

**Hesbert
BENAVENTE CHORRES**

**Leonardo
CALDERÓN VALVERDE**

Delitos de corrupción de funcionarios

GACETA
PENAL
& procesal penal

**Hesbert
BENAVENTE CHORRES**

**Leonardo
CALDERÓN VALVERDE**

Delitos de corrupción de funcionarios

**GACETA
JURIDICA**

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

GACETA
PENAL
& procesal penal

**DELITOS DE CORRUPCIÓN
DE FUNCIONARIOS**

PRIMERA EDICIÓN
MAYO 2012
5,340 ejemplares

© *Gaceta Jurídica S.A.*
© *Hesbert Benavente Chorres*
© *Leonardo Calderón Valverde*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2012-05913

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

ISBN: 978-612-4113-65-9

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221200370

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Carlos Hidalgo De La Cruz

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Miguel Ángel Salinas Arica

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323

E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Impreso en:
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

Parte General:
Hesbert Benavente Chorres
Parte Especial:
Leonardo Calderón Valverde

Presentación

La corrupción de funcionarios es uno de los grupos de delitos que mayor menoscabo produce a la institucionalidad y al funcionamiento de la administración estatal.

Sea que el delito refleje el trastocamiento o la pobreza de valores de nuestras autoridades, se configure como un abuso o prevalimiento del poder público u ocasione, además, perjuicios económicos al patrimonio estatal, su comisión incrementa la desconfianza de la colectividad en las instituciones, debilitando el sistema democrático al deslegitimizándolo; en especial, en contextos –como el nuestro– en los que la corrupción se percibe como un mal generalizado del sistema estatal y la sensación de impunidad es patente.

Desde la perspectiva del Derecho Penal, los delitos de corrupción de funcionarios se han tipificado, de *lege lata*, como delitos contra la Administración Pública, sin embargo, este es –como señala la doctrina mayoritaria– un interés jurídico “genérico”, cuya enunciación es insuficiente para comprender acabadamente los tipos penales específicos. Así sucede en cuatro de los delitos paradigmáticos pertenecientes a este ámbito de la criminalidad: la colusión, el peculado, la malversación y el cohecho.

A la vez, la configuración de estos delitos suele asociarse al quebrantamiento de deberes especiales inherentes al cargo o al estatus funcional, lo que genera una interesante problemática referida a las reglas “especiales” de autoría y participación, generada ante la intervención delictiva, en un mismo hecho punible, de funcionarios (*intranei*) y particulares (*extranei*).

En este terreno, por ejemplo, la doctrina mayoritaria suele dar mayor preponderancia a la infracción de deberes que al criterio –señalado en los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal– de la relevancia del aporte objetivo al hecho; y sostiene la tesis de la unidad del título de la imputación (resistida por la jurisprudencia dominante, al menos, en los “delitos especiales impropios”).

Tanto uno como otro tópico forman parte del cuerpo de esta valiosa obra. En ella los autores estudian, respectivamente, las normas generales y específicas que regulan los delitos de corrupción de funcionarios perpetrados en perjuicio de la Administración Pública.

El Dr. Hesbert Benavente Chorres analiza, entre otras, cuestiones como el concepto penal de funcionario (límite objetivo de la autoría), los intereses jurídicos en juego y los ya mencionados problemas de autoría y participación delictiva.

A su turno, el Dr. Leonardo Calderón Valverde aborda los tipos penales por antonomasia relacionados a la corrupción de funcionarios, examinando los delitos de colusión (simple y agravada), peculado (doloso, culposo y sus agravantes), malversación de fondos (básica y agravada) y cohecho (pasivo propio e impropio), precisando en cada caso sus elementos y particularidades típicas, así como sus formas de realización.

El Editor

The background features a white central area with a diagonal line from the top-left to the bottom-right. A gray shape is in the top-right corner, and another gray shape is at the bottom-left. The text is centered in the white area.

