casos donde determinado sujeto no cumpla por completo con los requisitos de control de una fuente de peligro, responderá penalmente como sujeto activo del hecho punible, solo si se verifica que con su proceder lesionó o puso en peligro un deber especial de carácter penal que surge precisamente del dominio del control que tiene o posee. De esa forma, Roxin (2016) concluye que “el dominio sobre la causa del resultado no es por sí mismo el elemento fundamentador de la autoría, sino solo un presupuesto de la realización típica que, por su parte, consiste en una lesión de los deberes que resultan del dominio del control” (p. 320). El siguiente ejemplo, citado por Roxin (2016), grafica lo expuesto:

Cuando en un taller resulta lesionado por imprudencia un trabajador, el propietario del taller solo responderá como autor de las lesiones, si se llega a verificar que aparte de tener el control del negocio, infringió algún deber especial como, por ejemplo, no dar el mantenimiento oportuno a la maquinaria, o no entregar la ropa adecuada a su trabajador, etc. En cambio, si se verifica que el propietario del negocio cumplió con todos sus deberes dentro del negocio, es imposible que en nuestro sistema jurídico responda penalmente por las lesiones imprudentes ocurridas, así se verifique que tuvo el pleno control del dominio sobre la causa del resultado. El dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre una causa esencial del resultado, por sí mismos no son suficientes para establecer autoría en los delitos especiales, es necesario algo más. (p. 320).

Y ese plus es la verificación concreta de si en el caso en concreto, el sujeto público lesionó o puso cuando menos en peligro algún deber especial de carácter penal. De ese modo, el profesor Roxin (2016), concluye que “el elemento del dominio del control no es superfluo, sino que es desplazado del centro de la fundamentación de la autoría” (p. 320).

En los delitos funcionariales, es cierto que, como sostiene Schünemann, los sujetos públicos tienen el poder estatal a su disposición, y por tanto, ejercen control calificado sobre los sucesos en el marco de sus competencias y, en consecuencia, ellos mismos están sometidos a un control penal más estricto, no obstante, también es cierto que por el solo hecho de tener el poder estatal, tener el dominio o tener competencia funcional sobre el objeto del delito, no responden penalmente como autores si previamente no se verifica la infracción a algún deber especial de carácter penal. Si no se lesiona algún deber, por más que se verifique el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre una causa esencial del resultado, no hay forma de fundamentar la autoría. En efecto, si en una institución pública existen dos administradores de los fondos públicos, solo será autor del delito de peculado, por ejemplo, aquel funcionario que aparte de tener dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, infringió su deber de no lesionar el patrimonio del Estado, apropiándose de parte o del total de los fondos públicos. En cambio, el otro funcionario con igual dominio no será posible hacerle responder en calidad de autor por delito alguno, debido a que no lesionó aquel deber al no participar en la apropiación de los fondos. En otros términos, se sabe que en las municipalidades normalmente existen dos administradores de sus caudales, el alcalde que se constituye en el titular del pliego y el jefe de economía (tesorero). En un caso en concreto, luego de la investigación del delito se llega a la conclusión que el titular del pliego se ha apropiado de parte del patrimonio de la municipalidad con desconocimiento del tesorero. Aquí solo responderá como autor de peculado el titular del pliego. Y esto es así debido a que si bien los dos (tanto alcalde como tesorero) en la municipalidad tenían o tienen el dominio sobre la situación de desamparo de un bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, solo el alcalde realizó la conducta prohibida por el artículo 387 del Código Penal, con lo que

lesionó de ese modo el deber impuesto por la ley penal que es el deber de no lesionar el patrimonio estatal. (Salinas, 2018, p. 102)

Es indudable que, así se determine luego de la investigación, que el tesorero tuvo el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico o, en su caso, el dominio sobre la causa esencial del resultado no responderá por la sustracción de los caudales públicos efectuados por el alcalde. Incluso, en aplicación de nuestro sistema jurídico, si luego de la investigación se determina que la sustracción del fondo público efectuada por el alcalde, fue propiciado por el descuido o negligencia del tesorero en la administración del fondo público, este a lo más responderá por el delito de peculado culposo (último párrafo del art. 387 CP).

Cuestión parecida se verifica con el delito de colusión. En efecto:

Tres funcionarios públicos conforman la comisión especial de licitación, por ejemplo, si luego de la investigación se determina que solo uno de ellos se concertó o pactó con el tercero interesado para defraudar patrimonialmente al Estado, solo él responderá como autor del delito de colusión, previsto en el artículo 384 del CP. Los otros dos no responderán por delito alguno, pese a que es evidente que en tanto miembros de la comisión de licitación tuvieron objetivamente el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico o, en todo caso, el dominio sobre la causa esencial del resultado. Por supuesto, solo el que se concertó con el tercero interesado será autor, debido a que aparte de tener alguno de los dominios que alega el profesor Schünemann, lesionó sus deberes funcionales de carácter penal de imparcialidad, transparencia y dar trato justo a los proveedores. (Salinas, 2018, p. 103; 2019, p. 36)

Incluso, aquí a diferencia del delito de peculado, así se determine que la concertación y consecuente perjuicio al patrimonio del Estado fue propiciado por el descuido o negligencia de los otros dos miembros de la comisión, estos no

responderán por delito alguno, debido a que no está regulado en el Código Penal alguna modalidad culposa del delito de colusión.

Finalmente, se precisa que los deberes especiales de carácter penal *duran más o van más mucho más lejos* que la pura y única relación de dominio sobre la causa u origen del resultado dañoso. Así:

Cuando una madre emprende un viaje alrededor del mundo y deja a su bebé lactante solo en su casa cerrada con llaves, en el caso que el niño muriera de hambre, ella será responsable de homicidio por omisión, aun cuando ya no tenga el dominio del control sobre el niño. Igual sucede cuando los padres se van al cine, mientras que sus hijos se quedan solos en casa. ¿Qué sucede si necesitan ayuda?, ¿quién será responsable? Lo decisivo para cualquier autoría por omisión de los padres tendrá que ser el que todavía subsiste su deber de vigilancia y que ellos deben cumplir con este deber así estén lejos del dominio sobre una causa esencial del resultado. Por supuesto, el cumplimiento de estos deberes excluye de responsabilidad alguna a los padres, mientras que su incumplimiento puede fundamentar su autoría del resultado dañoso producido. (Roxin, 2016, pp. 321, 322)

Por su parte, el profesor Sánchez-Vera (2002) argumenta que la afirmación de Schünemann de que la posición especial, por ejemplo, de los padres escondería tras de sí un particular “dominio sobre el desamparo de la víctima” “encierra a la vez un reconocimiento de un deber especial o, dicho de un modo más exacto, encierra a la vez el reconocimiento del deber especial positivo que está en la base de los delitos de infracción de deber” (p. 158). Solo así encuentra una explicación lógica por qué la “relación de dominio” de los padres está todavía vigente en el momento de la comisión del ilícito. Sin duda, una situación de desamparo de las víctimas, en este caso de los niños, no fundamenta algún tipo de dominio. Y esto es así debido a que Schünemann, parece que aplica de *factum* un concepto de dominio del hecho en supuestos en los que claramente se trata de un delito de infracción de deber. Es cierto que hay una institución que -en palabras de Schünemann- se dirige a “compensar la

debilidad constitucional o parcial” de los menores -a saber, la institución paterno filial- pero ésta fundamenta precisamente un delito de infracción de deber y no un delito de dominio. Schünemann habla del “caso especial de la relación madre-hijo” y admite que “según nuestro ordenamiento familiar el dominio se prolonga tras el nacimiento”. “En definitiva, lo relevante a la postre es el ordenamiento familiar y no el dominio del hecho” (Sánchez-Vera, 2002, p. 159).

Por graficar la postura dogmática que defendemos, a cerca de los delitos contra la administración pública, se puede citar el delito de peculado culposo previsto en el último párrafo del artículo 387 del Código Penal:

La cajera (percibidora) de una empresa pública, al recibir una llamada de su casa en que le hacen saber de una emergencia ocurrida a su hijo menor, salió corriendo de su oficina dejando todo lo recaudado del día en el cajón de su escritorio. Al día siguiente, al revisar su escritorio, no encontró el dinero debido a que había sido sustraído. Probados así los hechos, la cajera será autora del delito de peculado culposo previsto en la última parte del artículo 387 del CP, toda vez que si bien es cierto no tenía el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico o el dominio sobre la causa esencial del resultado, lesionó su deber funcional de dejar en la caja fuerte o entregar al tesorero lo recaudado del día. Al incumplir su deber, dio ocasión a que terceros sustraigan los caudales estatales. (Salinas, 2018, p. 104; 2019, p. 38)

Ese plus al dominio puesto en evidencia como es la infracción de deber, fundamenta finalmente la autoría y es lo característico de los delitos de infracción de deber desde la postura dogmática de Roxin. De ese modo, pretendiendo desconocer la teoría de infracción de deber, Schünemann intenta fundamentar que los delitos de infracción de deber son casos de “dominio de protección sobre el bien jurídico” o “dominio del suceso o acontecimiento en el sentido de control sobre un ámbito social”. Por tanto, pertenecen a los delitos de dominio. Pretendiendo constituir “un principio normativo fundamental unitario del dominio del hecho” (Roxin, 2014, p. 182).

Explica y sustenta su posición de la mano de las relaciones paterno-filiales. Según el citado profesor:

El dominio de la custodia fáctica (aunque sea reducida) de los padres que se han ido al cine respecto de los hijos que permanecen durmiendo en la vivienda puede ser fundamentado porque ellos tienen la disposición sobre la llave de la casa, conocen el lugar donde se encuentran los niños y los peligros de la vivienda, etc. Por el contrario, sostiene que no existe un deber del fabricante de retirar del mercado un producto peligroso, porque faltaría al fabricante el dominio del hecho, incluso para el caso de que hubiera quebrantado el deber de cuidado exigible (GyG, 346 y 290, 288). No obstante, el distinto tratamiento de estos casos no parece razonable. En efecto, el fabricante del producto peligroso conoce los peligros del producto, igual que los padres conocen los de la casa, y posee la llave de la retirada del mercado, igual que los padres tienen en su poder la de la vivienda. ¿Por qué no existe pérdida del dominio del hecho cuando los padres se encuentran en el cine, y sí, en cambio, cuando el fabricante permanece en su empresa y no retira el producto del mercado? Aún no hay respuesta para esta pregunta. (Sánchez-Vera, 2002, p. 156)

En otro extremo, no le falta fundamento al profesor Sánchez-Vera (2002), cuando sostiene que:

Si se parte de un dominio actual, habría que negar la responsabilidad no solo en el caso del fabricante, sino también en el caso de los padres. Si se quiere ser fiel al concepto de dominio del hecho, hay que concluir: lo que los padres poseen es un simple -si bien originario- dominio potencial; un dominio potencial del hecho, empero, no es un dominio actual. En definitiva, no es un dominio real del hecho, sino precisamente, la esperanza de un dominio futuro del hecho, que no puede fundamentar nada. Así se quisiese equipar en estos casos un dominio potencial con un dominio del hecho fundamentado de la autoría, habría que afirmar dicho dominio potencial -y, por

tanto- en todos los casos de participación en los que el partícipe puede impedir el hecho principal, pues allí también el “partícipe” tendría un dominio potencial del hecho. Esto conduciría al absurdo de convertir a todo partícipe en autor en virtud de su dominio potencial; solo en los casos -los menos- en los que el partícipe pierda tras su aporte la posibilidad de impedir el resultado -lo cual constituye una excepción- podría haber lugar para la participación. En efecto, el partícipe -igual que los padres- conoce también el peligro de su aporte. Incluso en los supuestos de omisión del deber de socorro habría que afirmar que, a pesar de que el especialmente obligado no era garante, no es menos cierto también que poseería el dominio potencial del hecho, por lo que, a la postre, todos estos delitos pasarían a ser delitos impropios de omisión y en grado de autoría. Esto no resulta razonable de aceptar. (p. 157)

En esta línea de desconocer la existencia propia de los delitos de infracción de deber, encontramos entre otros a Stratenwerth, Jescheck<sup>93</sup> y Botke<sup>94</sup> en Alemania.

En cambio, en España, encontramos a la profesora Rueda (2014), quien enseña que:

---

93 El profesor JESCHECK sostiene que “la teoría del dominio del hecho debe ser sustituida en los “delitos de infracción de deber” por el criterio de que es siempre autor el titular del deber sin consideración a la clase e importancia de su aportación al hecho. Ello solo es correcto en tanto que en todos los delitos especiales solo puede ser autor quien posea la titularidad del deber. Pero de ello no se sigue que todo titular del deber tenga que ser autor; para ello debe, más bien, poseer el dominio del hecho o dominarlo en parte o ser autor mediato si coopera con un instrumento no cualificado”. Jescheck y Wigend (2014, cita a pie de página N°30, p. 975)

94 En resumen: STRATENWERTH, enseña que el tipo en los delitos especiales exigiría también “por regla general que el autor cualificado realice una determinada acción, y en relación con la cuestión de si lo ha hecho no pueden regir parámetros distintos del resto de los casos (delitos de dominio)”. Jescheck, por su parte, precisa que “sería correcto mantenerse en general en la teoría del dominio del hecho... Si varios intervinientes tienen el mismo deber, es decisivo exclusivamente el dominio del hecho”, y finalmente, Botke pretende interpretar los delitos de infracción de deber de acuerdo a los parámetros de los delitos de dominio del hecho, de ahí que haya acuñado el principio del “dominio configurativo”. (ROXIN, 2014, pp. 186-187). El profesor ROXIN (2014), luego de hacer un recuento de las objeciones alegadas en contra de la teoría de los delitos de infracción de deber, concluye que no debe pretenderse “nivelar o igualar las diferencias que se producen en la delimitación de las formas de intervención delictiva”. (p. 182). En el mismo sentido, estaría Welzel con su dominio social. Por su parte, SÁNCHEZ-VERA (2002) cuando se refiere a estos intentos de extender la teoría del dominio del hecho para cubrir todo, concluye que “estos intentos se mostraron finalmente como poco plausibles”. (p. 156)

Cuando el legislador construye los tipos delictivos especiales se guía por la idea del “dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico” (Gracia Martín), que fundamenta una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y determina la posibilidad de actualización del dominio del hecho típico. Mediante los citados criterios rectores de la tipicidad en los delitos especiales podemos averiguar las posibilidades que tiene un sujeto de realizar la acción típica, pues quien los ostente va a tener un mayor acceso para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. El partícipe *extraneus* que mediante su conducta motiva o facilita al autor *intraneus* la realización de la acción típica, contribuye también al ataque al bien jurídico protegido por el delito especial al penetrar con su contribución en la esfera donde el autor ejerce un dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico ya sea a través del dominio social típico o del abuso de la especial posición de dominio, pero su ataque no es directo o típicamente relevante, sino accesorio. Luego sigue afirmando la citada autora, a través del ejercicio del dominio social típico o del abuso de la especial posición de dominio por un autor *intraneus*, se facilita el acceso (a una mayor posibilidad de ataque) al bien jurídico protegido, y el partícipe *extraneus* si conoce su concurrencia aprovecha la presencia de tales elementos, el ejercicio del dominio social típico o el abuso de la especial posición de dominio, para su propio ataque al bien jurídico comparable idealmente al ataque en concepto de autor. (pp. 244-247)

No obstante, consideramos que no debemos dar el mismo tratamiento a dos fenómenos jurídicos diferentes. No es posible tratar de la misma manera a hechos jurídicos que tienen naturaleza diferente. Como ya se ha mencionado, una cuestión son los delitos de dominio (Roxin) o de organización (Jakobs) y otra muy diferente son los delitos especiales conocidos como infracción de deber (Roxin) o de infracción de deberes institucionales (Jakobs). Ambas categorías de delitos presentan naturaleza y configuración legal distinta y, por tanto, es



razonable que necesiten explicación y fundamentación diferente respecto a la autoría y participación.

#### **I.4 ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL: LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER EN LA JURISPRUDENCIA DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA**

##### **II.4.1 CASOS SOBRE DELITOS FUNCIONARIALES RESUELTOS POR LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA**

Luego de conocer con mayor detalle la teoría del dominio del hecho y la teoría de infracción de deber desde las posturas dogmáticas de Jakobs, Roxin y Shünemann, corresponde hacer un análisis exhaustivo de algunos pronunciamientos jurisprudenciales respecto de los delitos funcionariales con la finalidad de verificar cuál ha sido y es la orientación jurisprudencial de las Salas Penales de la Corte Suprema en la aplicación de estas teorías en la solución de los casos judicializados cuyo objeto de acusación son los delitos funcionariales.

Como muestra del problema detectado, analizaremos precedentes jurisprudenciales de los años 2003 (1), 2004 (1), 2007 (1), 2011 (1), 2013 (1), 2014 (1), 2016 (2), 2017 (2), 2018 (3) y 2019 (5). Los criterios que se han tenido en cuenta para tomarlos como referencia del problema planteado en esta investigación son dos: primero, el hecho de que, como se verificará en estos precedentes, se hace patente el uso de las teorías antes citadas en la solución de los casos judiciales; y segundo, la relevancia del caso resuelto por el precedente. En muchos de ellos se han resuelto casos mediáticos de corrupción de funcionarios. Así tenemos:

1. En la ejecutoria suprema del R. N. N.º 1813-2003-Lima, del 14 de noviembre de 2003, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema dio por probados los hechos siguientes: "el procesado, Vladimiro..., asesor de la Alta Dirección del SIN, dispuso indebidamente en favor de terceros fondos correspondientes al Régimen de Ejecución Especial del SIN, específicamente reservas uno y dos,

destinados a gastos de inteligencia y contrainteligencia que fueron justificados con diversas resoluciones supremas rubricadas por el mandatario, con el fin de lograr los objetivos políticos que se habían trazado, decidiéndose utilizar dichos fondos para el apoyo económico, entre otros, del procesado Luis Bedoya....a quien le entregó un aporte de US 25 000.00, a fin de ayudarlo en el financiamiento de su campaña electoral para la alcaldía de Miraflores, condicionando dicha entrega la neutralidad política que era beneficiosa al régimen del gobierno”.

Para la solución del caso, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema consideró que respecto a “la responsabilidad penal de Luis Bedoya..., éste a lo largo de todo proceso ha reconocido haber recibido dinero de su coprocesado (...) en las oficinas del SIN (...) alegando a su favor que desconocía que el dinero provenía de fondos públicos, sin embargo, estando ....a la forma, causas y circunstancias en que se dieron los hechos, de haber recibido dinero en una oficina estatal y de un empleado público y sin que el procesado presente alguna prueba que demuestre lo contrario, no es cierto que desconociera que el dinero provenía de fondos públicos”.

Asimismo, la Suprema Corte siguió afirmando que “en cuanto a la capacidad de cómplice del coprocesado Luis Bedoya... en el delito de peculado, debemos manifestar que nuestro Código acoge la tesis de accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia, como sostiene Fidel Rojas Vargas, se trataría de la tesis de la unidad de imputación, siendo de la misma línea de pensamiento Manuel A. Abanto Vásquez (...) quien dice: *La base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir siendo la unidad del título de imputación. Autor del hecho solamente podrá ser el intranei que haya realizado los hechos... los extranei participantes será siempre participantes del delito penal, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho, por consiguiente, la conducta desplegada por Luis Bedoya..., persona particular se encuadra dentro del llamado extranei y, por ende, pasible de sanción bajo la calidad de cómplice de peculado*”. Por tales consideraciones

fallaron declarando no haber nulidad en la sentencia de vista que condenó a Vladimiro... como autor de peculado y a Luis Bedoya... como cómplice primario del delito de peculado en agravio del Estado.

**ANALIZANDO** la ejecutoria suprema R. N. N.º 1813-2003-Lima, los hechos objeto de acusación, juicio oral y sentencia condenatoria se pueden resumir en lo siguiente: con el objetivo de lograr los objetivos políticos que se habían trazado el presidente de la República y Vladimiro..., este último, en su calidad de asesor de la Alta Dirección del SIN, dispuso indebidamente en favor de terceros, de fondos públicos correspondientes al Servicio de Inteligencia Nacional que aquel administraba. En ese contexto, Vladimiro... entregó al procesado Luis Bedoya... la suma de US 25 000.00, para el financiamiento de su campaña electoral en las elecciones para la alcaldía de Miraflores, condicionando dicha entrega dineraria a su neutralidad política.

El titular de la acción penal calificó en forma correcta estos hechos en el delito de peculado, previsto y sancionado en el artículo 387 del Código Penal. Calificación que fue asumida por la Suprema Corte. Quedo precisado que el imputado Vladimiro... actuó como autor del delito en tanto que Luis Bedoya..., actuó como cómplice primario del citado delito. Tipificaciones jurídicas por las cuales al final fueron condenados ambos acusados.

Para la solución del caso respecto de la responsabilidad penal del acusado Luis Bedoya..., la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema consideró entre otros detalles jurídicos que el Código Penal recoge la "tesis de accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría. La complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia". Para tal efecto citó a los profesores Rojas y Abanto, glosando a este último quien sostiene que la base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir siendo la "unidad del título de imputación". Al final la Suprema Corte termina concluyendo que autor del hecho solamente podrá ser el *intrañei* que haya realizado los hechos y que los *extraneñei* serán siempre participantes del delito cometido por el autor, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del

hecho. En resumen, llega a sostener que la conducta desplegada por Luis Bedoya..., persona *extranei*, es la de cómplice del delito de peculado y como tal debe ser pasible de sanción penal.

De las consideraciones glosadas del precedente judicial se evidencia que se hizo uso de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, pues solo el sujeto público infringe su deber al cometer el delito funcional tenga o no el dominio del hecho. De igual modo, en la ejecutoria en análisis se decantaron por la teoría de la unidad del título de imputación, sosteniendo que el extraño a la administración siempre responderá por el delito funcional realizado por el sujeto público, quien responderá como autor. No obstante, para determinar quién responde como autor y quién como cómplice se hizo uso de la teoría del dominio del hecho. Es autor quien tiene el dominio o las riendas del acontecimiento delictivo; en cambio, será cómplice aquel que ayuda o auxilia en la comisión del delito y dependiendo de su aporte, podrá ser cómplice primario o secundario.

En suma, en la solución de la controversia judicial se hizo uso de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin que, incluso, sustenta la teoría de la unidad del título de imputación. No obstante, para identificar a los autores y cómplices en el delito funcional, se invocó la teoría del dominio del hecho. Esta ejecutoria suprema es una muestra de cómo se combina la teoría de infracción de deber y la teoría del dominio del hecho cuando bien sabemos que son teorías excluyentes.

2. En la ejecutoria suprema del R. N. N.º 2976-2004-Lima, del 30 de diciembre de 2004, la Sala Penal Suprema de la Corte Suprema dejó establecido lo siguiente: “está probado que, como consecuencia de las investigaciones realizadas por la comisión investigadora del Congreso de la República, en torno al ciudadano Vladimiro ..., se determinó que diversos militares estaban involucrados en la compra y redención de certificados bancarios de moneda extranjera en la agencia del Banco Continental,...; que en ese grupo de oficiales generales se encontraba el acusado Marco Antonio..., a quien luego de procederse al levantamiento del secreto bancario se le encontró la titularidad de

las cuentas bancarias... ; que las investigaciones llevadas a cabo establecieron que el citado imputado: a) con fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y seis adquirió tres certificados bancarios números 122197, 122198 y 122199, cada uno por cincuenta mil dólares americanos, los que habría adquirido con el concurso de su coimputado Winston ... (acusado reservado...); b) con fecha veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y seis adquirió los certificados bancarios números 122391, 122392 y 122393, cada uno por cincuenta mil dólares americanos; c) al redimir los últimos certificados, con fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y seis adquirió los certificados bancarios números 124421, 124422, 124423, 124414, 124415, 124416, cada uno por cincuenta mil dólares americanos; d) el veintitrés de enero de mil novecientos noventa y siete adquirió los certificados bancarios números 125129, 125130 y 125131, cada uno por cien mil dólares americanos; e) con fecha diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho redimió la totalidad de los certificados bancarios antes glosados en la agencia principal de la entidad bancaria antes citada, con lo que obtuvo un total de seiscientos cincuenta y dos mil trescientos dólares americanos, dinero que abonó a la cuenta de ahorros número... que mancomunadamente tenía con su esposa Nelly Graciela ... en el mismo banco ...; f) esa suma, posteriormente, la transfirió al exterior, específicamente al Banque Nationale de Paris (sucursal Miami – Estados Unidos de América) por un monto de seiscientos mil dólares americanos ..., mientras que la suma de cincuenta mil dólares americanos, mediante cheque de gerencia, lo hizo a la cuenta de TumiGroup Inc.; g) el diecisiete de agosto del año dos mil repatrió la suma de quinientos mil dólares de esta última cuenta (empresa TumiGroup Inc.) en el Banque Nationale de París a la cuenta corriente número ... de la empresa Camde Inmobiliaria Sociedad Anónima Cerrada, representada por sus hijas y coencausadas Mónica Patricia y Jessica ..., h) parte de esa suma fue utilizada en la adquisición del inmueble..., y el monto restante fue transferido a la cuenta a plazos de número...”

Por tales hechos, la Sala Penal Superior condenó a Marcos Antonio..., Jessica, Mónica Patricia y Nelly Graciela el primero como autor y las restantes como cómplices primarias del delito de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado.

Allí la Sala Penal Suprema consideró que “aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes –como todas las personas– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe”.

Con base en tales argumentos se declaró NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida en cuanto condenó a Marco Antonio ...como autor del delito contra la administración pública, enriquecimiento ilícito en agravio del Estado. No obstante, no se pusieron de acuerdo respecto de las sentenciadas en su calidad de cómplices primarias, hecho que generó se decida por mayoría la situación jurídica de las acusadas. Al final, por mayoría declaró haber nulidad en la sentencia recurrida, en cuanto condenó a Jessica..., Mónica Patricia... y Nelly Graciela como cómplices primarias del delito contra la administración pública - enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, a las penas de cinco y cuatro años, respectivamente, de pena privativa de la libertad; reformándola las ABSOLVIERON de la acusación fiscal; y encontrándose sufriendo carcelería Mónica Patricia y Jessica ... ordenaron su inmediata libertad.

En la ejecutoria en mayoría se argumentó que “la controversia que se plantea en el presente caso,... está referida a si las encausadas Jessica ..., Mónica Patricia ... y Nelly Graciela... pueden responder o no penalmente como cómplices primarias del delito de enriquecimiento ilícito...; que las pruebas antes glosadas determinan que objetivamente intervinieron mucho tiempo después

que el acusado Marco Antonio obtuvo el dinero cuestionado, enriquecimiento que se concretó en la adquisición a su nombre de certificados bancarios en moneda extranjera... incluso, es posible afirmar que la conducta del citado acusado ya se encontraba en la fase de terminación y no de mera consumación formal del delito-, para lo cual éstas no realizaron acto alguno tendente a ocultarlo o disimularlo, actuar como personas interpuestas, que es el caso del testaferrato”.

**ANALIZANDO** la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004 (R. N. N.º 2976-2004-Lima), se verifica que los hechos objeto de pronunciamiento judicial se reducen a lo siguiente: que diversos militares incluido el acusado Marco Antonio..., estaban involucrados en la compra y redención de certificados bancarios de moneda extranjera en la agencia del Banco Continental; que respecto del citado acusado, luego de efectuarse el levantamiento del secreto bancario se le encontraron diversas cuentas bancarias, cada una por cincuenta mil dólares americanos; luego adquirió diversos certificados bancarios cada uno también por cincuenta mil dólares americanos; al redimir estos certificados, adquirió otros por los mismos montos; luego los cambió y adquirió otros certificados cada uno por cien mil dólares americanos. En marzo de 1998 redimió la totalidad de los certificados bancarios, con lo que obtuvo un total de seiscientos cincuenta y dos mil trescientos dólares americanos, dinero que abonó a la cuenta de ahorros que tenía mancomunadamente con su esposa la acusada Nelly Graciela...; posteriormente, lo transfirió al exterior, por un monto de seiscientos cincuenta mil dólares americanos, monto que al final fueron a la cuenta de la empresa representada por sus hijas y coencausadas Mónica Patricia y Jessica ..., y parte de ese dinero fue utilizado para adquirir un inmueble.

Estos hechos fueron calificados por el titular de la acción penal como delito de enriquecimiento ilícito. Se acusó a Marco Antonio... como autor y a su cónyuge e hijas como cómplices primarias del citado delito.

Aquí para efectos de esta investigación es irrelevante que al final, las acusadas hayan sido absueltas de la acusación fiscal por considerar que su conducta se desarrolló luego que ya se había producido el delito de

enriquecimiento ilícito del sujeto público Marco Antonio. Lo trascendente es verificar qué teoría se aplicó para determinar la autoría y participación en el delito funcional objeto de acusación. En efecto, cuando la Sala Penal Suprema argumenta que el enriquecimiento ilícito es un delito especial propio, en el cual es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; sin duda, está haciendo uso de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin que fundamenta y promueve la unidad del título de imputación.

Asimismo, se verifica que se reitera el uso de la teoría citada cuando al referirse a los cómplices se sostiene que “más allá de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume-”.

Con base en la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, la Sala Superior Penal condenó a Marco Antonio... en tanto funcionario público como autor del delito funcional y a su cónyuge e hijas las condenó como cómplices primarias del mismo delito, siguiendo la unidad del título de imputación. Sin embargo, cuando corresponde determinar o calificar quién responde como autor y quién como cómplice, hace uso de la teoría de dominio del hecho, pues califica a las acusadas como cómplices primarias. Situación que no es corregida por la Suprema Corte, pues nada dice al respecto y más bien se limitó a absolver a las acusadas como cómplices primarias del delito de enriquecimiento ilícito, toda vez que habrían tenido una participación posterior a la consumación del delito objeto de acusación.

En suma, en la solución del caso sobre un delito funcional, la Sala Penal de la Suprema Corte hizo uso de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, que fundamenta la teoría de la unidad del título de imputación; no obstante, luego hizo uso de la teoría de dominio del hecho, que divide en primaria y secundaria a la complicidad, ello según su grado de aporte en la comisión del delito.



3. En la ejecutoria suprema emitida en el R. N. N.º 4500-2005-Junín, del 6 de setiembre de 2007, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema dio por acreditados los hechos siguientes: “la acusada Elvira Magda..., en su condición de encargada de depositar en el Banco de la Nación los recursos, directamente captados, por ingresos propios de la Dirección Regional Agraria de Junín, con la complicidad de sus coencausados Arístides... y Héctor..., que se desempeñaban como tesorero y encargado de la elaboración de las conciliaciones bancarias respectivamente, se apropió, durante los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, de la suma de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles. Para tal fin, la encausada adulteró las cantidades a depositar, en cincuenta y tres boletas de depósitos de las cuentas..., lo que permitió detectar diferencias entre lo que realmente depositaba en el citado banco y las papeletas de depósito así adulteradas; asimismo, bajo esta misma modalidad y en complicidad con sus encausados, se habría apropiado de dinero en dólares americanos de tres cuentas corrientes. No obstante, luego del proceso se llegó a determinar que la conducta del encausado Arístides... únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno –que es precisamente lo que se imputa al citado– actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales –en este caso–, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 387º del Código Penal”.

Para resolver el caso, la Segunda Sala Panal transitoria consideró que en la sentencia condenatoria se ha concluido que el procesado Arístides... es responsable de la comisión de delito de peculado en su condición de cómplice primario y ha reservado el juzgamiento respecto de los demás, bajo el fundamento sustancial, que en la fase preparatoria del hecho delictivo, en forma dolosa ha prestado su plena colaboración a su coacusada Elvira Magda... “para la consumación del delito de peculado en la forma de apropiación indebida de los fondos del Estado, pues como jefe de tesorería, y por ende de la encausada que laboraba en la oficina bajo su cargo, no verificó la conformidad diaria de los

ingresos por recursos propios, y los depósitos a favor de la entidad agraviada, por lo que, sin ese consentimiento, y consiguiente apoyo en el sistemático obrar de la aludida encausada para apropiarse de los caudales, no hubiera sido posible la consumación del delito”. Que, sin embargo, sigue sosteniendo la Suprema Corte, “el delito de peculado, y consecuentemente su grado de complicidad, exige necesariamente la concurrencia del dolo como requisito *sine qua non* sin el cual no podría configurarse el mismo. Aspecto subjetivo que no se advierte, por lo que la conducta ilícita del citado encausado ha sido incorrectamente tipificada por el Ministerio Público, y así asumida por la Sala Superior, pues dicho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno –que es precisamente lo que se imputa al citado– actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales –en este caso–, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero. Bien se sabe que habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones, vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público”. Con base en tales consideraciones la Suprema Corte se desvinculó de la acusación fiscal de acuerdo al artículo 285-A del Código de Procedimientos Penales, pues esta decisión no afecta el derecho de defensa del procesado, por cuanto la pena contenida en la norma sustantiva acotada le es favorable.

Por tales consideraciones y tomando en cuenta que la acción penal del delito de peculado culposo había prescrito, declararon HABER NULIDAD en la resolución recurrida en el extremo que condenó a Arístides...como cómplice primario por el delito de peculado en agravio del Estado representado por la Dirección Regional Agraria de Junín, REFORMÁNDOLA: declararon, de oficio, extinguida la acción penal por prescripción. Además, DISPUSIERON que la ejecutoria suprema constituya *precedente vinculante* en lo concerniente a los criterios que determinan la estructura del delito de peculado culposo.

**ANALIZANDO** esta ejecutoria vinculante, se verifica que los hechos acreditados y objeto del precedente judicial, en resumen, son los siguientes: “la acusada ausente Elvira Magda..., en su condición de encargada de depositar en el Banco de la Nación los recursos, directamente captados por ingresos propios de la Dirección Regional Agraria de Junín, contando con la supuesta complicidad de su coencausado Arístides..., se apropió, durante los años 1998 y 1999, de 45 mil soles. Asimismo, bajo esa misma modalidad y en supuesta complicidad con su encausado, se apropió de dinero de tres cuentas corrientes”. Respecto de este último, al verificar que en el ejercicio de sus funciones de tesorero no actuó con el debido cuidado en el control de su coacusada, la Suprema Corte consideró que su conducta se subsume en el delito de peculado culposo.

Luego del análisis de la actividad probatoria, se advirtió que la acusada ausente Elvira Magda..., en su condición de encargada de depositar en el Banco de la Nación los recursos, directamente captados por ingresos propios de la Dirección Regional Agraria de Junín, aprovechando la negligencia en el control diario de parte del tesorero de la Dirección Regional se apropió, durante los años 1998 y 1999, de 45 mil soles y otros dineros de tres cuentas corrientes. Acreditados así los hechos, sin mayor duda, la conducta del acusado Arístides... se subsume en el delito de peculado culposo previsto y sancionado en el último párrafo del artículo 387 del Código Penal

Para resolver la controversia judicial, la Segunda Sala Penal transitoria consideró que el delito de peculado culposo es un delito especial, en el cual solo puede ser autor un funcionario público que incumpliendo sus funciones permite o facilita que un tercero (otro funcionario o un extraño a la administración) se apropie o sustraiga fondos públicos del Estado. Se orientó por la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin.

Se verifica también que para saber quién es autor y quién es cómplice en los delitos funcionariales, en la sentencia de la Corte Superior de Junín, se aplicó la teoría del dominio del hecho y con base en ella, fue condenado el acusado Arístides... como cómplice primario del delito de peculado. Situación que la Suprema Corte no corrigió. Aquella posición se explica debido a que al parecer

era tendencia mayoritaria aplicar la teoría del dominio del hecho para solucionar las incidencias respecto a los temas de autoría y participación de los delitos de infracción de deber.

En la solución del caso sobre un delito funcional culposo, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte hizo uso de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, no obstante, luego hizo uso de la teoría de dominio del hecho para identificar a autores y cómplices en el delito funcional de peculado culposo.

4. En el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116<sup>95</sup>, de fecha 6 de diciembre de 2011, los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, en aplicación del artículo 22 de la LOPJ, establecieron como doctrina legal lo siguiente: “Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su

---

95 Titulado: Nuevos alcances de la prescripción. Firmado por los jueces supremos Villa Stein, Lecaros Comejo, Prado Saldarriaga, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana, Barrios Alvarado, Neyra Flores, Villa Bonilla, Calderón Castillo y Santamaría Murillo.

responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto”.

“Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del *extraneus*, que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Esta posición sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que, sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber... Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26 CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación... Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor...”

Se sigue afirmando en el Acuerdo Plenario, “los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor -dentro de los comprendidos en el Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del CP-, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá la dúplica del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que legalmente sólo corresponde al autor. Se estima que lo

precedentemente desarrollado es la forma correcta de abordar la cuestión. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, sólo responden por el delito de infracción de deber en calidad de inductores o cómplices -sin que ello implique la ruptura del título de imputación..., en tanto, no pueden realizar materialmente la conducta por un defecto esencial a nivel de imputación como autor. En tal virtud, el *extraneus* no infringe ningún deber jurídico especial que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal. El principio de proporcionalidad demanda que esa diferencia se justifique en un trato distinto de los plazos de prescripción de la acción penal”.

**ANALIZANDO** la doctrina legal vinculante, se tiene que en el acuerdo plenario se diferencia bien entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber especial. Se afirma que este último sería la característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos. Y al sostener que “el autor del delito de infracción de deber no puede ser cualquier persona, sino solo aquel sujeto público que ocupa un *estatus* especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta y que la infracción del mismo lo convierte en autor”, se decantó por la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin.

Y luego, para resolver la situación del *extraneus*, se optó por la teoría de la unidad del título de imputación al precisarse que en los delitos de infracción de deber se restringe el círculo de autores, pero se admite la participación del *extraneus*, que no ostenta esa obligación especial, fundamentando esta perspectiva en la accesoriedad de la participación. Es más, se sigue precisando que el extraño puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, “la participación del *extraneus* no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel, toma parte en la realización de la conducta punible, sino es dependiente”.

Incluso se afirma que la posición asumida guarda absoluta concordancia con el artículo 26 del CP que regula las reglas de la incomunicabilidad de las circunstancias de participación, “fórmula que ratifica la opción dogmática y

jurisprudencial de la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber”.

De ese modo, el Acuerdo plenario, adelantándose a la modificación del artículo 25 del CP que luego se realizó, sostenía que “los *extraneus* se registrarán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor. No se puede desconocer que los partícipes que no ostentan los deberes especiales, solo responden por el delito de infracción de deber en calidad de inductores o cómplices, sin que ello implique la ruptura del título de imputación”. En tal virtud, el *extraneus* no infringe deber jurídico especial alguno que se corresponda con el bien jurídico que es objeto de tutela penal.

En resumen, la doctrina legal vinculante impuesta por el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116 se decantó por la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, optando por la teoría de la unidad del título de imputación mucho antes de la modificación del artículo 25 del CP.

5. En la ejecutoria suprema emitida en el R. N. N.º 546-2012-Lima, del 6 de mayo de 2013, la Sala Penal de la Corte Suprema dejó establecido como hechos probados que “el acusado Carlos Fernando.... recibió sumas de dinero, en las instalaciones del SIN, por parte de Vladimiro ...con conocimiento de que provenían de fondos del Estado -no del movimiento político Alianza Perú dos mil-, cuyo objetivo fue: (i) difundir las acciones de gobierno y del presidente Fujimori ..., ensalzando su obra y actos de gobierno, y (ii) realizar actos de proselitismo y propaganda en el curso de la campaña electoral para el periodo de gobierno dos mil a dos mil cinco. Cuatro son los cargos imputados:

1. Montesinos.... ordenó a su secretaria María Angélica... entregar personalmente, en las instalaciones del SIN, al acusado diversas sumas de dinero..., que llegaron a un total de treinta y tres mil dólares americanos, para que sean usados en la presentación de documentos vinculados a la organización de los mítines para la campaña de reelección del presidente. Asimismo, desde Palacio de Gobierno, y por orden directa que debía pasarse a Carlos Fernando, por los gastos de los mítines que se realizaban en provincias, en cantidades que

fluctuaban entre dieciocho mil a treinta mil dólares americanos.

2. Para mejorar la imagen, nacional e internacional, del presidente..., se le encomendó la cena de gala y agasajo al ex presidente de Ecuador Yamil Mahuad con ocasión de su visita al Perú y, de ese modo, afianzar las relaciones con el Ecuador luego de la firma del Acuerdo de Paz. Ello implicó la contratación de artistas, preparación de escenario, decoración, equipo de sonido y entrenamiento de artistas desde treinta días antes del evento. Estos gastos fueron financiados por el SIN con fondos del Estado. Vladimiro... entregó a Carlos Fernando... la suma de cincuenta mil dólares americanos de la partida Reserva I.

3. El acusado preparó un especial sobre el conflicto Perú-Ecuador, que se transmitió por Televisión.

4. Asimismo, ... preparó otros videos, difundidos especialmente por canal dos, trabajos por los que recibió diversas sumas de dinero”.

Para resolver el caso, la Sala Penal de la Corte Suprema argumentó que “el delito de peculado es uno de infracción de deber. El funcionario o servidor público quebranta deberes positivos que debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos. Quebranta una institución positiva estatal: la Administración Pública. En el delito de peculado se tutela el patrimonio público, en la medida en que está al servicio de unos intereses generales, y en el marco del correcto funcionamiento de la Administración Pública en el manejo de tales fondos...”

Aquí la apropiación definitiva del dinero público se produjo y con obvio conocimiento por él o los funcionarios competentes de la infracción de sus deberes de debida gestión, en cuya virtud se separó el dinero público definitivamente de su destino para caer en manos privadas y financiar, contra toda la legalidad, la campaña electoral del presidente candidato. ... Que, a los efectos de la participación de *extraneus* en el delito de peculado y del juicio de imputación, es de rigor puntualizar:



1. El delito de peculado es un delito de infracción de deber con elementos de dominio porque para cometerlo no basta ostentar la condición de administrador de caudales o efectos, sino que se requiere un acto de apropiación, un acto de desplazar un bien de la esfera de custodia patrimonial del Estado e incorporarlo a la esfera patrimonial privada...

2. Estos delitos admiten la complicidad sin ruptura del título de imputación. La intervención del cómplice debe producirse con anterioridad o con motivo de la ejecución o incumplimiento del deber de custodia leal del funcionario o servidor público. Este es el caso del acusado.

La complicidad atribuida es primaria o necesaria. La contribución del acusado Carlos Fernando... se dio en un contexto delictivo. El acto de complicidad se dio durante la ejecución del delito: acto de apropiación que implicaba alejarlo del ámbito de custodia pública para transferirlo al ámbito privado del cómplice y, de ese modo, disponerlo atentando contra la finalidad estatal de su gestión. Su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Carlos Fernando... fue el escogido por el Jefe de Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponda calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria". Por estos fundamentos declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida en cuanto condenó a Carlos Fernando... como cómplice primario del delito de peculado doloso en agravio del Estado y le impusieron cuatro años de pena privativa de libertad.

**ANÁLIZANDO** la ejecutoria suprema R. N. N.º 546-2012-Lima, se verifica que los hechos probados en este proceso judicial por el delito de peculado en agravio del Estado se reducen a lo siguiente: el acusado Carlos Fernando... en su función de asesor y publicista recibió diversas sumas de dinero de las arcas públicas, en las instalaciones del SIN, por parte del administrador de los fondos públicos, cuyo objetivo fue: (i) difundir las acciones de gobierno y del presidente Fujimori ..., ensalzando su obra y actos de gobierno, y (ii) realizar actos de

proselitismo y propaganda en el curso de la campaña electoral para el periodo de gobierno 2002-2005. En consecuencia, se trataba de un caso judicial por la comisión del delito funcional denominado peculado, en el cual intervinieron un funcionario público encargado de administrar los fondos públicos del SIN, y el acusado en calidad de extraño a la administración.

Para resolver este interesante caso judicial, la Sala Penal de la Corte Suprema, utilizó la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs y también desde la perspectiva Roxin; sin embargo, para identificar quién es autor y quién es cómplice hizo uso de la teoría de dominio del hecho. En efecto, en un primer momento se sostiene que “el delito de peculado es uno de infracción de deber. En estos delitos el funcionario o servidor público quebranta deberes positivos que debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos. Quebranta una institución positiva estatal: la Administración Pública”. Luego se sigue afirmando que “el delito de peculado es un delito de infracción de deber con elementos de dominio porque para cometerlo no basta ostentar la condición de administrador de caudales o efectos, sino que se requiere un acto de apropiación, un acto de desplazar un bien de la esfera de custodia patrimonial del Estado e incorporarlo a la esfera patrimonial privada...”. Acto seguido, aplicando ya la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin se considera que “estos delitos admiten la complicidad sin ruptura del título de imputación”. Se puntualiza que los *extraneus* responden como cómplices.

Finalmente, cuando se refieren a identificar quién es autor y quién es cómplice, se vuelve a utilizar la teoría del dominio del hecho, y de esa forma se concluye que la complicidad atribuida al acusado es primaria o necesaria. “La contribución del acusado Carlos Fernando... se dio en un contexto delictivo. Su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Carlos Fernando... fue el escogido por el Jefe de Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponda calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria”.

Como dato adicional y en el cual también es recurrente la confusión, es que en esta ejecutoria suprema se considera que con el delito de peculado se tutela el patrimonio público, cuando bien sabemos que con los delitos funcionariales se pretende proteger deberes o principios de organización o funcionamiento del Estado. El patrimonio solo es objeto del delito funcional como lo es el peculado.

En suma, en este caso se aplicó primero la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs, luego se invocó la misma teoría, pero desde la perspectiva de Roxin, y finalmente se aplicó la teoría del dominio del hecho con la cual se justificó la sanción del acusado Carlos Fernando... como cómplice primario, cuando lo normal, es decir, aplicando la teoría de infracción de deber con todas sus consecuencias, solo debió responder por el delito funcional en su calidad de cómplice único. Aquí, simplemente se combinaron las teorías dogmáticas cuando como se sostiene en esta tesis no resulta razonable ni coherente.

6. En la ejecutoria suprema del R. N. N.º 1969-2012- La Libertad- Sala Penal Permanente, del 16 de enero de 2014, se dieron por probados los hechos siguientes: "Córdova Zavala en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital del Víctor Larco Herrera, de manera concertada con Delfin Vásquez defraudó a dicha comuna, habiendo dispuesto el primero de los nombrados la compra de un motor petrolero de marca Perkins N.º TU-33423 U829652U, a la empresa CARCOR por la suma de ocho mil dólares americanos, el 2 de abril de 1997. Que, el referido motor procedía del ómnibus marca Chevrolet modelo C-60, placa de rodaje N.ºUI-4256, cuyo número real de motor es TU-3343-U83665V. De este modo fueron adulterados los documentos de compraventa, y se determinó que se trató del mismo motor vendido por la empresa CARCOR a la municipalidad agraviada. Quedó acotado que el ómnibus en mención fue entregado por los esposos Jorge Augusto ... y Dora Amelia... al encausado Córdova Zavala, mediante poder por escritura pública que lo facultó a disponer del mismo. Asimismo, Vásquez Ávalos y Chúman Luna constituyeron la empresa CARCOR". Es decir, Córdova Zavala, en acuerdo colusorio con el *extraneus*

Delfin Vásquez, compró un bien mueble para la municipalidad a la empresa CARCOR que el mismo había constituido”.

Para la solución del caso, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema citando al profesor Abanto Vásquez, consideró que “el delito de colusión es un delito de mera actividad. La sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio. 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 constituye, por tanto -el perjuicio- un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio -defraudatorio-.”

Asimismo, interpretando el artículo 384 del Código Penal, quedó establecido que “la norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de contratación administrativa, para lo cual debe existir un acuerdo colusorio, esto es, que la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevalorar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros”.

También se afirma en esta ejecutoria suprema, que “la singularidad de este ilícito es que solo el funcionario público es quien puede vulnerar los deberes inherentes al cargo, al constituir un garante de los intereses estatales que se ven involucrados en los contratos administrativos; sin embargo, también lo es que los interesados, esto es, los proveedores, concursantes o licitantes, si bien no pueden ser pasibles de ser sancionados como autores por este ilícito, en tanto su conducta no lesiona los deberes funcionales, su intervención puede ser objeto de una sanción penal en calidad de cómplices primarios, en tanto sin su participación resulta imposible defraudar al Estado”.

**ANALIZANDO** la ejecutoria suprema del R. N. N.º 1969-2012-La Libertad- Sala Penal Permanente, los hechos objeto de acusación, juicio oral y sentencia condenatoria se pueden resumir en lo siguiente: Córdova Zavala, recibió por escritura pública, de los esposos Jorge Augusto ... y Dora Amelia...., un bus con la facultad de disponerlo. Córdova Zavala ya en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, de manera concertada con Delfin Vásquez defraudaron a la citada municipalidad por la suma de ocho mil dólares americanos, toda vez que falsificando documentos, el alcalde Córdova Zavala compró al particular Vásquez Ávalos un motor petrolero marca Perkins que provenía del bus que había recibido el ahora comprador alcalde con la finalidad de disponerlo. La compra se hizo a la empresa CARCOR constituida previamente por Vásquez Ávalos.

El titular de la acción penal calificó en forma correcta estos hechos en el delito de colusión, previsto y sancionado en el artículo 384 del Código Penal. Esta calificación que fue asumida por la Sala Permanente de la Suprema Corte. Se precisó que el imputado funcionario público Córdova Zavala actuó como autor del delito en tanto que Vásquez Ávalos actuó como cómplice primario del mismo ilícito. Tipificaciones jurídicas por las cuales al final fueron condenados ambos acusados.

De las consideraciones glosadas se verifica que la Sala Penal Permanente se sustentó en la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, pues se sostiene en forma tajante que solo el sujeto público infringe su deber al cometer el delito funcional tenga o no el dominio de la conducta delictiva. De igual modo, se decantaron por la teoría de la unidad del título de imputación. Así se sostuvo que el extraño a la administración siempre responderá por el delito funcional realizado por el sujeto público quién responderá como autor. El extraño a la administración responderá por el mismo delito cometido por el autor, pero como cómplice. No obstante, aun cuando no se dice en forma expresa en la ejecutoria, para determinar quién responde como autor y quién como cómplice, se hizo uso de la teoría del dominio del hecho, pues al final se afirmó que el tercero interesado responderá como cómplice

primario del delito de colusión. En la teoría de infracción de deber no es posible la división de complicidad primaria o secundaria, esta división es hija de la teoría del dominio del hecho. En la teoría de infracción de deber solo se hace referencia a la complicidad única.

En suma, la solución de la controversia judicial se fundamentó en la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin que, incluso, sustenta la teoría de la unidad del título de imputación. No obstante, para identificar a los autores y cómplices en el delito funcional, se utilizó la teoría del dominio del hecho.

7. En la sentencia casatoria N.º 782-2015 -del Santa, 6 de julio de 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema dejó establecido como hechos lo siguiente: “Amelia Victoria..., en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010 se habría enriquecido valiéndose de una relación o núcleo familiar y en la cuenta de su presunto esposo en la cantidad de S/ 1’028 703.44, que se tiene la prueba de las cuentas del señor Wilmer Agapito..., para ocultar la sociedad económica que mantenían y que no pudieron ocultar el dinero que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias, cuando la imputada ejercía el cargo de regidora y después de alcaldesa”<sup>96</sup>.

Para resolver el caso en primer término se argumentó lo siguientes: “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 del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de 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 particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad”. Acto seguido se consideró que “el artículo 25º del Código Penal prevé la complicidad para quien

---

96 Se ha respetado la redacción original de la sentencia casatoria.

realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; y no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo o aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales”.

Analizando el caso en concreto, se argumentó que “los procesados tenían una relación sentimental y de allí es que la sala superior entiende que el desbalance patrimonial de quien no es funcionario público proviene de un abuso del cargo de quien sí fue funcionaria pública. Las relaciones entre las personas, y ello incluye las amicales, no prueban nada distinto al vínculo mismo. Deducir otra cosa a partir de ellas es un salto lógico que vulnera las reglas de la sana crítica en su manifestación de reglas de la lógica”. Luego se concluyó que “la verdad judicial que se ha alcanzado esto es que Agapito Vásquez incrementó su patrimonio injustificadamente, no es el supuesto de hecho criminalizado en el artículo 401 del Código Penal. Y en la medida en que no se ha probado que el mismo haya sido testaferro de Amelia Victoria ..., no existe otra posibilidad de subsumir los hechos en la norma penal imputada. Por lo tanto, no es posible atribuir responsabilidad a los procesados Amelia ... y Wuilmer...”. Por estos fundamentos declararon fundado el recurso de casación y casaron la sentencia que confirmó la sentencia apelada que condenó a los acusados como autora y cómplice primario respectivamente, del delito contra la administración pública – enriquecimiento ilícito en agravio del Estado.

**ANALIZANDO** la sentencia casatoria N.º 782-2015-del Santa, se tiene que los hechos objeto de imputación se reducen a que la acusada Amelia Victoria, en su condición de funcionaria pública entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010 se habría enriquecido con la suma de S/ 1'028 703.44, los mismos que se descubrieron en las cuentas bancarias de su pareja sentimental Wilmer.... En primera y segunda instancia los hechos tipificados como enriquecimiento ilícito, previsto y sancionado en el artículo 401 del CP, fueron probados. En consecuencia, se condenó a la primera como autora del citado delito y al segundo como cómplice primario.

Hasta aquí debe ponerse en evidencia que la Sala Penal de Apelaciones del Santa, utilizó la teoría del dominio del hecho para identificar al autor y al cómplice en un delito funcional. Por tal razón, atribuyó el título de imputación de cómplice primario al compañero sentimental de la funcionaria. Calificación jurídica que consintió la Sala Penal Suprema, pues pudiendo hacerlo nada señaló al respecto.

Para resolver el caso, en casación, la Sala Penal de la Corte Suprema utilizó la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs. En efecto, invocando el artículo 26 del CP que a su entender recogería la tesis de la ruptura del título de imputación, sostuvo que “en los delitos especiales, el *estatus* del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él, debido a que con los delitos especiales se criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función de esa condición especial que tiene la persona. Solo esa condición particular del agente permite sancionarlo, y, en consecuencia, todo aquel que no tenga esa condición escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad”.

Reforzando la teoría jakobsiana de la ruptura del título de imputación, la Sala Penal Permanente invocó el artículo 25 del Código Penal, cuyo fundamento, como ya se ha explicado, es la teoría de dominio del hecho. Allí se precisa que el citado numeral prevé la complicidad primaria para quien realiza un aporte esencial y complicidad secundaria para quien realiza un aporte no esencial, diferencias que es de imposible aplicación en el delito de enriquecimiento ilícito, debido a que reitera que “nadie más que el sujeto con status puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo o aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma penal”.

Ahora bien, aplicando tales planteamientos dogmáticos, se resolvió por exonerar de responsabilidad penal al cómplice del delito de enriquecimiento ilícito. En cambio, la supuesta autora del delito también fue absuelta por deficiencia probatoria.



De ese modo, al final el hecho mismo del incremento patrimonial por la suma de S/ 1 028 703.44, descubierta en las cuentas bancarias del ciudadano Wilmer... pareja sentimental de la funcionaria pública, quien no supo dar cuenta del origen lícito de los mismos, quedó simplemente en la impunidad.

8. En el R. N. N.º 615-2015-Lima-Diarios Chicha, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, por ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016, dio por probados los hechos siguientes: “se le atribuye al encausado Alberto..., en su condición de ex Presidente de la República, haber ordenado, entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional-SIN por un monto de S/ 122 000 000.00 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de Gastos Reservados, que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados Diarios Chicha, para su campaña de reelección presidencial de período 2000-2005, con los que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios políticos”.

Para resolver el caso, la Sala Penal de la Corte Suprema aseveró que “el delito de peculado al ser catalogado como un delito de infracción de deber, solo admite la autoría directa o personal, excluyéndose las otras formas de autoría (coautoría y autoría mediata), en correspondencia con su naturaleza de delito de infracción de un deber institucional personalísimo”.

La no admisibilidad de la coautoría se explica en doctrina, en que “esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son *intraanei*, ni cuando un *intraaneus* y otro *extraneus* llevan a cabo conjuntamente el hecho típico. Por tanto, el denominado reparto de funciones o roles, que usualmente caracteriza la coautoría, solo es aplicable en los delitos de dominio o de competencia por organización. Para el caso de los delitos de infracción de deber, en la vinculación directa del funcionario con el deber institucional, que es

altamente personal, basta la mera vinculación funcional para fundamentar directamente una autoría única”.

En la autoría mediata ocurre algo similar, “donde tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás. En principio, lo que vale para la coautoría no tiene por qué ser diferente para la autoría mediata. Que el hombre de adelante sea un *extraneus* y el hombre de atrás un *intraneus*, o viceversa, no cambia nada. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, pues basta que el actuante esté sujeto a una relación directa con el deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor único”.

En otro extremo afirma que, “para atribuir responsabilidad penal por peculado a un funcionario o servidor público se tiene que demostrar su vinculación funcional por razón de su cargo respecto a la administración o custodia de los caudales públicos. Este componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector parcial social donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que se regulan en dicho segmento (ley de la materia, ROF, MOF, etc.), es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, los bienes objeto del delito deben encontrarse en posesión del sujeto activo, en virtud de los deberes o atribuciones de su cargo. Por lo tanto, si dicha vinculación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no podrá hablarse del delito de peculado”.

“Cada funcionario responde por el deber especial que tiene determinado su ámbito de organización conforme lo establece el Reglamento y Funciones (MOF), y no por todo aquello que acontece, ni por actuaciones inadecuadas de otros funcionarios o servidores”.

En el presente caso, sigue afirmando la Sala Penal Suprema, “si bien el inciso 17, artículo 118 de la Constitución Política del Estado, establece como una atribución del presidente de la República el administrar la Hacienda Pública; sin embargo, esta se trata de una atribución genérica de naturaleza política y

representativa, la misma que se concreta desarrollando el programa normativo de protección en el Código Penal. Es así que el artículo 387 del Código en mención al referirse al elemento normativo administración o custodia [que] le estén confiados en razón de su cargo, precisa que solo a efectos jurídicos penales tendrá responsabilidad quien de manera concreta se aparta de esta expectativa normativa. Que el competente funcional “por razón de su cargo” de administración o custodia de los caudales públicos del SIN, es el jefe de la Oficina Técnica de Administración”.

Con base en tales planteamientos, declararon haber nulidad en la sentencia de vista que resolvió condenar a Alberto..., por delito contra la administración pública-peculado doloso, y, reformándola, lo absolvieron de la acusación fiscal.

**ANALIZANDO** la ejecutoria suprema signada como R. N. N.° 615-2015-Lima-Diarios Chicha, del 16 de agosto de 2016, se verifica que los hechos básicamente se reducen a lo siguiente: “el encausado Alberto..., en su condición de expresidente de la República, entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, ordenó el desvío de fondos por un monto de S/ 122 00 .000.00 de la Fuerza Aérea y del Ejército al SIN, los mismos que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados diarios chicha, para su campaña de reelección presidencial de período 2000-2005, con los que manipuló a la opinión pública”.

Estos hechos fueron calificados tanto la Fiscalía como por los jueces superiores que efectuaron el juzgamiento, en forma plausible como peculado y determinaron responsabilidad penal del acusado por la comisión de aquel delito en su calidad de autor; sin embargo, la Sala Penal Permanente de la Suprema, aseverando que el acusado no puede ser autor de peculado, anuló la sentencia condenatoria de vista y lo absolvió de la acusación fiscal.

Para tal efecto, la Sala Suprema aseveró que “el delito de peculado al ser un delito de infracción de deber, solo admite la autoría directa, y se excluyen las otras formas de autoría (coautoría y autoría mediata). Esta forma de autoría presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras

que la lesión del deber es totalmente personal e independiente. No puede haber coautoría ni cuando los intervinientes son *intranei*, ni cuando un *intraneus* y otro *extraneus* llevan a cabo conjuntamente el hecho típico. Por tanto, el denominado reparto de funciones o roles, que usualmente caracteriza la coautoría, solo es aplicable en los delitos de dominio. Para el caso de los delitos de infracción de deber en la vinculación directa del funcionario con el deber institucional, que es altamente personal, basta la mera vinculación funcional para fundamentar directamente una autoría única. En la autoría mediata ocurre algo similar. La posición que ocupe en el hecho, sea como hombre de adelante o como hombre de atrás, es irrelevante, pues basta que el actuante esté sujeto a una relación directa con el deber institucional, y que lo infrinja, para convertirse en autor único". Hasta aquí, como es de advertirse, la Suprema Corte ha utilizado los planteamientos de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs.

En otro extremo afirma que, "para atribuir responsabilidad penal por peculado a un sujeto público, se tiene que demostrar su vinculación funcional por razón de su cargo, respecto a la administración o custodia de los caudales públicos. Este componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en las normas que se regulan en la ley de la materia, ROF, MOF, etc. Por lo tanto, si dicha vinculación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y el bien público que se posee no existe, no se configura el delito de peculado".

En el caso, sigue afirmando la Sala Penal Suprema, si bien el inciso 17, artículo 118 de la Constitución Política del Estado, establece como una atribución del presidente de la República el administrar la Hacienda Pública, esta es una atribución genérica de naturaleza política y representativa que no calza en el artículo 387 del Código Penal. Se precisa que solo tendrá responsabilidad quien de manera concreta tenga la administración de los caudales públicos.

En suma, para resolver el caso se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Jakobs. Se concluye, además arbitrariamente, que como el acusado no tenía la administración concreta y directa de los fondos apropiados,

no es responsable penalmente por el delito de peculado. Así procedió a revocar la sentencia condenatoria y absolver al acusado.

De ese modo, al final el hecho probado en el proceso penal de la apropiación del patrimonio del Estado por la suma de S/ 122 000 000.00, utilizados para comprar los titulares de los denominados “diarios chicha”, y viabilizar la campaña de reelección presidencial del propio acusado, quedó simplemente en la impunidad.

9. Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017, los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, en aplicación del artículo 22 de la LOPJ, establecieron como doctrina legal lo siguiente: “en el derecho penal nacional hasta antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1361, la regulación legal de las formas de autoría en el artículo 23 y de la instigación y complicidad en los artículos 24 y 25 del Código Penal, respectivamente, no desarrollaron reglas particulares en relación a los delitos especiales propios. La participación del *extraneus* en los delitos especiales propios de infracción de deber, es tema controvertido. En efecto, actualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce que existen tipos legales que se configuran y forman sólo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus*, lo cual es una característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que, para esta clase de delitos funcionariales, no adquiere trascendencia jurídica. Fundamentalmente, porque el hecho punible está construido por la posición o estatus en relación al deber estatal que sólo incumbe al funcionario, cual es conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo para con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia. Sin embargo, en lo que concierne a la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos que

se resumen en la aplicación de la teoría de la ruptura del título de imputación y en la teoría de la unidad del título de imputación. En ese contexto ha sido frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia nacional atribuir al contenido del artículo 26 del Código Penal la función dogmática de justificar el tratamiento del *extraneus* en delitos especiales propios de naturaleza funcional. El mismo dispositivo legal ha sido utilizado coyunturalmente para afirmar o negar la validez de la teoría de la unidad del título de imputación y posibilitar o impedir el tratamiento de un tercero como partícipe de aquellos delitos especiales propios que colocan en su tipificación como autor exclusivo y excluyente a un funcionario público, vinculado con deberes específicos y no transferibles del cargo o posición funcional que desempeña u ocupa en la administración pública. No obstante, el artículo 26 del CP y sus antecedentes históricos nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; ni mucho menos, su disposición normativa estuvo dirigida a delimitar la calidad o condición particular de quien desde un tipo penal debía fungir como autor exclusivo de la conducta criminalizada. Cabe destacar, además, que las circunstancias no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor potencial. Sólo de manera excepcional en la Parte Especial del CP peruano, ellas se integran o fusionan con un tipo penal básico para permitir la construcción de tipos penales derivados (elementos típicos accidentales). Lo cual ocurre en los casos de los denominados homicidios calificados o privilegiados que derivan del delito de homicidio simple (Cfr. Artículos 106, 108, 112). Sin embargo, en ninguno de los diferentes tipos penales que describen delitos funcionariales se ha empleado dicha técnica legislativa. Por el contrario, en la descripción de tales tipos penales que tratan de delitos especiales propios o de infracción de deber, el autor es siempre identificado como componente esencial de la estructura típica. Y a él se refiere la ley como un funcionario público o titular de un deber especial derivado o asignado por las competencias o facultades que ejerce. Tal condición funcional, no es, pues, una circunstancia para medir la intensidad de la punición del delito sino un elemento constitutivo fundamental para que el hecho punible se pueda configurar y realizar”.

“En consecuencia, pues, los delitos funcionariales especiales propios o de infracción de deberes institucionales no reproducen circunstancias específicas, sino a un modelo específico de autor. No tienen, por tanto, ninguna conexión dogmática o político criminal con lo regulado por el artículo 26 del CP. Este artículo no es una disposición que permita sustentar, legal o técnicamente, la adopción o preeminencia de cualquier enfoque teórico dirigido a excluir la necesaria accesoriedad de la intervención de un tercero *extraneus* como cómplice o instigador del mismo delito especial propio o de infracción de deber que solo puede ejecutar el funcionario público (teorías de ruptura del título de imputación). La eficacia y utilidad dogmática de dicha norma se limita, en realidad, únicamente a evitar que la mayor o menor punibilidad que puede proyectar una circunstancia genérica, específica o cualificada; así como causales de disminución o incremento de punibilidad, sobre la valoración y medición punitiva concreta del proceder delictivo del autor o participe de un mismo hecho punible -sea cual fuere la naturaleza de dicho delito-, afecte o privilegie en igual medida a las demás personas intervinientes que interactuaron con aquel”.

“El delito de enriquecimiento ilícito es un típico delito especial propio o funcional de infracción de deber. Sobre todo, porque el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido. Como esclarece la doctrina especializada, este delito consiste en enriquecerse sin causa justa. Lo justo de un enriquecimiento es el poder explicar los orígenes de un incremento patrimonial económico, según la ley y conforme a la ética que son los dos patrones que medirán esta justicia. Por tanto, el que el enriquecimiento no sea justificable, es parte estructural del delito de enriquecimiento ilícito y no una mera condición para hacer punible tal enriquecimiento. En consecuencia, pues, el delito se va materializando de modo continuado y acumulativamente, mediante un conjunto conexo de actos dolosos irregulares que van procurando el aumento de los activos o la disminución de los pasivos del funcionario público. Sin embargo, es pertinente destacar que tales acciones se encuentran siempre

vinculadas entre sí por el mismo designio lucrativo antijurídico (producir el enriquecimiento ilícito)”.

“La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional. Por tanto, no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25 del Código Penal, por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1361. Sin embargo, subsiste un conflicto hermenéutico y práctico cuando lo que se pretende es fijar una delimitación temporal que determine la oportunidad de la intervención del *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito. Especialmente cuando ella tiene lugar durante las postrimerías de la gestión funcional del *intraneus* o, incluso, luego del cese formal de este último en el cargo funcional. La intervención del *extraneus* puede ocurrir durante todo el tiempo que el funcionario *intraneus* se mantenga en el ejercicio de su posición y competencia funcional. Sea, pues, como instigador cuando motive o induzca a la realización de actos idóneos para el enriquecimiento; o como cómplice cuando ayude, de cualquier manera, a obtener, recepcionar, administrar, guardar, transferir o mantener los ingresos, los bienes, créditos o réditos que van produciendo el enriquecimiento ilícito del *intraneus*, el tercero deberá siempre intervenir mientras el mal funcionario conserve su cargo y condición”.

**ANALIZANDO** la doctrina legal vinculante, se tiene que en el Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116, en primer término, se precisó que en el CP no se desarrollan reglas particulares de los delitos especiales propios. Y luego, se estableció que “tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce la existencia de tipos legales que se configuran y forman solo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus*, lo cual es una característica intrínseca de los delitos funcionariales. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o



servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. La infracción de dicho deber es lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica”. Hasta aquí la doctrina legal vinculante se decantó por la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin.

Con base en tal teoría, en el acuerdo plenario se insistió que en cuanto a la participación del *extraneus*, el artículo 26 del CP no tiene ni tuvo nunca por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; tampoco, su disposición normativa estuvo dirigida a delimitar la calidad o condición particular de quien desde un tipo penal debía fungir como autor exclusivo de la conducta criminalizada.

Luego, al indicar que en los delitos funcionariales especiales propios o de infracción de deberes institucionales no se reproducen circunstancias específicas, sino un modelo específico de autor, se evidencia que los jueces supremos tomaron como base la teoría de infracción de deber desde la óptica de Jakobs.

Asimismo, enseguida se vuelve a la teoría de infracción de deber desde la vertiente del profesor Roxin, cuando se deja establecido que “el delito de enriquecimiento ilícito es un típico delito especial propio o funcional de infracción de deber y que la intervención de un tercero en su comisión o realización ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional”.

En suma, la doctrina legal vinculante establecida en el Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116, se sustentó en las teorías de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, optando por la teoría de la unidad del título de imputación, luego de producida la modificación del artículo 25 del CP. Sin embargo, cuando se hace uso de frases como que “los delitos funcionariales especiales propios o de infracción de deberes institucionales” se evidencia que también se sustentó en la teoría de infracción de deber desde la posición asumida por Jakobs.

10. En la sentencia casatoria N.º 102-2017-Lima-Segunda Sala Penal Transitoria, del 11 de julio de 2017, la Sala Penal Suprema dio por probados los hechos siguientes: “que Violeta Rocío..., quien labora en la OCI-FAP como habilitada, tenía en su poder el dinero asignado a la Unidad por concepto de fondo para pagos en efectivo, del cual entregaba diversos montos y/o pagaba los gastos que verificaba Hernán Eduardo.... En el periodo comprendido entre noviembre de 2003 a diciembre de 2004, coadyuvó a su coprocesado Hernán Eduardo ... -Jefe del OCI-FAP, para que utilizara en beneficio propio y de terceros diversas sumas de dinero y haber asumido gastos particulares a cuenta del fondo para pagos en efectivo asignado a la entidad fines específicos. El autor del delito fue Hernán Eduardo..., quien está sentenciado y se desempeñó como jefe del órgano del Control Institucional de la FAP, apropiándose para sí y para terceros de parte del dinero asignado a dicha unidad por concepto de fondo para pagos en efectivo, ascendente a la suma de S/ 65 614.50 (sesenta y cinco mil seiscientos catorce y 50/100 soles)”.

Para resolver el caso, la Sala Penal Suprema inició afirmando que “a efectos de distinguir a la teoría de infracción del deber con la teoría del dominio del hecho, es pertinente señalar que en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor se materializa en el criterio de la infracción del deber, mientras que en la teoría del dominio del hecho, será calificado de autor quien domina el suceso que acarrear la realización del delito, y aquí, respecto al partícipe si bien interviene en la comisión del hecho criminal, carece del dominio del hecho, por lo que su contribución no es determinante para la realización del delito. En este sentido, se advierte que, en los delitos contra la administración pública, tipificados en nuestro código Penal, autor es aquel individuo que ha quebrantado un deber especial -el cual no repercute en todas las personas-. El sujeto principal del hecho delictivo, donde participan más de una persona, será quien vulnere el deber especial previsto en el tipo penal y, así favorezca al resultado por acción u omisión”; “Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado”.

Luego se sostiene en el precedente jurisprudencial que “la complicidad primaria en delitos de función se produce, a diferencia de la colaboración

secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser colaborados necesario o primario cualquier funcionario, servidor público o un particular, a diferencia de la cooperación secundaria, la cual se genera cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, ejecución o consumación del delito”. Para luego sostener que, “en el delito de peculado -delito de infracción de deber- no habría lugar para la coautoría; hay que destacar que la teoría de la infracción del deber de Roxin, no acepta la coautoría que, ciertamente, es la consecuencia de la teoría del dominio del hecho. Así las cosas, no puede concurrir la figura de coautoría porque como se trata de un delito de infracción de un deber especial penal, resulta insostenible materialmente que dos o más funcionarios o servidores públicos acuerden sus voluntades para transgredir una parte del deber especial, teniendo en cuenta que, éste es único y no es posible dividirlo materialmente. En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública, se ponen de acuerdo para sustraer el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. En definitiva, no puede sostenerse que en los funcionarios o servidores públicos ha concurrido un reparto de conductas para infringir un deber especial penal. Por lo tanto, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian, por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores”.

Analizando ya el caso en concreto, quedó establecido que “la teoría del caso del Ministerio Público en su acusación fiscal durante el juicio oral contra Violeta Rocío es la de cómplice primario, debido a que siendo la encargada del fondo para pagos en efectivo, su aporte esencial consistió en efectuar los pagos (entrega de dinero) respecto a las compras y gastos por diversos motivos que efectuó el condenado Hernán Eduardo..., quien era el jefe de la OCI-FAP; es decir, conforme a su responsabilidad funcional y cargo desempeñado, tenía como función observar y verificar los motivos por los que se entregó el dinero. Sin embargo, concluye que no se ha llegado a verificar el elemento subjetivo del tipo, es decir, el dolo, pues no está acreditado que la acusada conocía que las boletas presentadas por Hernán Eduardo... eran falsas”. Finalmente, se declaró fundado el recurso de casación excepcional para desarrollo de la doctrina

jurisprudencial y, en consecuencia, se casó la sentencia que confirmó la sentencia apelada en el extremo que condenó a Violeta Rocío como cómplice primaria por el delito contra la administración pública – peculado, en agravio del Estado y la lo absolvieron.

**ANALILIZANDO** la sentencia casatoria N.º 102-2017 -Lima, del 11 de julio de 2017, se tiene que los hechos básicamente se reducen a lo siguiente: la acusada Violeta Rocío..., al tener en administración el dinero asignado a la OCI-FAP por concepto de “fondo para pagos en efectivo”, en el periodo comprendido de noviembre de 2003 a diciembre de 2004, entregó diversos montos y/o pagaba los gastos personales que verificaba el jefe de la OCI-FAP Hernán Eduardo....Apropiándose para sí y para terceros del dinero asignado a dicha unidad por el monto de S/ 65 614.50. Hechos que fueron probado de ahí que el jefe de la OCI-FAP fue condenado como autor del delito de peculado y la acusada Violeta Rocío..., en primera instancia, fue condenada como cómplice primaria del delito de peculado.

Hasta aquí aparece en evidencia que tanto la Fiscalía como el juez de juzgamiento y la Sala Penal Superior a cargo de la apelación de sentencia condenatoria de Violeta Rocío..., utilizaron la teoría del dominio del hecho para identificar al autor y al cómplice en un delito funcional, por tal razón atribuyeron el título de imputación de cómplice primaria a la acusada y con tal calificación jurídica fue sentenciada a 4 años de pena privativa de libertad.

Para resolver el caso, la Sala Penal Suprema inició haciendo la distinción entre la teoría de infracción de deber y la de dominio del hecho. Pues bien, en forma razonable se afirma que “en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor se materializa en el criterio de la infracción del deber, mientras que, en la teoría del dominio del hecho, será calificado de autor quien domina el suceso que acarrea la realización del delito. Precisa que, en la teoría de infracción de deber, el sujeto principal, en un hecho donde participa más de una persona, será quien vulnere el deber especial previsto en el tipo penal y así favorezca al resultado por acción u omisión”.

No obstante, luego, combinando las teorías antes indicadas, se sostiene que “la complicidad primaria en delitos de función se produce, a diferencia de la colaboración secundaria, solo mediante aportes en fase de preparación del delito, pudiendo ser colaborador necesario o primario cualquier funcionario, servidor público o un particular, a diferencia de la cooperación secundaria, la cual se genera cuando las contribuciones del partícipe son ayudas accesorias o coadyuvantes a la preparación, ejecución o consumación del delito”. Consideración no sostenible, pues en los delitos de infracción de deber tanto según las perspectivas de Roxin y Jakobs, no cabe hacer la distinción entre complicidad primaria y secundaria. Se sostiene la complicidad única.

En otro considerando, se precisa en forma correcta que “en el delito de peculado (delito de infracción de deber) no habría lugar para la coautoría, pues resulta insostenible materialmente que dos o más funcionarios o servidores públicos acuerden sus voluntades para transgredir una parte del deber especial, teniendo en cuenta que este es único y no es posible dividirlo materialmente. Por lo tanto, si dos o más funcionarios o servidores públicos con relación funcional se apropian, por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores”.

Con tales planteamientos teóricos, la Sala Suprema terminó aceptando que la acusada era cómplice primaria del delito de peculado; sin embargo, se sostuvo que no se llegó a verificar el elemento subjetivo del tipo, es decir, el dolo, pues no se habría acreditado que la acusada conocía que las boletas presentadas por Hernán Eduardo... eran falsas. Así se declaró fundado el recurso de casación y, en consecuencia, casó la sentencia que confirmó la sentencia apelada en el extremo que condenó a Violeta Rocío como cómplice primaria por el delito de peculado y la absolvió.

En conclusión, la conducta concreta de que una funcionaria encargada de la administración del fondo público entregó a otro para que se lo apropie en perjuicio del Estado, no fue calificada jurídicamente en forma correcta, pues sin duda su conducta tipifica como autora del delito funcional de peculado, y no

cómplice ni mucho menos cómplice primaria como al final se calificó. Defectuosa calificación que originó al final su absolución.

11. En la sentencia casatoria N.º 1004-2017–Moquegua, del 26 de julio de 2018, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema dio por probados los hechos siguientes: “el encausado Octavio Eduardo..., cuando ocupaba el cargo de Inspector de la Obra “Asfaltado de la carretera Chilligua-Carumas....provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua, en el periodo del diecinueve de agosto de dos mil dos y veintidós de enero de dos mil nueve -designado por la Municipalidad agraviada-, emitió el Informe número cero sesenta y nueve oblicua A-dos mil ocho..., de cuatro de diciembre de dos mil ocho, que aprobó la valorización número uno por la suma de trescientos sesenta y un mil ochocientos dieciséis soles con noventa y nueve céntimos, sin contar con ningún avance real de la obra de asfaltado -no se adjuntó la sustentación pertinente, el cuaderno de obra y el panel fotográfico-; es decir, valorizó, en rigor, insumos que no eran susceptibles de valorización, como piedra chancada, arena y otros puestos en cancha. De esta manera favoreció a la contratista, Consorcio Nuevo Mundo, representada por el imputado Ricardo..., en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto, lo que dio lugar a que pueda cobrar dicho dinero sin una justificación técnica real.... La obra se inició el trece de enero hasta el veintitrés de enero de dos mil nueve, de suerte que la Municipalidad agraviada pagó dicha valorización sin que exista real y físicamente la colocación de carpeta asfáltica en caliente en la aludida carretera”.

Para resolver el caso, la Sala Penal de la Corte Suprema consideró que “el delito de peculado tutela tanto el patrimonio público cuanto, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado. Uno de los elementos del tipo objetivo es que el funcionario público, respecto de los bienes públicos objeto de apropiación -apartándolos de su destino o desviándolo de las necesidades del servicio (separación definitiva de la esfera de dominio público)- los tenga a su cargo. Es decir, que con ocasión de sus funciones el funcionario concernido ostente su custodia material o la capacidad de disposición e inversión sobre ellos, de suerte que no puedan salir de la institución sin su decisión”. En el presente caso, sigue afirmando la Sala Penal Suprema, el imputado Diez

Canseco... -Supervisor o Inspector de Obra designado por la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto- tenía a su cargo el poder de informar acerca de la viabilidad de una obra.... a partir de la cual la Municipalidad agraviada efectuó un pago a la empresa dirigida por su coencausado Pino Trinidad ... Este informe no expresaba la realidad y veracidad de lo que era parte del pago por la entidad agraviada; ... emitiéndose un pago que no correspondía afectándose en ese momento el tesoro municipal. Que en tanto a través del delito de peculado se tutela el patrimonio público, es obvio que se necesita la disminución ilícita de los caudales o efectos públicos, lo que importa la producción de un daño patrimonial mediante la disposición antijurídica.... Pino Trinidad, entonces, tiene la condición de cómplice primario. “Es verdad que el tipo delictivo de peculado es un delito especial de infracción de deber, pero lo es con elementos de dominio..., por lo que, sin romper el título de imputación, se acepta la intervención delictiva a título de cómplice-”. Por tales consideraciones declararon INFUNDADOS los recursos de casación interpuesto por los encausados Octavio Eduardo... y Ricardo... contra la sentencia de vista que confirmó en un extremo y revocó en otro la sentencia de primera instancia, los condenó como autor y cómplice primario, respectivamente, del delito de peculado doloso en agravio del Estado.

**ANALIZANDO** el contenido de la sentencia casatoria N.º 1004-2017-Moquegua, se tiene que los hechos objeto de juicio oral y condena se pueden resumir en lo siguiente: al acusado Octavio Eduardo..., se le atribuyó el delito de peculado debido a que cuando ocupaba el cargo de Inspector de la Obra “Asfaltado de la carretera Chilligua-Carumas....provincia de Mariscal Nieto, en el periodo del 19 de agosto de 2002 y 22 de enero de 2009, emitió un informe que aprobó una valorización por la suma de 368 016 soles, sin contar con algún avance de esta obra. Siendo así, favoreció a la contratista, Consorcio Nuevo Mundo, representada por el imputado Ricardo..., quien cobró el dinero sin una justificación real.

Este hecho probado sin duda alguna configura el delito de colusión y de ninguna manera peculado; sin embargo, independientemente de la calificación jurídica de los hechos, pasemos a verificar cómo fue resuelto el caso.

La Sala Penal Suprema afirmando que el tipo delictivo de peculado es un delito especial de infracción de deber, pero lo es con “elementos de dominio”, al parecer se orientó por la teoría de infracción de deber de Roxin, pues luego sostiene que en estos delitos “sin romper el título de imputación, se acepta la intervención delictiva a título de cómplice”. No obstante, para identificar y discriminar entre autores y cómplices utiliza la teoría de dominio del hecho, pues al final concluye afirmando que el acusado Pino Trinidad... habría actuado en la comisión del delito funcional de peculado en la condición de cómplice primario. De esa forma finalizó, declarando infundados los recursos de casación confirmando la sentencia de primera instancia que los condenó como autor y cómplice primario, respectivamente, por el delito de peculado en agravio del Estado.

Como dato adicional es de advertir que en la sentencia casatoria se sostiene que “a través del delito de peculado se tutela el patrimonio público”, cuando lo cierto es que en los delitos funcionariales los bienes jurídicos se representan en deberes o principios de organización o funcionamiento de la administración pública que no es otra cosa que el Estado mismo. Y no está de más recordar que el bien jurídico específico del delito de peculado es el principio de no lesionar el patrimonio del Estado.

En suma, para resolver un caso judicial sobre un delito funcional se combinaron las teorías de infracción de deber y la de dominio del hecho, ambas desde la perspectiva de Roxin, dando como resultado que se legitimó que en un delito funcional se condene a un ciudadano como cómplice primario, cuando debió ser solo como cómplice único.

12. En el R. N. N.º 874- Cañete, del 13 de agosto de 2018, la Sala Penal Suprema dio por acreditados los hechos siguientes: “se imputa al acusado José... ser autor de delito de colusión, dado que, en su condición de alcalde distrital de Asia-Cañete, con la colaboración necesaria de la acusada Rosa Liliana... (asesora legal), defraudaron patrimonialmente a la Municipalidad Distrital de Asia, al haberse coludido con los representantes de la Empresa L & C Asesores Consultores S. A. C., representada por su gerente general Luis Alberto...



(sentenciado); con tal propósito, la Municipalidad Distrital de Asia, a través del alcalde y sus regidores (ya sentenciados), y la asesora legal, llevaron a cabo la contratación de la empresa L & C Asesores Consultores S.A.C, para fiscalizar a Telefónica del Perú, cuyo monto a cobrar sería el 20 % de todo lo recaudado, incluyendo todo tipo de prestación”.

“Para darle visos de legalidad, se señala que se presentaron otras tres empresas, pero todos tenían vinculación. El primer contrato, de fecha 3 de abril de 2002, se generó como consecuencia de la Sesión de Concejo N.º 012-02 del 31 de marzo de 2002, contrato que tuvo vigencia hasta el tres de julio de dos mil dos; sin embargo, se renovó sin adenda, incrementándose del 20 % al 25 % sin ninguna necesidad de la suscripción de un nuevo contrato. En ese sentido, se vulneró la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, ya que se contrató de manera directa. No hubo informe técnico legal ni un procedimiento para la contratación ni tampoco informe técnico de requerimiento de dicho servicio; además, la Empresa, a la fecha del contrato, no estaba autorizada”.

Para resolver el caso judicializado, la Sala Penal de la Corte Suprema consideró que “el delito de colusión importa que el funcionario público o servidor público que interviene en un proceso de contratación pública, en razón de su cargo, concierta con los interesados y defrauda al Estado. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el acuerdo colusorio entre las partes (el Estado y lo particulares) está referido a que las condiciones de contratación se establezcan deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado. En el delito de colusión, dos son los bienes jurídicos tutelados: a) la actuación conforme al deber que importa el cargo b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos”.

“La descripción de un hecho típico está pensada originalmente en la comisión unitaria de ese suceso. Vale decir que se construye en torno a la realización individual del hecho delictivo. No obstante, la realidad demuestra que un delito no solo puede ser obra de una persona, sino que puede ser atribuido a un colectivo de intervinientes. Nuestro Código Penal distingue dos formas de

intervención: la autoría y participación. En torno a la primera caben la figura de autoría directa, autoría mediata, la coautoría, la complicidad primaria y secundaria. La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La complicidad es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro; o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro. El cómplice carece del dominio del hecho, que solo es ejercido por el autor de delito. Desde esta perspectiva serán susceptibles de ser considerados actos de complicidad primaria aquellos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito. Mientras que la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión del delito”.

De lo expuesto, se encuentra acreditada la vinculación y responsabilidad penal de la acusada Rosa Liliana..., en su condición de asesora legal, pues actuó en calidad de cómplice primaria de conformidad con lo establecido en el artículo 25 del Código Penal, puesto que su intervención fue esencial en la perpetración del hecho delictivo cuyo autor es José... Por estos fundamentos, declararon no haber nulidad en la sentencia de vista que condenó a José Arias... como autor del delito de colusión, en perjuicio del Estado-Municipalidad de Asia y condenó a Rosa Liliana... como cómplice primaria del citado ilícito.

**ANALIZANDO** el contenido del R. N. N.º 874- Cañete, del 13 de agosto de 2018, los hechos objeto de juicio oral y condena son los siguientes: se imputa al acusado José... ser autor del delito de colusión, dado que, en su condición de alcalde contando con la colaboración necesaria de la acusada Rosa Liliana..., defraudaron patrimonialmente a la municipalidad agraviada, al haberse coludido con los representantes de una persona jurídica. Con tal propósito, la municipalidad agraviada, a través del alcalde y sus regidores (ya sentenciados), y la asesora legal, llevaron a cabo la contratación de la empresa L & C Asesores Consultores S. A. C, no autorizada, para fiscalizar a Telefónica del Perú, cuyo monto a cobrar sería el 20% de todo lo recaudado sin haber informe técnico legal ni un procedimiento para la contratación ni tampoco un informe técnico de requerimiento de dicho servicio.

La Sala Penal de la Corte Suprema para resolver el caso considera que dos son los bienes jurídicos del delito de colusión: a) la actuación conforme al deber que importa el cargo y b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos. De esta consideración, aun cuando no se señala en forma expresa en la ejecutoria, se puede inferir que se considera al delito de colusión como uno de infracción de deber.

Adicionalmente, afirma que la realidad demuestra que el delito de colusión no solo puede ser obra de una persona, sino que deben participar un colectivo de intervinientes y que nuestro Código Penal distingue dos formas de intervención: la autoría y participación.

En vista de ello, al pasar a determinar autoría y participación en el delito de colusión utiliza la teoría de dominio del hecho. En efecto, señala que respecto a la autoría tenemos la figura de autoría directa, la autoría mediata, la coautoría, la complicidad primaria y la complicidad secundaria. La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La complicidad es definida como la cooperación a la realización de un hecho punible cometido, dolosamente, por otro. Con base en tales premisas, se concluyó confirmando la sentencia de vista en cuanto condenó a Rosa Liliana..., como cómplice primaria, puesto que su intervención habría sido esencial en la comisión del hecho delictivo de colusión cuyo autor fue José... en su calidad de alcalde.

En concreto, para resolver el caso y confirmar la condena a los acusados se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin, no obstante, para identificar a los autores y cómplices del delito funcional, se aplicó la teoría del dominio del hecho.