CAPÍTULO PRIMERO

Teoría del delito

Teoría del delito

1. CONCEPTO E IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DEL DELITO

No se puede trabajar la parte general de los delitos contra la administración pública sin efectuar una breve referencia a la teoría del delito, la cual constituye nuestra herramienta metodológica a la hora de pasar revista a las cuestiones dogmáticas que rodean los citados ilícitos penales.

En esa inteligencia, es de amplio conocimiento, que el delito^[1] y la pena, junto con el binomio peligrosidad / medida de seguridad, constituyen los objetos centrales del Derecho Penal.

La primera aproximación al delito y a las normas penales es una aproximación lógica y sistemática, que parte de la ley positiva como un dogma, al menos provisional. El estudio lógico y hermenéutico de los preceptos penales, la deducción del principio y la elaboración de sistemas es la respuesta de los juristas al deseo de aplicación de un Derecho Penal con criterios seguros e igualitarios; es por tanto, también, un medio de garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la aplicación de la ley penal por los jueces y tribunales.

En ese sentido, ha sido la dogmática jurídico-penal^[2] la que, a través de la teoría del delito, ha realizado una serie de abstracciones de los tipos concretos

[1] En cuanto al concepto de delito, el mismo debe contener necesariamente el aspecto de desvaloración jurídica de la conducta, lo que permite considerar al delito como acto desvalorado o injusto y no meramente como un acto de desobediencia; es decir, el comportamiento prohibido integra un desvalor material. La doble dimensión de la norma jurídica penal está demandando una determinada construcción del injusto penal como suma o integración de desvalor de acción y desvalor de resultado. (Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 1996, p. 23).

[2] Para Roxin, la dogmática jurídico-penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales u opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal (Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 192). Por su parte, Cerezo Mir apunta que la dogmática del Derecho Penal tiene la tarea de conocer el sentido de los

de la parte especial, abarcando los presupuestos generales del hecho punible. Como indica Arroyo Zapatero, el resultado más relevante de la dogmática penal es el conjunto de criterios, principios y conceptos que constituyen la teoría del delito, que se trata de una teoría general válida para interpretar y aplicar al caso concreto cualquier figura del delito^[3].

En efecto, la manifestación más característica de la dogmática del Derecho Penal es la denominada teoría general del delito o teoría del hecho punible, ámbito en el que la dogmática del Derecho Penal alcanza las cotas más elevadas de abstracción, estudio y desarrollo. Como indica De la Cuesta Aguado^[4], la teoría general del delito comprende, explica y sistematiza los presupuestos generales y elementos que han de concurrir en una conducta para que pueda ser calificada como delito y sancionada con una pena.

Continúa diciendo la citada profesora española que los presupuestos generales y elementos esenciales del concepto de delito, generalmente, no aparecen explicitados en las leyes penales, sino que el intérprete ha de extraerlos de los distintos tipos penales (homicidio, robo, fraude, etc.) que se contienen en aquellas y que se estudian en la parte especial del Derecho Penal. Cada delito tiene una serie de características propias que le diferencian de los demás, pero contiene también una serie de elementos, principios o estructuras comunes a todos ellos o a grandes grupos de delitos. La definición y estudio de estos elementos comunes corresponde a la teoría general del delito, que se estudia en la parte general del Derecho Penal^[5].

Al respecto, Hassemer apunta que la teoría general del delito despliega su eficacia en un nivel de abstracción medio entre la ley y el caso, proyectando

preceptos jurídico-penales positivos y desenvolver su contenido de modo sistemático; es decir, se ocupa de la interpretación del Derecho Penal positivo, empleándose el término interpretación en su sentido más amplio, esto es, que permita la elaboración del sistema (Cfr. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, 5ª. edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 61 y ss). Esta vinculación entre el Derecho Penal y el Derecho positivo es resaltado por Romeo Casabona, al precisar que este último es el objeto de estudio natural del primero (Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María. *Dogmática penal, política criminal y Criminología en evolución*. Centro de Estudios Criminológicos, La Laguna, 1997, p. 9). De igual forma Bricola para quien la teoría del delito debe tener como objetivo exclusivo el Derecho positivo, pero no como un dato definitivo, sino como algo que puede ser cambiado y a cuya modificación estructural debe cooperar el jurista sin que ello exceda los límites de su competencia (Cfr. BRICOLA, Franco. "Teoria generale del reato". En: *Novissimo Digesto*, Tomo XIX, Torino, 1974, p. 12).