13. En la sentencia casatoria del 28 de agosto de 2018 (Casación N.º 1379-2017/Nacional-Caso Viñas), la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema dio por probados los hechos siguientes: “se tiene que se produjo un concierto ilícito

entre altos funcionarios del gobierno regional de Tumbes (Viñas... Presidente Regional y Guilmer... Gerente Regional) con la empresa A&J Inversiones, en cuya virtud, como consecuencia de la ejecución de la obra *Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen* y en virtud de un diferendo respecto de los pagos que debían entregarse o devolverse según el caso se celebró una transacción en sede arbitral que perjudicó los intereses patrimoniales del gobierno regional de Tumbes, al punto incluso que Castañeda...(Procurador Regional) carecía de los poderes necesarios para celebrar esta transacción, hecho del que incluso no podían ser ajenos los árbitros del Tribunal respectivo: Guzmán..., García... y Rivera..."

“A final de cuentas, de una pretensión de trece millones y medio de soles por parte del gobierno regional a la empresa A&J Inversiones representada por Villegas... y Rodríguez... se transigió en que este último pagaría a la citada empresa la suma de tres millones trescientos mil soles. Nada justificaba tal transacción. Es significativo destacar, en esta perspectiva fáctica, que la empresa A & J Inversiones pagó pasajes de avión a la ciudad de Lima a los encausados Viñas... y Castañeda ... para la realización de actos indebidos para favorecer a dicha empresa...”

“Si bien la concertación finalmente se concretó en el curso de un proceso arbitral, ello en modo alguno impide su configuración delictiva. Ha de entenderse que el proceso arbitral fue el ámbito donde se consolidó el acuerdo lesivo al interés público a través de una transacción. Ese fue el marco formal de la consolidación de una concertación que importó una afectación patrimonial al Gobierno Regional de Tumbes”.

“Conforme se indicó en el informe especial elaborado por la Contraloría General de la República -debidamente explicado en juicio oral-, quedó establecido que el perjuicio total al gobierno regional de Tumbes ascendió a nueve millones doscientos veinticinco mil ciento cuatro soles con nueve céntimos- ... Es patente, entonces, que se está ante una colusión agravada. No está en discusión, pues, la realidad del indicado tipo penal.”

Para resolver el caso, la Sala Penal de la Corte Suprema consideró que el acuerdo colusorio, que importa una efectiva defraudación patrimonial al Estado, debe ser realizado por un funcionario que tenga una relación funcional específica en el marco de una contratación pública -se trata de la infracción de un deber especial, en virtud de una competencia institucional-. Luego el *extraneus* no puede ser autor del delito, solo cómplice. Como la defraudación se concretó, desde una serie de actos previos, mediante la homologación del acuerdo conciliatorio realizada por los árbitros, pese a que esta no podía realizarse en atención a la ausencia de poderes del funcionario que representaba los intereses del Gobierno Regional de Tumbes, la imputación objetiva es evidente -el suceso histórico global así lo determina-. Distinto es el examen del marco de imputación subjetiva -si se puede imputar a los árbitros el conocimiento no solo de lo ilícito del acuerdo conciliatorio sino de la defraudación a la administración pública-, competencia de conocimiento que debe realizarse en atención a sus concretas circunstancias personales.

En ambos análisis de la imputación penal, el Tribunal Superior obvia lo que se requiere en materia de imputación objetiva e imputación subjetiva, y se desconocen los alcances de la complicidad. No es de recibo realizar un examen aislado de la intervención de los árbitros cuando la imputación se centra en una lógica de actuación concertada. Se casa la sentencia en este extremo con reenvío.

No hay duda, para ser partícipe en la comisión de un delito contra la administración pública se requiere de una acción consciente dirigida -en el caso del delito de colusión- a la defraudación del patrimonio público. Tal conducta podría revestir la forma de complicidad primaria si se advierte la realización por parte -en este caso- del presidente del directorio (socio no administrador) de un acto sin el cual el delito no se habría cometido, o de complicidad secundaria si hubiera coadyuvado a su ejecución con actos anteriores o posteriores...Que el delito de colusión agravada -como el delito de colusión simple - tiene como sujeto activo - o autor- al funcionario público que interviene por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación o cualquier operación

pública o en las liquidaciones respectivas. Es más, como la contratación pública puede ser compleja, es factible que en esas operaciones intervengan numerosos funcionarios (coautores).

De otro lado, a título de inductores o cómplices primarios intervienen los terceros interesados, que igualmente según las características y entidad de la contratación o liquidación pueden ser varias personas naturales -la conducta de estos últimos, que incluso pueden ser funcionarios que no intervengan en el proceso por razón de su cargo, será la de partícipes, manteniéndose el mismo título de imputación-.

Con base en tales consideraciones, la Suprema Corte casó la sentencia en la parte absolutoria de los árbitros (cómplices de colusión). Dispuso se realice nuevo juicio oral y CONFIRMÓ el extremo en el cual se condenó a los sentenciados en calidad de autor Viñas... (presidente regional), Castañeda... (procurador regional) y Quinde... (servidor de la Procuraduría) en calidad de cómplices primarios del delito de colusión agravada en agravio del Estado.

**ANALINZANDO** la sentencia casatoria N.º 1379-2017-Nacional- Caso Viñas, del 28 de agosto de 2018, se tiene que los hechos objeto de la casación se pueden resumir en lo siguiente: como consecuencia de la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen”, se realizó un acuerdo ilícito entre altos funcionarios del gobierno regional de Tumbes con la empresa A&J Inversiones, en virtud de una definición respecto de los pagos que debían entregarse o devolverse, según el caso. Se acordó celebrar una transacción indebida en sede arbitral que resultó perjudicando al patrimonio del Estado. Al final, como resultado del actuar ilícito de los acusados incluidos los árbitros, de una pretensión de trece millones y medio de soles que correspondía al gobierno regional, se acordó que la empresa solo pague la suma de tres millones trescientos mil soles. Para materializar el acuerdo, la empresa A&J Inversiones pagó pasajes de avión a la ciudad de Lima a los funcionarios encausados.

Sin duda, los hechos así presentados y probados en el proceso penal, configuran el delito de colusión agravada, pues la conducta de los procesados llegó a defraudar el patrimonio del Gobierno Regional de Tumbes.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, afirmando que es factible que el delito de colusión se materialice en un proceso arbitral, y considerando que el acuerdo colusorio debe ser realizado por un funcionario que tenga una relación funcional específica en el marco de una contratación pública -se trata de la infracción de un deber especial, en virtud de una competencia institucional-, se orientó a resolver el caso aplicando la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs. No obstante, se aleja de esta teoría cuando señala que “el delito de colusión agravada -como el delito de colusión simple - tiene como sujeto activo ... al funcionario público que interviene por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación o cualquier operación pública o en las liquidaciones respectivas. Es más, como la contratación pública puede ser compleja, es factible que en esas operaciones intervengan numerosos funcionarios -coautores-”. Es decir, pese a que la citada teoría no acepta la categoría de coautoría, se sostiene que en el delito de colusión como es complejo resulta factible se realice por medio de coautoría. En ese sentido, se aprecia que para determinar la autoría y participación en el delito de infracción de deber como lo es la colusión, la Suprema Corte hizo uso de la teoría de dominio del hecho. Se acredita aún más esta posición cuando se sigue afirmando que la conducta del representante de la empresa podría revestir la forma de complicidad primaria si se advierte la realización por su parte de un acto sin el cual el delito no se habría cometido, o de complicidad secundaria si hubiera coadyuvado a su ejecución con actos anteriores o posteriores. Asimismo, se sigue indicando que a título de inductores o cómplices primarios intervienen los terceros interesados, que igualmente según las características y entidad de la contratación o liquidación pueden ser varias personas naturales. La conducta de estos últimos, que incluso pueden ser funcionarios que no intervengan en el proceso por razón de su cargo, será la de partícipes, de manera que se mantiene el mismo título de imputación.

Finalmente, se advierte otra contradicción, pues pese a que, para resolver el caso, aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Jakobs como se tiene dicho, que como sabemos sustenta la teoría de la ruptura del título de imputación. En la casación se argumenta que los partícipes mantienen el mismo título de imputación que los autores, es decir, aplican la teoría de la unidad del título de imputación que sustenta la teoría de infracción de deber, pero desde la perspectiva de Roxin.

En concreto, para resolver el caso judicial se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Jakobs. No obstante, para identificar a los autores y cómplices se aplicó la teoría del dominio del hecho afirmando que los acusados habrían actuado en coautoría y que los *extraneus* responderían como cómplices primarios o secundarios, según su aporte. También al final aplican la teoría de la unidad del título de imputación, cuando bien sabemos que la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs se sustenta en la ruptura del título de imputación.

14. En la sentencia casatoria N.º 503-2018-Madre de Dios- Sala Penal Permanente, del 5 de febrero de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema dio por “probado - dato del que se parte en esta sede casacional- que se transfirieron fondos correspondientes a fondos de inversión a gastos corrientes (párrafo veintiséis de la sentencia de vista). También se resalta en la examinada sentencia de vista que “... quedó acreditado el pleno conocimiento del procesado (... presidente del Gobierno Regional de Madre de Dios) de dichos actos -elemento subjetivo del dolo- que aparece de manera especial en los delitos producidos por funcionarios públicos por su deber de garantes en la correcta administración pública”.

Para emitir su pronunciamiento casacional, la Sala Penal Permanente consideró que “que la ilicitud de las transferencias cuestionadas expresa, como es patente, una aplicación definitiva diferente de los caudales públicos institucionales (dinero) apartándolos de su destino legal; y, como se les desvió de programas específicos de desarrollo para gastos corrientes, es de considerar que se afectó el servicio público de origen. El delito de malversación de fondos



se cometió en desmedro del Gobierno Regional de Madre de Dios”. Es verdad que el presidente regional delegó funciones en materia presupuestal al gerente regional de planeamiento, acusado Jorge Eduardo, el mismo que cambió de aplicación las partidas en cuestión; no obstante, la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto no exime de responsabilidad a la autoridad delegante. “Pero, como mantiene su deber de garante institucional respecto del manejo presupuestario, no es ajeno lo que la autoridad delegada pueda realizar...- él debía saber lo que sucedía con un tema tan delicado como el manejo presupuestal e interrumpir un suceso riesgoso para el patrimonio institucional, por lo que no cabe alegar desconocimiento ni implícitamente sostener que estaba al margen de toda función de vigilancia o supervisión-”.

Que “el delito de malversación de fondos es uno de infracción de deber - situaciones de responsabilidad por competencias-. En ese caso lo relevante es el deber institucional que ha de cumplir el imputado recurrente como Gobernador Regional- la fuente del deber es la propia ley de la materia-. Si es delegante deber delegar bien, supervisar razonablemente a su delegado... y, en su caso, corregirle o incluso sustituirle si ello es necesario para la observancia de la función de seguridad encomendada. Como se trata del manejo presupuestal de la institución mayor es el riesgo que debe controlar y más difícil su control, entonces, es más intensa su tarea de supervisión.

Con base en tales planteamientos declararon infundado el recurso de casación promovido por el encausado José Luis... contra la sentencia de vista que, confirmando la sentencia de primera instancia, lo condenó como autor del delito de malversación de fondos en agravio del Gobierno Regional de Madre de Dios.

**ANALIZANDO** la sentencia casatoria N.º 503-2018 -Madre de Dios, los hechos objeto de juicio oral y condena se pueden resumir en lo siguiente: el acusado José Luis.... en calidad de presidente del Gobierno Regional de Madre de Dios, delegó funciones en materia presupuestal al acusado Jorge Eduardo..., gerente regional de planeamiento, quien transfirió fondos de inversión a gastos corrientes, contando con pleno conocimiento del acusado delegante. Por ello, se

realizó una aplicación definitiva diferente de los caudales públicos institucionales apartándolos de su destino legal.

Hechos tipificados en forma correcta como malversación de fondos, previsto y sancionado en el artículo 389 del Código Penal.

La Sala Penal Suprema, afirmando que el delito de malversación de fondoses uno de infracción de deber -situaciones de responsabilidad por competencias- y que, en este caso lo relevante era el deber institucional que cumplió el imputado como gobernador regional, y que la fuente del deber era la propia ley de la materia, resolvió en parte el caso aplicando la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs. Es decir, se aplicó la teoría de infracción de deber por competencia institucional. No obstante, cuando en la propia sentencia casatoria se hace referencia a que como el acusado mantenía su deber de garante institucional respecto del manejo presupuestario, no era ajeno a lo que la autoridad delegada podía realizar. Aplicó también la teoría de los delitos especiales de garantes formulado por Schünemann. Es decir, el acusado tenía el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico y, por tanto, debía saber lo que sucedía con un tema tan delicado como el manejo presupuestal e interrumpir un suceso riesgoso para el patrimonio institucional, por lo que no cabe alegar desconocimiento ni implícitamente sostener que estaba al margen de toda función de vigilancia o supervisión. Con base en tales consideraciones centrales se confirmó la sentencia que condenó al acusado José Luis... en calidad de autor del delito de malversación de fondos en agravio del Gobierno Regional de Madre de Dios.

En suma, para resolver el caso judicial se combinaron dos posiciones teóricas: la teoría de infracción de deber desde la posición teórica de Jakobs, y la teoría de los delitos especiales de garantes formulado por el profesor Schünemann.

15. En el R. N. N.º 2124-2018-Lima-Caso General Donayre, del 29 de abril de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema dio por probado entre otros los hechos siguientes: en “el periodo enero – noviembre de dos mil dieciséis se

produjo un incremento inusitado, desproporcionado, de la asignación de combustible a la Región Militar Sur, sin una solicitud formal ni justificación de su necesidad, en contravención de la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO, que obligaba a la DILOGE, previa evaluación de las necesidades de combustible, elaborar el respectivo Cuadro de Asignación de Clase III y, con la aprobación del comandante general del Ejército, remitir los listados de asignación al SINTE para su posterior distribución. Empero, el jefe del SINTE, Robertson..., y los comandantes generales de la Región Militar Sur, Donayre... (enero a agosto de dos mil seis) y Martos... (setiembre a noviembre de dos mil seis), no siguieron el trámite debido, pues solo mediante faxes (en número de veintiséis, del uno de marzo al dieciocho de diciembre de dos mil seis) se comunicó la dotación asignada para el retiro de combustible a la comandancia general de la Región Militar Sur y al Terminal Petro Perú de Mollendo... El combustible “excepcional” fue desviado a otro lugar, y alcanzó a un monto de trescientos cuatro mil ciento setenta y ocho punto ochenta y ocho soles. Posteriormente, se pretendió regularizar tal apropiación con documentos de entrega de dotación excepcional de combustible y comisión de entrega y recepción de combustible de la Comandancia General de la Región Militar Sur, así como mediante actas de incineración”.

“El combustible en cuestión, en lugar de ser trasladado desde el terminal PetroPerú de Mollendo a los grifos autorizados: Italia, Sao Paulo y Tahuaycani, se hizo, en algunos casos, a otros lugares, tales como Cerro Colorado en Arequipa y avenida Boulevard en San Borja – Lima (sede del Cuartel General del Ejército). Se verificó además que el servicio de traslado se efectuó no solo por empresas que obtuvieron la buena pro para este servicio, sino también por otras ajenas a esta designación: A.B. Transportes EIRL y Transervis JR EIRL. Con la finalidad de regularizar las supuestas entregas de combustibles a la Región Militar Sur, los comandantes generales de esa Región (encausados Donayre... y Martos..., respectivamente) suscribieron sendos oficios ... solicitando la asignación extraordinaria de combustible”.

Para resolver el caso, la Sala Penal Suprema consideró que “el delito de peculado requiere: (i) que el sujeto activo sea funcionario o servidor público -no

cabe duda, en el caso de miembros del Ejército en actividad-; (ii) que la conducta del agente público importe una apropiación -disponga de los bienes públicos como si fueran parte de su propio patrimonio o, mejor dicho, aparte los bienes públicos del ámbito de custodia de la Administración Pública-; y, (iii) que el agente tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional -que es lo que se denomina disponibilidad o custodia jurídica-, a título de percepción, administración o custodia -debe respetarse el nexo funcional que ha de mediar el sujeto activo y el bien público, de suerte que varios funcionarios o servidores públicos pueden tener disponibilidad jurídica de los mismos, “[...] siempre que hubieren tenido el deber de actuar en algún eslabón del acto complejo y que hubiesen sustituido por su conducta los postulados del reglamento que contemplan tal deber”. En esta última perspectiva, es de enfatizar que en la administración, percepción y custodia -según nuestro Código Penal- “[...] se involucran una compleja actividad en donde se combinan no sólo la disponibilidad material sino la jurídica”. Más allá de los encargos reglamentarios específicos del agente en la entidad pública donde presta servicio respecto de los bienes públicos, “[...] basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concretamente y efectivamente realizare el sujeto como integrante del órgano público; lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso o de la práctica administrativa dentro de aquella estructura” (Sentencia del Tribunal Supremo Español 625/2007, de doce de junio). Es suficiente, pues, que de hecho se tenga tal percepción, administración o custodia; y, basta con que la posibilidad de disposición se deba a una situación de hecho derivada de la costumbre o práctica que se da dentro de una estructura administrativa.

El bien jurídico tutelado en este delito es, al final de cuentas, “[...] el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público” [Mir Puig, Carlos: Delitos contra la administración Pública, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 288]. “El perjuicio patrimonial es inherente al tipo penal. Es, por consiguiente, un delito resultado. Asimismo, sigue sosteniendo la

Sala Penal Suprema, el delito de peculado es una de infracción de deber -no es un delito de dominio-. Se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada -el legislador optó por contraer la autoría de un determinado ámbito de personas que tienen una especial posición de deber, cuya infracción hace surgir en su conducta un plus disvalorativo” [Roca Agapito, Luis: Ob. Cit., p. 162]. Así las cosas, “el dato relevante no es el dominio del hecho del autor o si el obligado coadyuvó para la producción del resultado típico, sino el quebrantamiento de los deberes que le impone la institución positiva [SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ–TRELLES). Por tanto, lo que debe demostrarse es si el funcionario público competente cumplió o no con su deber positivo y, asimismo, que materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo -realización típica en sentido material- [CARO JOHN).”

Es claro, además, que “la lesión del deber en un delito de infracción de deber es algo personalísimo e independiente, por lo que no es posible admitir la coautoría entre los obligados especiales. Cuando en un hecho típico han intervenido más de dos obligados o sujetos especiales, cada uno será autor y, entre ellos, en su caso, se configura el supuesto de autores paralelos, porque ellos han incumplido su deber especial y realizado por su cuenta el tipo penal. No hay lugar a deberes conjuntos, pero ello no significa que dentro de estructuras complejas pueda explicarse y tener lugar la intervención de varios sujetos especiales; cada uno de ellos responde, siempre de forma individual, y teniendo en cuenta el deber personalísimo que tiene de tutelar el patrimonio estatal”. Con base en tales consideraciones se declaró no haber nulidad en la propia sentencia en la parte que condenó Edwin Donayre... y otros por el delito de peculado en su calidad de autor paralelo y, además, declaró haber nulidad en el extremo que impuso a ... Donayre, cinco años y seis meses; reformándola le impusieron cinco años de pena privativa de libertad.

**ANALIZANDO** la ejecutoria suprema del 29 de abril de 2019 (R. N. N.º 2124-2018-Lima), los hechos objeto de juicio oral y condena se pueden resumir en los siguientes términos: el acusado Donayre..., en su calidad de funcionario

público, junto a otros sujetos públicos, se apropió indebidamente de combustible extraordinario del Ejército y, por tanto, fue sentenciado como autor paralelo del delito de peculado en agravio del Estado.

Este hecho probado, sin duda, en nuestro sistema jurídico, es un típico peculado.

La Sala Penal Suprema considera que el delito de peculado es uno de infracción de deber -no es un delito de dominio-. “El bien jurídico tutelado en este delito es el correcto funcionamiento de los servicios públicos con base en el mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y en una correcta gestión del patrimonio público. El perjuicio patrimonial es inherente al tipo penal. Asimismo, se indica que ante la base de deberes que se imponen a determinadas personas, el legislador optó por contraer la autoría de un determinado ámbito de personas que tienen una especial posición de deber, cuya infracción hace surgir en su conducta un plus disvalorativo. El dato relevante no es el dominio del hecho del autor o si el obligado coadyuvó para la producción del resultado típico, sino el quebrantamiento de los deberes que le impone la institución positiva”. Por tanto, lo que debe demostrarse es si el funcionario público competente cumplió o no con su deber positivo y, asimismo, que materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo. En suma, se resolvió el caso aplicando la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs. En esa línea, para determinar entre autores y cómplices, en forma razonable hizo uso de la misma teoría. Sostuvo que la lesión del deber en un delito de infracción de deber es algo personalísimo e independiente, por lo que no es posible admitir la coautoría entre los obligados especiales. Cuando en un hecho típico han intervenido más de dos obligados o sujetos especiales, cada uno será autor y, entre ellos, en su caso, se configura el supuesto de autores paralelos, porque ellos han incumplido su deber especial y realizado por su cuenta el tipo penal. No hay lugar a deberes conjuntos, pero ello no significa que dentro de estructuras complejas pueda explicarse y tener lugar la intervención de varios sujetos especiales. Cada uno de ellos responde, siempre de forma individual, y teniendo en cuenta el deber personalísimo de tutelar el patrimonio estatal.

En suma, para resolver el caso y confirmar la condena al acusado se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Jakobs. Para identificar a los autores y cómplices, se aplicó la misma teoría y, por tanto, se condenó al acusado como autor paralelo y no como coautor lo que indicaba la sentencia de vista.

16. En la sentencia casatoria N.º 1500-2017-Huancavelica- Sala Penal Permanente, del 15 de mayo de 2019, se tiene por probado lo siguiente: “el gerente de Servicios Públicos y Administración Tributaria, encausado Monge Donaires, elaboró el Plan de Trabajo referido al mantenimiento de varios establecimientos deportivos de la municipalidad emitiendo el correspondiente informe y solicitó al encausado Capcha Ortiz, gerente municipal de la Municipalidad Provincial de Angaraes, su aprobación, que incluía un presupuesto de doscientos mil soles para ser utilizados mediante la modalidad de encargo - este Plan, según señaló en su declaración, fue coordinado previamente con el gerente Capcha Ortiz y otros funcionarios municipales-. El encausado Capcha Ortiz, no obstante que el Plan incumplía disposiciones legales y que solo describía trabajos de manera general - imposible de aceptar- el día cinco de septiembre de dos mil doce emitió la Resolución General aprobatoria, que implicó una asignación de doscientos mil soles para su cumplimiento.... Además, emitió el memorando respectivo para que las instancias administrativas bajo su mando habiliten cien mil soles al gerente Monge Donaires, lo que en efecto hicieron - él incluso firmó el cheque de su propósito-. Asimismo, con motivo de la elevación del Informe ... por el imputado Monge Donaires al encausado Capcha Ortiz, adjuntando recibos por honorarios y boletas de venta, se estableció que estos documentos no tienen base material y, por tanto, que se apropió del dinero que se le entregó...”

Para resolver el caso, la Sala Penal Suprema consideró que “para configurarse el delito de peculado se requiere: **(i)** que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público - no cabe duda de tal condición en el presente caso respecto de gerentes municipales en actividad- : **(ii)** que la conducta del agente público importe una apropiación - disponga de los bienes públicos como si fueran

parte de su patrimonio o, mejor dicho, aparte los bienes públicos del ámbito de custodia de la administración pública; y. **(iii)** que el agente público tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional -que es lo que se denomina disponibilidad o custodia jurídica-, a título de percepción, administración o custodia”. Debe respetarse el nexo funcional que ha de mediar entre el sujeto activo y el bien público, de suerte que varios funcionarios o servidores públicos pueden tener disponibilidad jurídica de estos bienes, siempre que hubieren tenido el deber de actuar en algún eslabón del acto complejo y que hubiesen sustituido por su conducta los postulados del reglamento que contemplan tal deber.

El delito de peculado es uno de infracción de deber (más específicamente, un delito especial de deber). Se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada. Lo que se castiga es, en buena cuenta, la infracción de normas muy específicas - para la constitución del tipo penal es necesaria la presencia de un deber especial-.

A los efectos del juicio de imputación se necesita comprobar **(i)** que el agente público competente cumplió o no con su deber positivo, y **(ii)** que, además materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo. Cuando en el hecho típico han intervenido varios sujetos especiales, muy común en estructuras jerárquicas organizadas, cada uno será en principio autor -autoría paralela-; y, cuando uno o alguno de ellos realiza la conducta típica, los otros *intranei* pueden ser, eventualmente y según la conducta que lleven a cabo, partícipes -distinto es el caso, por cierto, de los *extranei*-.

Con base en tales consideraciones, la Sala Penal de la Corte Suprema determinó que el encausado Capcha Ortiz aprobó lo que no debió aprobar y no controló lo que debió controlar. Su conducta, entonces, originó la apropiación de cien mil soles de la Municipalidad Provincial de Angaraes -que estaban bajo su administración-, como consecuencia de la aprobación y entrega del dinero



público a su subalterno, el encausado Monge Donaires. El encausado Capcha Ortiz ejecutó una conducta que generó un riesgo penalmente desaprobado: **(i)** no cumplió con su deber positivo y, además, **(ii)** realizó parte de la conducta exigida por el tipo penal de peculado por apropiación: ordenó se entregue al coimputado Monge Donaires el dinero municipal bajo su administración -lo apartó ilegalmente de la esfera de custodia municipal de la administración-, dinero que luego fue desviado por este último. Su conducta, en este marco fáctico y cuando se trata de un delito cometido en el seno de una municipalidad provincial en el que intervienen varios funcionarios, que como toda organización compleja organizada se nutre de las reglas de jerarquía y de la división del trabajo, por su nivel jerárquico y rol funcional, no puede ser otra que la del autor.

Recuérdese que lo que origina la competencia del autor en esta categoría no es un acto de organización, sino el incumplimiento de un deber especial derivado de una institución social específica; y como el incumplimiento de deberes institucionales no admiten graduaciones, no es posible una diferenciación cuantitativa de la competencia que permita distinguir entre autores y partícipes [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal - Parte General*, Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 697].

Al final, la Suprema Corte decidió declarar fundado el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público y casó el auto de vista que confirmó el sobreseimiento del caso respecto del acusado Capcha Ortiz.... respecto de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso por apropiación agravado y actuando como instancia, REVOCARON el auto de primera instancia que sobreseyó la causa a favor del encausado ...Capcha Ortiz respecto de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso por apropiación agravada en agravio del Estado (Municipalidad Provincial de Angaraes) y reformándolo, declararon INFUNDADA la solicitud de sobreseimiento planteado y dispusieron se continúe la causa según su estado.

**ANALIZANDO** la sentencia casatoria N.º 1500-2017-Huancavelica, del 15 de mayo de 2019, se puede evidenciar que los hechos probados pueden resumirse

en lo siguiente: el gerente de Servicios Públicos y Administración Tributaria, encausado Monge Donaires, elaboró el Plan de Trabajo referido al mantenimiento de varios establecimientos deportivos de la municipalidad por el valor de doscientos mil soles y, luego, solicitó al encausado Capcha Ortiz, gerente municipal de la Municipalidad Provincial de Angaraes, su aprobación. El encausado Capcha Ortiz, no obstante que el Plan incumplía disposiciones legales y que solo describía trabajos de manera general, lo aprobó pues así lo había acordado con el coencausado. Además, emitió el memorando respectivo para que las instancias administrativas bajo su mando habiliten cien mil soles al gerente Monge Donaires, lo que en efecto hicieron. De este modo firmó el mismo gerente el cheque respectivo.

Los hechos así acreditados sin duda configuran el delito de peculado, pues los procesados se apropiaron de fondos públicos perjudicando patrimonialmente a la Municipalidad de Angaraes.

La Sala Penal Suprema, considerando que “el delito de peculado es uno de infracción de deber (más específicamente, un delito especial de deber) y que este se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada”, se concluye que la Sala Penal Permanente en este caso se decantó abiertamente por la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs. En esa misma línea, se argumenta que lo que se castiga en este delito es, en buena cuenta, la infracción de normas muy específicas que configuran deberes especiales. A los efectos del juicio de imputación se necesita comprobar -sigue afirmando la casación-: **(i)** que el agente público competente cumplió o no con su deber positivo; y **(ii)** que, además, materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo.

Asimismo, respecto a la autoría y participación, sigue en forma coherente la teoría de infracción desde la óptica jakobsiana. En efecto, se sostiene que cuando en el hecho típico han intervenido varios sujetos especiales, muy común en estructuras jerárquicas organizadas, cada uno será en principio autor (autoría

paralela); y, cuando uno o alguno de ellos realiza la conducta típica, los otros *intranei* pueden ser, eventualmente y según la conducta que lleven a cabo, partícipes. Distinto es el caso, por cierto, de los *extranei*. En esta consideración de la casación, se recoge en forma clara la posición de Jakobs, quien sostiene que por los delitos de infracción de deber solo responden los *intranei*, ya sea como autores o cómplices, esto es, los sujetos públicos. En cambio, los extraños (*extranei*) a la administración pública responden por un delito de dominio subyacente o paralelo.

Más todavía, en la casación se cita al profesor García, quien argumenta que “lo que origina la competencia del autor en esta categoría no es un acto de organización, sino el incumplimiento de un deber especial derivado de una institución social específica; y como el incumplimiento de deberes institucionales no admite graduaciones, no es posible una diferenciación cuantitativa de la competencia que permita distinguir entre autores y partícipes.”

En suma, para resolver el caso y revocar la resolución que sobreseyó el proceso se aplicó la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs en toda su magnitud. En consecuencia, en el tema de identificar a los autores y cómplices, se hizo uso de la teoría de la ruptura del título de imputación.

17. En la sentencia de apelación N.º 1-2017 -Puno, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 18 de junio de 2019, se tienen acreditados los siguientes hechos: “el acusado Jorge.... en condición de fiscal solicitó a Vilma Himelda..., hermana del procesado Jhon.... que se encontraba con prisión preventiva, la suma de cincuenta mil dólares, a cambio de reducirle la pena a través del proceso de terminación anticipada. Para las coordinaciones, el fiscal la llamó y le solicitó que consiga un certificado médico en el cual se detalle que su madre sufre de una enfermedad grave. Se acordó que el lugar donde se haría entrega del dinero sería la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez. El 25 de setiembre de 2013, Vilma... denunció el hecho ante la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Puno, órgano de control que preparó el operativo respectivo e intervino al fiscal con parte del dinero. Que en tales tratativas habría

participado el acusado Percy Wilfredo.....quien en su condición de abogado fue el intermediario directo, ya que promovió y coordinó los encuentros y reuniones con el Fiscal, quien le comunicó acerca del dinero que le solicitó a la denunciante. El citado abogado llamó constantemente a la denunciante a su celular, sobre todo en días anteriores a la entrega de dinero. El fiscal también la llamó directamente, para indicarle que el abogado lo esperaba en su oficina de la Defensoría Pública, donde la denunciante asistía para coordinar la entrega del dinero que le habrían pedido”. Estos hechos fueron calificados como delito de cohecho pasivo, previsto en el segundo párrafo, artículo 395, del Código Penal, en perjuicio del Estado, se acusó a Jorge... y Percy Wilfredo... como autor y cómplice primario, respectivamente y se solicitó para ambos la imposición de doce años de pena privativa de la libertad. Fue condenado el primero y absuelto el segundo debido a que su conducta habría sido inocua. La sentencia del primero quedó firme y en cuanto al segundo, la Suprema Corte la anuló y dispuso realizar nuevo juzgamiento.

Para resolver el caso y anular la sentencia en el extremo absolutorio, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema argumentó que la Sala Penal Especial sostuvo que el delito se consumó con la solicitud de dinero que el fiscal... realizó directamente a la denunciante; y que, por tanto, la conducta desplegada por el abogado Mejía... es inocua. Esta consideración si bien atiende a la tipificación realizada por el fiscal superior, no tuvo en cuenta que conforme con la imputación fáctica atribuida a este último, se le atribuyó la entrega del dinero requerido por el primero a la denunciante. La Sala Penal Especial también consideró que la suma de cincuenta mil dólares estadounidenses solicitada por el fiscal es incongruente con los diez mil soles a que se hizo referencia en un audio que registró la conversación entre el abogado Mejía...y la denunciante, por ser distinta en monto y unidad monetaria. En este punto, se aprecia que no se analizó dicha conversación con el conjunto de audios escuchados como la que registró otra conversación entre los mismos interlocutores en la que se hace referencia a un adelanto de cinco mil dólares estadounidenses. Asimismo, en la conversación que tuvo el fiscal Bedregal... con la denunciante el día que le entregó mil soles, esta le indicó que era un adelanto y que no tenía todo completo. En atención a lo anotado, -Sigue señalando la Sala Penal Transitoria-

la conclusión arribada por la Sala Penal Especial no tuvo en cuenta que en el ámbito de las negociaciones en estos delitos el tipo y la cantidad del medio corruptor puede variar e incluso se pueden pactar adelantos... Finalmente, en la sentencia se estimó que fue intrascendente que el abogado Mejía... haya tenido contacto directo con el fiscal Bedregal..., porque tal circunstancia no constituye elemento del tipo; no obstante, tal determinación resulta aislada, pues debió evaluarse en conexión con las pruebas anotadas. En atención a lo expuesto, el Supremo Tribunal concluye que no se efectuó un análisis de los hechos atribuidos al abogado Mejía... en su real contexto ni una valoración individual e integral de la prueba actuada en juicio oral, lo que determina la nulidad de la sentencia impugnada y la realización de un nuevo juicio por otra Sala Penal Especial.

**ANALIZANDO** la sentencia de apelación N.º 1-2017 -Puno, los hechos objeto de acusación y juicio oral se pueden resumir en lo siguiente: “el acusado Jorge.... en condición de fiscal solicitó a Vilma Himelda..., hermana del procesado y preso preventivo Jhon..., dinero a cambio de reducirle a este último la pena a través del proceso de terminación anticipada. Para tal efecto con la intermediación del abogado Percy Wilfredo..., quien llamaba por teléfono constantemente a la hermana del preso preventivo, logró que esta le entregue parte del dinero solicitado”. Luego de la denuncia ante el órgano de control interno de Puno, el fiscal fue intervenido con parte del dinero. Luego del proceso y juicio oral, el primero fue sentenciado como autor del delito de cohecho pasivo específico y el segundo que había sido procesado y acusado como cómplice primario del delito de cohecho fue absuelto.

Sin mayor discusión se evidencia que los hechos objeto de acusación fueron bien tipificados en el delito de cohecho pasivo específico, sancionado en el segundo párrafo del artículo 395 del CP. En efecto, allí se prescribe: “*El Magistrado, Árbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su*

*conocimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años...".*

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, sosteniendo que efectivamente los hechos constituyen el delito funcional de cohecho pasivo específico, al evaluar la imputación y la sentencia en el extremo que absolvió al abogado en su calidad de cómplice primario, considerando que la conducta desplegada por el abogado Mejía... no es inocua; que no se analizaron los audios de las conversaciones con la denunciante en su conjunto; que la conversación que tuvo el fiscal Bedregal... con la denunciante el día que le entregó mil soles, esta le indicó que era un adelanto y que no tenía todo completo; que no se tuvo en cuenta que en el ámbito de las negociaciones en estos delitos el tipo y la cantidad del medio corruptor puede variar e incluso se pueden pactar adelantos y que la sentencia en el extremo cuestionado se estimó que fue intrascendente que el abogado Mejía... haya tenido contacto directo con el fiscal Bedregal..., pues tal circunstancia no constituye elemento del tipo; no obstante, tal determinación resulta aislada, pues debió evaluarse en conexión con las pruebas anotadas, el Supremo Tribunal concluyó por anular la sentencia absolutoria y dispuso que se realice nuevo juicio oral al abogado Mejía... en su calidad de cómplice primario del delito de cohecho pasiva.

En este precedente judicial no se sostiene expresamente que el delito de cohecho pasivo específico sea uno de infracción de deber; sin embargo, por la redacción del mismo se infiere que así lo consideran. Asimismo, al haber indicado que el abogado absuelto también responde por el mismo delito que el autor (fiscal sentenciado), pero en calidad de cómplice primario, se debe inferir que han aplicado la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin. Sin embargo, respecto a la autoría y participación en el delito funcional de cohecho, han hecho uso de la teoría del dominio del hecho y de esa forma han considerado que el abogado absuelto respondería como cómplice primario del delito funcional. La Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte, sigue incurriendo en el mismo error de la calificación efectuada por la Fiscalía Superior y sala Penal Especial de Puno, en cuanto consideran que el abogado

interviniente en el cohecho pasivo específico tendría la calidad de cómplice primario.

De ahí que, para resolver el caso judicial se aplicó la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin al optarse por la unidad del título de imputación. No obstante, para identificar al autor y cómplice del delito funcional denominado cohecho pasivo específico, se aplicó la teoría de dominio del hecho, pues se declara que uno de los intervinientes respondería como cómplice primario.

18. En la sentencia casatoria N.º18-2017-Junín- del 24 de julio de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema dio por probados los hechos siguientes: “que los encausados Rolando ...(director del establecimiento penitenciario de Huancayo) y Johnny ...(director regional de la Oficina Regional Centro Huancayo del INPE), tuvieron un interés indebido en la tramitación y suscripción del convenio celebrado con la empresa Juana Comunicaciones E. I. R. L.; el primero en firmar el convenio mencionado y el segundo al haber suscrito el Oficio número 282-2911-INPE/20.04, por el cual le pidió a Rolando... que suscriba el convenio; sin haberse cumplido con las exigencias establecidas en la Directiva número 001-2008-INPE. El convenio suscrito no tenía las opiniones técnicas favorables de las unidades o áreas comprometidas con el objetivo del convenio, el jefe de Asesoría Jurídica, el jefe del Órgano Técnico de Tratamiento y el jefe de la Unidad o área de Administración y el informe técnico sustentatorio; tampoco tenía la visación previa del jefe del Órgano Técnico de Tratamiento, jefe de la Unidad o área de Administración, el jefe de la División o Departamento de Seguridad y de la unidad o área especializada y comprometida con el objetivo del convenio. Asimismo, una vez suscrito el contrato, no se efectuó la verificación del cumplimiento de convenio, originando que las llamadas en los teléfonos instalados por la empresa Juana Comunicaciones E. I. R. L. no correspondían con lo consignado en su propuesta; lo que originó el malestar de la población penitenciaria, causando impacto en los medios de comunicación. El interés indebido de Rolando... se encuentra en que en su condición de director del Centro Penitenciario tiene el deber de evaluar los requisitos establecidos en la ley para suscribir un convenio, lo que no observó. Sobre el encausado Johnny

..., se indicó que, si bien se contó con informes del encargado de mantenimiento y servicios auxiliares y del subdirector de la Unidad de Administración, estos solo se referían a los aspectos técnicos y económicos de la propuesta; su competencia como director de la Oficina Regional Centro del INPE era verificar el cumplimiento de la Directiva 001-2008-INPE, lo que no hizo. Además, Johnny ...al suscribir el oficio número 282-2011-INPE/20.04, realizó un mandato imperativo al director del Establecimiento Penitenciario para que firme el convenio, sin tener en cuenta que dicho funcionario tenía la facultad de decidir si lo firmaba o no. En referencia a la encausada Élidea..., se indicó que el interés indebido de sus coencausados fue para favorecer a su empresa, por lo que es evidente su participación como cómplice primaria”.

Para resolver el caso judicializado, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema consideró que “el delito de negociación incompatible se encuentra tipificado en el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal, en dicha disposición legal se sanciona al funcionario o servidor público que se interesa indebidamente, en provecho propio o de tercero; ya sea en forma directa, indirecta o por acto simulado, en un contrato u operación en el que interviene por razón de su cargo. La Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que se trata de un delito que vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en los que interviene un funcionario o servidor público por razón de su cargo; sobre todo porque aquel tiene el deber de procurar un óptimo beneficio para la Administración Pública. Constituye un delito de peligro que no requiere la existencia de un perjuicio patrimonial para el Estado”. “La acción típica consiste en que el agente público muestre o aplique un “interés indebido” en la celebración del contrato u operación en los que interviene por razón de su cargo. Ahora bien, el término interés indebido se debe entender como todo acto dirigido a anteponer el interés propio o de tercero a los que se patrocinan en nombre del Estado en un contrato o negocio promoviendo así un beneficio irregular para sí mismo o para un tercero”.

“En consecuencia, cuando un funcionario o servidor público, por razón de su cargo, participa en una contratación o negocio a nombre del Estado, tiene la obligación de desempeñarse en dicho procedimiento en forma diligente e



imparcial. Si lo que busca el agente activo con su intervención irregular es beneficiarse a sí mismo o a un tercero, defrauda la confianza que se le ha conferido”. Asimismo, sigue sosteniendo la sentencia casatoria, “de los hechos probados se infiere que los recurrentes facilitaron un convenio irregular con persona allegada a su entorno amical, como lo es Roberto...., quien es trabajador del establecimiento penitenciario de Huancayo. Es así que se firmó un convenio con la empresa Juana Comunicaciones E. I. R. L. representada por Élidea..., por el cual dicha empresa brindaría servicio telefónico a la población penitenciaria del penal de Huancayo, conforme con su propuesta técnica, con la que se garantizaba su derecho a la comunicación”.

Por tales consideraciones, declararon infundados los recursos de casación interpuesto por los encausados Rolando... y Jhonny... contra la sentencia de vista que confirmó en estos extremos la sentencia de primera instancia, los condenó como autores del delito de negociación incompatible en agravio del Estado. Así también confirmó la sentencia también para la *extraneus* Élidea... en su calidad de cómplice primaria del citado delito.

**ANALIZANDO** la sentencia casatoria N.º18-2017-Junín, los hechos objeto de juicio oral y condena, se puede resumir en los siguientes términos: los encausados Rolando ... (director del establecimiento penitenciario de Huancayo) y Johnny ...(director regional de la Oficina Regional Centro Huancayo del INPE, firmaron un convenio con la empresa Juana Comunicaciones E. I. R. L. representada por Élidea..., por el cual dicha empresa brindaría servicio telefónico a la población penitenciaria del penal de Huancayo, conforme con su propuesta técnica; sin embargo, el mismo no cumplía con los requisitos señalados en la Directiva número 001-2008- INPE, además no se verificó que la empresa que brindaba el servicio telefónico cumpliera con las especificaciones de su propuesta técnica, lo que era parte de su función conforme con el Manual de Organización y Funciones de la Oficina Regional Centro-Huancayo. Se advierte además que el procesado Rolando... tenía amistad con Roberto..., ya que ambos estudiaron en el Centro Nacional de Estudios de Criminología y Penitenciario en el 2000. Inclusive dicha persona era alcaide del mismo penal de Huancayo. Entonces, se evidencia interés indebido no solo en la suscripción del contrato

sino en su ejecución, buscando favorecer a una empresa cuya dueña Élida..., era familiar directo de un amigo suyo.

Este hecho probado sin duda alguna configura el delito de infracción de deber denominado negociación incompatible. De modo que la calificación efectuada es la correcta. Pasemos a analizar brevemente los argumentos con los cuales se resolvió el caso.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que se trata de un delito que vulnera la imparcialidad en los contratos u operaciones en los que interviene un funcionario o servidor público por razón de su cargo; sobre todo porque aquel tiene el deber de procurar un óptimo beneficio para la administración pública. se decanta por sostener que el delito de negociación incompatible es uno de infracción de deber. Incluso al señalar que se trata de un delito de peligro que no requiere la existencia de un perjuicio patrimonial para el Estado, confirma aún más esta posición doctrinaria.

Asimismo, al precisar que el término *interés indebido* se debe entender como todo acto dirigido a anteponer el interés propio o de tercero a los que se patrocinan en nombre del Estado en un contrato en el cual se tiene la obligación de desempeñarse en forma diligente e imparcial se termina por reiterar que el delito de negociación incompatible es uno de infracción de deber. En tal sentido, al no referirse en la sentencia casatoria a deberes institucionales o que la sola infracción del deber fundamenta ya la punibilidad de la conducta, debemos concluir que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema se sustentó en la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin. Incluso se refuerza esta conclusión cuando se sostiene que el extraño a la administración responderá por el delito atribuido a los autores, pero en su calidad de cómplice. Se siguió la teoría de la unidad del título de la imputación.

No obstante, para identificar y discriminar entre autores y cómplices utiliza la teoría de dominio del hecho, pues al final remata afirmando que la acusada Élida... habría actuado en la comisión del delito funcional de negociación incompatible en la condición de cómplice primaria.

Al final, para resolver un caso judicial sobre un delito funcional se combinaron las teorías de infracción de deber y la de dominio del hecho, ambas desde la perspectiva de Roxin, dando como resultado que se legitimó que en un delito funcional se condene a una ciudadana como cómplice primaria, cuando debió ser solo como cómplice.

Como se advierte de las ejecutorias supremas glosadas, entre las teorías existentes en la doctrina, como son la teoría de dominio del hecho, la teoría de infracción de deber del funcionalismo radical representado por el profesor Jakobs, la teoría de infracción de deber del funcionalismo moderado representado por Roxin y la teoría de los delitos especiales de garantes de Schünemann, los jueces supremos integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, indistintamente las aplican para resolver los casos judicializados sobre delitos funcionariales. Situación que, sin duda, genera la emisión de ejecutorias supremas o casaciones contradictorias. Es obvio que tal proceder lesiona abiertamente el principio de seguridad jurídica: el ciudadano no sabe a qué atenerse; y, sobre todo, afecta el principio de igualdad ante la ley: casos parecidos deben tener respuesta judicial parecida. Incluso, se ha llegado a sostener que “esta situación, afecta sustancialmente funciones clásicas de la dogmática penal y de la jurisprudencia como las siguientes: predictibilidad de las decisiones judiciales, sistematicidad de las soluciones, igualdad de trato para los usuarios del servicio de justicia penal y seguridad jurídica” (Montoya y Rodríguez, 2018, p. 108).

Consideramos que las resoluciones judiciales contradictorias tienen como una de sus explicaciones que las teorías dogmáticas que se invocan y usan para resolver los casos judiciales concretos, presentan diverso contenido y fundamento. Al respecto, el profesor Schünemann (2009), advierte que “por el elevado grado de diferenciación, la dogmática penal se convierte (vista desde fuera) en una especie de tienda de mercadería de toda clase, en la que la justicia encuentra en sus interminables estanterías todas las soluciones imaginables, de las que puede hacer uso, en cierto modo, a discreción” (p. 493). En

consecuencia, tarea del jurista es optar por la teoría más coherente y razonable para alcanzar los fines de la administración de justicia penal.

Incluso, la situación del tercero (*extraneus*) de la administración que participa junto al sujeto público en la comisión de un delito funcional, no se tiene claro si responde o no por aquel delito. En doctrina se ensayan dos respuestas. Pues una teoría se fundamenta en la unidad del título de imputación, esto es, todos los que intervienen en la comisión de un delito funcional (incluidos los extraños) responden por ese delito ya sea como autores o como cómplices. En cambio, la otra teoría se fundamenta en la ruptura del título de imputación, es decir, todos los que intervienen en la comisión de un delito funcional no responden por ese delito. Solo responderán por el delito funcional los sujetos públicos ya sea como autores o como cómplices. Se excluye a los extraños, quienes solo responderán penalmente por un delito común o de dominio paralelo siempre que se trate de delitos especiales impropios; en cambio, si se trata de delitos especiales propios (negociación incompatible, enriquecimiento ilícito, prevaricato, por ejemplo), los extraños quedan sin sanción debido a que no tienen delito subyacente o paralelo.

Situación que no es ajena al momento de pretender dar solución a los casos judiciales. Las resoluciones glosadas dan cuenta de que en algunas oportunidades se invoca la teoría de unidad del título de imputación y, en otras, la teoría de la ruptura de la imputación con consecuencias totalmente diferentes. Situación que, en el Perú, habría finalizado con la modificación del artículo 25 del CP producida en el 2017.

El problema de la jurisprudencia puesto en evidencia, respecto a la autoría y la participación, lo habría generado la misma doctrina nacional, toda vez que, como lo afirma el profesor Abanto (2014) “la mayoría de los autores aplican, de distinta manera, los principios de la teoría del dominio del hecho también en los delitos especiales” (p.380).

## CAPÍTULO II

### TOMA DE POSTURA RESPECTO DE LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER

#### II.1 TEORÍA DE LA RUPTURA DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En los delitos especiales, como se denominaba antes a los de infracción de deber, existe viva controversia respecto a la participación de los extraños en la comisión del delito. El profesor español Luzón (2016), precisa que “ha existido una fuerte división de opiniones sobre si cabe o no participación de extraños en los delitos especiales” (p. 284). Esto es, siempre ha sido un problema dogmático determinar si aquellos que participan con un obligado en la comisión del delito especial sin tener el deber de proteger o cautelar el bien jurídico, responden penalmente como cómplices de ese delito. Aparecen de este modo, en la doctrina las teorías de la unidad del título de imputación y la de ruptura del título de imputación.

Sobre la base de dividir entre delitos de organización y delitos en virtud de una relación institucional, Jakobs parece sostener que “si en un hecho concreto participa un *intraneus* con un *extraneus* (un obligado con competencia institucional con un no obligado), este responderá por un delito diferente al cometido por el *intraneus*”. Las dos clases de delitos responden a fundamentos de responsabilidad penal o imputación diferentes. “En los delitos de dominio se trata de responsabilidad en virtud de la propia organización; en los de infracción de deber, en virtud de una relación de carácter institucional. Responsabilidad por

la lesión de deberes de comportamiento solidario en favor de un determinado bien jurídico” (Sánchez-Vera, 2002, p. 38). De ahí, Jakobs (1997) enseña que “en los deberes en virtud de responsabilidad institucional solo el titular de un status institucionalmente asegurado puede ser autor; así pues, se trata de deberes especiales en sentido estricto” (p. 1030). Incluso, el profesor Jakobs (2000) con base en la legislación penal alemana, para graficar mejor su posición dogmática sostiene que, “quien aconseja a una madre que mate a golpes a su hijo (de la madre), sugiere la realización de un delito que, en cuanto delito de la madre es uno de infracción de deber y, en cuanto delito de una persona cualquiera, es un delito de organización” (p. 151). Una participación en este último delito no conlleva disminución alguna de la pena, y ello es así debido a que para los *extranei* no conlleva consecuencias cuando el delito de infracción de deber presenta la misma pena que un delito de dominio u organización.

El profesor García (2014), siguiendo estos planteamientos dogmáticos, concluye de manera coherente que:

Si en la sustracción de los caudales públicos participan un sujeto público encargado de su custodia junto a un particular, el primero responderá por el delito de peculado por haber infringido su deber funcional; en cambio, el particular o extraño a la administración responderá por el delito de hurto que viene a constituir un delito de dominio. (p. 637)

Esta posición tiene su fundamento jurídico en la teoría de la ruptura del título de imputación<sup>97</sup>. Solo es autor del delito especial, el que tiene competencia institucional y el que no la tiene responde por un delito paralelo de dominio o común. Según esta postura dogmática, en el caso de “los delitos especiales de infracción de deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas. La razón radica en la circunstancia que la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de deber, solamente puede atribuirse a los *intranei* al tipo” (García, 2008, p. 601). “Los *extranei* no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con

---

97 Sobre las diferencias entre esta teoría y la de unidad del título de imputación, así como sus consecuencias prácticas, véase: PARIONA (2006, pp. 760-761).

base en el delito de infracción de deber”. En consecuencia, enseña el profesor García (2014) considerando la teoría dogmática de Jakobs que, “los partícipes no podrán ser sancionados con el marco penal establecido para los delitos de infracción de un deber” (p. 634). Asimismo, el discípulo de Jakobs, Lesch (1995) sostiene que “una intervención del *extraneus* en un delito de infracción de deber no es posible. El *extraneus* solo puede adquirir esa unión con el especialmente obligado, por organización, y no por lesión del deber institucional” (p. 944). En parecido sentido se pronuncia Peñaranda (2014) cuando interpretando el artículo 65.3 del Código Penal español que prevé imponer una pena inferior a los inductores y cooperadores necesarios de los delitos especiales, precisa que en tales casos “debería ser no solo atenuada, sino excluida por completo, la pena de aquellos partícipes a los que no pudiera comunicarse en absoluto el elemento que fundamenta la responsabilidad del sujeto cualificado por tener dicho elemento un sentido exclusivamente personal” (p. 18).

Se sigue afirmando que:

Al *extraneus* no le alcanza la norma de conducta presupuestada en el tipo (no le alcanza el deber especial presupuesto en el tipo), de modo que, si no puede lesionar dicho deber que constituye lo injusto, lo coherente es no admitir el castigo de su intervención, ya que lo contrario sería imputarle la infracción de una norma de conducta ajena (implicaría imputarle un injusto ajeno). (Robles, 2003, p. 242, citando a Lesch)

En los delitos especiales como los funcionariales, el tipo penal solo reconoce la infracción de determinadas normas de comportamiento humano; quien vulnera la prohibición general de favorecer en estos delitos obra aun de manera indiferente para el delito especial. Posición que defiende Robles (2003) quien denomina a esta clase de hechos punibles: “delitos especiales de deber” (p. 242). El profesor Robles (2013) en su trabajo titulado “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, siguiendo los planteamientos de Jakobs, concluye que:

Al *extraneus* no le alcanza el deber positivo, sino otro deber distinto consistente en no lesionar las instituciones del Estado desde la posición de ciudadano. Se trata de una lesión desde fuera de las instituciones, razón por la cual no queda abarcada por aquellos tipos delictivos que sancionan precisamente al obligado especial (funcionario) por el quebrantamiento de su posición de garantía institucional. Por tanto, en los delitos institucionales, como delitos especiales de deber, la conducta del *extraneus* es impune si no se castiga de forma independiente. (p. 16)

Para graficar esta posición, el citado profesor precisa que “la secretaria que destruye los documentos por encargo del funcionario queda al margen de la imputación del tipo de infidelidad en la custodia de documentos, pues su conducta es fácticamente necesaria para el delito, pero inocua para la norma aisladamente considerada” (Robles, 2003, p. 246).

Para tal efecto, también el profesor Caro (2010-A), luego de afirmar que en los delitos de infracción de deber puede participar un *extraneus*, pone los siguientes casos:

“Una de las partes que redacta la sentencia que luego el Juez la ejecuta, o el vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un incremento considerablemente superior al precio real, porque el alcalde corrupto así se lo ha solicitado. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar *neminem laedere* (pues, solo son personas), ellos solo podrán responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo con la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los *extranei*



en el mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el Juez y el Alcalde (obligados especiales)". (p. 82)

Por nuestra parte, consideramos sin duda que seguir la teoría de infracción de deber que sustenta la teoría de la ruptura del título de imputación en el análisis de los delitos funcionariales:

No es la más adecuada y eficaz, toda vez que resulta cuestionable que se diferencie el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales<sup>98</sup>. No resulta razonable que los participantes en la comisión de un delito de peculado o colusión, por ejemplo, respondan unos por el delito realmente realizado, esto es, peculado o colusión; y otros, por un delito diferente pero paralelo al anterior, esto es, apropiación ilícita, hurto o estafa. Asimismo, no resulta razonable para nuestro sistema jurídico, que un solo hecho delictivo tenga doble calificación jurídica por la calidad del agente. Igual, no es razonable que los participantes en la comisión de un delito especial propio, respondan unos por la comisión del delito especial, y otros no respondan por delito alguno, debido a que no existe ilícito penal subyacente o paralelo (Salinas, 2018, p. 110; 2019, p. 50).

En efecto, en los delitos especiales impropios donde por su propia construcción legislativa existe un delito paralelo común o subyacente, puede fundamentarse esta posición dogmática aun cuando luego del debido proceso se originen resoluciones judiciales contradictorias, como por ejemplo, "condenando al sujeto público y absolviendo al particular en un proceso penal diferente, debido a que normativamente el bien jurídico solo existe en una estructura social de los delitos contra la administración pública" (Rueda, 2013, p. 149). Esto genera impunidad respecto de los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito funcional realizado por un funcionario público. Situación que

---

98 "Delitos especiales son aquellos cuya conducta a título de autor solo es punible si es realizada por determinados sujetos. En los delitos especiales propios, si quien realiza la conducta no ostenta la cualificación requerida no puede ser en ningún caso autor. En los impropios, en cambio, al guardar correspondiente con un delito común, el sujeto no cualificado puede ser autor del delito común". (ROBLES, 2003, p. 225).

incluso es reconocida por los que sustentan esta posición como, por ejemplo, el profesor García (2008, p. 601).

Resulta más evidente en los delitos especiales propios donde en nuestro catálogo penal no existe delito subyacente o paralelo como, por ejemplo, el enriquecimiento ilícito, la malversación de fondos, la negociación incompatible, el abuso de autoridad, el prevaricato etc. Aquí para graficar cabe citar como ejemplo el delito de prevaricato. Si un particular coopera o ayuda a un juez a redactar una sentencia evidentemente prevaricadora, su conducta quedará sin sanción toda vez que en nuestro Código Penal no existe un delito común subyacente o paralelo al prevaricato que se le pueda atribuir. Su conducta sería impune. (Salinas, 2018, p. 111)

Igual planteamiento formula el profesor Alcocer (2014, p. 152).

Como justificación de esta situación se podría alegar que es problema del sistema jurídico el no haber previsto delito paralelo y que la solución sería que en estos casos el legislador penal proceda a castigar expresamente la aportación de un *extreneus* a la comisión del delito de infracción de deber, “sea mediante una cláusula general para el castigo de la participación en los delitos de infracción de un deber o mediante tipos penales específicos, como ocurre con el delito de cohecho activo” (García, 2008, p. 603). Sin embargo, no es aceptable sostener tal posición dogmática, debido a que en el sistema jurídico del Perú se reconocen sin mayores discusiones y confusiones los delitos especiales propios e impropios.

Lo importante de la dogmática es hacer una interpretación razonable y aplicar teorías que rindan y den conclusiones razonables para la solución de los casos penales que se presentan en la realidad. Deben aplicarse teorías que expliquen y justifiquen por qué todos los participantes con capacidad de culpabilidad en la comisión de un delito especial propio o impropio, deben merecer sanción penal. (Salinas, 2018, p. 111; 2019, p. 51).

La teoría de la ruptura del título de imputación, en los inicios del sistema anticorrupción en nuestra patria, tuvo bastante acogida a nivel jurisprudencial. La posición de Jakobs, desde su enfoque institucional, tal como lo precisa el profesor Caro (2015-A) “logró una amplia acogida en la doctrina y jurisprudencia penal nacional, especialmente en el campo de los delitos funcionariales” (p. 26). Sin embargo, en la actualidad el panorama ha cambiado, aun cuando a veces aparecen pronunciamientos jurisprudenciales que se adhieren a la teoría de la ruptura del título de imputación. Como ejemplos podemos citar la sentencia casatoria del 06 de julio de 2016<sup>99</sup>. Allí se sostuvo, descartando sin explicación alguna, la interpretación efectuada en el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116 citado<sup>100</sup>, que:

El artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que, en los delitos especiales, el *estatus* del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el desvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad. (Casación N.º 782-2015-Del Santa- Sala Penal Permanente)

Igual, en la ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016 se argumenta que “el delito de peculado al ser catalogado como un delito de infracción de deber, solo admite la autoría directa o personal, excluyéndose las otras dos formas de autoría (coautoría y autoría mediata), en correspondencia con su

---

99 Casación N.º 782-2015-Del Santa. Los hechos de la citada Casación se resumen en lo siguiente: “Se imputa a la señora Amelia Victoria..., que en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010 haberse enriquecido valiéndose de una relación o núcleo familiar y en la cuenta de su presunto esposo en la cantidad de S/. 1 028 703.44 nuevos soles, que se tiene la prueba de las cuentas del señor Wilmer Agapito..., para ocultar la sociedad económica que mantenían y que no pudieron ocultar el dinero que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias, cuando la imputada ejercía el cargo de regidora y después de alcaldesa”.

100 Y se necesitaba la explicación del cambio de postura, toda vez que esta última casación fue firmada por los jueces supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana y Neyra Flores, firmantes del acuerdo plenario N.º 2-2011/CJ-116.

naturaleza de delito de infracción de un deber institucional personalísimo”. Y al no haberse acreditado la relación funcional del acusado con el objeto del delito, lo absolvieron. En este caso, los hechos son los siguientes: “Alberto Fujimori Fujimori, en su condición de Presidente de la República, ordenó entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional-SIN por un monto de S/ 122 000 000 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de Gastos Reservados, que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados Diarios Chicha, para su campaña de reelección presidencial del periodo 2000-2005, con lo que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios políticos.” (R. N. N.º 615-2015-Lima-Caso diarios chicha)

También en la sentencia casatoria del 15 de mayo de 2019, citando al profesor García Caveró, se sostiene que:

El delito de peculado es uno de infracción de deber (más específicamente, un delito especial de deber). Se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada. Lo que se castiga es, en buena cuenta, la infracción de normas muy específicas -para la constitución del tipo penal es necesaria la presencia de un deber especial-. “A los efectos del juicio de imputación se necesita comprobar (i) que el agente público competente cumplió o no con su deber positivo, y (ii) que, además materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo. Cuando en el hecho típico han intervenido varios sujetos especiales, muy común en estructuras jerárquicas organizadas, cada uno será en principio autor -autoría paralela-; y, cuando uno o alguno de ellos realiza la conducta típica, los otros *intranei* pueden ser, eventualmente y según la conducta que lleven a cabo, partícipes -distinto es el caso, por cierto, de los *extranei*-” (Sentencia casatoria N.º1500-2017-Huancavelica- Sala Penal Permanente)

## II. 2 TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Esta postura dogmática sostiene que los *extranei* en la comisión de un delito de infracción de deber responden penalmente como cómplices del delito realmente cometido. Al haberse realizado un delito de infracción de deber por un conjunto de personas, los *intranei* responderán como autores y los demás responderán penalmente como cómplices. Por el principio de la unidad del título de imputación todos responden por el mismo delito. No hay motivo razonable para separar a los *extranei* y atribuirles un delito común que realmente no se ha cometido.

Desde nuestra postura dogmática, la teoría de la unidad del título de imputación es superior en muchas aristas a la teoría de la ruptura de la imputación y “llega a soluciones jurídicas más razonables y satisfactorias, y evita caer en la ficción de considerar conductas de complicidad o participación en delitos que en realidad no se han producido” (Pariona, 2006, p. 762). Esta postura es más razonable por lo siguiente: en primer lugar, la idea principal para la configuración de los delitos de infracción de deber contra la administración pública es la lesión o puesta en peligro de un deber especial de carácter penal; en segundo lugar, el *extraneus* en un delito funcional, generalmente sabe que el sujeto público es más cercano al bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura social jerárquica (Rueda, 2013, p. 148). De ahí que Rueda (2014) con base a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo español afirme que “no haya nada que impida, por principio, hacer responder a un *extraneus* que participa en un delito especial de deber” (p. 175).

En resumen, para Roxin los delitos de infracción de deber solo se verifican en los tipos penales que tienen el elemento de “cualificación personal de la autoría; por ello, el único papel que desempeña dicha teoría es el de determinar la autoría del hecho delictivo, cuestión imposible de lograr con la teoría del

dominio del hecho” (Caro, 2015-A, p. 28), y, además, sustenta y promueve la teoría de la unidad del título de imputación.

Al no tener posición expresa Jakobs respecto a la unidad o ruptura del título de imputación del *extraneus*, algunos de sus discípulos han llegado a interpretar que los extraños a la administración también responden por el delito de infracción de deber cometido por el autor, debido a que operaría el principio de la unidad del título de imputación. En efecto, Sánchez-Vera (2002), citando a Jakobs, señala que “el tipo tal y como ha sido descrito en la parte especial del Código Penal, no es ejecutado por el partícipe sino por el autor, pues el partícipe quebranta un tipo que ha sido ampliado por las reglas de la intervención delictiva de la Parte General” (p. 221). En los delitos de infracción de deber “las reglas de la participación vinculan a un hecho principal con el participante al que, si no estuvieran o existieran ellas, no importaría la institución positiva de que se trate. Estamos ante una *accesoriedad* en el sentido del antiguo término latino *accedere*: el *extraneus* participa del delito de infracción de deber adhiriéndose a una lesión del deber ajena” (Sánchez-Vera, 2002, p. 221).

En tanto que Montealegre y Perdomo precisan que “quien no sea titular del rol siempre es partícipe así tenga el dominio del hecho, y el titular es autor aunque no hay sobre dirigido el suceso hacia la lesión del bien jurídico. En estos casos generalmente opera el principio de la unidad del título de imputación, y todos responder por el mismo delito del obligado institucionalmente” (2005, p. 86)<sup>101</sup>.

En sentido parecido Silva (2015) enseña que “las instituciones generan deberes también para los sujetos *outsiders*, consistente en que estos no perturben la gestión de la institución por los *insiders*” (p. 169). En efecto, las instituciones no solo tienen una función interna sino también externa, en virtud de la cual reclaman que los terceros se abstengan de perturbarlas en su

---

101 Incluso los profesores MONTEALEGRE Y PERDOMO (2005) grafican su postura con el siguiente ejemplo: “un servidor público, encargado en virtud de sus funciones de custodiar o administrar bienes del Estado, le suministra información a un particular sobre la forma como puede apoderarse de los caudales. La actuación del *intraneus* es siempre como autor, aunque su aporte puede ser considerado como complicidad si se valora de acuerdo con las reglas de la competencia en virtud de organización. Por su parte, el *extraneus* es cómplice, aunque fácticamente tenga el dominio del hecho.” (p. 87)

funcionamiento ordinario. De ahí que si los extraños a la administración pública ayudan al obligado a perturbar a la institución deben responder penalmente por esa misma perturbación como partícipes.

Ante las críticas efectuadas a la teoría de infracción de deber desde la posición del funcionalismo normativista, respecto de la problemática que origina la división de delitos de infracción de deber propios e impropios, Sánchez-Vera (2003) ha ensayado un argumento que no resulta pertinente ni necesario para superar la crítica. En efecto, sostiene que:

Dentro de esta categoría, no hay sitio para una diferenciación entre delitos de infracción de deberes propios e impropios (delitos especiales propios y delitos especiales impropios, en la terminología tradicional). La punibilidad se fundamenta en la infracción del deber positivo; si, además el autor posee el dominio del hecho sobre el suceso ello es, como sabemos, irrelevante para la fundamentación de su punibilidad como autor de un delito de infracción de deber. No es correcta, por tanto, la afirmación de que hay un delito común subyacente, en los delitos de infracción de deber impropios que han sido llevados a cabo por acción. La suposición de que el injusto de un delito de infracción de deber impropio sería distinto - "más débil"- que el de un delito de infracción de deber propio no calza con la teoría del delito de infracción de deber. En ambos casos, se trata, de igual manera, del incumplimiento de los deberes que impone una institución positiva. (p. 286)

Incluso Sánchez- Vera (2002), llega a decir que a los delitos de infracción de deber "no es necesario denominar, por superfluo, erróneo y generador de confusiones, ni propios, ni impropios" (2002, p. 258). El mismo razonamiento sigue el profesor Caro (2017) cuando señala que "la teoría de del delito de infracción de deber no admite la diferenciación entre delitos especiales propios y especiales impropios. Por una razón obvia, él único delito existente es el de infracción de deber" (p. 44). En parecido sentido, Ossandón, (2006, pp. 7-8). Por su parte, el profesor Villavicencio (2006) afirmando que la solución planteada por Sánchez-Vera era interesante, enseñaba que recientemente se "rechazan la

diferenciación entre la participación en los delitos de infracción de deber propios e impropios, pues la infracción del deber siempre fundamenta la punibilidad” (p. 307).

Consideramos que este planteamiento es innecesario, “pues por la misma construcción de las fórmulas legislativas, no podemos desconocer la existencia de los delitos especiales propios e impropios, para sostener razonablemente -siguiendo a Roxin- que será autor del delito especial aquel que participó en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial de carácter penal impuesto por la ley, en tanto que responderá como cómplice o instigador aquel que también participó en la comisión del mismo delito, pero sin infringir o incumplir un deber especial de carácter penal impuesto por la ley, toda vez que no lo tiene” (Salinas, 2018, p. 116) . La regla aplica tanto para delitos de infracción de deber propios como impropios, ya que lo central en los delitos de infracción de deber es la lesión a deberes o principios de carácter penal. Ambas clases de delitos se identifican por la infracción de deberes por parte del obligado. En este aspecto no es posible distinciones o diferencias. De ahí que, incluso, el mismo Sánchez-Vera (2002) concluya que en los dos tipos de delitos de infracción de deber “la punibilidad se fundamenta en la infracción del deber positivo” (p. 253) o “lo único relevante es que la lesión de una institución positiva siempre fundamenta la punibilidad” (p. 257).

En los delitos funcionariales, el tercero o *extraneus* que participa junto al obligado o *intraneus* en la comisión del delito de peculado, por ejemplo, “no tiene el deber especial de no lesionar el patrimonio del Estado, debido a que no posee la condición especial de funcionario o servidor público que exige el tipo penal 387 del Código Penal” (Salinas, 2018, p. 116; 2019, p. 58). Por tanto, responderá como cómplice, y esto es así debido a que al extraño de modo alguno le es ajena la conducta del funcionario. A los particulares tampoco le es ajena la correcta administración pública, por tanto, también les asiste el deber, pero claro, general, de no lesionar ni afectar a la administración pública. No debe pasarse por alto que la administración pública que no es otra cosa que el Estado mismo, obliga a todos los ciudadanos a que se abstengan de perturbar su organización y funcionamiento normal y natural. De ahí que, al participar en la comisión de un



delito funcional, por el principio de legalidad no puede ser atribuido aquel delito funcional como autor, pero su participación no puede quedar impune, sino por el contrario, responde penalmente pero solo como cómplice o instigador del delito funcional realizado<sup>102</sup>. Y esto así debido a que “la sociedad en que se desenvuelve el *extraneus* no es diferente a la sociedad donde interactúa el sujeto público, se trata de la misma sociedad” (Caro, 2015-B, p. 23).

En otro extremo, debemos apuntar que no lesiona o deja de lado el contenido del artículo 26 del CP<sup>103</sup> que establece que *las circunstancias y cualidades que afecten las responsabilidades de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible*, toda vez que:

Resulta claro que la circunstancia especial que califica a los autores de los delitos contra la administración pública, como es infringir un deber especial de carácter penal, de modo alguno modifica ni menos se traspassa a los *extraneus* que ayudan o auxilian en la comisión de un delito especial. De ahí que se afirme en forma tajante que un particular o extraño, jamás puede ser autor de un delito funcional, ya que la condición de funcionario o servidor público no se le puede traspasar ni transferir. La circunstancia o cualidad de sujeto público que afecta la responsabilidad del autor no modifica la responsabilidad del partícipe del hecho punible. Solo es autor aquel que tiene las condiciones o circunstancias especiales (sujeto público) que exige el tipo penal. Aquellos que también participan en la

---

102 Desde la postura del funcionalismo normativista, el profesor CARO (2017), precisa que “al particular también le alcanza el deber de no prevaricar. Solamente por una regla fundamental del principio de legalidad, no accede al tipo penal en condición de autor, por carecer de la cualificación especial. Pero sí es de su incumbencia la afectación a la institución positiva protegida por el tipo penal, es su asunto la lesión de la administración pública, por lo que responde penalmente... como partícipe, sea como instigador o como cómplice” (p. 47). Por su parte SÁNCHEZ-VERA (2002) concluye que “las expectativas de esas instituciones positivas atañen, pues, al menos de forma mediata, a todos” (p. 220).

103 Como sugiere GARCÍA (2008), al señalar que “no se puede admitir tal como lo proscribió el artículo 26 del CP, que las circunstancias o cualidades que afectan la responsabilidad penal de un autor cualificado se amplíen a los partícipes que no tienen una relación institucional. Precisamente en el caso de agravantes por el abuso de la calidad de funcionario o servidor público para cometer el delito, tiene lugar una incomunicabilidad de la circunstancia agravante. Si este deber se comunicase a los partícipes, dejarían de ser partícipes para convertirse en autores, pues en estos casos no interesa el grado de dominio del riesgo que lesiona el bien jurídico, sino la infracción de un deber de preservación de un bien jurídico.” (p. 601). También en GARCÍA (2014, p. 637) y VILLA (2014, p. 394).

comisión del delito, pero sin reunir aquellas condiciones o circunstancias especiales, no pueden ser autores sino simplemente responderán como cómplices del delito. (Salinas, 2018, p. 117)

Sin duda, la teoría de la unidad del título de imputación fomenta y cautela tal principio. De esa forma, si se toma en cuenta el principio procesal de unidad de la investigación y el principio sustantivo de la participación de accesoriedad, en nuestro sistema jurídico penal jurisprudencialmente se viene aplicando en mayor magnitud aquello de que los *extraneus* responden como cómplices de los sujetos públicos quienes responden como autores de algún delito especial. Parecida impresión tiene Alcocer (2014, p. 151). En suma: “Todos los que participan en la comisión de un delito especial propio o impropio responden por el mismo delito y en un solo proceso penal. Algunos responderán en calidad de autores y otros en calidad de cómplices”. Incluso, así ha quedado establecido como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, en el cual, entre otros aspectos, se precisó que:

“Los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores”.

Y como *obiter dicta* de la citada doctrina legal establecida en el citado acuerdo plenario, en los considerandos 11 y 12 se precisó que:

“Este tipo de delitos restringe el círculo de autores, pero se admite la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva –en torno a la accesoriedad de la participación– en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad del título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Esta posición sostiene lo siguiente: A. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. B. El *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un

autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber -el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye un imputación única-. Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26 CP que regula las reglas de la comunicabilidad de las circunstancias de participación. Esta fórmula ratifica la opción dogmática y jurisprudencial que sostiene la imposibilidad de la punibilidad del *extraneus* como autor de un delito de infracción de deber. Lo expuesto significa, además, que el partícipe sólo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor". (Acuerdo Plenario del 6 de diciembre de 2011: Nuevos alcances de la prescripción)

En consecuencia, podemos concluir que esta es la posición que mayoritariamente se ha impuesto en la jurisprudencia de las Salas Penales de la Corte Suprema al interpretar los delitos funcionariales respecto a la autoría y participación. En efecto, la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 argumenta con toda propiedad que:

La participación del *extraneus* a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriadad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26 del Código Penal. (Exp. N.º 3203-2002-Lima)

De igual modo, en la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema precisó que:

En cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado. (R.N. N.º 1813-2003-Lima)

En esta última ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

Luego tenemos el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Allí se afirmó de manera clara y razonable que:

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 propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas '*extraneus*' que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo... En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder 'en segundo término' y por tanto solo limitadamente. (R.N. N.º 375-2004-Ucayali)

Otro pronunciamiento jurisprudencial que apostó por la teoría de la unidad del título de imputación, es la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004.

Aquí se consideró que:

Aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes –como todas las personas– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe. (R.N. N.º 2976-2004-Lima)

Un precedente jurisprudencial más reciente en el cual se asume con total contundencia la teoría de la unidad del título de imputación, lo constituye la ejecutoria suprema del 22 de noviembre de 2012. En esta ejecutoria se sostiene que:

El delito contra la administración pública cometido por funcionarios públicos contempla como autores solo al agente que ocupa un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la administración pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En ese espacio, de ser el caso, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal

que administra, lo que no sucedió en el caso concreto (...) En esta connotación subsidiaria, serán partícipes los que, sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber, el hecho punible está unido esencialmente al autor y constituye una imputación única. (R.N. N.º 2659-2011-Arequipa – Sala Penal Transitoria)

De esa forma, en los delitos especiales hoy conocidos como de infracción de deber se sancionan comportamiento que solo pueden realizar o cometer sujetos obligados como autores. Nadie más puede cometer un delito en su condición de autor. “Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente (sujeto público) y en otros supuestos la relación funcional del agente con el objeto del delito (no es suficiente ser sujeto público), todo aquel que no tenga tal condición o no tenga alguna relación funcional con el objeto del delito, escapará al radio punitivo de la norma en su calidad de autor” (Salinas, 2018, p. 117; 2019, p. 60), solo podrá constituirse en cómplice o instigador si se llega a acreditar que también participó en la comisión del delito especial de que se trate<sup>104</sup>, pues a él no le es ajena la administración pública. Eso sí, queda claro que como el *extraneus* y un funcionario sin relación funcional (*intraneus* no cualificado) no infringen un deber especial de carácter penal, la pena a imponerse ha de ser menor que la aplicable al sujeto público obligado. En parecido sentido Ossandón (2006, p. 9).

En consecuencia, el estado de la cuestión se puede resumir así: aplicando el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de unidad del título de imputación y accesoriedad de la categoría dogmática de la participación, en nuestra jurisprudencia penal, se viene imponiendo la postura dogmática de que los particulares o *extraneus* así como los *intraneus* no cualificados (sujetos públicos no obligados) solo responden como cómplices de

---

104 Desde una posición diferente RUEDA (2014) concluye que “el fundamento material que explica la limitación de la autoría en los delitos especiales, ya sean propios o impropios, es el mismo, el dominio social típico o la especial posición de dominio que ostenta un *intraneus*, de modo que los delitos especiales impropios no son simples tipos cualificados o privilegiados de los correspondientes delitos comunes paralelos, sino que son delito que tiene una sustantividad propia o plena autonomía con respecto a éstos por la especialidad de su tipo de injusto, como sucede con los delitos especiales propios” (p. 243).

los sujetos públicos obligados que cometen el hecho punible de infracción de deber en calidad de autores. Parecida impresión expresa Alcocer (2014, p. 151).

### **II.3 INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 25 DEL CP MODIFICADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1351**

Con el otorgamiento de facultades legislativas del Congreso al Poder Ejecutivo, este promulgó el Decreto Legislativo N.º 1351 (El Peruano el 07 de enero de 2017) que consideramos viene a superar la discusión dogmática y jurisprudencial generada en nuestra patria como resultado de la inexistencia de alguna norma penal explícita que recoja los planteamientos de la teoría de infracción de deber en nuestro Código Penal. Así, luego de la modificatoria, el artículo 25 del Código Penal tiene el siguiente texto:

*El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.*

*A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.*

***El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.***

De la lectura del último párrafo se advierten dos cuestiones fundamentales:

“Primero, que los dos iniciales párrafos del artículo 25 tienen sustento en la teoría del dominio del hecho que viene a diferenciar entre complicidad primaria y complicidad secundaria, todo dependiendo de la magnitud de la cooperación, asistencia o auxilio doloso del cómplice en la realización del hecho punible. Si la cooperación dolosa es indispensable para la comisión del hecho punible, estaremos ante una complicidad primaria. En tanto que, si la cooperación dolosa no es importante o es dispensable, estaremos ante una complicidad secundaria. En el

primer supuesto, se mantiene la arbitrariedad de establecer que el cómplice será sancionado con la misma pena prevista para el autor; en cambio, en el último supuesto, el juez disminuirá prudencialmente la pena al cómplice. Sostenemos que es arbitrario que a un cómplice primario se le reprima con la misma pena prevista para el autor, toda vez que la conducta del autor, quien domina el hecho delictivo, es más reprochable penalmente en referencia a aquel que solo se limitó a auxiliar o prestar una cooperación temporal en la realización del hecho punible. Esto es, el autor planifica el hecho punible, se agencia de los medios para realizarlo, se acerca al lugar donde se cometerá el delito, realiza o ejecuta el delito y luego, eventualmente, saca provecho del delito doloso. En cambio, el cómplice primario solo ayuda o auxilia en la ejecución o realización del delito. La diferencia es obvia. Sin embargo, en este aspecto no ha habido cambio legislativo alguno”.

“Segundo, la cuestión significativa que se ha producido es la introducción del último párrafo del artículo 25 del CP. Se ha previsto que el cómplice siempre responderá por el hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él<sup>105</sup>. Al preverse que el cómplice siempre responderá penalmente por el delito cometido por el autor, el legislador ha optado por la teoría de la unidad del título de imputación. De modo que, si en un hecho punible participan más de dos personas, unos como autores otros como cómplices, todos responderán penalmente por ese mismo delito y en un solo proceso penal. Legislativamente, luego de la entrada en vigencia del Decreto

---

105 El antecedente legislativo de la modificación al parecer fue el Proyecto de Código Penal, ingresado al área de trámite documentario del Congreso de la República el 29 de enero de 2015. En este documento legislativo encontramos el artículo 31°. 2 que establece: “Es reprimido a título de partícipe la persona que interviene en el hecho punible y en quien no concurren las circunstancias y cualidades que se exigen para el autor”. Pero al final, considero que el antecedente de este cambio legislativo fue la modificación producida al artículo 65 del Código Penal Español por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre de 2003. En efecto, desde esa modificación, el párrafo 3 del citado artículo tiene el siguiente contenido: “3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.



Legislativo N.º 1351, se ha descartado la teoría de la ruptura del título de imputación en nuestro sistema jurídico”. (Salinas, 2018, p. 119; 2019, p. 63).

Incluso en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1351 así se deja establecido al precisarse que “a efectos de cubrir los espacios de impunidad ante una eventual posición judicial o fiscal por la teoría de la ruptura del título de imputación, se considera pertinente adoptar expresamente la unidad de imputación como regla de la parte general del Código Penal. De este modo, se suma a su artículo 25 un tercer párrafo que afirma el vínculo de responsabilidad entre el cómplice y el autor del delito”.

En esa línea, al prescribirse que el partícipe siempre responderá por el delito materializado por el autor, *aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él*, significa que “así en el cómplice no concurren los elementos especiales que fundamentan la penalidad del autor, igual aquel responderá por el delito cometido” (Prado, 2017, p. 188). Se precisa que, en la mayoría de los delitos funcionariales, los elementos especiales que fundamenta la sanción penal del autor consisten en que este debe tener la calidad de funcionario o servidor público y, además, tiene que poseer un deber funcional de carácter penal de promover y proteger el bien jurídico representando en deberes o principios de organización o funcionamiento del Estado. “Elementos especiales que, por ejemplo, no tienen un extraño o un ajeno a la administración pública. O, en su caso, un funcionario o servidor público que no posee un deber funcional específico. No obstante, según la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin, estos últimos, si se verifica que también participaron en la comisión del delito junto al autor, responderán penalmente por este delito, pero en calidad de cómplices. Sin duda, en este aspecto, la teoría de infracción de deber de Roxin resulta ser el sustento de la modificatoria producida al artículo 25 del Código Penal”. (Salinas, 2018, p. 120)

No obstante, el legislador nacional nada ha precisado respecto a la magnitud de la pena privativa de libertad que se le impondrá al cómplice, cuya conducta es menos reprochable que la del autor. En consecuencia, si somos

coherentes en la interpretación jurídico penal, debe concluirse razonablemente que sí en el “cómplice no concurre el deber especial penal que sí concurre en el autor, el juez atenuará prudencialmente la pena para el cómplice”. “De ahí que en los delitos especiales que lesionan o ponen en peligro el normal desenvolvimiento de la administración pública, al cómplice siempre se le impondrá menos pena que al autor” (Salinas, 2018, 120; 2019, p. 64). La conducta del autor es más reprochable penalmente que la del cómplice como ya hemos indicado. Pues “el autor participa en la comisión del delito, infringiendo un deber especial de carácter penal; en cambio, el cómplice si bien participa en la comisión del mismo delito, no infringe algún deber especial debido a que no lo tiene”. Incluso el profesor Schünemann (2018), enseña que “al *extraneus* se le tiene que sancionar con mayor indulgencia” (p. 108). La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice que no infringió deber especial de carácter penal alguno. Esta tendencia incluso es la predominante en España según la profesora Rueda (2013, p. 152). Esta solución jurídica no es nada nueva, pues en el derecho comparado, encontramos que el Derecho penal alemán contempla una regla específica para estos casos, “al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente” (García, 2008, p. 603). En el mismo sentido, Abanto (2014) propone en forma coherente la fórmula siguiente: “Si en el partícipe no concurrieran especiales elementos personales que fundamenten, modifiquen o exoneren la punibilidad del autor, el marco penal que se emplee para él se atenuará conforme... (regulación específica de las atenuaciones legales)” (p. 405).

Además, se ha sostenido siempre y ahora se consolida que:

“La dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código Penal solo alcanza a los autores o *intraanei* y no a los partícipes o *extranei*. Resulta claro que al *extraneus*, al participar en la comisión de un delito contra la administración pública, sin lesionar o infringir un deber especial de carácter penal, como sí lo hace el autor, no le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código Penal, que desarrolla el contenido

del último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política vigente”. (Salinas, 2018, p. 121; 2019, p. 65)

Así tenemos que la última parte del artículo 80 del CP<sup>106</sup> establece que *en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción de la acción penal se duplica*. de la fórmula legislativa se evidencia que solo a los que participan en calidad de autores de los delitos que lesionan el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, les alcanza la dúplica de la acción penal, no así a los que participan también en la comisión de alguno de esos delitos en su calidad de cómplices.

La doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, se ha decantado por esta postura dogmática y así ha quedado establecida en dos acuerdos plenarios. El Acuerdo Plenario N.º 01-2010/CJ-116 (16 de noviembre de 2010: Problemas actuales de la prescripción), estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente:

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

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

---

106 Modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.º 30077, del 20 agosto de 2013, en vigencia desde el 1 de julio de 2014, cuyo texto es el siguiente: “En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, o cometidos como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica”.

produzca el incremento del plazo de la prescripción se requiere de lo siguiente:

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

Los bienes sobre los cuales recae la acción pueden ser los siguientes:

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

En tanto que en el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116 (6 de diciembre de 2011: Nuevos alcances de la prescripción), se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente:

El Código Penal, al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80 CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. De modo que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la administración pública. En

consecuencia, los que no detentan esas condiciones no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el *intraanei* y el *extraneus* derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los *extraneus* se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores.

## II.4 PROPUESTA DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA: POSTURA PERSONAL

### II.4.1 LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER DESDE LA PERSPECTIVA DE ROXIN. RECAPITULANDO

Como ya se ha expuesto, en resumen, según la teoría de los delitos de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Roxin, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la infracción de deber. *Es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo o lesionando un deber especial de carácter penal. En tanto que partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno.*

El tipo penal o la fórmula legislativa señala en forma específica qué condiciones o cualidades debe poseer el autor de una conducta delictiva. Nadie más que aquel que tiene las condiciones y cualidades exigidas puede constituirse en autor del delito especial. Aquellos que no tienen las condiciones o cualidades que exige el tipo penal, siguiendo la teoría de la unidad de imputación, también responden penalmente por el delito, pero jamás como autores.

Respecto a la autoría y participación, en la mayoría de los delitos especiales que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de *Delitos contra*

*la administración pública*, debe hacerse uso de la teoría de los delitos de infracción de deber planteada por el profesor Roxin, en los cuales: *autor es aquel sujeto público que ha participado en la comisión del delito infringiendo o incumpliendo un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas que intervienen en la realización del evento criminal*. “La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será siempre quien lesione o incumpla el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuya al resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por acción u omisión”. Es obvio que, en los delitos de infracción de deber, es irrelevante si la lesión o puesta en peligro al bien jurídico se produce por acción o por omisión.

En los delitos de infracción de deber son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se concreta o materializa en el resultado. De ahí que podemos conceptualizar a los delitos de infracción del deber desde la perspectiva roxiniana como aquellas conductas activas u omisivas en las cuales el autor, con dominio del hecho o sin él, lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido al no haber cumplido con las exigencias impuestas por su rol social especial en el cual se desenvuelve.

En esta clase de delitos, los bienes jurídicos que se pretenden proteger siempre se representan en principios o deberes de organización o funcionamiento del Estado: el principio de no lesionar el patrimonio del Estado en el peculado, el principio de legalidad presupuestal en el delito de malversación de fondos, el principio de gratuidad del acto público en los cohechos, los principios de imparcialidad y transparencia en el delito de colusión, el principio de autoridad en el delito de abuso de autoridad, etc.

Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber *un deber especial de carácter penal* que no recae en todas las personas, sino solo en aquellos sujetos calificados o cualificados indicados o precisados en la propia fórmula legislativa. Sujetos que al ser calificados se constituyen en los únicos candidatos a constituirse en autores del delito especial. Por respeto al principio de legalidad, “autores de los delitos de infracción de deber solo pueden ser aquellas personas que reúnen las condiciones personales que el tipo penal

exige, por ejemplo, en los delitos de peculado (art. 387 del CP) o colusión (art. 384 del CP). Así solo pueden ser autores los ciudadanos peruanos que tienen la condición de funcionario o servidor público. Nadie más que ellos pueden ser autores”. En cambio, en el delito de abuso de autoridad (art. 376 del CP), autor solo puede ser un ciudadano que tiene la condición de funcionario público. En este delito no se incluye la calidad de servidor público debido a que no cuenta con autoridad y, en consecuencia, no puede infringir el principio de autoridad que viene a ser el bien jurídico protegido en el delito de abuso de autoridad. Nadie puede lesionar o poner en peligro, en calidad de autor, lo que no posee o no tiene.