[3] PRIETO SANCHÍS, Luis et ál. *Introducción al Derecho*. Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 1996, p. 189.

[4] DE LA CUESTA AGUADO, Paz. M. *Tipicidad e imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 1995, p. 20.

[5] *Ibidem*, pp. 20-21.

la ley sobre la realidad, poniéndola en contacto con el caso y regulando esa comunicación^[6].

En ese orden de ideas, Carlos Daza^[7] define la teoría del delito como el instrumento conceptual, mediante el cual se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley; así, para el jurista mexicano, la teoría del delito se encarga de estudiar las características o elementos comunes de todo hecho que pueda ser considerado como delito. Esta definición considera que la teoría del delito está compuesta por elementos, los cuales deben ser comunes a todos los delitos, radicando en esta afirmación el punto medular, por lo que resulta necesario estudiar la evolución sistemática de la estructura del delito, pues depende de la doctrina a que se esté afiliado, para saber si se trata de dos, tres, cuatro, cinco, seis o de siete elementos que conforman el ilícito.

En esa inteligencia, la teoría del delito pretende contestar la pregunta de qué es el delito a través de la identificación, conceptualización y sistematización de aquellos elementos que pueden considerarse comunes a todo delito y que deben reunirse para la aplicación de las consecuencias jurídico-penales que establece la ley. Es decir, y como apunta Morales Brand,^[8] es una elaboración sistemática de las características generales que la norma le atribuye al delito.

Para Muñoz Conde, la teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico-penal a una acción humana^[9].

Al respecto, Zaffaroni precisa lo siguiente: “Para que el juzgador verifique si se halla en presencia de un delito, debe responder a varias preguntas. La teoría del delito (que responde ¿qué es el delito? en general) pone en orden esas preguntas dentro de un sistema, en el que cada respuesta es un concepto teórico que inevitablemente cumple una función política (aporta a la contención del poder punitivo) como parte de la general función política de

[6] HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Editorial Bosch, Barcelona 1984, p. 253.

[7] DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría general del delito. Sistema finalista y funcionalista*. 1ª reimpresión de la 5ª edición, Flores editor, México, 2009, pp. 29-30.

[8] MORALES BRAND, José Luis Eloy. *Derecho Penal*, 4ª. edición, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2009, p. 109.

[9] MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 203.

reducción y contención de todo el sistema. La teoría del delito está destinada a operar como un sistema inteligencia de filtros para contener racionalmente las pulsiones del poder punitivo. Por tal razón, el análisis (teoría) del delito debe ser estratificado, o sea, que debe avanzar por pasos^[10].

Sin embargo, hay que tener presente la advertencia de Engisch^[11] en torno a la existencia de una equivalencia de construcciones dogmáticas; es decir, que pueden justificarse diferentes localizaciones sistemáticas; por lo que, y ello lo ahondaremos en los puntos siguientes del presente capítulo, el abogado deberá tener en cuenta la existencia de una serie de escuelas o corrientes que tratan de impregnar su sello personal en torno a los elementos del delito, ya sea partiendo del ontologismo o del normativismo.



RECUERDA

La teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico-penal a una acción humana.

Por otro lado, la teoría del delito presenta las siguientes características:^[12]

- (1) Es un sistema porque representa un conjunto ordenado de conocimientos.
- (2) Son hipótesis, pues son enunciados que pueden probarse, atestiguar o confirmarse solo indirectamente, a través de sus consecuencias.
- (3) Posee tendencias dogmáticas al ser parte de una ciencia social. No existe unidad respecto de la postura con que debe abordarse el fenómeno del delito, por lo que existe más de un sistema que trata de explicarlo.
- (4) Consecuencia jurídico-penal: el objeto de estudio de la teoría del delito es todo aquello que da lugar a la aplicación de una pena o medida de seguridad.

[10] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura básica del Derecho Penal*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009, p. 57.

[11] ENGISCH, Karl. "Sentido y alcance de la sistemática jurídica". En: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 3, Madrid, 1986, p. 8.

[12] Para mayores detalles, véase: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 4ª reimpresión de la 2ª edición, Editorial Cárdenas, México, 1998, p. 18. BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. Juricentro, San José, 1985, p. 143.

Ahora bien, la importancia de la teoría del delito radica en ser un instrumento conceptual que aporta al profesional en el Derecho las construcciones de solución teóricas de las principales cuestiones dogmáticas-sistemáticas que permitirán una mejora en la calidad de trabajo, así como una correcta fundamentación de sus posiciones.

Al respecto, Jiménez de Asúa, a inicios del Siglo XX, precisaba lo siguiente: “Todos estos problemas de técnicas que voy a plantear no son un ‘tíquis miquis’ jurídico, es decir, que no son abstruserías tudescas, como creyó Enrico Ferri cuando hablaba, irreverentemente, de que en Alemania los tratadistas complican y oscurecen los temas que abordan. Al contrario, yo creo –por ejemplo– que no hay asunto que interese más al abogado práctico y al juez que el problema de la tipicidad”^[13].

Si lo señalado, lo relacionamos con el operador jurídico, se refleja con mayor intensidad la importancia y utilidad de la teoría del delito; en efecto, y recordando a Santiago Nino^[14], puesto que los órganos de decisión jurídica deben asumir ineludiblemente posturas axiológicas para justificar racionalmente sus decisiones, es irrazonable pretender que los juristas académicos renuncien a asistirlos en tal tarea, cuando se encuentran, en varios sentidos, en mejores condiciones para explorar teóricamente problemas de fundamentación valorativa.

Esta exploración, no implica que los penalistas innoven, sino que perfeccionen, desarrollen equilibradamente esas dos dimensiones heredadas de los mayores: la técnica realista problemática, por una parte y la lógica sistemática científica, por otra^[15]; y ello es la aspiración de los académicos que trabajan con la teoría del delito al constituir una herramienta sistematizadora del Derecho Penal^[16].

[13] Cita tomada de: BACIGALUPO, Enrique. “La teoría jurídica del delito de Jiménez de Asúa (o el nacimiento de la dogmática penal de habla castellana”. Estudio preliminar a la obra de: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La teoría jurídica del delito*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008, p. XXVIII.

[14] SANTIAGO NINO, Carlos. *Los límites de la responsabilidad penal*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 12.

[15] Para mayores detalles: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Editorial Bosch, Barcelona, 1992, p. 49 y ss.

[16] SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. “El conocimiento científico del Derecho Penal”. En: *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memóriam*. Volumen I, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 673.

En ese sentido, la doctrina ha establecido los siguientes beneficios de la teoría del delito^[17]:

- (1) Facilita el estudio del material jurídico.
- (2) Permite la existencia de una jurisprudencia racional objetiva e igualitaria, contribuyendo de esta forma a la seguridad jurídica.
- (3) Profundiza en ámbitos que el legislador solo ha contemplado de forma genérica o que incluso no ha previsto.
- (4) Ofrece al legislador las bases y criterios para realizar las necesarias reformas de la legislación penal.
- (5) Presupone la existencia de una diferenciación en las funciones sociales de emitir e interpretar las normas.

En suma, a través de la teoría del delito el Derecho Penal, en concreto su dogmática, encuentra una herramienta tendiente a dotarle de certeza, capacidad reguladora y credibilidad; apuntando, además, a mejorar su grado de eficiencia y garantismo.

2. EL ESQUEMA DE TEORÍA DEL DELITO A APLICAR

Hemos decidido estructurar la teoría del delito como una escalera de cuatro peldaños; donde, cada uno de los peldaños lleva el nombre de uno de los elementos que componen el hecho punible; así:

- El primer peldaño se llama “comportamiento”.
- El segundo peldaño se denomina “tipicidad”.
- El tercer peldaño lleva como nombre “antijuridicidad”.
- El cuarto peldaño se titula “culpabilidad”.