No obstante, el fundamento de esta teoría no es la infracción del deber general que tenemos todos los ciudadanos (no robar, no defraudar, no engañar, etc.) y que surge en forma abstracta del tipo penal, sino la infracción de deberes especiales o particulares impuestos por la ley penal. Por ejemplo, en la mayoría de los delitos contra la administración pública, los sujetos calificados tienen deberes especiales impuestos por la ley como honestidad, veracidad, imparcialidad, transparencia, gratuidad del acto público, deber de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública.

También es necesario precisar que “aquellos deberes especiales de carácter penal no surgen solo y directamente del tipo penal, que es el que desencadena la sanción penal prevista en la ley. Estos deberes están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y se originan en otras ramas del derecho. Estos deberes especiales para los delitos contra la administración pública nacen del derecho constitucional, más específicamente, de la teoría general del Estado, de la Ley de Contrataciones, etc. Son deberes y principios sobre los cuales se fundamenta la existencia misma del Estado”. Es lugar común sostener que existen deberes sobre los cuales se organiza la administración pública y otros principios o deberes que sustentan su propio funcionamiento. Recuérdese que la administración pública no es otra cosa que el Estado mismo. “El Estado solo se puede organizar y funcionar con base en principios y deberes funcionales que los funcionarios y servidores públicos deben cumplir y

materializar. De ahí que, si no se protegen estos deberes y principios por medio del Derecho penal, el Estado mismo es inviable. El Estado se desintegra. En consecuencia, estos deberes especiales no se extienden a todos los ciudadanos de un Estado, sino solo a aquellos que trabajan para él”. De ahí que el profesor Roxin (2000) enseña que:

Solo un *intra-neus* puede ser autor de los delitos funcionariales, pero no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la acción lo que convierte a un sujeto en autor, sino lo que convierte en autor de un delito especial es el incumplimiento de deberes específicos de comportarse adecuadamente al interior de la administración pública. (p. 386)

No obstante, “en los delitos especialísimos (como colusión, peculado, malversación de fondos, negociación incompatible, etc.) donde participan varios funcionarios o servidores públicos, solo serán autores de estos delitos aquellos agentes públicos que tienen una relación o competencia funcional específica con el objeto del delito, en tanto que los demás responderán penalmente por el mismo delito, pero en su calidad de cómplices.

En los delitos especialísimos, la relación jurídica funcional específica entre el agente y el objeto del delito consolida y fundamenta los deberes especiales de fomentar el normal, transparente y correcto funcionamiento del Estado. La relación funcional entre el agente público calificado y el objeto del delito puede ser mediata o inmediata, lo importante es que aquel, según sus competencias, tenga la atribución jurídica de disponer del objeto del delito como es el patrimonio público”.

Son deberes que no se extienden a cualquier partícipe delictivo, pero que es indispensable para completar el tipo penal. Se trata siempre de deberes que sustentan la organización del Estado, los deberes del Derecho público de los funcionarios y servidores públicos, los preceptos sobre guardar reserva del Derecho de las profesiones, etc. Es característico de todos ellos el que los portadores de estos deberes destaquen de entre todos los demás



coparticipantes a través de una relación especial con el contenido del injusto del hecho, y que el legislador, en aras de esta obligación, los considere como figuras centrales de los sucesos configuradores de la acción, y con ello, como autores.

“Una importante característica de los delitos de infracción de deber lo constituye la circunstancia de que se puede ser autor, sin haber tenido alguna participación en el dominio del hecho. En contrapartida, el tercero o extraño a la administración que ejecuta el hecho por disposición del sujeto público obligado, tan solo será cómplice, aunque únicamente él hubiera tenido el dominio del hecho. La tesis central es que el obligado responde en caso de incumplimiento como autor, y ello con independencia de si junto a él un actuante -con dominio del hecho o sin él- o un omitente contribuyeron a que se produjese el resultado prohibido”.

Consideramos que esta posición teórica de los delitos de infracción de deber *contribuye decisivamente a la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos delitos donde más de dos personas participan en su comisión y presuponen deberes especiales de carácter penal*. No obstante, es preciso dejar establecido que algunos planteamientos originales han sido modificados y reelaborados por el mismo Roxin, pues como hemos destacado, ya no se habla por ejemplo de deberes extrapenales, sino de “la infracción del deber específico para el tipo referido al resultado como criterio de autoría”. En efecto, en el segundo volumen de su tratado de derecho penal publicado en Alemania en el 2003, evitó hacer referencia a deberes extrapenales y, en su lugar, se refirió a “deberes específicos del tipo” (Roxin, 2014, p. 181)<sup>107</sup>. De esa forma, consideramos que la aplicación de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva primordial del profesor Roxin resuelve razonablemente “los vacíos a los que llegan las teorías del dominio del hecho” (Pariona, 2006, p. 770), la teoría de infracción de deberes

---

107 En el mismo sentido, SCHUNEMANN (2018), sostiene que “los delitos imprudentes y los delitos omisivos nombrados por Roxin como delitos de infracción de deber en la edición de 1963, fueron eliminados por él mismo. Pues con el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, se determinó que el injusto culposo no depende de la infracción de un deber, sino de la creación de un riesgo permitido. Respecto de los delitos de omisión impropia, hoy es prácticamente indiscutible que el injusto no depende de la infracción de un deber, sino de la asunción de una función de protección: bien en el sentido de la vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, o bien en el sentido de la protección total de un bien jurídico desvalido o desamparado.” (p. 96)

institucionales y la teoría de los delitos especiales de garantes en el tratamiento de los casos que se judicializan.

La tesis de Roxin de “la infracción de deber” se está imponiendo tanto por su sencillez como por ofrecer mejores soluciones prácticas a los casos que se presentan en los estrados judiciales (Abanto, 2014, p. 408; 2003, p. 252). Aun cuando el mismo profesor Abanto (2014), sostiene que a pesar de que “en Alemania hay más autores que aceptan total o parcialmente la admisibilidad y los alcances de la tesis de Roxin, en la doctrina alemana todavía continúa la discusión” (p. 397). No obstante, el mismo profesor Roxin (2016), señala que, por diversas tesis doctorales, así como por los trabajos de Schünemann y Jakobs, “el derecho de existencia de los delitos de infracción del deber no puede seguir siendo puesto en duda como grupo delictivo autónomo” (p. 309)<sup>108</sup>.

De esa forma no le falta razón a la profesora chilena Ossandón (2006) cuando sostiene que “esta categoría es necesaria dentro de la construcción del sistema penal, fundamentalmente porque responde de modo adecuada ante una realidad diferente de aquella a que se refieren los delitos de dominio o de organización” (p. 21).

#### II.4.2 EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Los delitos funcionariales más conocidos como “delitos contra la administración pública” se encuentran tipificados en el Código Penal de 1991, específicamente en el Título XVIII. “Al implicar hechos punibles cuya finalidad es la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV, Título I de la Constitución: *De la función pública*, su justificación tiene explicación constitucional” (Fundamento 14, STC,

---

108 Por lo demás, “esta teoría sustentada por Roxin es dominante en la jurisprudencia penal española. Allí se ha establecido que los *extranei* solo pueden ser partícipes (cooperadores necesarios, cómplices e inductores)” (FEIJÓO, 2013, p. 29). Por su parte, desde otra posición doctrinaria sobre la teoría de infracción de deber, SÁNCHEZ-VERA (2002) ha pretendido desmerecerla alegando que “Roxin no la ha fundamentado de manera suficiente el delito de infracción de deber, ni ha investigado sus casos de manera detallada, no obstante, termina reconociendo que el nacimiento de dicha categoría es fruto de negar que ciertos supuestos delictivos se puedan resolver según el criterio del dominio del hecho y de una envidiable intuición jurídica” (p. 33).

3 de mayo de 2012, Exp. N.º 0017-2011-PI/TC-Lima).

De modo que corresponde determinar qué debemos entender por administración pública. En ese sentido, debemos señalar que, si administrar es servir, se debe entender que administración pública es el servicio, trabajo, labor o actividad pública que realizan determinados ciudadanos peruanos dentro de la administración para lograr su fin último, cual es lograr el bien común. La administración pública no es otra cosa que el Estado jurídicamente organizado. Al ser la administración pública algo abstracto, el servicio o actividad pública, que es algo más concreto, es realizado o materializado por personas que cumplen labores o trabajan, a cambio de una remuneración, dentro de una institución que forma parte de la administración estatal. A estos trabajadores en nuestro sistema jurídico se les conoce con el nombre de funcionarios o servidores públicos. En tanto que el empleador no es otro que el Estado o administración pública. No importa en qué sector de la administración se desempeñen, o la función que realicen, o el rol que se les asigne en determinada institución pública, tampoco interesa su jerarquía, su nivel intelectual, todos en representación del Estado sirven a los demás ciudadanos que normalmente se denominan público usuario o público de a pie o cliente público. Por ello, resulta razonable afirmar o sostener que los funcionarios o servidores públicos que según el artículo 39 de la Constitución, están al servicio de la nación, se deben al público usuario o público cliente.

Los sujetos públicos se encargan de proteger y promover la organización del Estado, y su funcionamiento, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, “sometidos a una jerarquía o niveles y roles o funciones en todos sus órganos o entidades” (Ferreira, 1995, p. 4). Así, conforme el artículo 44 de la Constitución, los servidores del Estado sean civiles, militares o policiales, están obligados a los deberes primordiales de “defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. “Tales fines son atribuibles a los funcionarios y servidores públicos” (STC, 3 de mayo de 2012, Exp. N.º 0017-2011-PI/TC-Lima). En efecto, el Estado por medio

de los sujetos públicos, promueve el bienestar general o bien común de los ciudadanos. “La finalidad esencial del servicio a la Nación radica en prestar los servicios públicos a los destinatarios de tales deberes, es decir, a los ciudadanos, con sujeción a la primacía de la Constitución, a los derechos fundamentales, al principio democrático, a los valores derivados de la Constitución y al poder democrático”<sup>109</sup> y civil en el ejercicio de la función pública (Fundamento 14, STC, 12 de agosto de 2005, Exp. N.º 008-2005-PI/TC).

A la administración pública se la concibe “en doble sentido: objetivamente, como el conjunto de actividades o trabajos realizados por los sujetos públicos y que constituye el desarrollo, el funcionamiento, el movimiento o la dinámica de la función misma; y subjetivamente, se constituye en el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos, funciones, roles y oficios delimitados en sus competencias por la ley” (Alessi y Báez, citados por Rojas, 2002, p. 8). Es obvio que los niveles, jerarquías, cargos, funciones o roles de los sujetos públicos en las instituciones públicas están debidamente delimitados por la ley, desde la Constitución hasta los reglamentos e incluso directivas.

La administración pública en un Estado Democrático de Derecho como el peruano está debidamente organizada por nuestro sistema jurídico que lo forma el derecho objetivo (leyes sustantivas y procesales vigentes) que debe ser observado y cumplido por los funcionarios o servidores públicos en el desempeño de sus labores o actividades dentro de la administración pública.

Sin duda, detrás de las disposiciones del capítulo de la Constitución<sup>110</sup> denominado *De la función Pública*, y en especial del artículo 39 que establece:

<sup>109</sup> No debe obviarse que el poder democrático se sustenta en cuatro principios y valores: “derecho al público a la información, principio constitucional de publicidad, principio constitucional de transparencia, y principio constitucional de proscripción de la corrupción.” Fundamento 58, STC 29 de agosto de 2007, Exp. N.º 0009-2007-PI/TC y Exp. N.º 0010-2007-PI/TC (acumulados)

<sup>110</sup> “La Constitución Política de un Estado, como conjunto de valores, principios y reglas, es el eje principal que asegura la unidad del ordenamiento jurídico, dado que representa la decisión política y jurídica por excelencia y el fundamento central del sistema constitucional en su conjunto. Si bien la Constitución nace en un momento específico por voluntad del constituyente, mantiene su vigencia a través de su conexión con el contexto sociopolítico, lo cual quiere decir que una Constitución será actual en tanto sirva de cauce para que los hechos mutables en la historia se vayan adaptando a ella y ésta logre incorporarlos. En suma, la Constitución puede definirse como

“...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación..., subyace el principio de buena administración”<sup>111</sup>. Este principio debe ser entendido “no solo en el sentido de que los funcionarios y servidores públicos sirven y protegen al interés general, pues están al servicio de la Nación (artículo 39 de la Constitución), sino, además, que dicho servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente” (STC, 18 de febrero de 2005; Exp. N.º 2235-2004-AA/TC-Lima) según los parámetros de deberes y principios constitucionales. De ahí que el Tribunal Constitucional ha sostenido que “una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto *función pública* exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado.” (STC. Exp. 5057-2013-PA/TC-Junín)

Es más, de la lectura del contenido de los artículos 40 (carrera administrativa) y 41 (declaración jurada y enriquecimiento ilícito) de la Constitución, “se verifica que estas normas constitucionales son justificadas en la medida que la Constitución pretende prevenir y sancionar el mal uso de los recursos públicos, por ser un hecho que socava la confianza ciudadana en los servidores de la Nación”. El Tribunal Constitucional, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Fundamento 53, sentencia del 2 setiembre de 1998-Caso Ahmed y otros vs. El Reino Unido), ha considerado y afirmado en forma razonable que:

Uno de los elementos esenciales de nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho es la obligación de todos los servidores de la Nación, independientemente de su jerarquía y la función pública que cumplan en los ámbitos civil, militar y policial, de ejercer dicha función con probidad, honestidad y austeridad en el manejo de los recursos públicos, para generar la confianza ciudadana en los servidores de la Nación a través de la cual el modelo democrático establecido por la Constitución se

---

una *realidad integradora*. Es más que una norma, es la constante renovación viva del Estado” (Fundamento 6 de la STC, 17 de mayo de 2004, Exp. N.º 020-2003-AI/TC- Lima).

<sup>111</sup> El capítulo IV del Título I de la Constitución regula la función pública. El artículo 43 de la Constitución define al Estado como “una República Democrática. Del mismo modo, conforme al artículo 45, el poder del Estado emana del pueblo y el gobierno de la República del Perú es representativo y se organiza según el principio de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución)”. Fundamento 11 de la STC, 12 de agosto de 2005, Exp. N.º 008-2005-PI/TC.

legítima (Fundamento 16, STC del 12 de agosto de 2005, Exp. N.º 008-2005-PI/TC).

En su caso, si los servidores de la Nación hacen todo lo contrario, significará quebrantamiento, lesión o no acatamiento de aquellas normas constitucionales que promueven determinados principios y deberes que fundamentan la organización del Estado y otros que fundamentan el funcionamiento o la dinámica misma de la administración y, por tanto, acarreará responsabilidad administrativa, civil o –dependiendo de la magnitud– penal por parte del sujeto público.

Desde el carácter fragmentario del Derecho penal, no es relevante toda perturbación de la actividad administrativa. “El legislador siempre escoge o selecciona las perturbaciones más graves” (Feijóo, 2013, p. 16). No cualquier conducta de lesión o quebrantamiento de las normas que organizan la administración pública constituye hecho punible. Con base en el principio de legalidad que fundamenta al Derecho penal, solo constituirán delitos aquellas conductas cuando así estén tipificadas en nuestro Código Penal o leyes penales especiales. La explicación la encontramos en los fines de la dogmática penal que todo hombre y mujer aficionado al derecho penal debe conocer. En efecto, dos son los fines de la dogmática penal respecto de la teoría del delito: el primero, habilitar la intervención del poder punitivo del Estado cuando realmente se ha cometido por acción u omisión una conducta catalogada previamente como hecho punible; y, segundo, lo más importante, es impedir la intervención del poder punitivo cuando la conducta activa u omisiva realizada por un ciudadano no constituya hecho punible por faltarle uno o varios elementos objetivos o subjetivos que el tipo penal exige para que determinada conducta llegue a constituir delito. Es decir, la dogmática respecto a la teoría del delito se convierte en una barrera infranqueable para que el Estado, por medio de sus fiscales o jueces, no realice actos arbitrarios en perjuicio de los ciudadanos. Solo es delito aquella conducta contra la administración pública que previamente así esté tipificada en nuestro sistema jurídico penal. Si la conducta efectuada por el sujeto público no se subsume o no se tipifica en algún tipo penal o fórmula legislativa, no será delito así esta se presente ante los ciudadanos de pie como la más

reprochable moralmente.

Entendida la administración pública como toda actividad o labor que realizan los funcionarios y servidores públicos para sostener la organización y poner en funcionamiento al Estado y así este pueda cumplir sus fines, no existe voz o argumento razonable que se oponga a su protección por el Derecho penal. “O, en todo caso, parece poco plausible poner en discusión que la administración pública constituye un elemento básico de la configuración actual de la sociedad y, por lo tanto, merece protección penal” (Suárez, 2001, p. 161).

No obstante, no solo cabe considerar que “el buen funcionamiento de la administración pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección justifica ya la intervención del Derecho Penal, sino que la propia represión de toda forma de corrupción goza también de protección constitucional como se puede deducir del contenido de los artículos 39 y 41 de la Constitución” (STC en Exps. 009-2007-AI-TC; 010-2007-AI-TC). Tal conclusión, según el tribunal constitucional, resulta coherente con el preámbulo de la Convención Interamericana contra la corrupción, que establece: “La democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio” (Fundamento 16, STC. 3 de mayo, 2012, Exp. 0017-2011-PI/TC-Lima; Exp. N.º 0009-2007-PI/TC; Exp. N.º 0010-007-PI/TC-acumulados-).

De esa forma, el interés constitucional de combatir los actos de corrupción se refuerza desde la Constitución.

En consecuencia, se busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último, cual es el bien común. La lesión o puesta en peligro del normal o correcto funcionamiento de la administración pública pone en directo peligro la organización y funcionamiento del mismo Estado. De esa forma, se constituye en bien o interés jurídico preponderante que

corresponde al Estado mismo cautelar, proteger y promover por medio de las normas penales, cuyo centro de atención es el bien jurídico preponderante o relevante que se pretende proteger. Es obvio que “la finalidad de la protección de los bienes jurídicos es uno de los pilares y al mismo tiempo, límite del Derecho penal moderno” (Schunemann, 2018, p. 38). Este pilar se concreta en la prohibición al juez, incluso expresa, de imponer pena a un ciudadano por una conducta que no lesione o, cuando menos, ponga en peligro un bien jurídico determinado, es lo que se conoce como principio de lesividad previsto en el artículo IV del título preliminar del CP.

La ofensividad penal es una directiva dirigida al legislador, pero también al juez, que tampoco puede considerar prohibida la conducta concreta (el supuesto de hecho o Tatbestand fáctico) si en el caso no ofende un bien jurídico, porque el juez siempre debe emitir sentencias en el marco constitucional. (Zaffaroni, 2013, p. 427)

Cualquier delito funcional que se realice por parte de los funcionarios o servidores públicos, lesiona o pone en peligro en forma directa los deberes o principios de organización o funcionamiento del Estado. Deberes o principios que el sujeto público los acepta voluntariamente cuando decide ingresar a trabajar en el Estado. El funcionario o servidor público es el que va al encuentro de la administración pública.

De ahí que el normal y correcto funcionamiento de la administración pública *constituye el bien jurídico protegido general que se pretende cautelar con cualquiera de las fórmulas legislativa recogidas en el Código Penal. No obstante, cada una de las conductas delictivas pretenden, además, proteger un bien jurídico específico.* Algunos tienen que ver con la misma organización estatal y otros tantos con el normal funcionamiento del Estado. Esta es la orientación impuesta por la ley N°. 30560 de agosto de 2017 que modificó el artículo 41 de la Constitución. En efecto, al disponerse que “el plazo de prescripción de la acción penal se duplica en casos de los delitos contra la administración pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares...”, debemos interpretar que el bien jurídico de los



delitos funcionariales son diferentes a los delitos patrimoniales. De ahí que no es de recibo en nuestro sistema jurídico insistir que, por ejemplo, el bien jurídico de los delitos de peculado o colusión, lo constituya el patrimonio del Estado. Diferenciando bien los delitos funcionariales de los patrimoniales, debemos concluir que en los primeros los bienes jurídicos se representan en deberes y principios, tal como lo prevé el artículo 40 de la Constitución al disponer que la ley aparte de regular los derechos “regula los deberes y responsabilidades” de los sujetos públicos.

De esa forma, en la comisión de cualquiera de los delitos contra la administración pública, dos son los bienes jurídicos que se pretende proteger y promover con la tipificación de las conductas delictivas: el primero *lo constituye el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública*. Este bien jurídico general es afectado por todas las figuras delictivas que recoge nuestro Código Penal con el título de Delitos contra la administración pública. El segundo bien jurídico que se protege *es particular a cada delito*. “Cada fórmula legislativa, que regula los delitos funcionariales en particular, pretenden proteger bienes jurídicos específicos diferentes” (Muñoz, 2001, p. 922).

Por ejemplo, en nuestro sistema jurídico penal, el bien jurídico particular en el delito de colusión está constituido por los principios de transparencia, integridad y trato justo al postor en el sector de las contrataciones y concesiones del Estado, en tanto que el bien jurídico específico del delito de peculado lo constituye el principio o deber de no lesionar el patrimonio del Estado. El patrimonio del Estado no es el bien jurídico protegido del peculado y menos del delito de colusión, este a lo más, es el objeto de los citados delitos<sup>112</sup>. Asimismo, el bien jurídico específico en el delito de malversación de fondos es el principio de legalidad presupuestal; en cambio, en el delito de enriquecimiento ilícito es el principio de no enriquecerse a costa de la función pública. De igual forma, el bien jurídico particular del delito de abuso de autoridad, lo constituye el principio de

---

<sup>112</sup> Sentencia casatoria, 11 de julio de 2019, Casación N.º 282-2018-Lambayeque. En el considerando primero se prescribe, en forma razonable y coherente con la doctrina legal vinculante establecida en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005, que “el objeto material del delito de peculado lo constituye los bienes sobre los que recae el uso o apropiación”.

autoridad, etc.

Como se verifica, con la tipificación de la mayoría de los delitos funcionariales, se pretende proteger y promover, por medio de la amenaza de la pena, deberes, pero no institucionales ni positivos como sostiene un sector de la doctrina, sino deberes especiales de carácter penal. En efecto, si aceptamos que los deberes o principios que se lesionan o infringen en este tipo de delitos constituyen los bienes jurídicos a proteger, debemos concluir que es irrelevante calificarlos como institucionales o positivos. Y esto es así debido a que los bienes jurídicos en los delitos de dominio mayormente se representan como derechos, por el contrario, en los delitos de infracción de deber los bienes jurídicos se representan en deberes o principios. De modo que los bienes jurídicos siempre son positivos o valiosos para lograr una convivencia pacífica, libre y soportable en sociedad. Los bienes jurídicos siempre se sustentan en deberes generales: no matar, no robar, no lesionar, no afectar bienes ajenos, no apropiarse del dinero del Estado, no afectar la organización del Estado, no afectar el desenvolvimiento del Estado, etc.

En los delitos funcionariales el deber general es el “no afectar o lesionar la organización del Estado”, asimismo, el “no afectar o lesionar el funcionamiento o desenvolvimiento del Estado”. Estos deberes alcanzan a todos los ciudadanos. Sin embargo, si estos deberes generales son quebrantados por los sujetos obligados (que trabajan para el Estado), aparecen inmediatamente lesionados los deberes específicos o especiales que sustentan la existencia misma del Estado, así como su funcionamiento. Deberes especiales que les corresponde a los sujetos públicos proteger y promover en tanto trabajan para el Estado y, por tanto, lo representan. Incluso, así aparece establecido en forma clara en el artículo 40 de la Constitución. Allí se precisa que la ley aparte de regular los derechos “regula los deberes y responsabilidades” de los sujetos públicos. Es obvio que estos deberes y principios se verifican y reconocen en el derecho constitucional o teoría del Estado, de ahí que se denominen deberes o principios constitucionales (por ejemplo, el principio de imparcialidad, el principio de trato justo al postor, el principio de legalidad presupuestal, principio de autoridad, etc.). Por tanto, solo tendrán carácter penal cuando el legislador los coge como

centro de alguna conducta punible. Es decir, cuando criminaliza una conducta y los coloca como bien jurídico protegido por la amenaza de imponerse una pena. “Tómese en cuenta que los tipos penales o fórmulas legislativas prohíben algunas conductas particulares que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos. No hay tutela penal integral de algún bien jurídico, sino solo el requerimiento de que la conducta expresamente señalada (típica) lo ofenda o lesione en la particular forma que el tipo expresa o particulariza” (Zaffaroni, 2013, p. 428).

En otros términos, todos los bienes jurídicos que el legislador ha tomado en cuenta para criminalizar una conducta y, por medio de ella, protegerlo, siempre son elementos o requisitos indispensables para lograr una convivencia pacífica, libre y soportable, por lo tanto, se deben proteger y promover. En tal sentido, el bien jurídico en el derecho penal, representado por derechos o deberes (según el delito de que se trate) siempre son bienes positivos que deben ser protegidos y promocionados por el Estado. Por ejemplo, el derecho a la vida (homicidio) se protege y promueve tan igual que el deber de no lesionar el patrimonio del Estado (peculado). En el mismo sentido, el derecho a la propiedad (robo, hurto, estafa, etc.) se protege y promueve tan igual que el principio de imparcialidad o el principio de trato justo al postor (colusión). De igual modo, el derecho a la salud pública (tráfico ilícito de drogas) se protege y promueve tan igual que el deber de imparcialidad y deber de gratuidad del acto público (cohecho), etc.

En concreto, desde nuestra perspectiva dogmática no existen derechos o deberes negativos merecedores de protección por parte del derecho penal. Todos los derechos y deberes que se pretende cautelar o proteger por medio del Derecho punitivo, más específicamente por medio de la amenaza de la pena, son de carácter positivo. Son necesarios protegerlos para lograr una convivencia pacífica y soportable.

En suma, si por el derecho penal no se protegiera los deberes y principios sobre los cuales se organiza y fundamenta un Estado, y los que guían y fundamentan la actividad de los sujetos públicos de un Estado democrático y

social de derecho, no sería posible sostener su organización democrática ni menos su normal y recto funcionamiento.

#### II.4.3 EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER: NO AUTORÍA MEDIATA

El profesor Roxin (2000) sostiene que es posible la figura de la autoría mediata en los delitos de infracción de deber. En lo central explica:

El administrador que se encuentra en América le pide a un tercero *extraneus* que saque el capital al extranjero, donde ambos se lo reparten. Ciertamente, el administrador con deber de lealtad no tiene el dominio del hecho: el dinero está en el banco alemán a buen recaudo; depende del amigo que quiera llevar a cabo o no las falsificaciones y engaños necesarios para las transacciones patrimoniales. La ejecución del complicado plan del hecho está exclusivamente en sus manos. El administrador de América no puede cooperar, sino que debe confiar por completo en él. Por eso, en las falsificaciones y engaños necesarios para la realización del delito a lo sumo puede ser inductor. (p. 393)

No obstante, en el delito de administración desleal, que también está presente, la situación es distinta:

El amigo de Alemania no puede ser autor. Bien es verdad que tiene en exclusiva el dominio del hecho, pero eso es irrelevante en el marco de este precepto. El criterio que fundamenta la autoría -la infracción del deber de velar por un patrimonio- está ausente. En cambio, el administrador de América no tiene parte en el dominio del hecho y, no obstante, por la infracción del deber de lealtad jurídico-civil que le incumbe, se convierte en figura central del suceso de la acción. Esta circunstancia le convierte en autor, por más señas en autor mediato. (Roxin, 2000, p. 394; 2014, p. 183)

La estructura dogmática de la autoría mediata en los delitos de infracción de deber consiste “en la imputación del comportamiento de la persona que sirve de medio al hombre de atrás, debido a que el hombre de atrás infringió su deber especial de carácter jurídico al solicitar al hombre de adelante la materialización del crimen” (Pariona, 2014, p. 362).

Estas afirmaciones parten del hecho concreto de que el artículo 25 del Código Penal alemán define al autor mediato como aquel que comete el hecho punible “a través de otro”, en tanto que el artículo 23 del CP peruano, lo precisa como aquel que realiza el hecho punible “por medio de otro”. No obstante, como ya hemos tenido oportunidad de sostener *ut supra*, las normas de nuestro Código Penal que regulan la autoría y participación tienen su sustento dogmático en la teoría del dominio del hecho. Por lo tanto, si consideramos que las teorías de dominio del hecho y de infracción de deber son excluyentes, razonablemente debemos sostener que el artículo 23 del CP no rinde para sustentar la figura dogmática de la autoría mediata en los delitos de infracción de deber. Por tres razones: primero, ya hemos sostenido, siguiendo la postura de Roxin, que el criterio del dominio del hecho no desempeña papel alguno en la determinación de las distintas formas de intervención delictiva en los delitos de infracción de deber; en consecuencia, es razonable concluir que no es posible establecer una vinculación entre el hombre de atrás y el hombre de adelante con base en el criterio del dominio del hecho.

Segundo, en la teoría del dominio del hecho, el hombre de adelante de ninguna manera responde penalmente por la acción del hombre de atrás. Debido a que el hombre de adelante es simplemente un instrumento. “El hombre de atrás utiliza al hombre de adelante para lograr el resultado típico haciendo uso del engaño, la coacción o, en su caso, ordenando la ejecución del crimen por medio de una organización” (Pariona, 2014, p. 363). Incluso el propio Roxin (2000) argumenta que “el desarrollo del concepto de dominio del hecho ha mostrado que -al margen de excepciones insignificantes- siempre se da autoría mediata cuando el ejecutor obra sin dolo o sin conciencia del injusto, cuando es inimputable, menor de edad, ha sido coaccionado o está disculpado de cualquier otro modo” (p. 398).

En efecto, bien sabemos que es autor mediato quien comete el delito “por medio de otro”, es decir, quien realiza la conducta delictiva dolosa descrita en el tipo penal haciendo actuar para sí en la ejecución del hecho a un “intermediario”, quien se constituye en concreto en un “instrumento humano”. O mejor, el autor mediato se sirve de otras manos para la comisión de su propia conducta delictiva. “Lo característico de la autoría mediata es la posición subordinada del intermediario con base en razones fácticas o jurídicas (denominado déficit) y el rol dominante del hombre de atrás, quien es el que, en realidad, controla la situación y posee en sus manos el acontecer global, en virtud de su voluntad orientada de acuerdo al plan” (Wessels, Beulke y Satzger, 2018, p. 374). En general, en la autoría mediata, se produce una responsabilidad por transferencia de la disponibilidad fáctica de la fuente de peligro en el sentido que el hombre de atrás tiene el dominio del hecho o de la voluntad e impone ese dominio al otro sujeto de adelante; sin embargo, esta transferencia no se produce en términos de complementariedad, “sino de supletoriedad, pues el hombre de adelante no responde penalmente en lo absoluto por los actos lesivos a los bienes jurídicos” (Reátegui, 2014, p, 805).

Situación que cambia drásticamente con la teoría de los delitos de infracción de deber. El hombre de adelante, al tener el dominio del hecho y, por supuesto, ayudar voluntariamente en la comisión del delito (como en el ejemplo de Roxin), responde penalmente. El hombre de adelante de modo alguno es simple instrumento del hombre de atrás para lograr el resultado típico, pues el hombre de atrás no hace uso del engaño o la coacción<sup>113</sup>. La conducta del hombre de adelante es consciente y voluntaria y, por tanto, también es reprochable penalmente. En el caso propuesto por Roxin responderá como cómplice. Recuérdese, “partícipe o cómplice en los delitos de infracción de deber

---

113 Pariona, pretende encontrar sustento de la autoría mediata en los delitos de infracción de deber en el supuesto de que el hombre de adelante participaría en la ejecución del crimen ordenado por el hombre de atrás “por medio de una organización” (2014, p. 363). Sin embargo, en tal supuesto el hombre de adelante no es simple instrumento del hombre de atrás, aquel actúa con conocimiento y voluntad y, por tanto, su comportamiento delictivo también es reprochable penalmente. Al respecto, Roxin, “La autoría mediata por dominio en la organización” (2003).

es aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial que fundamenta la autoría” (Roxin, 2000, p. 397).

Tercero, la estructura de la autoría mediata en los delitos de dominio del hecho, tiene dos elementos: la imputación del comportamiento del hombre de adelante al hombre de atrás y el dominio del hecho del hombre de atrás como fundamento de la imputación del comportamiento del hombre de adelante al hombre de atrás. Estructura que no calza para los delitos de infracción de deber, toda vez que normativamente la imputación de la conducta del hombre de adelante de modo alguno se traslada al supuesto hombre de atrás. Tanto el hombre de adelante como el hombre de atrás, responden penalmente. Uno como autor y el otro como cómplice. Incluso, en el caso que el hombre de atrás haya instrumentalizado al hombre de adelante, igual responderá como autor directo del delito. En consecuencia, podemos afirmar que el principio normativo de la autoría mediata consistente en la realización del tipo por medio de otro, no rige para los delitos de infracción de deber. Aquí el obligado ya realiza el delito cuando, infringiendo su deber, solicita y deja a otro la ejecución de una parte de aquel. El hombre de atrás actúa infringiendo su deber y el hombre de adelante realiza una contribución externa para la realización del tipo. La regla rige en “los casos en los que el obligado especial se sirve de un *extraneus* inimputable, así como en los casos en los cuales utiliza como instrumento un *extraneus* que actúa con dolo (autoría mediata mediante el empleo de un instrumento no cualificado doloso)” (Sánchez-vera, 2002, p. 209). En tal caso el obligado es autor inmediato, mientras que el instrumento doloso responderá como partícipe y en el supuesto del *extraneus* inimputable, este simplemente no responde penalmente por nada.

Respecto de este extremo, Robles (2003) enseña que:

En todo caso, el hombre de adelante es fácticamente un transportador de la infracción de la norma del hombre de atrás (*intraneus*). El funcionario que induce a un *extraneus* a realizar un delito especial (propio) debe responder como autor, esto es, como si él mismo hubiera cometido de propia mano ese delito.

La decisión de la autoría va a recaer sobre el *intraneus*, pues es él quien en mayor medida configura el hecho injusto, pues la conducta del *extraneus* pese a ser un soporte fáctico necesario desde el punto de vista naturalístico para la constitución del injusto, es inocua para la norma que impone el deber especial. (p. 246)

En parecido sentido, Bacigalupo (1999), analizando el ejemplo de administración desleal propuesto por Roxin, sostiene que “la figura de la autoría mediata es innecesaria: el que infringe el deber especial que le incumbe induciendo a otro a producir el daño ya es autor (directo o inmediato), dado que el deber lo infringe al poner en marcha el suceso que producirá el daño patrimonial” (p. 512). En tanto que Villavicencio (2006), enseña que “toda inducción a un tercero o utilizarlo es autoría directa y no autoría mediata y el tercero (ejecutor) es un partícipe” (p. 492). Por su parte, el profesor Caro John (2010) enseña que en “los delitos de infracción de deber rige el principio de autoría única, en todos los supuestos, el *intraneus* responde como autor directo de un delito de infracción de deber” (p. 87). *La posición que ocupe en el suceso histórico sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante, basta que el hombre de atrás esté sujeto a una relación de deber, y que lo infrinja, para convertirse inevitablemente en autor del delito.* Y esto es así debido a que la vinculación que tiene el obligado especial (sujeto público) con el bien jurídico representado en un deber o principio es inmediata y personalísima. En consecuencia, “si la vinculación con el deber o principio es inmediata, inmediato también será su quebrantamiento, sin necesidad de recurrir a la figura de la autoría mediata” (Sánchez-vera, 2002, p. 208).

En cambio, el profesor Pariona (2014) precisa que:

La autoría mediata en los delitos de infracción de deber no se apoya en una infracción mediata del deber especial. El carácter personal de la posición de deber excluye una infracción mediata del deber. Se trata más bien de una realización mediata del delito. (pp. 366, 377)



Esta posición dogmática no podemos compartirla debido a que efectivamente el deber especial de carácter penal no puede transferirse y, por tanto, tampoco puede haber una infracción mediata del deber. De ahí que el obligado es el único que realiza el tipo penal en forma completa. El *extraneus* solo participa en la realización de parte del delito. Asimismo, si consideramos que “la infracción de un deber” es un elemento objetivo más de los delitos denominados de infracción de deber, no resulta coherente afirmar que de lo que se trata es de “una realización mediata del delito”, pues a lo más el supuesto hombre de adelante ayuda o colabora a realizar parte del delito. La parte externa del delito.

Expuestas así las posiciones dogmáticas aparece razonable sostener que la “autoría mediata solo adquiere una fundamentación adecuada a través de la teoría del dominio del hecho” (Reátegui, 2014, p. 804), y no por la teoría de infracción de deber.

En conclusión, “parece más razonable sostener que en la teoría de los delitos de infracción de deber no cabe la categoría de autoría mediata” (Salinas, 2019, p. 77) y no debe admitirse en la dogmática penal ni para fines o efectos didácticos como propone el profesor español Sánchez-Vera. En efecto, el citado autor luego de afirmar que “no es posible sostener para los delitos de infracción de deber la existencia de autoría mediata” (2002, p. 207) y que “hablar de autoría mediata no es necesario”, finalizó concluyendo que “como siempre, dicha denominación pueda ser referida a efectos didácticos” (2002, p. 212). Un año después, volvió a aseverar que “no hay inconveniente en hablar aquí por motivos meramente didácticos de autoría mediata” (2003, p. 284).

Consideramos que por ningún motivo o consideración debe aceptarse la categoría dogmática de la *autoría mediata* en la teoría de los delitos de infracción de deber, pues aparte de no ser necesaria por no brindar aporte alguno a la teoría genera confusión dogmática.

#### II.4.4 EN LOS DELITOS INFRACCIÓN DE DEBER: NO COAUTORÍA

La teoría de la infracción del deber no admite la coautoría<sup>114</sup> definida en el artículo 23 de nuestro Código Penal como el hecho *de cometer conjuntamente el hecho punible*. Esto es, utilizando el criterio del dominio del hecho existe coautoría cuando dos o más personas cometen conjuntamente un delito. “Ocurre cuando dos o más personas con acuerdo de voluntades lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido. La coautoría también es hija de la teoría del dominio del hecho, que explica la autoría y participación en los delitos comunes o de dominio como se tiene expuesto *ut supra*” (Salinas, 2018, p. 123). La misma postura explica García (2008, p. 574). Por su parte Reátegui (2014), precisa que la coautoría se rige por el principio de imputación recíproca y sus requisitos son decisión común que determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas (acuerdo de voluntades); realización común que se fundamenta en el principio de reparto de trabajo; y, además cada coautor complementa con su aporte en el hecho la de los demás intervinientes formándose un todo unitario por el cual responden todos (p, 852).

“La coautoría se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles para la lesión al bien jurídico protegido, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención” (ES del 18-10-1999, R. N. N.º 3429-99-Callao). Por ejemplo, hay coautoría:

En un delito de robo cuando dos o más personas se ponen de acuerdo y se reparten roles específicos para lesionar el bien jurídico derecho al patrimonio de la víctima. Igual puede ocurrir en un homicidio, hay coautoría cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en poner fin al derecho a la vida de la víctima y luego para conseguir su objetivo se reparten roles específicos. En suma, ello ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos son derechos reconocidos a las personas. (Salinas, 2018, p. 123)

---

114 Aun cuando en los orígenes de la teoría ROXIN (2000) si lo admitía. (pp. 388 y ss)

No obstante, la cuestión cambia cuando los bienes jurídicos protegidos lo constituyen deberes o principios impuestos por la ley penal a los sujetos públicos. Por ejemplo, el deber de imparcialidad, el principio de no lesividad del patrimonio del Estado, el deber de trato justo al postor, el principio de autoridad, el principio de legalidad presupuestal, el principio de gratuidad del acto público, etc., son deberes o principios personalísimos que impone el Estado a las personas que trabajan para él. “Los deberes o principios que sustentan la administración pública, no pueden dividirse ni compartirse” (Salinas, 2018, p. 123; 2019, p. 68). Tampoco pueden ser comunes, como pretende enseñar Roxin (2014, p. 181). En efecto, precisaba que “sólo puede ser coautor quien como *intraneus* tiene el deber con otro y lo infringe con él” (p. 181). Y lo replica Bacigalupo (1999, p. 511).

El profesor Sánchez-Vera (2002), citando a Jakobs, Vogel, López Barja, Portilla precisa que:

“El deber es personalísimo e independiente, la lesión del mismo se produce por parte de cada uno de ellos igualmente de forma completa e independiente. Cada cual será autor y, entre ellos, en su caso, autores paralelos. La coautoría no es posible, puesto que el *estatus* de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el mismo se constituye siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento”. (p. 202)

El término *coautoría* presupone “una relación de dominio que, en realidad, no existe pues el deber o principio tiene un carácter personalísimo, cuyo cumplimiento o incumplimiento incumbe solamente al obligado. Y cuando el obligado lesiona o pone en peligro su deber o un principio que le compete (por omisión o comisión) siempre lo habrá ejecutado el mismo y directamente” tal como afirma Abanto, (2014, p. 389) siguiendo a Sánchez-Vera.

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraer el patrimonio de la institución sobre la cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen:

Cada uno de aquellos funcionarios afectan su deber personal de no lesionar el patrimonio público. Cada funcionario en forma personal lesionará o infringirá el deber especial penal impuesto por el Estado. Cada funcionario será solo autor del delito de peculado.

Es imposible sostener que dos o más funcionarios se ponen de acuerdo y luego se reparten roles para infringir el deber especial de no lesionar el patrimonio del Estado. No hay forma de sostener que el funcionario "A" lesiona una parte de un deber especial; el funcionario "B", otra parte del mismo deber; y el funcionario "C", la otra parte del mismo deber especial. Los deberes especiales impuestos por la ley materialmente no pueden dividirse. En suma, la infracción del deber especial penal es única y, por tanto, la infracción de un principio o deber no puede hacerse materialmente en coautoría. (Salinas, 2018, p. 124; 2019, p. 69)

Estos planteamientos han sido recogidos en la sentencia casatoria del 11 de julio de 2017. En efecto, allí se precisó que:

En el delito de peculado -delito de infracción de deber- no habría lugar para la coautoría; hay que destacar que la teoría de la infracción del deber de Roxin, no acepta la coautoría que, ciertamente, es la consecuencia de la teoría del dominio del hecho. Así las cosas, no puede concurrir la figura de coautoría porque como se trata de un delito de infracción de un deber especial penal, resulta insostenible materialmente que dos o más funcionarios o servidores públicos acuerden sus voluntades para transgredir una parte del deber especial, teniendo en cuenta que, éste es único y no es posible dividirlo materialmente. En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública, se ponen de acuerdo para sustraer el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. En definitiva, no puede sostenerse que en los funcionarios o servidores públicos ha

concurrido un reparto de conductas para infringir un deber especial penal. Por lo tanto, si dos o más sujetos públicos con relación funcional se apropian, por ejemplo, de bienes del Estado, todos responden a título de autores. (Casación N° 102-2016-Lima- Segunda Sala Penal Transitoria)

El mismo sentido tiene la ejecutoria suprema de fecha 29 de abril de 2019, cuando argumenta que:

La lesión del deber en un delito de infracción de deber es algo personalísimo e independiente, por lo que no es posible admitir la coautoría entre los obligados especiales. Cuando en un hecho típico han intervenido más de dos obligados o sujetos especiales, cada uno será autor y, entre ellos, en su caso, se configura el supuesto de autores paralelos, porque ellos han incumplido su deber especial -que, como se anotó, es personalísimo e independiente- y realizado por su cuenta el tipo penal. No hay lugar a deberes conjuntos, pero ello no significa que dentro de estructuras complejas pueda explicarse y tener lugar la intervención de varios sujetos especiales; cada uno de ellos responde, siempre de forma individual, y teniendo en cuenta su deber personalísimo que tiene de tutelar el patrimonio estatal. (R. N. N.° 2124-2018-Lima- Sala Penal Permanente)

La misma Sala Penal permanente en la sentencia casatoria del 15 de mayo de 2019, precisó que:

Cuando en un hecho típico han intervenido varios sujetos especiales, muy común en estructuras jerárquicas organizadas, cada uno será en principio autor -autoría paralela-; y, cuando uno o alguno de ellos realiza la conducta típica, los otros *intranei* pueden ser, eventualmente y según la conducta que lleven a cabo, partícipes -distinto es el caso, por cierto, de los *extranei*. (Casación N.° 1500-2017- Huancavelica)

En el caso de los *extranei*, estos siempre responderán como cómplices de la conducta realizada por el sujeto especial (autor).