[17] JESCHECK, Hans Heinrich. Tratado de Derecho penal. Parte General. Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 264. SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales*. Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 36. PUIGPELAT MARTÍ, Francesca. “Factores relevantes para la pervivencia de la dogmática jurídica”. En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. N° 75, Madrid, 1990, p. 846. DE LA CUESTA AGUADO, Paz. Ob. cit., pp. 23-24.

Asimismo, cada peldaño o escalón presenta sus propios requisitos de configuración o de paso; así:

1. La conducta requiere, por lo menos, voluntad y exteriorización.
2. La tipicidad exige que se hayan configurado los elementos tanto del tipo objetivo como del tipo subjetivo.
3. La antijuridicidad precisa, para poderla pasar, la ausencia de causales de justificación.
4. La culpabilidad, en cambio, requiere: imputabilidad o capacidad penal, el conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar, así como la exigibilidad.

No obstante, cada escalón, a su vez, presenta obstáculos o impedimentos para cruzar, que en doctrina son conocidos como las causales que excluyen el delito. Así:^[18]

- a. La conducta presenta como excluyentes: la fuerza física irresistible, los movimientos reflejos, así como, los estados de inconsciencia.

Si no hay conducta, tampoco habrá delito y mucho menos la imposición de consecuencia jurídico-penal alguna.

- b. La tipicidad presenta los siguientes excluyentes: el acuerdo, la ausencia de algún elemento del tipo objetivo o la ausencia de algún elemento del tipo subjetivo, siendo el caso del error de tipo invencible el mejor ejemplo de esta última clase de ausencia.

Igualmente, si hay conducta, pero no tipicidad, entonces no se podrá hablar de delito alguno, ni tampoco la aplicación de sanción penal alguna.

- c. La antijuridicidad presenta como excluyentes: la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio legítimo de un derecho, así como, el cumplimiento de un deber.

En ese sentido, podrá haber conducta y tipicidad, pero si no hay antijuridicidad, tampoco delito ni consecuencia penal alguna.

- d. La culpabilidad presenta como excluyentes: la inimputabilidad, que a su vez presenta a la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia y la minoría de edad; el error de prohibición, en especial la invencible y

[18] Los cuales son observables en la parte inferior de cada escalón de nuestro cuadro.

la inexigibilidad, que a su vez está conformada por el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable.

Si, habiendo una conducta típica y antijurídica –esto es, un injusto– pero no hay culpabilidad en el sujeto –es decir, no le es reprochable– entonces no se configura la existencia de un delito; no obstante, es posible la aplicación de medidas de seguridad, tal como se indicará en los párrafos siguientes.

Por otro lado, si se logra subir los cuatro escalones entonces una puerta se abrirá, la que hemos denominado “pena”; por la sencilla razón que la pena es una consecuencia jurídico-penal que se impone a aquella conducta típica, antijurídica y culpable, salvo que se configure alguna causal de cancelación de la punibilidad, aunque ello no afectaría el haber adjetivado el comportamiento como delictuoso.

Sin embargo, si logramos ascender hasta la antijuridicidad pero no podemos avanzar a la culpabilidad, porque el sujeto presenta alguna anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia –los cuales son supuestos de inimputabilidad– y con el agregado de la peligrosidad delictual que presenta el inimputable, entonces se podrá aplicar otra consecuencia jurídico-penal diferente a la pena, esto es, la “medida de seguridad”.

No hemos colocado en nuestro esquema a los atenuantes o agravantes, dado que son temas que serán tratados dentro de las denominadas circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

Ahora bien, el esquema refleja el tipo de teoría del delito que hemos seleccionado en el presente estudio para efectos de la construcción de nuestro caso; y en ese sentido, consideramos que tal selección es respetuosa con el Derecho positivo de aquellos países que siguen la tradición jurídica romana-germánica; asimismo, porque tiene consenso tanto en la comunidad académica como en las decisiones judiciales; y, debido al grado de conocimiento y manejo que en torno del mismo detentamos.

Para ello, a continuación, explicaremos, en forma sucinta, cada uno de los elementos que configuran, materialmente, al hecho punible.