Incluso estos planteamientos son más claros desde la óptica jakobsiana que sostiene:

En el caso del delito de infracción de deber, el deber institucional compete solo a su portador, es decir, es personal, y la infracción del deber no depende de cuánto el actuante domine u organice una situación típica. El obligado especial –el funcionario público o servidor público– en el delito de infracción de deber ha nacido para ser autor único, o directo, y no coautor, ni autor mediato ni partícipe (instigador o cómplice). Es más, en realidad existiendo una institución positiva que traza directamente en el funcionario un deber especial, da lo mismo cómo él lo quebrante, y todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, bien mediante una acción u omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor único. (Caro, 2015, pp. 36-37; Ossandón, 2006, p. 6)

Jakobs sentencia que “el fundamento de la responsabilidad de los delitos de infracción de deber es la vinculación institucional con el bien. Esta vinculación es siempre directa, o sea, su quebrantamiento se lleva a cabo siempre en concepto de autor” (1997, p. 1028). Asimismo, sigue afirmando el citado profesor que “en los delitos de infracción de deber, la relación del interviniente con el bien es siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer” (p. 791).

En la misma línea, Sánchez-Vera (2002, p. 204; 2003, p. 283) enseña que “no es posible una coautoría de dos obligados por la institución positiva”. En efecto, “los dos obligados no lesionan los deberes de la institución conjuntamente, sino cada uno por sí, puesto que el deber que impone la institución es personalísimo, así también lo será su lesión siempre individual” (Sánchez-Vera, 2002, p. 204). Para graficar su postura el citado profesor pone el siguiente ejemplo: “varios funcionarios de prisiones que cooperan en la huida de un preso, uno no cerrando una puerta, otro abriendo otra, un tercero indicando al preso el mejor camino, no son coautores de un delito de infracción de deber, sino todos son autores” (p. 204).

En tanto que el profesor Lesch (1995) sostiene que “el deber institucional es un deber altamente personal; se constituye por medio de un acto especial y altamente personal. El especialmente obligado, o bien es autor único o bien no existe un delito de infracción de deber” (p. 944). Aquí rige el principio de autor único: *todo quebrantamiento del deber, ya de propia mano, o ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor.*

Por su parte, el profesor Roxin (2000) parcialmente considera que:

No hay coautoría allí donde la obligación se limita, por su naturaleza, a aquel individuo que, por ejemplo, en el pago de alimentos, está sujeto a ella. Si dos personas deben satisfacer alimentos al mismo niño y ambas se sustraen al cumplimiento de dicha obligación, es preferible considerarlos como autores accesorios, puesto que cada uno quebranta una obligación individual y personal. También puede ocurrir así en los delitos de funcionarios: si para emitir determinadas certificaciones en el sentido del artículo 348.1 del Código Penal Alemán es competente un determinado funcionario individual, solo él viene en consideración como autor de este delito, mientras que otros funcionarios que hayan cooperado no pasan de cómplices, pues no es el quebrantamiento de la ética del funcionario en general, sino la vulneración de un específico deber de certificar verídicamente lo que aquí convierte en autor a uno de los implicados. (p. 391)

Sin embargo, luego Roxin, asevera que la coautoría en los delitos de infracción de deber tiene una estructura distinta del concepto general de autor. En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en fase ejecutiva, se verifica resultado dañoso común. “El ámbito de la coautoría se reduce significativamente, pues solo cabe hablar de carácter común cuando varios intervinientes en la comisión de un ilícito penal se encuentran sujetos a un mismo y único deber de carácter penal”. De ese modo concluye que:

Siempre se dará coautoría allí donde determinado ámbito de asuntos está confiado a varias personas a la vez. Así, por ejemplo, la vigilancia de internos puede estar a cargo de varios funcionarios de prisiones (art. 347 stGB) y la conservación y cuidado de cartas y paquetes puede estar confiada a multitud de funcionarios de correos (art. 354 stGB). En estos casos, ha de estimarse coautoría siempre que alguien, de acuerdo con otros obligados, mediante cualquier aportación al hecho, incumpliendo las funciones que le están encomendadas, coopera en la evasión de presos o en la desaparición de cartas. (Roxin, 2000, p. 391)

Planteamientos que no podemos sostener debido a que igual como ocurre con la obligación alimenticia citada por Roxin, la misma que es personal e individual, la obligación de vigilancia de internos es personal y corresponde a cada uno de los funcionarios de prisiones. Del mismo modo, el deber u obligación de conservación y cuidado de cartas es personal y corresponde a cada funcionario de correos. No existen deberes o principios comunes ni deberes o principios que a la vez se puedan imponer a varias personas. Los deberes u obligaciones son personalísimos. Incluso el profesor Pariona (2014), enseña que:

Mediante el derecho se asignan a determinadas personas ciertos deberes cuyo cumplimiento le son exigibles jurídicamente. Estos deberes obligan directamente a estas personas y su cumplimiento le son exigibles únicamente a ellos. Dado que la relación entre personas y deber siempre es personal y directa, es claro que la infracción de estos deberes tenga que ser también personal y directa (...) la posición de deber y su correspondiente infracción está unida a las personas (p. 365).

Sin duda, consideramos que no puede aceptarse la categoría de la coautoría en los delitos de infracción de deber toda vez que no es posible jurídicamente que varios obligados especiales lesionen conjuntamente un deber



conjunto. No existe deberes o principios conjuntos, ni menos deberes comunes como al parecer pretende suponer Roxin en el caso de los funcionarios de prisiones que pone como ejemplo (Sánchez-Vera, 2002, p. 203). “Los deberes o principios que se imponen a determinadas personas son, *per se*, siempre individuales y personalísimos, nunca conjuntos” (Sánchez-Vera, citando a Lesch, 2002, p. 204).

Las personas si lesionan algún deber funcional, lo hacen individualmente. Si en un hecho concreto, varios lesionan su deber personal e individual, cada uno responde en forma personal. Simplemente estaremos ante un conjunto de autores o también se pueden denominar autores paralelos.

En el mismo sentido, no pueden aceptarse los planteamientos de Schünemann (2018), quien señala que:

En lo que se refiere a la coautoría no es posible reconocer algún motivo concluyente por el que el dominio de protección o el dominio de supervisión no pueden ser ejercidos conjuntamente, como sucede con la división del trabajo en el caso del dominio del hecho. En el servicio público puede darse coautoría entre los superiores jerárquicos y sus subordinados si ambos conjuntamente ejercen dominio sobre la propiedad estatal. El director del parque móvil estatal y el guarda del garaje pueden, por lo tanto, ser coautores si convienen en permitir el uso ilegal de los vehículos estatales por los miembros de la familia (p.105)<sup>115</sup>.

Igual que en los casos citados por Roxin, en este caso también, el director del parque móvil estatal y el guarda del garaje estatal serán autores paralelos del delito de peculado de uso, pues ambos habrían lesionado su deber personal de no lesionar el patrimonio del Estado.

---

115 Para demostrar su posición, SCHÜNEMANN (2018) señala que “un buen ejemplo lo ofrece el cuento alemán de Hansel y Gretel. Tanto si los padres deciden ahorrarse la manutención de sus hijos conduciéndolos al desierto o abandonándolos allí como si en mitad de lo que en principio era una inofensiva excursión al desierto deciden dejar a los niños en la estacada, en ambos casos hay coautoría: en uno mediante hacer activo y en otro, mediante omisión” (p. 105).

De esa forma no compartimos el criterio jurisprudencial aplicado en la ejecutoria suprema del 18 de octubre de 2010 y vuelto a repetir en la ejecutoria suprema del 3 de noviembre de 2010 (R. N. N.º 1320-2009-Huánuco, Sala Penal Permanente), cuando se sostiene que:

En los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; b) una división de funciones; y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello. (R. N. N.º 3181-2009-Lima, Sala Penal Permanente)

Aquí erróneamente la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte utiliza los conceptos de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la coautoría para identificar la autoría y participación en un delito especial como lo es el peculado, el mismo que como ya se expresó, solo explica con la teoría de infracción del deber. Es más, “se señala que debe haber un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, cuando bien sabido es que el bien jurídico que se protege con el delito de peculado no son los bienes o el patrimonio del Estado, sino lo que se pretende proteger es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado” como, incluso, así se ha precisado de modo razonable como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116. Posición jurisprudencial reiterada en la ES del 2 de julio de 2010 (R. N. N.º 1594-2009-Puno- Sala penal permanente).

Es obvio que, en el delito de peculado, como se tiene expresado *ut supra*, se afecta el patrimonio del Estado, pero no como bien jurídico protegido, sino como objeto material del delito. Los caudales o efectos a los que hace referencia el artículo 387 del CP, simplemente constituyen el objeto del delito de peculado.

En la misma línea encontramos la ejecutoria suprema del 29 de octubre de 2018 (R. N. N.º 224-2018- Pasco, Sala Penal Permanente), que resolvió declarar no haber nulidad de la sentencia que condenó a Julio César ...y Carlos

Jaime..., funcionarios de la Municipalidad Provincial de Daniel Carrión, “como *coautores* del delito de colusión, toda vez que en su condición de integrantes del Comité Especial Permanente de Contrataciones y Adquisiciones del 2007, otorgaron la buena pro del proceso de selección por adjudicación de menor cuantía para la ejecución de la obra Construcción e implementación de la posta médica de Cachipampa a favor de dicha empresa, infringiendo la Ley de Contrataciones y su reglamento”. En parecido sentido, encontramos la ejecutoria suprema del 9 de octubre de 2018 (R. N. N.º 2529-2017-Ancash, Sala Penal Permanente). En efecto, allí se declaró no haber nulidad en la sentencia que condenó a Erasmo... como autor del delito de colusión en agravio de la Municipalidad Distrital de Antonio Raimondi y a César Leoncio..., Abel Godofredo... y Amador Almaquio... (*miembros del Comité Especial*) como *coautores* del delito de colusión.

Si se considera que el delito de colusión es uno de infracción de deber, en estos últimos precedentes judiciales citados, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema debió precisar que el título de imputación de los integrantes de los Comités Especiales, es simplemente de autores paralelos o conjunto de autores.

#### II.4.5 EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER: COMPLICIDAD ÚNICA

Otro aspecto dogmático que da cuenta de que la teoría de infracción de deber no se conoce en toda su magnitud o, en su caso, existe bastante confusión dogmática al respecto, es el tratamiento jurisprudencial que se da a la categoría de la complicidad o participación. En efecto, en la ejecutoria suprema del 6 de mayo de 2013 se argumentó que:

Su aporte o contribución como *extraneus* fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por lo

tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria. (R.N. N° 546-2012-Lima)

En la misma línea, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, por ejecutoria suprema del 6 de julio de 2016, “declaró no haber nulidad en la sentencia que condenó a Carlos Enrique ....., como cómplice primario del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión, en agravio del Estado”<sup>116</sup>.

Asimismo, la Sala Permanente se pronunció en igual sentido en la ejecutoria suprema del 7 de junio de 2018 (R. N. N.° 367-2018- Del Santa). Allí se dejó establecido que la incriminación en contra del encausado León Sigwas en su calidad de interesado *extraneus*, “es a título de cómplice primario del delito de colusión”.

También la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, al pronunciarse sobre negociación incompatible, invocando una sentencia del 2005 del TC<sup>117</sup> argumentó que “nuestro sistema jurídico penal acoge las teorías restrictivas para determinar la autoría y participación en un hecho delictivo y para ello sirve la teoría del dominio del hecho” (Casación N.° 23-2016-Ica, del 16 de mayo de 2017, fundamento 4.57). Incluso en el fundamento 4.58 de la citada sentencia casatoria, se hace un resumen de la teoría del dominio del hecho.

Como es de verificarse, en los cuatro pronunciamientos jurisprudenciales, para resolver los casos concretos de delitos de infracción de deber, se invocó y aplicó la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice. No obstante, tal forma de proceder tiene su origen en el hecho que según da cuenta el profesor Abanto (2014), “la mayoría de los autores aplican,

---

116 R. N. N.° 66-2016- Ucayali. Aquí el condenado como cómplice primario tenía la condición de empresario (*extraneus*) que se coludió con el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Coronel Portillo para defraudar patrimonialmente al Estado.

117 N.° 1805-2005-HC/TC- Lima, Caso Cáceda Pedemonte. Se precisa que la invocación al precedente del TC es inadecuada. En efecto, el TC emitió la citada sentencia en un proceso constitucional, planteado por el beneficiario Cáceda Pedemonte a quien se le seguía un proceso por el delito de asociación ilícita para delinquir. Un delito común o de dominio. En consecuencia, es coherente que el TC haya declarado que para saber quién es autor y quién es cómplice en el delito de dominio (asociación ilícita para delinquir) sirve la teoría de dominio del hecho. Diferente naturaleza y estructura tiene el delito objeto de pronunciamiento de la Sala Penal Suprema, como es el delito de infracción de deber de negociación incompatible.

de distinta manera, los principios de la teoría del dominio del hecho también en los delitos especiales” (p. 380).

Ya se ha expresado con detalle *ut supra*, la teoría del dominio del hecho sirve para determinar quién es autor y quién cómplice en los delitos de dominio o comunes; en cambio, para tal cometido en los delitos de infracción de deber, no rinde. Es por tal razón que aparece la teoría de infracción de deber. Esta división, a nivel de la doctrina, nadie la cuestiona en lo central. Incluso como ha queda establecido en esta investigación, en este aspecto, Roxin y Jakobs, así como sus discípulos, se han puesto de acuerdo. Podemos concluir que esta división es lugar común en la dogmática penal actual.

Según la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener el deber especial de carácter penal participa en la comisión de un delito de infracción de deber propio o impropio, responde penalmente junto al autor por el citado delito, pero en su calidad de cómplice. Siendo consecuentes con la dogmática de los delitos de infracción de deber, la complicidad también es única. “La diferencia entre complicidad primaria y secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho, donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito” (Salinas, 2018, p. 125; 2019, p. 77). Aspecto que no es posible en los delitos de infracción de deber, pues aquí es irrelevante la magnitud del aporte que haya efectuado el partícipe.

El *quantum* con el que determinado sujeto participa en la comisión de un delito de infracción de deber es irrelevante. Para los delitos de infracción de deber el criterio del dominio del hecho es irrelevante o intrascendente<sup>118</sup>. Esto es, aquel criterio no tiene relevancia para la configuración de un delito de infracción del deber y, por tanto, tampoco tiene relevancia para determinar la calidad del cómplice. En consecuencia, aquí debemos desprendernos del criterio del dominio del hecho. Caso contrario, si lo seguimos utilizando como lo hace Sánchez-Vera, no avanzamos en el desarrollo de la dogmática de los delitos de

---

118 De ahí que incluso Jakobs, desde su postura dogmática señale que “la característica esencial de los delitos de infracción de deber es, la falta de la accesoriedad, por ello sería más exacto haberlos denominado delitos con un deber que traspasa la accesoriedad” (SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 42).

infracción de deber. En efecto, el citado autor utilizando el criterio del dominio del hecho se pregunta: “¿es lo mismo que el marido de la jueza le dicte la sentencia prevaricadora (*quantum* de cuasi-coautoría o de cooperación necesaria), le induzca a la misma (*quantum* de cuasi-inducción) o, simplemente, le ayude, con un aporte menor y de una forma secundaria, a su realización (*quantum* de cuasi-complicidad)?” (Sánchez-vera, 2002, p. 267).

Es claro, si utilizamos los criterios de la teoría del dominio del hecho, es razonable que pretendamos hacer esas diferencias; no obstante, si sostenemos que el criterio del dominio del hecho no cuenta o es irrelevante en la teoría de infracción de deber, simplemente debemos concluir que no es posible hacer tales distinciones, pues en el caso, así el marido de la jueza le dicte la sentencia prevaricadora o le induzca a la misma o, simplemente, le ayude, con un aporte menor a la realización del delito de prevaricato, lo que cuenta es que le ayudó a infringir su deber funcional a la jueza. Es decir, le ayudó a configurar el delito de prevaricato, el mismo que se configura cuando el agente público (juez) infringiendo su deber funcional de imparcialidad, por ejemplo, dicta una sentencia manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley.

De esa forma, si dos o más no obligados participan en la comisión de un delito funcional realizado por el sujeto público, no es posible determinar si su participación ayudó o no de manera relevante o decisiva poner en peligro o lesionar el bien jurídico determinado. Recuérdese que en estos delitos el bien jurídico se representa en deberes o principios, de modo que por ejemplo en un peculado en el cual han participado dos *extranei* al Estado, no se podrá determinar si uno ayudó más que el otro al sujeto público obligado a infringir o lesionar el deber especial de carácter penal.

Debemos insistir que, en la teoría de la infracción de deber, “son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado” (Roxin, 1997, p. 338; 2000, p. 394; Pariona, 2011, p. 72). En sentido parecido Jakobs, (1991, sección 29, n. marg. 57 y ss.).

El aspecto que fundamenta la autoría sin tener en cuenta ni voluntad de autor ni el dominio del hecho, “es el quebrantamiento del deber especial de carácter penal producido en el resultado” (Roxin, 2000, p. 391). La regla vale y se aplica tanto para autores como para partícipes no obligados. En suma, así el partícipe no obligado haya tenido el dominio del hecho en la comisión del delito de infracción de deber, tal circunstancia es intrascendente para efectos de la configuración de la complicidad, pues lo trascendente es verificar si ayudó o colaboró a que el sujeto obligado infrinja o lesione su deber funcional de carácter penal. De manera que, al ser coherentes con la dogmática de los delitos de infracción de deber, debemos concluir que el criterio de dominio del hecho no rinde ni calza para hacer diferencias en la complicidad. En este extremo al parecer existe confusión en los planteamientos dogmáticos de Sánchez-Vera (2002), cuando señala que “si el *extraneus* tiene, en sí, un quantum similar al de un autor, esto es, tiene dominio del hecho, solo habrá que aminorar su pena en una ocasión (cooperación necesaria), en cambio, si su aporte es menor habrá que aminorar la pena en dos ocasiones (cómplice)” (p. 272). Reiteramos, en la teoría de infracción de deber es irrelevante el criterio del dominio del hecho.

De modo que en los delitos antes denominados especiales y actualmente denominados de infracción del deber, no es de aplicación lo dispuesto en los dos primeros párrafos del modificado artículo 25 del CP que establece que *al cómplice primario se le impondrá la misma pena que al autor, al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena*. No debe obviarse que estos supuestos normativos tienen como base o fundamentos dogmáticos la teoría del dominio del hecho. Su fundamente son criterios de hecho que no rinden en la teoría de los delitos de infracción de deber.

En consecuencia, al no existir disposición penal que en cuanto a la pena realice alguna diferenciación entre el autor y el cómplice, es imprescindible una modificación legislativa del Código Penal de 1991. En efecto, se debe proponer agregar un cuarto párrafo al artículo 25 que debe prever lo siguiente:

*“Si faltan características especiales personales en el cómplice, que fundamenten la punibilidad del autor, se le reducirá prudencialmente la pena”.*

Si se hace realidad esta propuesta legislativa, se tendrá establecido legalmente que “si en el partícipe no obligado no concurre el deber especial de carácter penal que sí concurre en el autor, el juez deberá atenuar prudencialmente la pena para aquel”. No cabe duda que el cómplice siempre merece menos pena que al autor. La conducta del autor es más reprochable penalmente que la del cómplice. El autor participa en la comisión del delito de infracción de deber, infringiendo o lesionando un deber especial; en cambio, el cómplice también participa en la comisión del mismo delito, pero sin infringir algún deber especial debido a que, simplemente, no lo tiene<sup>119</sup>. En otros términos, ambos participan en la comisión del delito funcional, por ejemplo, pero el autor lo hace, además, infringiendo un deber especial de carácter penal, en tanto que el cómplice no infringe deber especial alguno. En concreto, en la conducta del autor existe un plus respecto a la conducta del cómplice. Allí radica la diferencia que debe generar distinciones en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas del delito.

---

119 En términos del profesor CARO (2015-B), “la atenuación de la pena para el *extraneus* es correcta en razón que solo el autor tiene un plus de deber frente al *extraneus*, éste no tiene la misma responsabilidad que el *intraneus* porque su aporte no lesiona directamente la institución positiva. Él lesiona un deber menos centralizado, que bordea el tipo penal, que es el deber negativo, Por ello su responsabilidad debe ser atenuada frente a quien lesiona el deber centralizado del tipo” (p. 25).



## **CAPÍTULO III**

### **CONSECUENCIAS Y BENEFICIOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA**

#### **III.1 CONSECUENCIAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA PROPUESTO**

Corresponde en seguida determinar si la teoría que aquí se propone como la más adecuada y razonable para resolver los casos judiciales en nuestro sistema jurídico penal, respecto a la autoría y participación, rinde para tal efecto.

Para tal propósito, haremos uso de los precedentes jurisprudenciales de los años 2003 (1), 2004 (1), 2007 (1), 2011 (1), 2013 (1), 2014 (1), 2016 (2), 2017 (2), 2018 (3), 2019 (5), que como ya hemos tenido oportunidad de verificar *ut supra*, fueron tratados indistintamente por las Salas Penales de nuestra Corte Suprema respecto al título de autoría y participación. Es decir, en ellos se han utilizado indistintamente las teorías dogmáticas de la autoría y participación para efectos de la misma configuración de los delitos, así como para asignar el título de imputación a los intervinientes en la comisión de los mismos. Se ha utilizado la teoría del dominio del hecho, la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs, e incluso, la teoría de los delitos especiales de garantes del profesor Schünemann. Esto ha originado la emisión de resoluciones judiciales contradictorias que sin duda ponen en peligro o lesionan en forma flagrante el principio de seguridad jurídica que debe imperar en un país. Asimismo, con tal proceder se lesiona en forma irrazonable el principio de igualdad ante la ley. Todo aquel peruano que es sometido a la administración de justicia penal por la

comisión de un delito funcional tiene derecho a que se le apliquen las mismas leyes penales, y si estas leyes deben ser interpretadas con base en las teorías dogmáticas, lo razonable es que se apliquen parecidas teorías dogmáticas. En estos tiempos de postmodernidad que nos ha tocado vivir no podemos aceptar en forma pacífica que casos judiciales parecidos tengan solución jurídica diferente. La regla debe ser: casos judiciales parecidos deben tener solución jurisprudencial parecida. Par tal efecto, todos los jueces del país, incluidos los jueces de la más alta instancia judicial deben hacer uso de parecidas interpretaciones dogmáticas de las leyes penales vigentes.

En este apartado, corresponde analizar los hechos de los precedentes glosados y analizados, con base en la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin con algunos agregados de los planteamientos dogmáticos de la teoría de infracción de deber institucional. Esto es, corresponde determinar cuáles serían las consecuencias jurídicas si a los hechos judicializados se aplicara aquella teoría dogmática en toda su magnitud respecto de la autoría y participación.

### III.1.1 SOLUCIÓN DE CASOS JUDICIALIZADOS SEGÚN LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER DESDE LA PERSPECTIVA DE ROXIN

1. En la ejecutoria suprema del R. N. N.º 1813-2003-Lima, del 14 de noviembre de 2003, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema dio por probados los hechos siguientes: el procesado, Vladimiro..., asesor de la Alta Dirección del SIN, dispuso indebidamente, en favor de terceros, fondos correspondientes al Régimen de Ejecución Especial del SIN, específicamente reservas uno y dos, destinados a gastos de inteligencia y contrainteligencia que fueron justificados con diversas resoluciones supremas rubricadas por el mandatario, con el fin de lograr los objetivos políticos que se habían trazado, de manera que se decidió utilizar dichos fondos para el apoyo económico, entre otros, del procesado Luis Bedoya.... a quien le entregó un aporte de \$ 25 000.00, a fin de ayudarlo en el financiamiento de su campaña electoral para la alcaldía de Miraflores, para lo cual condicionó dicha entrega la neutralidad política que era beneficiosa al régimen del gobierno.

Según la teoría de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Roxin, se le asignará el título de autor directo (o autores paralelos si son más de dos) a aquel interviniente que participa en la comisión del hecho punible lesionando un deber de carácter penal, en tanto que aquel interviniente que también participa en la comisión del mismo hecho punible, pero sin lesionar deber alguno, tendrá el título de imputación de cómplice único (no cómplice primario ni secundario). Además, aplicando la teoría de la unidad del título de imputación, ambos, autores y cómplices, responderán por el mismo hecho punible realizado.

De modo que, en el caso en concreto, Vladimiro... en su condición de funcionario público administrador de los fondos del SIN, al haberse apropiado de parte de los caudales del Estado lesionando su deber especial de no lesionar el patrimonio del Estado, será autor del delito, en tanto que Luis Bedoya, en su calidad de *extraneus*, al haber ayudado a sustraer los caudales públicos de la esfera pública y pasarlo a la esfera privada, responderá como cómplice único. Ambos responden por el delito funcional de infracción de deber conocido como peculado en base a la teoría de la unidad del título de imputación que se regula en el último párrafo del artículo 25 del Código Penal peruano.

Sin duda, la conducta desarrollada por el autor es más reprochable penalmente, por tanto, la pena privativa de la libertad del autor será mayor a la pena que se le imponga al cómplice.

2. En la ejecutoria suprema del R. N. N.º 2976-2004-Lima, del 30 de diciembre de 2004, la Sala Penal Suprema de la Corte Suprema dejó establecido lo siguiente: “está probado que, como consecuencia de las investigaciones realizadas por la comisión investigadora del Congreso de la República, en torno al ciudadano Vladimiro (...), se determinó que diversos militares estaban involucrados en la compra y redención de certificados bancarios de moneda extranjera en la agencia del Banco Continental, (...); que en ese grupo de oficiales generales se encontraba el acusado Marco Antonio(...), a quien luego de procederse al levantamiento del secreto bancario se le encontró la titularidad

de las cuentas bancarias...; que las investigaciones llevadas a cabo establecieron que el citado imputado: a) con fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y seis adquirió tres certificados bancarios números 122197, 122198 y 122199, cada uno por cincuenta mil dólares americanos, los que habría adquirido con el concurso de su coimputado Winston ... (acusado reservado...); b) con fecha veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y seis adquirió los certificados bancarios números 122391, 122392 y 122393, cada uno por cincuenta mil dólares americanos; c) al redimir los últimos certificados, con fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y seis adquirió los certificados bancarios números 124421, 124422, 124423, 124414, 124415, 124416, cada uno por cincuenta mil dólares americanos; d) el veintitrés de enero de mil novecientos noventa y siete, adquirió los certificados bancarios números 125129, 125130 y 125131, cada uno por cien mil dólares americanos; e) con fecha diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho redimió la totalidad de los certificados bancarios antes glosados en la agencia principal de la entidad bancaria antes citada, con lo que obtuvo un total de seiscientos cincuenta y dos mil trescientos dólares americanos, dinero que abonó a la cuenta de ahorros número... que mancomunadamente tenía con su esposa Nelly Graciela ... en el mismo banco ...; f) esa suma, posteriormente, la transfirió al exterior, específicamente al Banque Nationale de Paris (sucursal Miami – Estados Unidos de América) por un monto de seiscientos mil dólares americanos ..., mientras que la suma de cincuenta mil dólares americanos, mediante cheque de gerencia, lo hizo a la cuenta de TumiGroup Inc.; g) el diecisiete de agosto del año dos mil repatrió la suma de quinientos mil dólares de esta última cuenta (empresa TumiGroup Inc.) en el Banque Nationale de París a la cuenta corriente número ... de la empresa Camde Inmobiliaria Sociedad Anónima Cerrada, representada por sus hijas y coencausadas Mónica Patricia y Jessica ..., h) parte de esa suma fue utilizada en la adquisición del inmueble..., y el monto restante fue transferido a la cuenta a plazos de número...”.

La teoría de infracción de deber, desde la perspectiva del profesor Roxin que en esta tesis se defiende, en un delito de infracción de deber tendrá el título de autor aquel interviniente que participa en la comisión del hecho punible lesionando un deber especial de carácter penal, en tanto que aquel interviniente

que también participa en la comisión del mismo hecho punible pero sin lesionar deber alguno debido a que no lo tiene, responderá por el título de imputación de cómplice único (no cómplice primario ni secundario). Además, aplicando la teoría de la unidad del título de imputación, ambos, autor y cómplice, responderán por el mismo hecho punible cometido.

De modo que en el caso en concreto, Marco Antonio..., en su condición de funcionario público que abusando de su cargo aumentó su patrimonio ilícitamente lesionando su deber especial de no enriquecerse ilícitamente con el cargo público, responderá como autor del delito de enriquecimiento ilícito, en tanto que Jessica..., Mónica Patricia... y Nelly Graciela..., en su calidad de *extraneus* (familiares directos del primero), al haber ayudado a desarrollar la conducta en aumento ilícito del patrimonio familiar, responderán como cómplices únicos del indicado delito. Todos los intervinientes responden por el delito funcional de enriquecimiento ilícito: el primero como autor y las demás como cómplices únicos (no primarios ni secundarios) con base en la teoría de la unidad del título de imputación que se regula en el último párrafo del artículo 25 del Código Penal peruano.

3. En la ejecutoria suprema emitida en el R. N. N.º 4500-2005-Junín, del 6 de setiembre de 2007, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema dio por acreditados los hechos siguientes: “la acusada Elvira Magda..., en su condición de encargada de depositar en el Banco de la Nación los recursos, directamente captados, por ingresos propios de la Dirección Regional Agraria de Junín, con la complicidad de sus coencausados Arístides... y Héctor..., que se desempeñaban como tesorero y encargado de la elaboración de las conciliaciones bancarias respectivamente, se apropió, durante los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, de la suma de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles. Para tal fin, la encausada adulteró las cantidades a depositar, en cincuenta y tres boletas de depósitos de las cuentas..., lo que permitió detectar diferencias entre lo que realmente depositaba en el citado banco y las papeletas de depósito así adulteradas; asimismo, bajo esta misma modalidad y en complicidad con sus encausados, se habría apropiado de dinero en dólares americanos de tres cuentas corrientes. No

obstante, luego del proceso se llegó a determinar que la conducta del encausado Arístides... únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno –que es precisamente lo que se imputa al citado– actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales –en este caso–, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 387º del Código Penal”.

Según la teoría de infracción de deber, desde la perspectiva del profesor Roxin, tiene el título de autor directo (o autores paralelos o conjunto de autores sin son más de dos) aquel interviniente que participa en la comisión del hecho punible lesionando un deber de carácter penal, en tanto que aquel interviniente que también participa en la comisión del mismo hecho punible, pero sin lesionar deber alguno, tendrá el título de imputación de cómplice único (no cómplice primario ni secundario). Además, aplicando la teoría de la unidad del título de imputación, ambos, autores y cómplices, responderán por el mismo hecho punible realizado. Asimismo, se resalta que lo importante es la infracción del deber que le asiste al obligado. Los criterios de dominio del hecho son irrelevantes. La conducta puede ser por omisión o por acción.

De este modo, en el caso en concreto, Arístides... en su condición de tesorero es autor del delito de peculado, pues infringiendo sus deberes de no lesionar el patrimonio del Estado omitió dolosamente realizar actos funcionales de control con la finalidad de que la custodia y encargada de hacer los depósitos del dinero se los apropiará. En tanto que Elvira Magda..., en su condición de custodia y encargada de depositar en el Banco de la Nación los recursos, directamente captados, por ingresos propios de la Dirección Regional Agraria de Junín, también es autora del delito de peculado, pues infringiendo el deber de no lesionar el patrimonio del Estado se los apropió. Aquí Arístides... y Elvira Magda son autores paralelos del delito de peculado. Por su parte, el tercer interviniente, Héctor..., que se desempeñaban como encargado de la elaboración de las conciliaciones bancarias en la Dirección Regional, será cómplice del delito, toda vez que al momento de la comisión de los hechos delictivos no tenía la relación

funcional con el objeto del delito, esto es, no tenía la condición de administrador, custodio o percibidor del caudal público y, por tanto, al participar en los hechos delictivos no infringió algún deber especial de carácter penal. No obstante, los tres responden por el mismo delito siguiendo la unidad del título de la imputación: Aristides... y Elvira Magda... no son coautores de peculado, sino simplemente son autores paralelos y Héctor... responderá simplemente como cómplice único.

Finalmente, la conducta del encausado Aristides... no puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo como al final lo aceptó la Suprema Corte, pues tal como ocurrieron los hechos no resulta razonable que su falta de control interno –que es precisamente lo que se imputa– haya sido como consecuencia de su negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, para que otra funcionaria sustraiga los caudales. En el caso, el funcionario tesorero infringió sus deberes funcionales de manera dolosa para facilitar la sustracción del dinero por otra funcionaria que trabajaba con él.

4. En el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116-*Nuevos alcances de la prescripción*, de fecha 6 de diciembre de 2011, los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema recogieron en toda su magnitud la teoría de infracción de deber desde la perspectiva que aquí se defiende. En efecto, establecieron como doctrina legal lo siguiente: “actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, a los mismos que se les denomina delitos de dominio. No obstante, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor. El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que ocupa un *estatus* especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la administración pública, cautelando los deberes que se encuentran bajo su ámbito. Por consiguiente, el

funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la administración pública”.

Este tipo de delitos restringe el círculo de autores, pero se admite la participación del *extraneus*, que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*. Por tanto, "la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Desde esta posición subsidiaria, serán partícipes los que, sin infringir el deber, formen parte del hecho referido a la acción del infractor del deber. El partícipe solo merece ser sancionado si existe un hecho antijurídico por parte del autor”.

Allí se llegan a conclusiones parecidas a las que aquí se defiende; sin embargo, como hemos probado en esta investigación, no se asume en toda su magnitud por la mayoría de los jueces del país, incluso, los jueces que firmaron aquel acuerdo plenario se alejan de tales planteamientos dogmáticos en otros precedentes jurisprudenciales.

5. En la ejecutoria suprema emitida en el R. N. N.º 546-2012-Lima, del 6 de mayo de 2013, la Sala Penal de la Corte Suprema dejó establecido como hechos probados que “el acusado Carlos Fernando... recibió sumas de dinero, en las instalaciones del SIN, por parte de Vladimiro... con conocimiento de que provenían de fondos del Estado -no del movimiento político Alianza Perú dos mil- cuyo objetivo fue: (i) difundir las acciones de gobierno y del presidente Fujimori ..., ensalzando su obra y actos de gobierno, y (ii) realizar actos de proselitismo y propaganda en el curso de la campaña electoral para el periodo de gobierno dos mil a dos mil cinco”. Cuatro son los cargos imputados:

1. Montesinos.... ordenó a su secretaria María Angélica ... entregar personalmente, en las instalaciones del SIN, al acusado diversas sumas de dinero..., que llegaron a un total de treinta y tres mil dólares americanos, para



que sean usados en la presentación de documentos vinculados a la organización de los mítines para la campaña de reelección del presidente. Asimismo, desde Palacio de Gobierno, y por orden directa que debía pasarse a Carlos Fernando..., por los gastos de los mítines que se realizaban en provincias, en cantidades que fluctuaban entre dieciocho mil a treinta mil dólares americanos.

2. Para mejorar la imagen, nacional e internacional, del presidente..., se le encomendó la cena de gala y agasajo al ex presidente de Ecuador, Yamil Mahuad, con ocasión de su visita al Perú y, de ese modo, afianzar las relaciones con el Ecuador luego de la firma del Acuerdo de Paz. Ello implicó la contratación de artistas, preparación de escenario, decoración, equipo de sonido y entrenamiento de artistas desde treinta días antes del evento. Estos gastos fueron financiados por el SIN con fondos del Estado. Vladimiro... entregó a Carlos Fernando ... la suma de cincuenta mil dólares americanos de la partida Reserva I.

3. El acusado preparó un especial sobre el conflicto Perú-Ecuador, que se transmitió por Televisión. 4. Asimismo, ... preparó otros videos, difundidos especialmente por canal 2, trabajos por los que recibió diversas sumas de dinero.

Según la teoría de infracción de deber, desde la perspectiva del profesor Roxin, se le asignará el título de autor directo a aquel interviniente que participa en la comisión del hecho punible lesionando un deber de carácter penal, en tanto que aquel interviniente que también participa en la comisión del mismo hecho punible, pero sin lesionar deber alguno, tendrá el título de imputación de cómplice único (no cómplice primario ni secundario). Además, aplicando la teoría de la unidad del título de imputación, ambos, autores y cómplices, responderán por el mismo hecho punible realizado.

De este modo en el caso en concreto, Vladimiro... en su condición de funcionario público administrador de los fondos del SIN, al haberse apropiado de parte de los caudales del Estado lesionando su deber especial de no lesionar el patrimonio del estado, responde como autor del delito de peculado, en tanto que Carlos Fernando..., en su calidad de *extraneus*, al haber ayudado a sustraer y gastar los caudales públicos en beneficio ajeno a la administración pública, responderá como cómplice único del citado delito. Ambos responden por el delito

funcionarial de peculado de acuerdo a la teoría de la unidad del título de imputación que se regula en el último párrafo del artículo 25 del Código Penal peruano.

Es obvio que la conducta desarrollada por el autor es más reprochable penalmente, por tanto, la pena privativa de la libertad del autor será mayor a la pena que se le imponga al cómplice. Imponer la misma pena a autores y cómplices aparece hasta arbitrario.

6. En la ejecutoria suprema recaída en el R. N. N.º 1969-2012- La Libertad-Sala Penal Permanente, del 16 de enero de 2014, se dieron por probados los siguientes hechos: “Córdova Zavala, recibió por escritura pública, de los esposos Jorge Augusto ... y Dora Amelia...., un bus con la facultad de disponerlo. Córdova Zavala ya en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, de manera concertada con Delfin Vásquez defraudaron a la citada municipalidad por la suma de ocho mil dólares americanos, toda vez que falsificando documentos, el alcalde Córdova Zavala compró al particular Vásquez Ávalos un motor petrolero marca Perkins que provenía del bus que había recibido el ahora comprador alcalde con la finalidad de disponerlo. La compra se hizo a la empresa CARCOR constituida previamente por Vásquez Ávalos”.

Se ha dejado establecido ya que según la teoría de infracción de deber, desde la perspectiva del profesor Roxin, se le asignará el título de autor directo (o autores paralelos sin son más de dos) a aquel interviniente que participa en la comisión del hecho punible lesionando un deber especial de carácter penal, en tanto que a aquel interviniente que también participa en la comisión del mismo hecho punible, pero sin lesionar deber alguno se le asignará el título de imputación de cómplice único (no cómplice primario ni secundario). Además, aplicando la teoría de la unidad del título de imputación, autor o autores paralelos y cómplices responderán por el mismo hecho punible realizado, pero con pena diferenciada.

Aplicando la citada teoría en el presente caso, se concluye que, Córdova Zavala en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, tuvo el deber de transparencia, integridad y trato justo a los postores, que no observó, materializando de esa forma un pacto colusorio con su coprocesado Delfín Vásquez para favorecer a su propia empresa CARCOR. Es decir, el sujeto público en acuerdo colusorio con un extraño a la administración, adulterando incluso documentos, participó en un contrato de compraventa de un bien mueble a favor de la municipalidad. Apareciendo al final que la empresa del propio alcalde resultó vendiendo un bien a la entidad pública. En consecuencia, el título de imputación de Córdova Zavala es la de autor del delito de colusión. Por su parte, el acusado Delfín Vásquez, extraño a la administración, al haberse coludido con el sujeto público para hacer realidad el contrato de compraventa fraudulento a la Municipalidad Distrital de Víctor Larco Herrera, su participación en la comisión de un delito funcional como es el de colusión es evidente; no obstante, al ser un extraño a la administración su título de imputación es la de cómplice único, no es cómplice primario como se indicó en el requerimiento acusatorio y en la ejecutoria suprema.

El autor y el cómplice responden por el mismo delito funcional siguiendo la teoría de la unidad del título de imputación. Asimismo, la conducta desarrollada por el autor es más reprochable penalmente, por tanto, la pena privativa de la libertad del autor debió ser mayor a la pena que se le impuso finalmente al cómplice. Según la teoría de infracción de deber desde la posición dogmática de Roxin, aparece hasta arbitrario imponer la misma pena al autor y al cómplice como sucedió en la ejecutoria suprema en análisis.

7. En la sentencia casatoria N.º 782-2015 -del Santa, 6 de julio de 2016, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema dejó establecido como hechos lo siguiente: “Amelia Victoria...., en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010 se habría enriquecido valiéndose de una relación o núcleo familiar y en la cuenta de su presunto esposo Wilmer Agapito..., habría depositado la cantidad de S/ 1 028 703.44, para ocultar la sociedad económica que mantenían y que no pudieron

ocultar debido a que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias”.

Según la teoría de infracción de deber, desde la perspectiva del profesor Roxin, en un delito de infracción de deber tendrá el título de autor directo aquel interviniente que participa en la comisión del hecho punible lesionando un deber especial de carácter penal, en tanto que aquel interviniente que también participa en la comisión del mismo hecho punible, pero sin lesionar deber alguno debido a que no lo tiene tendrá el título de imputación de cómplice único (no cómplice primario ni secundario). Además, aplicando la teoría de la unidad del título de imputación, ambos, autores y cómplices, responderán por el mismo hecho punible realizado, pero con pena diferenciada.

De esta manera, en el caso en concreto, Amelia Victoria..., en su condición de funcionaria pública que abusando de su cargo se habría enriquecido ilícitamente lesionando su deber especial de no enriquecerse ilícitamente con el cargo público, será autora del delito de enriquecimiento ilícito, en tanto que su cónyuge Wilmer Agapito..., en su calidad de *extraneus*, al haber ayudado a aumentar ilícitamente el patrimonio de la funcionaria pública y prestar su cuenta bancaria donde se efectuó el depósito del dinero, objeto del delito, responderá como cómplice único del indicado delito. “Ambos responden por el delito funcional de enriquecimiento ilícito como en primera y segunda instancia así lo consideraron con base en la teoría de la unidad del título de imputación que se regula en el último párrafo del artículo 25 del Código Penal peruano”. Sin duda, la conducta desarrollada por la autora es más reprochable penalmente, por tanto, la pena privativa de la libertad de aquella será mayor a la pena que se le imponga al cómplice.

Es obvio que, para acreditar la responsabilidad o irresponsabilidad de los acusados, se necesita a la prueba. Sin prueba simplemente no hay caso.

En este caso, la Suprema Corte consideró que no existía actividad probatoria suficiente que acredite la responsabilidad penal de la acusada a quien se le imputaba el delito funcional en su calidad de funcionaria pública. Es

posible que así haya sucedido; sin embargo, no se entiende las razones por las cuales se casó la sentencia de vista en el extremo que declaró el comiso de la suma de S/. 1 028 703.44. Sin duda, aquel dinero no tenía justificación lícita respecto de su procedencia.

8. En el R. N. N.º 615-2015-Lima-Diarios Chicha, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema por ejecutoria suprema del 16 de agosto de 2016, dio por probados los hechos siguientes: “se le atribuye al encausado Alberto..., en su condición de expresidente de la República, haber ordenado, entre los años 1998-2000, sin ningún sustento legal, el desvío de fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional-SIN por un monto de S/ 122 000 000.00 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de *Gastos Reservados*, que fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados *Diarios Chicha*, para su campaña de reelección presidencial de período 2000-2005, con los que manipuló a la opinión pública, denostando a sus adversarios políticos”.

Si para resolver el caso se hubiese aplicado la teoría de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Roxin que aquí se defiende, se hubiera llegado a la siguiente conclusión:

El expresidente de la República, en su condición de primer funcionario público de la Nación y encargado de administrar la hacienda pública según lo dispone expresamente el inciso 17, artículo 118 de la Constitución Política del Estado, al haber desviado fondos de la Fuerza Aérea del Perú y del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional-SIN, que luego fueron utilizados para comprar los titulares de los denominados *Diarios Chicha*, para manipular a la opinión pública en su campaña de reelección presidencial, es decir, se apropió de caudales públicos para su propio beneficio, actuó lesionando o trasgrediendo su deber especial de carácter penal de no lesionar el patrimonio del Estado, por tanto, sin duda alguna es autor del delito de peculado. En consecuencia, con base a esta teoría dogmática, la Suprema Corte hubiese confirmado la sentencia de vista que resolvió condenar a Alberto..., por el delito contra la Administración Pública-peculado doloso en agravio del Estado.

9. En el Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116, del 12 de junio de 2017, los integrantes de las Salas Penales de la Corte Suprema, establecieron como doctrina legal lo siguiente: "En el Derecho penal nacional hasta antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1361, la regulación legal de las formas de autoría y de la instigación y complicidad del Código Penal, no desarrollaron reglas particulares en relación a los delitos especiales propios. La participación del *extraneus* en los delitos especiales propios de infracción de deber, es tema controvertido. En efecto, actualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce que existen tipos legales que se configuran y forman sólo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus*, lo cual es una característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que tiene un *estatus* especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. La infracción de dicho deber es lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que, para esta clase de delitos funcionariales, no adquiere trascendencia jurídica. En la descripción de tales tipos penales que tratan de delitos especiales propios o de infracción de deber, el autor es siempre identificado como componente esencial de la estructura típica. Y a él se refiere la ley como un funcionario público o titular de un deber especial derivado o asignado por las competencias o facultades que ejerce".

"El delito de enriquecimiento ilícito es un típico delito especial propio o funcionarial de infracción de deber. Sobre todo, porque el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido. La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional".

Como es de evidenciarse de la lectura del contenido del acuerdo plenario, se optó y se estableció como doctrina legal vinculante, la teoría de infracción de

deber desde la óptica de Roxin que en esta investigación se defiende, reiterando incluso, el contenido del Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011 antes glosado. En efecto, *se afirma que actualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce que existen hechos punibles que se configuran solamente a partir de la infracción de un deber especial de carácter penal que corresponde al ámbito de competencia del autor intraneus. Y por supuesto, la infracción de deber es una característica intrínseca de los delitos cometidos por los sujetos públicos.*

Asimismo, se dejó establecido que el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino solo aquel sujeto que tiene un *estatus* especial y mantiene una vinculación exclusiva con un deber de carácter penal.

También aparece claramente que la infracción del deber especial de carácter penal es al final de cuentas, lo que convierte al sujeto en autor del delito. No se toma en cuenta el dominio de la situación fáctica, pues en estos casos el dominio del hecho es intrascendente jurídicamente. Sin duda el delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial propio o de infracción de deber, en el cual el autor siempre es identificado como componente esencial de la estructura típica. Y a él se refiere la ley como titular de un deber especial derivado de las competencias o facultades que ejerce dentro de la administración pública.

Asimismo, se decanta por la teoría de la unidad del título de imputación y concluye la doctrina legal vinculante que, el delito de enriquecimiento ilícito es un típico delito especial propio o de infracción de deber, delito en el cual la intervención de un tercero ha sido siempre posible y punible. Se entiende que el tercero siempre responderá como cómplice único (la división de cómplice primario o secundario no va más en los delitos de infracción de deber).

10. En la sentencia casatoria N.º 102-2017 -Lima-Segunda Sala Penal Transitoria, del 11 de julio de 2017, la Sala Penal Suprema dio por probados los hechos siguientes: “que Violeta Rocío..., quien labora en la OCI-FAP como habilitada, tenía en su poder el dinero asignado a la Unidad por concepto de

fondo para pagos en efectivo, del cual entregaba diversos montos y/o pagaba los gastos que verificaba Hernán Eduardo.... En el periodo comprendido entre noviembre de 2003 a diciembre de 2004, coadyuvó a su coprocesado Hernán Eduardo ..., jefe del OCI-FAP, para que utilizara en beneficio propio y de terceros diversas sumas de dinero y haber asumido gastos particulares a cuenta del fondo para pagos en efectivo asignando a la entidad fines específicos. El autor del delito fue Hernán Eduardo..., quien está sentenciado y se desempeñó como jefe del Órgano del Control Institucional de la FAP, apropiándose para sí y para terceros de parte del dinero asignado a dicha unidad por concepto de fondo para pagos en efectivo, ascendente a la suma de S/ 65 614.50 (sesenta y cinco mil seiscientos catorce y 50/100 soles)".

Finalmente, se declaró fundado el recurso de casación excepcional para desarrollo de la doctrina jurisprudencial y, en consecuencia, se casó la sentencia que confirmó la sentencia apelada en el extremo que condenó a Violeta Rocío... como cómplice primaria por el delito contra la Administración Pública – peculado en agravio del Estado y la absolvieron.

En el caso, en concreto, aplicando la teoría de infracción de deber desde la perspectiva que se propone, el caso judicializado se resolvería como sigue: Hernán Eduardo.... en su condición de "jefe del Órgano del Control Institucional de la FAP, al haberse apropiado para sí y para terceros de parte del dinero asignado a dicha unidad por concepto de fondo para pagos en efectivo, lesionó o vulneró el deber especial de carácter penal que poseía de no lesionar el patrimonio del estado que administraba, se constituye en autor del delito de peculado". En tanto que Violeta Rocío... , en su calidad de *extraneus*, al haber ayudado a sustraer los caudales públicos de la esfera pública y pasarlo a la esfera privada del autor del delito, responderá como cómplice única. Ambos responden por el delito funcional de peculado en aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación que se regula en el último párrafo del artículo 25 del Código Penal peruano. Es obvio que el autor merecerá mayor sanción que la cómplice. La conducta de aquel es más reprochable penalmente que la de esta última.



11. En la sentencia casatoria N.º 1004-2017 –Moquegua, del 26 de julio de 2018, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema dio por probados los hechos siguientes: “el encausado Octavio Eduardo..., cuando ocupaba el cargo de Inspector de la Obra Asfaltado de la carretera Chilligua-Carumas....provincia de Mariscal Nieto, departamento de Moquegua, en el periodo del 19 de agosto de 2002 y 22 de enero de 2009 -designado por la municipalidad agraviada-, emitió el Informe número cero sesenta y nueve oblicua A-dos mil ocho..., de 4 de diciembre de 2008, que aprobó la valorización número uno por la suma de trescientos sesenta y un mil ochocientos dieciséis soles con noventa y nueve céntimos, sin contar con ningún avance real de la obra de asfaltado -no se adjuntó la sustentación pertinente, el cuaderno de obra y el panel fotográfico-; es decir, valorizó, en rigor, insumos que no eran susceptibles de valorización, como piedra chancada, arena y otros puestos en cancha. De esta manera favoreció a la contratista, Consorcio Nuevo Mundo, representada por el imputado Ricardo..., en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto, lo que dio lugar a que pueda cobrar dicho dinero sin una justificación técnica real.... La obra se inició el trece de enero hasta el veintitrés de enero de dos mil nueve, de suerte que la municipalidad agraviada pagó dicha valorización sin que exista real y físicamente la colocación de carpeta asfáltica en caliente en la aludida carretera”.

En el caso, en concreto, se verifica que los hechos de concertación se realizaron en la etapa de ejecución y liquidación de la obra pública contratada. Se ha explicado *ut supra* que el delito de colusión puede materializarse en cualquier etapa de la contratación pública, por lo que es factible que en la etapa final se produzca la concertación, como se llegó acreditar en el caso que nos ocupa.

Si para la solución jurídica del caso, aplicamos la teoría de infracción de deber desde la perspectiva que aquí se defiende, se resolvería de la siguiente manera: Octavio Eduardo..., cuando ocupaba el cargo de Inspector de la Obra “Asfaltado de la carretera Chilligua-Carumas....provincia de Mariscal Nieto”, se concertó con Ricardo... representante del Consorcio Nuevo Mundo, con la finalidad de defraudar a la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto, de esa

forma lesionó o vulneró sus deberes especiales de carácter penal de imparcialidad, transparencia y trato justo al postor, por tanto, se constituye en autor del delito de colusión.

En tanto que Ricardo..., en su calidad de *extraneus*, al haber ayudado en la comisión del delito de colusión, será cómplice único del autor. Ambos responden por el delito funcional de colusión en aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación que regula el último párrafo del artículo 25 del Código Penal peruano. No hay duda que el cómplice será sancionado con una pena menor a la que corresponde al autor. Su conducta es menos reprochable penalmente.

12. En el R. N. N.º 874-Cañete, del 13 de agosto de 2018, la Sala Penal Suprema dio por acreditados los hechos siguientes: “se imputa al acusado José... ser autor de delito de colusión, dado que, en su condición de alcalde distrital de Asia-Cañete, con la colaboración necesaria de la acusada Rosa Liliana... (asesora legal), defraudaron patrimonialmente a la Municipalidad Distrital de Asia, al haberse coludido con los representantes de la Empresa L & C Asesores Consultores S. A. C., representada por su gerente general Luis Alberto... (sentenciado); con tal propósito, la Municipalidad Distrital de Asia, a través del alcalde y sus regidores (ya sentenciados), así como la asesora legal, llevaron a cabo la contratación de la empresa L & C Asesores Consultores S. A. C, para fiscalizar a Telefónica del Perú, cuyo monto a cobrar sería el 20% de todo lo recaudado, lo que incluye todo tipo de prestación”.

Según la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, “es autor del delito especial aquel interviniente que participa en la comisión del hecho punible lesionando un deber de carácter penal; en tanto que aquel interviniente que también participa en la comisión del mismo hecho punible, pero sin lesionar deber alguno, responde solo a título de cómplice único. Además, según la teoría de la unidad del título de imputación, ambos, autores y cómplices, responden por el mismo hecho punible de infracción de deber realizado”.

De modo que en el caso, en concreto, José... en su condición de alcalde distrital de Asia-Cañete, al haber concertado con la acusada Rosa Liliana... (asesora legal), los regidores de la comuna y el representante legal de la Empresa L & C Asesores Consultores S.A.C., Luis Alberto... , y de esa manera defraudaron patrimonialmente a la Municipalidad Distrital de Asia, lesionando su deber especial de imparcialidad, transparencia y trato justo al postor, es el autor del delito de colusión objeto de acusación.

En tanto que la asesora legal, los regidores (si bien sujetos públicos no tienen la relación funcional con el objeto del delito que exige el artículo 284 del CP) y el representante de la persona jurídica citada, en su calidad de *extranei*, al haber también participado en la comisión de los hechos serán solo cómplices únicos (no primarios ni secundarios). Todos responden por el delito funcional de colusión en aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación que se regula en el último párrafo del artículo 25 del Código Penal peruano. Los cómplices merecen una pena, por ejemplo, privativa de libertad menor a la que corresponde al autor.

13. En la sentencia casatoria del 28 de agosto de 2018 emitida en la Casación N.º 1379-2017/Nacional-Caso Viñas, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema dio por probados los hechos siguientes: “se tiene que se produjo un concierto ilícito entre altos funcionarios del gobierno regional de Tumbes (Viñas... Presidente Regional y Guilmer... Gerente Regional) con la empresa A & J Inversiones, en cuya virtud, como consecuencia de la ejecución de la obra - Mejoramiento y Ampliación del Sistema de Agua Potable de los distritos de Corrales, San Jacinto, Pampas de Hospital y San Juan de la Virgen- y en virtud de un diferendo respecto de los pagos que debían entregarse o devolverse según el caso se celebró una transacción en sede arbitral que perjudicó los intereses patrimoniales del gobierno regional de Tumbes, al punto incluso que Castañeda...(Procurador Regional) carecía de los poderes necesarios para celebrar esta transacción, hecho del que incluso no podían ser ajenos los árbitros del Tribunal respectivo: Guzman..., García... y Rivera...

A final de cuentas, de una pretensión de trece millones y medio de soles por parte del gobierno regional a la empresa A & J Inversiones representada por Villegas... y Rodríguez... se transigió en que este último pagaría a la citada empresa la suma de tres millones trescientos mil soles. Nada justificaba tal transacción. Es significativo destacar, en esta perspectiva fáctica, que la empresa A&J Inversiones pagó pasajes de avión a la ciudad de Lima a los encausados Viñas... y Castañeda ... para la realización de actos indebidos para favorecer a dicha empresa...

Si bien la concertación finalmente se concretó en el curso de un proceso arbitral, ello en modo alguno impide su configuración delictiva. Ha de entenderse que el proceso arbitral fue el ámbito donde se consolidó el acuerdo lesivo al interés público a través de una transacción. Ese fue el marco formal de la consolidación de una concertación que importó una afectación patrimonial al gobierno regional de Tumbes. Conforme se indicó en el Informe Especial, elaborado por la Contraloría General de la República -debidamente explicado en juicio oral-, se estableció que el perjuicio total al gobierno regional de Tumbes ascendió a nueve millones doscientos veinticinco mil ciento cuatro soles con nueve céntimos-... Es patente, entonces, que se está ante una colusión agravada. No está en discusión, pues, la realidad del indicado tipo penal.”

Recuérdese que, según la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, es autor del delito especial aquel interviniente que participa en la comisión del hecho punible lesionando un deber de carácter penal; en tanto que aquel interviniente que también participa en la comisión del mismo hecho punible, pero sin lesionar deber alguno, responde solo a título de cómplice único. Además, según la teoría de la unidad del título de imputación, ambos, autores y cómplices, responden por el mismo hecho punible de infracción de deber realizado.

De esta manera, en el caso en concreto, Viñas... en su condición de Presidente Regional de Tumbes, administrador general de los fondos de la Región, contando con la ayuda de Guilmer.... Gerente Regional, Castañeda... Procurador Regional y Quinde... (servidor de la Procuraduría) concertó con los

acusados Villegas... y Rodríguez... representantes de empresa A & J Inversiones, con la finalidad de defraudar patrimonialmente al Gobierno Regional de Tumbes. De modo que si bien todos los citados participaron e hicieron que se materialice el delito de colusión agravada, solo Viñas.... responde como autor, pues en su calidad de titular del pliego y encargado, según la ley de contrataciones, de supervisar todas las etapas de la contratación pública actuó lesionando o vulnerando los deberes especiales de imparcialidad, transparencia y trato justo al postor.

En tanto que el resto de intervinientes responden como cómplices únicos, debido a que al participar en los hechos no lesionaron algún deber específico. Igual responden como cómplices únicos de la colusión agravada los árbitros del Tribunal: Guzman..., García... y Rivera..., pues con su participación dolosa se hizo realidad el perjuicio económico del gobierno regional agraviado. Esto es así en el delito de colusión debido a que la concertación puede materializarse en cualquier etapa de la contratación, esto es, puede darse, por ejemplo, en la ejecución o en la liquidación del contrato del servicio o de la obra.

Todos responden por el delito funcional de colusión agravada. Sin duda, la conducta desarrollada por el autor es más reprochable penalmente, por tanto, la pena privativa de la libertad será mayor a la pena que se les impongan a los cómplices únicos (la división de cómplice primario o secundario no aplica en la teoría de infracción de deber).

14. En la sentencia casatoria N.º 503-2018-Madre de Dios-Sala Penal Permanente, del 5 de febrero de 2019, se dieron por probado los hechos siguientes: “el acusado José Luis... en calidad de presidente del Gobierno Regional de Madre de Dios, delegó funciones en materia presupuestal al acusado Jorge Eduardo..., gerente regional de planeamiento, quien transfirió fondos de inversión a gastos corrientes, contando con pleno conocimiento del acusado delegante. Por ello, se realizó una aplicación definitiva diferente de los caudales públicos institucionales apartándolos de su destino legal. Hechos tipificados como malversación de fondos, previsto y sancionado en el artículo 389 del CP.”

Volviendo a repasar los planteamientos centrales de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, es autor del delito especial aquel interviniente que participa en la comisión del hecho punible lesionando un deber de carácter penal; en tanto que aquel interviniente que también participa en la comisión del mismo hecho punible, pero sin lesionar deber alguno, responde solo a título de cómplice único. Además, ambos, autores y cómplices, responden por el mismo hecho punible de infracción de deber cometido.

De modo que, aplicando tal teoría al caso en concreto, se tiene que el acusado en su condición de Presidente del Gobierno Regional de Madre de Dios, al conocer perfectamente que su delegado, esto es, el gerente regional de planeamiento Jorge Eduardo..., estaba transfiriendo en forma definitiva fondos de inversión pública a gastos corrientes del gobierno regional, actuó lesionando o vulnerando el deber especial de carácter penal de no lesionar el principio de legalidad presupuestal en tanto titular del pliego, por tanto, es autor del delito de malversación de fondos como así, en forma atinada, lo habían considerado los jueces de primera y segunda instancia judicial. Incluso, la Suprema Corte confirmó tal solución al no haber casado la sentencia de vista como pretendía el recurrente. No obstante, la Sala Penal de la Corte Suprema, decidió no casar la sentencia de vista aplicando la teoría de los delitos especiales de garantes.

Asimismo, el gerente regional responderá por el mismo delito en su calidad de autor también. Esto significa que, en el caso, el presidente regional y el gerente regional de planeamiento son autores paralelos del delito de malversación de fondos. Ambos pueden recibir la misma pena privativa de libertad.

15. En el R. N. N.º 2124-2018-Lima, caso General Donayre, del 29 de abril de 2019, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema dio por probado entre otros los hechos siguientes: en “el periodo enero – noviembre de dos mil dieciséis se produjo un incremento inusitado, desproporcionado, de la asignación de combustible a la Región Militar Sur, sin una solicitud formal ni justificación de su necesidad, en contravención de la Directiva cero cero cinco guión dos mil cinco

guión DILOGE diagonal SDP diagonal ABSTO, que obligaba a la DILOGE, previa evaluación de las necesidades de combustible, elaborar el respectivo Cuadro de Asignación de Clase III y, con la aprobación del comandante general del Ejército, remitir los listados de asignación al SINTE para su posterior distribución. Empero, el jefe del SINTE, Robertson..., y los comandantes generales de la Región Militar Sur, Donayre... (enero a agosto de dos mil seis) y Martos... (setiembre a noviembre de dos mil seis), no siguieron el trámite debido, pues solo mediante faxes (en número de veintiséis, del uno de marzo al dieciocho de diciembre de dos mil seis) se comunicó la dotación asignada para el retiro de combustible a la comandancia general de la Región Militar Sur y al Terminal PetroPerú de Mollendo... El combustible *excepcional* fue desviado a otro lugar, y alcanzó a un monto de trescientos cuatro mil ciento setenta y ocho punto ochenta y ocho soles. Posteriormente, se pretendió *regularizar* tal apropiación con documentos de entrega de *dotación excepcional de combustible y comisión de entrega y recepción de combustible de la Comandancia General de la Región Militar Sur*, así como mediante *actas de incineración*.”

En el presente caso, aplicando la teoría de infracción de deber que aquí se defiende, el acusado Edwin Donayre... en su condición de comandante general de la Región Militar Sur, en el periodo de enero a agosto de 2006 (funcionario público administrador de los fondos y bienes de la citada Región militar), al haberse apropiado junto a otros obligados, de parte del combustible asignado a la región militar, vulneró o trasgredió con tal proceder su deber especial de no lesionar el patrimonio del estado, por tanto, responde como autor paralelo del delito de peculado doloso. No actuó en coautoría debido a que el deber especial de carácter penal que se lesionó es personal. No se puede compartir con otros. En conclusión, el título de imputación efectuado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, corrigiendo la sentencia de vista en este extremo, es correcta, aun cuando, hay que decirlo, la ejecutoria suprema se basó en la teoría de infracción de deber institucional.

16. En la sentencia casatoria N.º 1500-2017-Huancavelica-Sala Penal Permanente, del 15 de mayo de 2019, se dieron por probados los siguientes hechos: “el gerente de Servicios Públicos y Administración Tributaria, encausado

Monge Donaires, elaboró el Plan de Trabajo referido al mantenimiento de varios establecimientos deportivos de la municipalidad emitiendo el correspondiente informe y solicitó al encausado Capcha Ortiz, gerente municipal de la Municipalidad Provincial de Angaraes, su aprobación, que incluía un presupuesto de doscientos mil soles para ser utilizados mediante la modalidad de encargo -este Plan, según señaló en su declaración, fue coordinado previamente con el gerente Capcha Ortiz y otros funcionarios municipales-. El encausado Capcha Ortiz, no obstante que el Plan incumplía disposiciones legales y que solo describía trabajos de manera general -imposible de aceptar-, el día cinco de septiembre de dos mil doce emitió la Resolución General aprobatoria, que implicó una asignación de doscientos mil soles para su cumplimiento.... Además, emitió el memorando respectivo para que las instancias administrativas bajo su mando habiliten cien mil soles al gerente Monge Donaires, lo que en efecto hicieron -él incluso firmó el cheque de su propósito-. Asimismo, con motivo de la elevación del Informe ... por el imputado Monge Donaires al encausado Capcha Ortiz, adjuntando recibos por honorarios y boletas de venta, se estableció que estos documentos no tienen base material y, por tanto, que se apropió del dinero que se le entregó...”.

En este caso, aplicando la teoría de infracción de deber que aquí se promueve, tendría la siguiente solución plausible. Capcha Ortiz, en su calidad de gerente municipal de la Municipalidad Provincial de Angaraes, al haber aprobado el gasto de un presupuesto de doscientos mil soles, e incluso, firmar el cheque correspondiente, lesionó o vulneró su deber especial de carácter penal de no lesionar el patrimonio del Estado en su calidad de administrador del caudal público, por tanto, responde como autor del delito de peculado doloso. En tanto que el encausado Monge Donaires (*extraneus*) al haber ayudado a Capcha Ortiz en la comisión del delito, elaborado para tal efecto el plan de trabajo que ocasionó la aprobación del gasto antes referido y, luego, haber participado en la apropiación de los caudales públicos, responde como cómplice único. Ambos responderán por el delito funcional de peculado doloso previsto y sancionado en el artículo 387 del CP, el primero como autor y el segundo como cómplice único (no primario ni secundario). Es obvio que la conducta desarrollada por el



autor es más reprochable penalmente; por tanto, la pena privativa de la libertad de aquel será mayor respecto a la pena que se imponga al cómplice único.

17. En la sentencia de apelación N.º 1-2017 -Puno, del 18 de junio de 2019, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema dio por acreditados los siguientes hechos: “el acusado Jorge.... en condición de fiscal solicitó a Vilma Himelda..., hermana del procesado Jhon.... que se encontraba con prisión preventiva, la suma de cincuenta mil dólares, a cambio de reducirle la pena a través del proceso de terminación anticipada. Para las coordinaciones, el fiscal la llamó y le solicitó que consiga un certificado médico en el cual se detalle que su madre sufre de una enfermedad grave. Se acordó que el lugar donde se haría entrega del dinero sería la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez. El 25 de setiembre de 2013 Vilma... denunció el hecho ante la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Puno, órgano de control que preparó el operativo respectivo e intervino al Fiscal con parte del dinero. Que en tales tratativas habría participado el acusado Percy Wilfredo.....quien en su condición de abogado fue el intermediario directo, ya que promovió y coordinó los encuentros y reuniones con el Fiscal, quien le comunicó acerca del dinero que le solicitó a la denunciante. El citado abogado llamó constantemente a la denunciante a su celular, sobre todo en días anteriores a la entrega de dinero. El fiscal también la llamó directamente, para indicarle que el abogado lo esperaba en su oficina de la Defensoría Pública, donde la denunciante asistía para coordinar la entrega del dinero que le habrían pedido.”

Si aplicamos la teoría de infracción de deber que aquí se propone, el caso sería resuelto de la manera que sigue: Jorge.... en su condición de representante del Ministerio Público, al solicitar una ventaja dineraria para realizar un acto funcional lesionando con tal proceder sus obligaciones competenciales, infringió el deber de imparcialidad y el principio de gratuidad del acto público, por tanto, responde como autor del delito de cohecho pasivo específico, previsto y sancionado en el párrafo segundo del artículo 395 del CP. En tanto que Percy Wilfredo.....quien en su condición de abogado (*extraneus*), ayudó o colaboró con el fiscal Jorge... en la solicitud del dinero, e incluso, que la entrega del dinero se

realice o materialice, responde como cómplice único del delito. De modo que no es cómplice primario como se indicó en el requerimiento acusatorio.

Ambos responden por el delito funcional de cohecho pasivo específico. El primero como autor y el segundo como cómplice único. Es obvio también que, para efectos de la sanción penal, se verifica que la conducta desarrollada por el autor es más reprochable penalmente; por tanto, la pena privativa de la libertad de aquel será mayor a la pena que se imponga al cómplice único del delito de infracción de deber.

18. En la sentencia casatoria N.º18-2017-Junín- Sala Penal Transitoria, del 24 de julio de 2019, se tiene por acreditados los siguientes hechos: “que los encausados Rolando ...(director del establecimiento penitenciario de Huancayo) y Johnny ...(director regional de la Oficina Regional Centro Huancayo del INPE), tuvieron un interés indebido en la tramitación y suscripción del convenio celebrado con la empresa Juana Comunicaciones E. I. R. L.; el primero en firmar el convenio mencionado y el segundo al haber suscrito el Oficio número 282-2911-INPE/20.04, por el cual le pidió a Rolando... que suscriba el convenio; sin haberse cumplido con las exigencias establecidas en la Directiva número 001-2008-INPE. El convenio suscrito no tenía las opiniones técnicas favorables de las unidades o áreas comprometidas con el objetivo del convenio, el jefe de Asesoría Jurídica, el jefe del órgano Técnico de Tratamiento y el jefe de la Unidad o área de Administración y el informe técnico sustentatorio; tampoco tenía la visación previa del jefe del Órgano Técnico de Tratamiento, jefe de la Unidad o área de Administración, el jefe de la División o Departamento de Seguridad y de la unidad o área especializada y comprometida con el objetivo del convenio. Asimismo, una vez suscrito el contrato, no se efectuó la verificación del cumplimiento de convenio, originando que las llamadas en los teléfonos instalados por la empresa Juana Comunicaciones E. I. R. L. no correspondían con lo consignado en su propuesta; lo que originó el malestar de la población penitenciaria, causando impacto en los medios de comunicación. El interés indebido de Rolando... se encuentra en que en su condición de director del Centro Penitenciario tiene el deber de evaluar los requisitos establecidos en la ley para suscribir un convenio, lo que no observó. Sobre el encausado Johnny

..., que si bien se contó con informes del encargado de mantenimiento y servicios auxiliares y del subdirector de la Unidad de Administración, estos solo se referían a los aspectos técnicos y económicos de la propuesta; su competencia como director de la Oficina Regional Centro del INPE era verificar el cumplimiento de la Directiva 001-2008-INPE, lo que no hizo. Además, Johnny ...al suscribir el oficio número 282-2011-INPE/20.04, realizó un mandato imperativo al director del Establecimiento Penitenciario para que firme el convenio, sin tener en cuenta que dicho funcionario tenía la facultad de decidir si lo firmaba o no. En referencia a la encausada Élide..., el interés indebido de sus coencausados fue para favorecer a su empresa, por lo que es evidente su participación como cómplice primaria”.

Para terminar con el análisis de los casos judicializados que hemos tomado en cuenta para demostrar nuestra postura dogmática en la investigación efectuada, debemos precisar finalmente que, si aplicamos la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, el caso, en lo que corresponde al extremo de la autoría y participación, tendría la siguiente solución jurídica: Rolando..., en su calidad de director del establecimiento penitenciario de Huancayo, participó en la comisión del delito al no haber evaluado los requisitos establecidos en la ley para suscribir un convenio, demostrando de esa forma un interés indebido para favorecer a la empresa Juana Comunicaciones E. I. R. L representada por Élide... . De esa manera infringió el deber de imparcialidad en la promoción y firma del contrato en el cual participó representando al Estado. En consecuencia, responde en su calidad de autor del delito de negociación incompatible.

En lo que corresponde a la participación del acusado Johnny ..., en la comisión del delito funcional, se tiene que en calidad de director regional de la Oficina Regional Centro Huancayo del INPE, no tomó en cuenta que si bien existían informes del encargado de mantenimiento y servicios auxiliares, y del subdirector de la Unidad de Administración, estos solo se referían a los aspectos técnicos y económicos de la propuesta, por lo tanto, no verificó el cumplimiento de la Directiva 001-2008-INPE, con lo que infringió su deber personal de imparcialidad en el contrato, materializando en consecuencia un interés indebido

a favor de un tercero. De este modo, responde también en su calidad de autor del delito de negociación incompatible. En conclusión, Rolando... y Johnny... son autores paralelos del delito funcional de negociación incompatible (no coautores).

En lo que se refiere a la acusada Élide..., de los actuados se verifica que el interés indebido de los autores del delito tuvo como finalidad favorecer a la empresa Juana Comunicaciones E. I. R. L representada por Élide..., por lo tanto, se advierte su participación en la comisión del delito de negociación incompatible; no obstante, al ser una extraña a la administración, responde como cómplice única del delito. No es cómplice primaria como se precisa en el requerimiento acusatorio y en la sentencia casatoria.

Autores y cómplice responden por el delito funcional. Sin duda, la conducta desarrollada por los autores paralelos es más reprochable penalmente; por tanto, la pena privativa de la libertad de los autores será mayor a la pena que se imponga a la cómplice. Según la teoría de infracción de deber desde la posición dogmática de Roxin, parece hasta arbitrario imponer la misma pena a autores y cómplices de un delito de infracción de deber.

En suma, como se ha demostrado, aplicando la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin en la solución de los casos judicializados cuyo objeto de acusación son los delitos de infracción de deber (antes conocidos en la dogmática penal como especiales), se resuelven en forma plausible y razonable los procesos penales. Lo más importante, es que se diferencia e identifica claramente quién responde como autor y quién como cómplice cuando en la comisión o realización de uno de aquellos delitos participan más de dos personas. Esto propicia la sanción correspondiente a los responsables de acuerdo a su identidad y nivel de participación en la comisión de los hechos delictivos. Igualmente, se evita dejar en impunidad participaciones en los delitos de infracción de deber.

## **III.2. BENEFICIOS QUE APORTA LA PROPUESTA DOGMÁTICA**

### **III.2.1. BENEFICIOS A LA DOCTRINA NACIONAL**

Como se ha mencionado en el ítem denominado justificación de la investigación, considero que los aportes de la presente tesis resultan fundamentales para la doctrina nacional, pues el estudio exhaustivo que se ha efectuado a todos los temas que comprende la teoría de infracción de deber, con especial énfasis en la autoría y participación, nunca antes se ha realizado en nuestra patria. Concluida la presente investigación y planteadas las conclusiones y sugerencias, considero sin lugar a dudas, que la doctrina nacional del Derecho penal ha avanzado en la comprensión y sistematización de todos los temas que comprenden la teoría de infracción de deber. Se deja establecido que por la estructura que tienen los tipos penales recogidos en el Código Penal de 1991, estos se clasifican en delitos de dominio o comunes y delitos especiales o de infracción de deber.

Asimismo, con los resultados de la investigación en la doctrina nacional, se comprenderá mejor que, para identificar quién responde como autor y quién como cómplice de un delito funcional en el cual intervienen más de dos personas, la teoría de dominio del hecho que fundamenta los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal no es de utilidad, o mejor, no rinde. Se sabrá con certeza dogmática que para identificar quién responde como autor y quién como cómplice de un delito funcional en el cual intervienen más de dos personas, es de mucha utilidad y más razonable la teoría de infracción de deber desde la perspectiva primordial del profesor Roxin.

Aparte de conocerse la teoría de los delitos de infracción de deber, se evidenciará con detalle el diferente contenido que se le ha asignado a esta teoría dogmática. De modo que podemos señalar que el aporte de la presente tesis también es fundamental, debido a que se ha avanzado en la diferenciación del contenido de la teoría de infracción de deber. Con la investigación efectuada estamos en la posibilidad y facilidad de marcar las diferencias dogmáticas más trascendentes entre el contenido que se da a la teoría de infracción de deber

desde las perspectivas de Roxin, de Jakobs y desde la visión dogmática de Schünemann. Se trata de perspectivas dogmáticas distintas que es necesario tengan presente y en cuenta los operadores de la justicia penal al momento de resolver los casos judicializados. El dominio de este tema dogmático resulta fundamental en estos tiempos en los cuales la administración de justicia penal peruana se ve invadida por muchos casos cuyo objeto de investigación y acusación son los delitos funcionariales. Siendo así, no se puede seguir, como hasta ahora, resolviendo los casos aplicando cualquiera de los contenidos de la teoría de infracción de deber, pues sus resultados se vuelven hasta contradictorios. Consideramos que, con los resultados de la presente tesis, el operador de justicia penal conocerá bien cuál de los contenidos de la teoría de infracción de deber es la más razonable para aplicarse en la solución jurídica de los casos judicializados.

En tal contexto, con los resultados de la presente investigación, en la doctrina nacional ya no será un misterio saber cuáles son las diferencias de contenido entre la posición dogmática del profesor Roxin cuya idea central es que con la teoría de infracción de deber se sabe quién responde como autor y quién como cómplice en la comisión de un delito especial en el cual han participado más de dos personas; y la posición del profesor Jakobs, para quien la idea central de la teoría de infracción de deberes dar contenido al injusto penal, esto es, basta verificar que el agente público infringió su deber institucional para poder ser sancionado penalmente. Incluso, se podrán hacer las diferencias con la tercera postura dogmática que sustenta el profesor Schünemann, quien denomina al tema objeto de investigación como delitos especiales de garantes, y pretende construir un concepto de autoría única con base en la teoría del dominio del hecho.

De esa forma, en la doctrina nacional se advertirá que, si en la comisión de un delito funcional participan más de dos personas, es factible que algunos respondan penalmente como autores y otros como cómplices. Lo importante es que todos los intervinientes responderán por el mismo delito funcional y, más aún, todos serán juzgados en un solo proceso penal. Esto responde a la aplicación de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin cuya

base es la teoría de la unidad del título de imputación. No obstante, si se optara por la teoría de infracción de deber, desde la perspectiva de Jakobs, solo los funcionarios o servidores públicos responderían por el delito de infracción de deber; los demás, como los particulares, por ejemplo, responderían por un delito común paralelo o subyacente. Esta posición dogmática se asienta en la teoría de la ruptura del título de imputación.

### III.2.2. BENEFICIOS A LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Las conclusiones a las que se han llegado en la presente tesis serán de mucha utilidad para mejorar la legislación nacional en aspectos que nos parecen fundamentales para una buena comprensión e interpretación de los tipos penales que encierran delitos de infracción de deber. Todo ello con la finalidad de no dejar a la libre interpretación del juez penal, aspectos que deben tener una sola interpretación y aplicación. El dejar a la libre interpretación del juez genera en la práctica judicial diversas aplicaciones como interpretaciones han efectuado los jueces del país.

Por ello, antes de la modificación del artículo 25 del CP se planteaban hasta tres modificaciones legislativas al Código Penal de 1991. En efecto, como se ha puesto en evidencia, antes de la promulgación del Decreto Legislativo N.º 1351, en enero 2017, el juez penal podía optar por la teoría de la unidad del título de la imputación, así como por la teoría de la ruptura del título de imputación respecto a los partícipes en la comisión de un delito de infracción de deber. Ambas posiciones resultaban razonables en la interpretación del contenido del artículo 25 del CP. No había norma penal que orientara al juez a asumir una de las dos teorías. No había nada parecido al artículo 27.2 del Código Penal alemán que dispone: “La pena para el cómplice se sujeta a la sanción penal para el autor”. Ni mucho menos teníamos algo parecido a lo regulado en el artículo 28.1 del Código Penal alemán que dispone: “si faltan características especiales personales en el partícipe (instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena de conformidad con el artículo 49, inciso 1”. El legislador alemán muchos años atrás ya había optado por prever, en forma expresa, en su Código Penal la teoría de la unidad del título

de imputación. El cómplice siempre responderá por el delito realmente cometido por el autor o los autores, no por otro delito subsidiario o paralelo.

En consecuencia, al haberse agregado el tercer párrafo del artículo 25 del CP en 1991 en los términos siguientes: *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*, sin duda alguna el legislador nacional ha optado por la teoría de la unidad del título de imputación. De modo que “si en un hecho punible participan más de dos personas, unos como autores otros como cómplices, todos responderán penalmente por ese mismo delito y en un solo proceso penal. Legislativamente, luego de la entrada en vigencia el Decreto Legislativo N.º 1351, se ha descartado la teoría de la ruptura del título de imputación en nuestro sistema jurídico”. En la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1351 así se deja establecido.

Asimismo, “al preverse que el cómplice siempre responderá por el hecho punible cometido por el autor, a pesar de que los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él, significa que así en el cómplice no concurren los elementos especiales que fundamentan la penalidad del autor, igual aquel responderá por el delito cometido” (Prado, 2017, p. 188).

Se entiende que, en la mayoría de los delitos contra la administración pública, entre los elementos especiales que fundamentan la penalidad del autor figura que este debe tener la calidad de funcionario o servidor público y, además, poseer un deber funcional de carácter penal respecto del bien jurídico que se pretende proteger. Elementos especiales que, por ejemplo, no tiene un extraño o ajeno a la administración pública. O en su caso, un funcionario o servidor público que no tiene un deber funcional específico. Se vuelve a precisar que, según la teoría de infracción de deber desde la óptica de Roxin, si se verifica que un sujeto público participa en la comisión del delito junto al autor (sujeto público que infringe un deber especial por poseerlo), responde penalmente por este mismo delito, pero en calidad de cómplices.



Sin embargo, el legislador nada ha indicado respecto a la pena que le correspondería al cómplice de un delito de infracción de deber. En consecuencia, para efectos de ser coherentes con la teoría recogida en la modificatoria antes citada, es factible proponer un cambio legislativo del artículo 25 del Código Penal. En efecto, se propone que debe agregarse un cuarto párrafo al citado numeral, cuyo texto debe tener el siguiente contenido:

*Si faltan características especiales personales en el cómplice, que fundamenten la punibilidad del autor, se le reducirá prudencialmente la pena.*

Efectivamente, “si en el cómplice no concurre el deber especial de carácter penal que sí concurre en el autor, el juez debe atenuar prudencialmente la pena para aquel. De ahí que en los delitos especiales o de infracción de deber que lesionan el normal desenvolvimiento de la administración pública, al cómplice siempre se le impondrá menos pena que al autor. La conducta del autor es más reprochable penalmente que la del cómplice como ya hemos indicado. Pues el autor participa en la comisión del delito, infringiendo un deber especial de carácter penal; en cambio, el cómplice también participa en la comisión del mismo delito, pero sin infringir deber especial alguno debido a que no lo tiene. La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice que no infringió deber especial de carácter penal alguno”. En la conducta del autor existe un plus respecto a la conducta del cómplice.

Asimismo, es factible plantear una segunda propuesta legislativa. En efecto, si por la fórmula legislativa del tipo penal aceptamos la existencia de delitos de dominio o comunes y delitos especiales o de infracción de deber, legislativamente debe quedar establecido quién es autor o quién es la figura central en cada clase de delitos. Ambos tipos de delitos no aceptan la misma teoría para determinar la autoría y la participación.

Dogmática y legislativamente es pacífica la posición de que en los delitos de dominio autor es aquel que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible. Este concepto, incluso recogido en el artículo 23 del Código Penal, tiene como sustento la teoría del dominio del hecho. No obstante, no existe una norma penal

que precise cuándo se configura el autor en un delito de infracción de deber. Como ya hemos tenido oportunidad de indicar, el legislador del Código Penal de 1991, contundentemente lo obvió pese a que la teoría de infracción de deber ya se conocía en la doctrina penal desde 1963. No está de más volver a insistir en que la teoría de infracción de deber nació junto a la teoría del dominio del hecho. Y esta omisión ha generado que dogmática y jurisprudencialmente se hayan interpretado la autoría y la participación de los delitos de infracción de deber con la teoría del dominio del hecho. Naturalmente, con los resultados no tan alentadores como hemos tratado de poner en evidencia con esta investigación dogmática.

De ahí que nace la necesidad imperiosa de recoger en nuestro Código Penal alguna norma sobre los delitos de infracción de deber. En tal línea del razonamiento se propone una segunda modificación al Código Penal de 1991. Se debe agregar un segundo párrafo al artículo 23 del CP. El texto debe ser el siguiente:

***En los delitos de infracción de deber, es autor quien realiza el hecho punible infringiendo un deber especial de carácter penal.***

En consecuencia, según nuestro criterio, tales modificaciones legislativas deben imponerse en nuestro Código Penal para evitar que en los procesos judiciales cuyo objeto de acusación son los delitos de infracción de deber, en lo que se refiere a autoría y participación, se apliquen los planteamientos dogmáticos centrales de la teoría del dominio del hecho que, como ya hemos dejado establecido, sirve para identificar a los autores y partícipes en los delitos comunes o de dominio. Sin duda, aplicar la teoría del dominio del hecho para determinar la autoría y la participación en los delitos de infracción de deber, cuya estructura legislativa es diferente a los delitos de dominio, genera resoluciones judiciales contradictorias trayendo como consecuencia inseguridad jurídica en el ámbito de la administración de justicia penal y vulneración al principio de igualdad ante la ley.

### III.2.3 BENEFICIOS A LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

En términos jurisprudenciales, con los resultados de la investigación efectuada, la jurisprudencia que se viene emitiendo mejorará significativamente. Esto será así puesto que es lugar común sostener y verificar que cuando el operador jurídico (juez especializado, juez superior y juez supremo) tiene mayor amplitud en cuanto al conocimiento de los institutos dogmáticos, realiza una mejor interpretación de la norma procesal. En este caso, al tener mayores herramientas interpretativas de la teoría de infracción de deber, el operador jurídico efectuará una mejor interpretación de las normas penales que regulan los delitos de infracción de deber y, como consecuencia de ello, la jurisprudencia que emita será más coherente y razonable con los parámetros de la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin.

Después de la presente investigación, el operador jurídico penal conocerá con mayor propiedad el *leif motiv* de la teoría de infracción de deber y, de esa forma, entenderá mejor sus fundamentos. Al conocerse los fundamentos dogmáticos de la teoría de los delitos de infracción de deber, puede realizarse una mejor interpretación de ellos y, sin duda, en forma automática la jurisprudencia mejorará.

Por ejemplo, ha de entenderse con mayor precisión las razones por las cuales no se puede aplicar la teoría del dominio del hecho para determinar quién es autor y quién es cómplice en un delito de infracción de deber cuando han participado varias personas en su comisión.

Se entenderá mejor cuáles son las razones que generaron la sistematización de los delitos de infracción de deber por Roxin desde 1963, cuyo contenido fundamental es determinar quién es autor y quién es cómplice de un delito especial o denominados delitos de infracción de deber.

Se comprenderá mejor cuáles son las consecuencias prácticas de aplicar la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Jakobs y cuáles las de

aplicar la teoría de los delitos especiales de garantes que sustenta Bernd Schünemann.

Se comprenderá mejor cuáles son las razones que sustentan el optar por la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin para la solución de los casos judicializados que la realidad penal peruana presenta. Asimismo, se entenderá las consideraciones por las cuales se debe dejar de lado las teorías planteadas por Jakobs y Schünemann. Incluso, se entenderá mejor por qué, el legislador nacional desde el 2017 ha optado por la teoría de unidad del título de imputación y así lo ha previsto en el último párrafo del artículo 25 del Código Penal.

Consideramos que si el operador jurídico penal (juez penal) conoce las razones o fundamentos últimos de la teoría de infracción de deber desde la postura que aquí se defiende, automáticamente emitirá razonables y coherentes decisiones judiciales que en conjunto constituyen la jurisprudencia de un país. Si se tiene un mejor conocimiento teórico de las instituciones dogmáticas, las decisiones judiciales son más acertadas y mejor argumentadas. Al final, no debemos obviar que tal como enseña el profesor español Atienza (2004, p. 15) “el derecho es eminentemente argumentativo”. En el mismo sentido García (2005, p. 49).

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Por la estructura de la fórmula legislativa de los tipos penales que recoge el Código Penal de 1991, es pacífica en la doctrina la posición de establecer una clasificación bifronte de los delitos. Los delitos se dividen en comunes o de dominio, también por Jakobs denominados de organización y delitos especiales o de infracción de deber o según la denominación de Jakobs, delitos de infracción de deber por competencia institucional y de acuerdo a Bernd Schünemann, delitos especiales de garantes. Las dos clases de delitos responden a fundamentos diferentes de la imputación.

**SEGUNDA.** La teoría del dominio del hecho no rinde para determinar quién es autor y quién cómplice en los delitos de infracción de deber cuando en su comisión intervienen más de dos personas. Aquella teoría es de mucha utilidad para determinar quién es autor y quién es cómplice de los delitos comunes o de dominio. Desde el inicio de su sistematización ocurrida en 1963, quedó debidamente establecido que, a los delitos de infracción de deber, respecto a la autoría y la participación, le son aplicables otra teoría, la misma que fue y es denominada tanto por Roxin y Jakobs como: “teoría de los delitos de infracción de deber”.

Aspecto dogmático trascendente que aún no es manejado con propiedad por la jurisprudencia nacional. En efecto, se ha llegado a probar con esta investigación dogmática que los criterios de la teoría del dominio del hecho son utilizados para saber quién es autor y quién es cómplice en un delito de infracción de deber. Asimismo, cuando se hace uso de la teoría de los delitos de infracción de deber para resolver los casos judicializados en concreto, se utilizan indistintamente los criterios de la teoría de infracción de deber planteados por

Roxin, Jakobs y, en menor medida, Schünemann, sin tomar en cuenta sus evidentes diferencias.

**TERCERA.** La teoría de infracción de deber institucional fundamentada o sustentada por Jakobs, y que en resumen se puede reseñar así: el incumplimiento del deber institucional fundamenta ya el injusto penal y, por tanto, debe ser ya punible su autor, no resulta razonable según la estructura legislativa de los delitos de infracción de deber que recoge el Código Penal de 1991. En efecto, por ejemplo, en el delito de peculado sancionado en el artículo 387, el de malversación de fondos sancionado en el artículo 389, el de colusión sancionado en el artículo 384, el de negociación incompatible previsto en el artículo 399, el de enriquecimiento ilícito sancionado en el artículo 401 y los de cohecho pasivo propio e impropio sancionados en los artículos 393 y 394, respectivamente, la sola verificación de la infracción de un deber no fundamenta el injusto penal, pues según la estructura de la fórmula legislativa, para que ello suceda es necesario verificar en el hecho en concreto la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos, y, sobre todo, como mínimo, que el delito se haya iniciado.

**CUARTA.** La teoría de los delitos especiales de garantes del profesor Bernd Schünemann, que pretende justificar la utilización de la teoría del dominio del hecho para saber quién es autor y quién cómplice en un delito de infracción de deber, alegando que “el criterio de autor en el delito especial no debe ser buscado en la infracción de un deber, sino en una relación de dominio sobre el suceso, tipológicamente comparable con el de dominio del hecho en los delitos de comisión. Este dominio sobre el fundamento o causa del resultado se presenta en dos formas: en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico y el dominio sobre una causa esencial del resultado”, no puede aceptarse razonablemente, debido a que los delitos de infracción de deber tienen estructura legislativa diferente a la de los delitos de dominio. Ambas categorías de delitos presentan naturaleza y configuración legal distinta y, por tanto, es razonable que necesiten explicación y fundamentación diferente respecto a la autoría y participación. No resulta plausible pretender encontrar un denominador común en la categoría de la autoría y la participación, cuando desde la estructura del

tipo penal, las exigencias legales son diferentes en los delitos de dominio y en los de infracción de deber.

**QUINTA.** La teoría jurídica que debe aplicarse para determinar quién responde penalmente como autor y quién como cómplice en la mayoría de los delitos funcionariales en los cuales intervienen más de dos personas, es la de infracción de deber desde la perspectiva del profesor Claus Roxin. Teoría que se resume en lo siguiente: responde como autor de un delito funcional quien interviene en la comisión del delito infringiendo un deber especial de carácter penal, y responderá en calidad de cómplice quien también participa en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno simplemente porque no es portador de él. Y optando por la teoría de la unidad del título de imputación, tanto autores como cómplices responden por el mismo delito de infracción de deber realizado y en su solo proceso penal.

**SEXTA.** Afianzando la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, que claramente sostiene que en la comisión de los delitos de infracción de deber es irrelevante el criterio del dominio del hecho, debe sostenerse que no es posible la categoría dogmática de la coautoría. En efecto, no es posible jurídicamente que varios obligados especiales lesionen conjuntamente un deber de carácter penal conjunto. No existen deberes o principios conjuntos, ni menos deberes comunes. Los deberes o principios que se imponen a determinadas personas son siempre individuales y personalísimos.

La coautoría presupone una relación de dominio conjunto que, en realidad no existe en los delitos de infracción de deber, pues el deber o principio, que como ha quedado demostrado es el bien jurídico protegido, tiene un carácter personalísimo, cuya infracción o lesión compete solamente a los sujetos obligados.

En tal sentido, “si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para, por ejemplo, sustraer el patrimonio de la institución sobre la cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de ellos vulnera o infringe su deber especial y personal de no lesionar el

patrimonio público”. Cada sujeto público obligado en forma personal lesionará o infringirá el deber especial penal impuesto por la ley penal. Cada funcionario será solo autor del delito de peculado y, en su caso, se denominará conjunto de autores o autores paralelos.

**SÉTIMA.** En la misma línea de consolidar la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, la categoría jurídica de la autoría mediata es innecesaria: el que infringe el deber especial que le compete induciendo o solicitando a otro a producir el daño del objeto del delito ya es autor directo o inmediato. “En los delitos de infracción de deber rige el principio de autoría única, en todos los supuestos, el *intrañeus* responde como autor directo. La posición que ocupe en el hecho sea como hombre de adelante o como hombre de atrás es irrelevante”. No debe obviarse que es intrascendente algún criterio de dominio del hecho. Basta que un obligado especial esté vinculado a un deber de carácter penal y lo lesione para constituirse en autor simplemente.

La vinculación que tiene el obligado especial (sujeto público) con el bien jurídico representado en un deber o principio es inmediata y personalísima. En consecuencia, si la vinculación con el deber o principio es inmediata, inmediato también será su lesión, sin necesidad de recurrir a la figura de la autoría mediata que se sustenta en criterios de dominio del hecho.

**OCTAVA.** Finalmente, en la misma línea de consolidar la teoría de infracción de deber desde la perspectiva de Roxin, se concluye que las categorías jurídicas de complicidad primaria y secundaria también no son aplicables. En efecto, según la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin poseer el deber especial de carácter penal participa en la comisión de un delito de infracción de deber propio o impropio, responderá penalmente junto al autor por el citado delito, pero en su calidad de cómplice. La complicidad también es única. “La diferencia entre complicidad primaria y secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho, donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito”. Este aspecto que no es posible en los delitos de infracción de deber, pues aquí es irrelevante la magnitud del aporte (criterio de dominio del hecho) que haya efectuado.



El *quantum* con el que determinado sujeto participa en la comisión de un delito de infracción de deber es irrelevante. Para los delitos de infracción de deber el criterio del dominio del hecho es irrelevante o intrascendente. El criterio del dominio no tiene relevancia para la configuración de un delito de infracción del deber y, por tanto, tampoco tiene relevancia para determinar la calidad del cómplice.

Por lo demás, el cómplice siempre merecerá menos pena que el autor. La conducta del autor es más reprochable penalmente que la del cómplice. *El autor participa en la comisión del delito de infracción de deber, infringiendo un deber especial de carácter penal; en cambio, el cómplice también participa en la comisión del mismo delito, pero sin infringir deber especial alguno debido a que simplemente no lo tiene.* En la conducta del autor existe un plus.

## RECOMENDACIONES

**PRIMERA.** Con la finalidad de consolidar los principios de *igualdad ante la ley y seguridad jurídica* en la administración de justicia penal en el país, en la respuesta que da el Poder judicial a los casos judicializados sobre la mayoría de los delitos funcionariales, los jueces penales solo deben aplicar la teoría de infracción desde la perspectiva de Roxin, asumiendo todas sus consecuencias jurídicas.

**SEGUNDA:** Para efectos de ser coherentes con la teoría de infracción de deber recogida preliminarmente en la modificatoria del artículo 25 del Código Penal, ocurrida por el Decreto Legislativo N.º 1351, publicado el 7 de enero de 2017, es factible recomendar un cambio legislativo del contenido del artículo 25 del Código Penal. Proponemos agregar un cuarto párrafo al citado numeral, cuyo texto debe tener el siguiente contenido:

*Si faltan características especiales personales en el cómplice, que fundamenten la punibilidad del autor, se le reducirá prudencialmente la pena.*

Efectivamente, “si en el cómplice no concurre el deber especial de carácter penal que sí concurre en el autor, el juez debe atenuar prudencialmente la pena para aquel. La conducta del autor es más reprochable penalmente que la del cómplice, como ya hemos indicado, pues el autor participa en la comisión del delito, infringiendo un deber especial de carácter penal. En cambio, el cómplice también participa en la comisión del mismo delito, pero sin infringir deber especial alguno debido a que no lo tiene”.

**TERCERA:** Si aceptamos que, por la fórmula legislativa del tipo penal, tenemos delitos de dominio y de infracción de deber, legislativamente debe quedar establecido quién es autor o quién es la figura central en cada clase de ilícitos

penales. Dogmática y legislativamente es pacífica la posición de que, en los delitos de dominio, *el autor es aquel que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible*. Este concepto, incluso recogido en el artículo 23 del Código Penal, tiene como sustento la teoría del dominio del hecho. No obstante, no existe una norma penal que precise cuándo se configura el autor en un delito de infracción de deber. De ahí que nace la necesidad imperiosa de establecer en nuestro Código Penal alguna norma sobre los delitos de infracción de deber. En esa línea del razonamiento se recomienda una segunda modificación al Código Penal de 1991 como es que se agregue un segundo párrafo al artículo 23 del CP con el texto siguiente:

*En los delitos de infracción de deber, es autor quien realiza el hecho punible infringiendo un deber especial de carácter penal.*

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima, 2014.

– “Modelos de protección penal del patrimonio público”. *La corrupción*. (Martínez Huamán, director), Editores del Centro, Lima, 2020.

– “Delitos especiales y participación necesaria: dos contribuciones de la ciencia penal alemana”, en *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica T.I*, Libro homenaje a Claus Roxin, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.

– “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 17, Lima, 2005.

– *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2ª ed., Palestra Editores, Lima, 2003.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel y VÁSQUEZ-PORTOMENÉ SEIJAS, Fernando, *El delito de tráfico de influencias*, Instituto Pacífico, Lima, 2019.

ANALES JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Año Judicial 1990, T. LXXVIII, Lima, 1993.

ANALES JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Año judicial 1994, T. LXXXII, Lima, 1998.

ALCOCER POVIS, Eduardo, “La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya”, en *Rev. Actualidad jurídica*, T. 142, Lima, 2005.

- *La inclusión del enemigo en el Derecho Penal*, editorial Reforma, Lima, 2009.

- *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, jurista editores, Lima, 2018.

ÁLVAREZ GARCÍA, Fco. Javier, (director) *Tratado de Derecho penal español, Parte especial III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia*,

Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

AMORETTI PACHAS, Mario, *Violaciones al debido proceso penal. Análisis y crítica al proceso penal seguido contra Luis Bedoya de Vivanco*, Grijley, Lima, 2007.

APAZA MAMANI, Hugo, "El funcionalismo penal frente al problema de la participación delictiva en los delitos de infracción de deber", en *Rev. Actualidad penal*, N.º65, noviembre 2019.

ARISMENDIZ AMAYA, Eliu, *Manual de delitos con la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales*, Instituto Pacífico, Lima, 2018.

ARMAZA GALDÓS, Jorge y ZAVALA TOYA, Fernando, "La decisión judicial. Para leer el derecho positivo a través de la jurisprudencia", en *Gaceta Jurídica*, Lima, 1999.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra Editores, Lima, 2004.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Constante y ROBLES BRICEÑO, Mery, "Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema", en *Gaceta Jurídica*, Lima, 2005.

BACA CABRERA, ROJAS VARGAS, y NEYRA HUAMÁN, *Jurisprudencia penal. Ejecutorias de la Sala Penal de Apelaciones de la corte Superior de Lima 1998*, T. III, *Gaceta Jurídica*, Lima, 1999.

BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1998.

– *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987.

– *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1998.

BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Marcial Pons, Barcelona, 2007.

BARRIOS ALVARADO, Elvia, "El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público", en *Rev. jurídica: Gaceta penal y procesal penal*, setiembre 2010, pp. 169-177.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Lecciones de Derecho penal*, Praxis, Barcelona, 1996.

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, T. I, Introducción al Derecho Penal, 2da. edición actualizada, Iustel, Madrid, 2015.
- BERNAL PINZÓN, Jesús, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*, Temis, Bogotá, 1995.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis, “Jurisprudencia en materia penal”, en Consejo de *Coordinación Judicial*, Vol. 3, Lima, 2000.
- CÁCERES JULCA, Roberto, *El delito de peculado: aspectos sustantivos y procesales*, Idemsa, Lima, 2012.
- CARO JOHN, José Antonio, “La intervención del particular en los delitos cometidos por funcionarios públicos”. *La corrupción*. (Martínez Huamán, director), Editores del Centro, Lima, 2020.
- “La autoría delictiva del funcionario público”, en Rev. IusPuniendi, Año I, Vol. 2, editorial Ideas, Segundo Trimestre 2015 (A).
  - Recensión a Ricardo Robles Planas (director,) La responsabilidad en los “delitos especiales”. El debate doctrinal en la actualidad, BdeF, Montevideo-Buenos Aires 2014, en InDret, revista para el análisis del derecho, N.º 1, Barcelona, enero 2015 (B).
  - *Dogmática penal aplicada 4*, Ara editores, Lima, 2010 (A).
  - *Normativismo e imputación jurídico-penal*, Ara editores, Lima, 2010 (B).
  - *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003(A).
  - “Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2003 (B).
  - “Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana”, en Libro homenaje Al profesor Günther Jakobs, *El funcionalismo en Derecho penal*, T. II, Universidad externado de Colombia, 2003.
- CASTILLO ALVA, José Luis, *El delito de colusión*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.
- “El delito de negociación incompatible”, en Cuestiones actuales del sistema penal –Crisis y desafíos–, Ara Editores, Lima, 2008.
  - *Jurisprudencia 1, 2 y 3. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima, 2006.

- *Principios de derecho penal. Parte general*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002.

CASTRO CUENCA, Carlos “Análisis criminológico y político criminal de la corrupción”. *La corrupción*. (Martínez Huamán, director), Editores del Centro, Lima, 2020.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, T. I, Tecnos, Madrid, 1990.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Informe: corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos, OEA, 6 de diciembre, 2019.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “Problemas político-criminales y procesales en la persecución de los delitos de corrupción”, en *Delitos contra la administración pública* (Francisco Heydegger, coordinador), Idemsa, 2013.

CUGAT MAURI, Miriam, “Negociaciones prohibidas”, en *Tratado de Derecho penal español, Parte especial III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia* (Álvarez García, director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- “Elementos subjetivos del delito y límites de las *Compliance* anticorrupción: a propósito de la difícil delimitación entre gastos de representación y pagos de facilitación”. *La corrupción*. (Martínez Huamán, director), Editores del Centro, Lima, 2020.

CREUS, Carlos, *Esquema de Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

– *Derecho penal. Parte especial*, T. 2, Astrea, Buenos Aires, 1990

– *Delitos contra la administración pública*, Astrea, Buenos Aires, 1981.

CHANJAN DOCUMET, Rafael, “El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base de los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia”, en *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, IDEHPUCP, Lima, 2012.

CHANJAN DOCUMET, TORRES PACHAS y GONZALES CIEZA, *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*, IDEHPUCP-NED, Lima, 2020.

- CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y VALLADOLID ZETA, Víctor, *Jurisprudencia penal*, Jurista editores, Lima, 2002.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Radiografía de la corrupción en el Perú*. Reporte de corrupción N.º 1, año 1, Lima, mayo, 2017.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz M., “Autoría y participación en los delitos contra la Administración Pública”, en *Tratado de Derecho penal español, Parte especial III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia* (Álvarez García, director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, 1991.
- “Claus Roxin y la teoría de la autoría. Algunas discrepancias”, *Libro homenaje al profesor Claus Roxin*, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018.
  - “La influencia de la teoría de la coautoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas”, en *Estudios de dogmática penal, y derecho penal económico y de la empresa* (Urquiza Olaechea, director), Taller de dogmática penal UNMSM-Ideas, Lima, 2019.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la administración pública*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- ESPINOZA GOYENA, Julio y otros, *La jurisprudencia penal de la Corte Suprema -en lo sustantivo, Código de Procedimientos Penales y nuevo Código Procesal Penal 2007-2011*, Lima, 2013.
- FALCONE, Andrés, “Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho. La coautoría como expresión mancomunada de sentido”, en *InDret revista para el análisis del derecho*, N.º 3, Barcelona, julio 2017.
- FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, “Delitos contra la administración pública: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas”, en: *Delitos contra la administración pública* (Francisco Heydegger, coordinador), Idemsa, 2013.
- “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, en *Revista Internacional de Derecho Penal Contemporáneo*, N.º 16, Bogotá, 2006.



- *Teoría de la imputación objetiva: estudio crítico y valorativo sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, México, 2000.

FÉLIX TASAYCO, Gilberto, *Gestión pública de la administración de justicia*, Grijley, Perú, 2018.

FERREIRA DELGADO, Francisco, *Delitos contra la administración pública*, 3ra. edición, Bogotá, 1995.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho penal. Parte especial*, 16ta edición actualizada, Abeledo-Perrot, 2003.

FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, Editorial Colex, Madrid 1995.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal, Parte General*, 3ra. edición, Ideas, Lima, 2019.

- “La responsabilidad penal del partícipe extraneus en los delitos especiales cometidos por funcionarios públicos”, en *Nuevo proceso penal y delitos contra la administración pública* (Castañeda Otsu, coordinadora), Jurista Editores, Lima, 2014.

– *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Grijley, Lima, 2008.

- “La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú”, en *Libro Homenaje a Günther Jakobs*, Ara editores, Lima, 2005.

– “La imputación penal en el seno de la empresa”, en Libro homenaje Al profesor Günther Jakobs, *El funcionalismo en Derecho penal*, T. II, Universidad externado de Colombia, 2003.

- “El artículo 27º del Código Penal. El actuar en lugar de otro en Derecho Penal”, en *Anuario de Derecho penal*, Lima, 2003.

GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *El delito de colusión*, Grijley, Lima, 2008.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho*, 2da. edición, Palestra Editores, Lima, 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “De nuevo sobre la heteropuesta en peligro consentida”, en *Estudios de dogmática penal, y derecho penal económico y de la empresa* (Urquiza Olaechea, director), Taller de dogmática penal

UNMSM-Ideas, Lima, 2019.

– “La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 13, Lima, 2003.

– “Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal” en *Problemas actuales de las ciencias penales y de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1970.

– *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales*, BdeF, Buenos Aires, 2006.

– “Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código Penal Español”, en *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad* (Robles Planas, director), BdeF, Montevideo-Buenos Aires 2014.

GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal de 2000*, 2da edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Rodhas, Lima, T. IV, 1999.

– *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*, Idemsa, Lima, T. II, 1996.

GUIMARAY MORI, Erick, *Teoría del delito y delitos de corrupción de funcionarios, en Aproximación multidisciplinaria para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú*, IDEHPUCP, 1ra. edición, Lima, agosto 2015.

– “Sobre las implicancias económicas de la gran corrupción y su relación criminológica con el derecho penal”, en *Rev. Actualidad penal*, N.º 55, Instituto Pacífico, Lima, enero 2019.

GUIMARAY MORI, Erick y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio, “Colusión por comisión por omisión. El caso de los alcaldes y los presidentes regionales”, en *Rev. Ius et Veritas*, N.º 51, Lima, diciembre 2015.

GRECO, Luis, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*, traducción de Carlos Lazcano y Diego Peretti, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

HASSEMER, Winfried, *Por qué no debe suprimirse el Derecho penal*, Instituto nacional de ciencias penales, México, 2003.

- *Persona, mundo y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984.

HAVA GARCÍA, Esther, “Prevaricación de los funcionarios públicos”, en *Tratado de Derecho penal español, Parte especial III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia* (Álvarez García, director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

HERNÁNDEZ PLACENCIA, José, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, 1966.

HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal, Obras Completas*, T. I, II, III, IV y V, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2005.

HUERTA GUERRERO, Luis, “Prevención y sanción de la corrupción: una perspectiva constitucional”, en *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, IDEHPUCP, Lima, 2012.

HUGO ÁLVAREZ, Jorge, *Delitos cometidos por particulares contra la administración pública*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

- “El nuevo constructo del delito de abuso de autoridad”, en *Delitos contra la administración pública* (Francisco Heydegger, coordinador), Idemsa, 2013.

HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal, Parte general*, 2da edición, Eddili, Lima, 1987.

- “Interpretación y aplicación del artículo 400° del Código Penal del Perú: delito llamado de tráfico de influencias”, en *Anuario de Derecho penal 2005 [Interpretación y aplicación de la ley penal]*, Lima, 2006.

HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, traducción de Pablo Sánchez Ostiz, Thomas Arazadi, Navarra 2005.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general*, traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzales, 2da. edición, Marcial Pons, Madrid, 1997

- *Derecho penal. Parte general. Fundamentos de la teoría de la imputación*, traducción española de Cuello Contreras y Serrano González, Marcial Pons, Madrid, 1995.

- *Estudios de Derecho penal*, traducción y estudio preliminar (Cancio Meliá, Peñaranda Ramos y Suarez González), Civitas, Madrid, 1997.

- *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra editores, Lima, 2000.
  - *La omisión: estado de la cuestión*, en *Sobre el estado de la teoría del delito* (seminario en la Universitat Pompeu Fabra), edición a cargo de Silva Sánchez, cuadernos civitas, Madrid, 2000.
  - *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de Cancio Meliá, Grijley, Lima, 2001.
  - *Sobre la normativización de la dogmática jurídica-penal*, cuadernos Civitas, Madrid-España, 2003.
  - *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 1ra. edición, Thomson/Civitas, Madrid, 2004.
  - “La idea de la normatividad en dogmática jurídico-penal”, en *Libro Homenaje a Günther Jakobs. Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI*, (director: Guillermo Yacobucci), Ara Editores, Lima, 2005.
  - *¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*, en *Libro homenaje a Günther Jakobs, Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI* (director: Guillermo Yacobucci), Ara Editores, Lima, 2005.
    - *El Derecho penal como disciplina científica*, traducción de Alex van Weezel, Thomson/Civitas, Madrid, 2008.
    - *¿Protección de bienes jurídicos?*, traducción de Pablo Rodrigo Alflen, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2020.
- JAKOBS, Günther y CANCIO MELIA, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, Lima, 2000.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*, Vol. I y II, Bosch, Barcelona, 1981.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, traducción de Miguel Olmedo, V. y II, 1ra. edición Perú, editorial Instituto Pacífico, Lima, 2014.
- KINDHAUSER, Urs, “Infracción de deber y autoría -una crítica a la teoría del dominio del hecho”, traducción de Juan Pablo Mañalich, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 14, año 2011, Universidad de Chile.

- LAMARCA PÉREZ, Carmen, (Coordinadora), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, 3ra. edición, Colex, Madrid, 2015.
- LESCH, Heiko, “Intervención delictiva e imputación objetiva”, traducción de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 48, N.º 3, España, 1995.
- *Intervención delictiva e imputación objetiva*, traducción de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995-A.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ HUAMÁN, Raúl, “Delito de colusión: cuestiones problemáticas del art. 384 del CP”. *La corrupción*. (Martínez Huamán, director), Editores del Centro, Lima, 2020.
- MEINI MÉNDEZ, Iván, *Lecciones de Derecho Penal- Parte General, teoría jurídica del delito*, fondo editorial PUCP, Lima, 2014.
- “Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional*, Lima, 2006.
  - “Responsabilidad penal del superior jerárquico”, en *Libro Homenaje a Günther Jakobs. Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI*, Lima, 2005.
- MILLA VÁSQUEZ, Diana, “Los beneficios penitenciarios en los delitos de corrupción de funcionarios”. *La corrupción*. (Martínez Huamán, director), Editores del Centro, Lima, 2020.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 10ma. edición, Reppertor, Barcelona, 2016.
- *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel S. A., Barcelona, 1994.
- MIR PUIG, Carlos, *Comentarios a los delitos contra la administración pública*, Instituto Pacífico, Lima, 2016.
- “La malversación y el nuevo delito de administración desleal en la reforma de 2015 del Código Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T.68, N.º 1, España, 2015.
  - “Sobre la reforma de los delitos de malversación en el anteproyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 2013”, en *Delitos contra la*

- administración pública* (Francisco Heydegger. coordinador), Idemsa, 2013.
- *Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal*, Bosch, Barcelona, 2000.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y PERDOMO TORRES, Jorge, “Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs”, en libro homenaje al profesor Günther Jakobs, *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI* (director: Guillermo Yacobucci), Ara Editores, Lima, 2005.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan (Coord.), *Manual sobre delitos contra la administración pública*, IDEHPUCP, Lima, 2015.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan, “*El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión*”, en Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú, IDEHPUCP, Lima, 2012.
- *Ética pública e integridad institucional en los servicios de justicia*, en Aproximación multidisciplinaria para el procesamiento de casos de corrupción en el Perú, IDEHPUCP, 1ra. edición, Lima, agosto 2015.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio, “¿jurisprudencia penal en disputa? sobre la peligrosa irrupción de una dogmática irracional y desafortunada en la jurisprudencia en materia de corrupción”, en *Rev. Actualidad penal*, Instituto Pacífico, N.º 47, mayo, 2018.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Sistema de Derecho penal. Parte especial. Fundamentos conceptuales y metodológicos del derecho penal. Ley penal*, 3ra. edición, Dykinson S.L, Madrid, 2016.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 13ra. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- *Teoría general del delito*, 2da. edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
- NORMAS LEGALES, Trujillo-Perú, T. 288, 2000.
- ONU, Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2004.
- ONU, Convención de la Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos, Nueva York, 2004.

OSSANDÓN, María Magdalena, “Delitos especiales y de infracción de deberes en el anteproyecto de Código Penal”, en Revista electrónica semestral de políticas en materias penales, Política Criminal, N.º 1, Vol. 1, Universidad de Talca, julio, Chile, 2006.

OTTO, Harro, *Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal*, traducción José R. Béguelin, 7ma. edición, reelaborada, Atelier, Barcelona, 2017.

PAOLI, Letizia, “Mafia y crimen organizado en Italia. El éxito desconocido de la represión”, en Corrupción, crimen organizado, lavado de activos, financiamiento de terrorismo y compliance, *Libro homenaje a Fernando Velásquez Velásquez*, Instituto pacífico, Lima, 2020.

PARIONA ARANA, Raúl, *El delito de colusión*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.

- “La autoría mediata en los delitos de infracción de deber”, en libro homenaje al profesor Bernd Schünemann, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- “La teoría de los delitos de infracción de deber, fundamentos y consecuencias”, en Rev. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, Lima, enero 2011, pp. 69-83. También en *Delitos contra la administración pública* (Francisco Heydegger, coordinador), Idemsa, Lima, 2013.
- “La lucha contra la corrupción en el Perú: el proceso, la experiencia y las lecciones”, en *La lucha contra la corrupción en el Perú, el modelo peruano: La experiencia de las Procuradurías anticorrupción*, editado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2012.
- “La imprescriptibilidad de los delitos de corrupción de funcionarios. ¿Medida necesaria para evitar la impunidad?”, en *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, IDEHPUCP, Lima, 2012.
- “Participación en delitos especiales”, en Libro homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera, Ara editores, Lima, 2006.

PARMA, Carlos, *Teoría del delito, límites de la autoría y participación criminal, error, delito de peligro, escuelas y tentativa*, ediciones jurídicas de Santiago, Chile, 2016.

- *Teoría del delito 2.0*, Adrus editores, Lima, 2017.
- PAWLIK, Michael, “El funcionario policial como garante de impedir delitos”, en *InDret*, revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero 2008.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990.
- “Sobre el alcance del artículo 65.3 CP. Al mismo tiempo: Una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber”, en *Responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*, (Robles Planas, director), BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- PEÑA CABRERA-FREYRE, Alonso, “Pena efectiva de privación de la libertad para los funcionarios públicos que cometen delitos funcionales de contenido patrimonial”, en *Rev. Actualidad Penal*, N.º 12, Lima, junio 2015.
- “La no devolución de viáticos: ¿delitos de peculado o la configuración de un delito contra el patrimonio? Delitos de infracción de deber vs. Delitos de dominio, en búsqueda de un criterio material”, en *Nuevo proceso penal y delitos contra la administración pública* (Castañeda Otsu, coordinadora), Jurista editores, Lima, 2014.
- PÉREZ ARROYO, Miguel, *La evolución de la jurisprudencia en el Perú* (2001-2005), T. II, Editorial San Marcos, Lima, 2006.
- PÉREZ ALONZO, Esteban, *La coautoría y la complicidad (necesaria)* en Derecho Penal, Granada, 1998.
- PORTOCARRERO HIDALGO, Juan, *Delitos contra la administración pública*, Editora Jurídica Portocarrero, Lima, 1996.
- *Precedentes Vinculantes en Materia Penal*, Instituto de Ciencia Procesal Penal, editorial Reforma, Lima, 2008.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Política criminal peruana*, Cultural Cuzco, Lima, 1985.
- “Reformas en los delitos contra el patrimonio. Comentarios a las Leyes 26319 y 26326”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 4, julio-diciembre, Lima, 1994.
  - *Todo sobre el Código Penal*, 2 tomos, Idemsa, Lima, 1996.
  - “La reforma del delito continuado en la Ley 26683: ¿Una solución al fraude colectivo?”, en *Revista de la Academia de la Magistratura*, N.º



1, Lima, 1998.

- *Derecho penal, jueces y jurisprudencia*, Palestra, Lima, 1999.
- *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- *Criminalidad organizada*, Idemsa, Lima, 2006.
- *Nuevo proceso penal: reforma y política criminal*, Idemsa, Lima, 2009.
- *Determinación Judicial de la pena y acuerdos plenarios*, Idemsa, Lima, 2010.
- *Manual de Derecho Penal. Parte General*, coautoría con Hurtado Pozo, José, T.I y II, 4ta. edición, Idemsa, Lima, 2011.
- *Criminalidad organizada, Parte Especial*, Instituto Pacífico, Lima, 2016.
- *Consecuencias jurídicas del delito*, Idemsa, Lima, 2016.
- *Delitos y penas, una aproximación a la Parte Especial*, Ideas, Lima, 2017.
- *Derecho penal, Parte especial: los delitos*, Fondo editorial PUCP, Lima, 2017.
- “Lavado de activos y Política Criminal: Presente y futuro”, en *Anuario de Derecho Penal 2015-2016*, Problemas actuales de política criminal, Dir. José Hurtado Pozo, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2018
- “Mitos y realidades del castigo penal”, en *Libro homenaje al profesor Luis Roy Freyre*, coordinador Gerardo Lamas Suarez, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2018.

REAÑO PESHEIRA, José, *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Jurista editores, Lima, 2009.

- “Los delitos de corrupción de funcionarios. Una visión crítica a partir del caso Montesinos”, en *Ius et Veritas*, Año XII, N.º 23, Lima, 2001.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Manual de Derecho penal, Parte general*, V. I y II, Pacífico editores, Lima, 2014

- *Autoría y participación en el delito - régimen normativo, doctrinario y jurisprudencial*, Gaceta jurídica, Lima, 2014.
- *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública*, Jurista editores, Lima, 2014.
- La infracción penal por peculado culposo: Análisis a partir del artículo 387, cuarto párrafo del Código Penal”, en *Delitos contra la administración*

*pública* (Francisco Heydegger, coordinador), Idemsa, Lima, 2013.

REYNA ALFARO, Luis, “El concepto penal de funcionario público, desarrollos doctrinales y jurisprudenciales”, en *Delitos contra la administración pública* (Francisco Heydegger, coordinador), Idemsa, Lima, 2013.

ROCA DE AGAPITO, Luis, “El delito de peculado en España y en Perú”, en *Delitos contra la administración pública* (Francisco Heydegger, coordinador), Idemsa, Lima, 2013.

- “Concepto de autoridad y de funcionario público a efectos penales”, en *Tratado de Derecho penal español, Parte especial III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia* (Álvarez García, director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- “Malversación”, en *Tratado de Derecho penal español, Parte especial III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia* (Álvarez García, director), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013a.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

– *Estudios de dogmático jurídico-penal*, BdeF, Buenos Aires, 2015.

– “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)”, en *InDret*, revista para el análisis del derecho, N° 2, Barcelona, abril, 2012.

– “Deberes negativos y positivos en Derecho penal”, en *InDret*, revista para el análisis del derecho, N.º 4, Barcelona, octubre, 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo y JAVIER RIGGI, Eduardo, “El extraño artículo 65.3 del Código Penal” en *La responsabilidad en los "delitos especiales". El debate doctrinal en la actualidad*, (Robles Planas, director), BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, 3ra edición, Grijley, Lima, 2002.

– *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Nomos & thesis, Lima, 2016

– *Código Penal, 16 años de jurisprudencia sistematizada, I y II*, 3ra edición, Idemsa, Lima, 2007.

– *Jurisprudencia penal comentada (2001-2003)*, T. II, Idemsa, Lima, 2005.

– *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Ideosa, Lima, 2002.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General, especiales formas de aparición del delito*, T. I y II, traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña y otros, 1ra. edición, editorial Aranzadi, Pamplona, España, 2014.

– *Derecho penal, Parte general*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García-Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, T. I, 2da edición, Civitas, 1997.

– *Iniciación al Derecho penal de hoy*, trad. de Muñoz Conde y Luzón Peña, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

– *Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal*, 7ma. Edición, editorial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

– “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, en *Sobre el estado de la teoría del delito* (seminario en la Universitat Pompeu Fabra), edición a cargo de Silva Sánchez, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.

– *Problemas actuales de dogmática penal*, Ara, Lima 2004.

– “La autoría mediata por dominio en la organización”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 13, Lima, 2003.

– *La Teoría del delito en la discusión actual*, trad. de Abanto Vásquez, Grijley, Lima, 2007.

ROXIN, Claus, ARZT, Günter y TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*, Ariel, Barcelona, 1989.

ROXIN, Claus y SCHÜNEMANN, Bernd, *Derecho procesal penal*, traducción de la 29na edición alemana por Mario Amoretti y Darío Rolón, revisada por Ignacio Tedesco, ediciones Didot, Buenos Aires, 2019.

RUEDA MARTÍN, Ma. Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001.

– “Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso”, RP, N.º 9, 2002.

– “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”, en *Delitos contra la administración pública* (Francisco Heydegger, coordinador), Idemsa, Lima, 2013.

- La punición del partícipe *extraneus* en un delito especial y el artículo 65.3 del Código Penal, en *Responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*, (Robles Planas, director), BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
  - “El fundamento de la atenuación (facultativa) de la pena del partícipe *extraneus* en un delito especial en el Código Penal español”. *La corrupción*. (Martínez Huamán, director), Editores del Centro, Lima, 2020.
- SÁENZ TORRES, Alexei, “El delito de minería ilegal”, en *Rev. de Derecho y Ciencias Política*, Vol. 71, Facultad de derecho y ciencia política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, (Nº 1) 2014.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista editores, Lima, 2004.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2002.
- “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica trascendencia”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. 51, N.º 1-3, España, 1998.
  - “Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general”, en *Revista canaria de Ciencias penales*, N.º 3, julio, Madrid, 1999.
  - “Delitos de infracción de deber”, en *Responsabilidad en los delitos especiales. El debate doctrinal en la actualidad*, (Robles Planas, director), IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
- SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.
- “El disvalor de la acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional”, en *Estudios de dogmática penal, y derecho penal económico y de la empresa* (Urquiza Olaechea, director), Taller de dogmática penal UNMSM-Ideas, Lima, 2019.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra editores, Lima, 2006.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, CARO CORIA, Dino Carlos y REAÑO PESCHIERA, José, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento*

*ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista editores, Lima, 2002.

SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la administración pública*, 5ta edición, Iustitia, Lima, 2019.

- “La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios”, en *Anuario de Derecho Penal 2015-2016*, Problemas actuales de política criminal, Dir. José Hurtado Pozo, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima. 2018.
- “La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios”, en *Libro homenaje al profesor Luis Roy Freyre*, coordinador Gerardo Lamas Suarez, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- “Penas efectivas para los autores de peculado y colusión. A propósito de la modificación del artículo 57 del CP”, en *Rev. Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 80, febrero 2016, Lima.
- “El delito de tráfico de influencias y la casación del caso Aurelio Pastor”, en *Rev. Gaceta Penal y Procesal Penal*, T. 79, enero 2016, Lima.
- “El delito de negociación incompatible en nuestro sistema jurídico”, en *Rev. Actualidad Penal*, editorial Instituto Pacífico, Vol. 17, noviembre, 2015, Lima.
- “Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana”, en *Rev. Ius Puniendi*, Año I, Vol. 2, editorial Ideas, Segundo Trimestre 2015.
- “El delito de peculado de uso y su causal de atipicidad”, en *Rev. Gaceta penal y procesal penal*, *Gaceta Jurídica*, T. 57, marzo 2014, Lima.
- “Estructura típica del delito de peculado según la Ley N° 29758”, en *Nuevo proceso penal y delitos contra la administración pública* (Castañeda Otsu, coordinadora), Jurista editores, Lima, 2014.
- “El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana”, en *Delitos contra la administración pública* (Francisco Heydegger, coordinador), Idemsa, 2013.
- “El delito de peculado en la legislación y en la jurisprudencia vinculante”, en *Jus Jurisprudencia*, N.º 6, junio 2008.

- “El delito de tráfico de influencias en la legislación y en la jurisprudencia peruana”, en *Jus Jurisprudencia*, N.º 9, septiembre 2008. También, en *Revista jurídica del Perú*, Normas Legales, N.º 95, enero 2009.

SCHÜNNEMANN, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, traducido por Joaquín Cuello Contreras y José Serrano González, Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009.

- *Obras*, T. I y II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009.
- *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, introducción, (Compilador), traducción y notas de Jesús-María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid 1991.
- “La culpabilidad: estado de la cuestión, en Sobre el estado de la teoría del delito” (seminario en la Universitat Pompeu Fabra)”, edición a cargo de Silva Sánchez, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.

– *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*, Idemsa, Lima 2006.

- “El propio sistema de la teoría del delito”, traducido por José Milton Peralta, en *InDret*, revista para el análisis del derecho, Barcelona, 2008.
- “La deducción de los principios generales de la imputación penal a partir de la finalidad preventivo-general del derecho penal”, en Libro homenaje al profesor Claus Roxin, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2018.
- “Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales”, traducido por Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, en *Rev. de derecho PUCP*, N.º 81, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *En busca del Derecho Penal. Esbozo de una teoría realista del delito y de la pena*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2015.

- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, segunda edición ampliada y actualizada, editorial BdeF, Buenos Aires, 2012.
- *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal de las sociedades postindustriales*, 2da. Edición, Madrid, 2001.
- *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992.
- *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima 2000.

- “Informe sobre las discusiones, en Sobre el estado de la teoría del delito” (seminario en la Universitat Pompeu Fabra), edición a cargo de Silva Sánchez, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000.
- *Estudios sobre los delitos de omisión*, Grijley, Lima, 2004.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1992.
- “Problemas de imputación en casos de concurrencia de aportaciones de diversos sujetos”, en *Libro homenaje a Luis Bramont-Arias*, Lima, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y SUÁREZ GONZÁLES, Carlos, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2001.

SUÁREZ GONZALES, Carlos, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*, Grijley, Lima, 2001.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Gladys Romero, 2da. edición, Edersa, Madrid, 1982.

SERIE DE JURISPRUDENCIA, en *Academia de la Magistratura*, N.º 1, Lima, 1999.

SERIE DE JURISPRUDENCIA, en *Academia de la Magistratura*, N.º 3 y 4, Lima, 2000.

TORRES BARDALES, Coloníbol, *Metodología de la investigación científica*, 3ra. edición, editorial San Marcos, Lima, 1994,

URQUIZO OLAECHEA, José, “La prohibición de analogía *in malam partem* en el Derecho penal”, en *Libro Homenaje a Luis Bramont Arias*, Lima, 2003

- *Jurisprudencia penal*, Jurista editores, Lima, 2005.
- *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de justicia (2006-2010)*, T. I, II, III, editorial IDEMSA, Lima, 2011

VARGAS VALDIVIA, Luis, “Tratamiento de la prueba en el delito de colusión desleal: especial referencia a la prueba indiciaria”, en *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, IDEHPUCP, Lima,

2012.

VILLA STEIN, Javier, *Derecho penal. Parte general*, Prólogo del penalista español José Cerezo Mir, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal básico*, fondo editorial PUCP, Lima, 2017.

– *Derecho Penal, Parte general*, editorial Grijley, Lima, 2006.

– *Derecho Penal, Parte especial I*, editorial Grijley, Lima, 2014.

– “Concurso de delitos y concurso aparente de leyes”, en *Libro homenaje a Luis Bramont-Arias*, Lima, 2003.

– “Adaptando la legislación penal del Perú a la Convención Interamericana contra la corrupción”, en *Instituto de Estudios Internacionales de la PUCP*, Lima, 2001.

– *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Editorial Cuzco, Lima, 1990.

WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. Cerezo Mir, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

– *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos-Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.

WESSELS, Johannes- BEULKE, Werner- SATZGER, Helmut, *Derecho penal, Parte general. El delito y su estructura*, 46ta. edición alemana, trad. de Raúl Pariona Arana, Instituto Pacífico, Lima, Perú, 2018.

ZAFFARONI, Raúl, *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (IDEJ), Nicaragua, 2016.

– “Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones”, en Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo, Idemsa, Lima, 2013.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Instituto pacífico, Lima, 2020.



## **TESIS DE POST GRADO SOBRE DELITOS FUNCIONARIALES**

ARRIETA CARO, José Wilfredo, Tesis para optar el grado académico de magíster: *“La prueba indiciaria en el delito de colusión”*, Escuela de Postgrado de la PUCP, maestría en Derecho Penal, Lima, 2018.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos, Tesis para optar el grado académico de magíster: *“Gran corrupción y Derechos Humanos”*, Escuela de Postgrado de la PUCP, maestría con mención en Investigación Jurídica, Lima, 2018.

QUIÑONES ORÉ, Héctor Daniel, Tesis para optar el grado académico de magíster: *“Etnografía de la corrupción en estudios de abogados de Lima”*, Unidad de Postgrado de la UNMSM, maestría en Antropología, Lima, 2018.

MACEDO BRACO, Francisco José, Tesis para optar el grado académico de magíster: *“Los actos de corrupción como violaciones de Derechos Humanos. Una argumentación desde la Teoría del Discurso Racional de Robert Alexy”*, Escuela de Postgrado de la PUCP, maestría con mención en Derechos Humanos, Lima, 2015.

RODRÍGUEZ OLAVE, Giovanna Yahaira, Tesis para optar el grado académico de magíster: *“El concepto de funcionario público en el Derecho Penal y la problemática del “funcionario de hecho” en los delitos contra la administración pública”*, Escuela de Postgrado de la PUCP, maestría con mención en Derecho Penal, Lima, 2015.

PEZO RONCAL, Cecilia, Tesis para optar el grado académico de magíster: *“El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito”*, Escuela de Postgrado

de la PUCP, maestría con mención en Derecho Penal, Lima, 2014.

MAVILA LEÓN, Rosa Delsa, Tesis para optar el grado académico de magíster: *“La corrupción en el Poder Judicial como parte del Sistema de Justicia en la década de 1990-2000: Estudio crítico sobre las aproximaciones acerca de su naturaleza y solución”*, Escuela de Postgrado de la UNMSM, maestría con mención en Ciencias Penales, Lima, 2012.

## **JURISPRUDENCIA ANALIZADA EN LA INVESTIGACIÓN**

1. R. N. N.º 1813-2003-Lima, 14 de noviembre de 2003.
2. R. N. N.º 2976-2004-Lima, 30 de diciembre de 2004.
3. R. N. N.º 4500-2005-Junín, 6 de setiembre de 2007.
4. Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, 6 de diciembre de 2011.
5. R. N. N.º 546-2012-Lima, 6 de mayo de 2013.
6. R. N. N.º 1969-2012-La Libertad, 16 de enero de 2014.
7. Sentencia casatoria N.º 782-2015-del Santa, 06 de julio de 2016.
8. R. N. N.º 615-2015-Lima- Caso Diarios Chicha, 16 de agosto de 2016.
9. Acuerdo Plenario N.º 3-2016/CJ-116, 12 de junio de 2017.
10. Sentencia casatoria N.º 102-2017-Lima, 11 de julio de 2017.
11. Sentencia casatoria N.º 1004-2017–Moquegua, 26 de julio de 2018,
12. R. N. N.º 874-Cañete, 13 de agosto de 2018.
13. Sentencia casatoria N.º 1379-2017-Nacional- Caso Viñas, 28 de agosto de 2018.
14. Sentencia casatoria N.º 503-2018-Madre de Dios, 5 de febrero de 2019.
15. R. N. N.º 2124-2018-Lima- Caso General Donayre, 29 de abril de 2019.
16. Sentencia casatoria N.º 1500-2017-Huancavelica, 15 de mayo de 2019.
17. Sentencia de apelación N.º 1-2017-Puno, 18 de junio de 2019.
18. Sentencia casatoria N.º 18-2019-Junín, 24 de julio de 2019.