2.1. Comportamiento

El afirmar que el Derecho Penal es un derecho de actos significa que la reacción punitiva tiene como referencia inicial la acción humana. Esto es el hecho que se describe en el tipo legal; que es objeto del ilícito penal y, en fin,

que sirve de base a la afirmación de la culpabilidad del autor. De esta manera, resulta necesario determinar los factores que hacen de un comportamiento humano una acción penalmente relevante. La constatación del hecho que la acción es el punto de referencia inicial de la noción de la infracción, no constituye sino el primer paso de su elaboración.

Ahora bien, en el esquema causalista se dio un concepto causal de la acción entendida, según Liszt, como la realización de una mutación en el mundo exterior atribuible a una voluntad humana. A esta mutación se le denomina resultado. Su realización es atribuible a la voluntad humana cuando resulta de un movimiento corporal de un hombre, querido o, lo que es lo mismo, arbitrario. De este modo, el concepto de acción se divide en dos partes: de un lado el movimiento corporal y del otro el resultado, ambos unidos por la relación causa y efecto. El movimiento corporal arbitrario se realiza mediante representaciones, mediante la contracción muscular resultante de la inervación de los nervios motores; siendo el caso que, el contenido de esa voluntad, esto es, lo que pretende el sujeto, es un tema que se discute, en el esquema causal, a nivel de culpabilidad.

La crítica que se le ha levantado a la teoría causal de la acción es que la misma no corresponde con la esencia de la conducta. El actuar humano no es una simple causación de resultados, sino la construcción de la realidad. El contenido de la voluntad desempeña en ella un rol decisivo, de modo que no es posible que se le deje de considerar en el concepto de conducta.

Por otro lado, tenemos la teoría finalista de la acción, donde partía de la premisa que el Derecho Penal está vinculado al plano de la realidad por una estructura lógico-real, que le imponía un concepto de acción del que no podía escindir la finalidad, sin que con ello quedara reducida un mero proceso causal. Según Welzel la dirección final de una acción se cumple en dos fases. La primera, que se desarrolla en la esfera del pensamiento comprende tanto la selección, por parte del autor, del fin que quiere alcanzar; asimismo, la elección de los medios de acción necesarios para realizar dicho objetivo y el cálculo de los efectos concomitantes o accesorios que están vinculados a los factores causales considerados junto al logro del fin. La segunda etapa, que se desarrolla en el mundo exterior, consiste en que el agente, después de haber cumplido con las operaciones antes señaladas, pone en movimiento, de acuerdo a un plan, los medios de acción elegidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin y los efectos concomitantes.

Sin embargo, causan dificultades a la teoría final de la acción las formas de comportamiento que justamente parecen carecer de una finalidad, pero sin que se les pueda negar relevancia. De esa forma, en los tipos culposos, a la conducta le corresponde una finalidad, no con respecto a un resultado jurídico-penalmente relevante, pues con relación al resultado relevante acaecido solo puede hablarse de una ausencia o de la ejecución defectuosa de una dirección (evitación de la finalidad). Así sucede en las conductas desarrolladas automatizadamente; en las descargas afectivas se puede además hablar también, a lo sumo, de una finalidad inconsciente. Finalmente, la teoría final de la acción por lo general no toma en cuenta los impulsos inconscientes de las conductas^[19].

Asimismo, tenemos la denominada teoría de la acción social, el criterio común que permite elaborar un concepto único de acción, comprensivo del hacer y del omitir, es el carácter socialmente relevante del comportamiento humano. Según ellos, su tesis constituye una solución intermedia entre los criterios ontológicos y los normativos puros. Por comportamiento se entiende cada respuesta del hombre a las exigencias del mundo circundante, conocidas o cognoscibles, mediante la realización de una de las posibilidades de acción, que de acuerdo a su libertad, se encuentran a su disposición.

La teoría de la acción social no es suficiente para establecer un concepto independiente de acción. El carácter social de la acción implica que debe trascender al plano interactivo –social–; pero la conflictividad jurídica –lesividad– de la acción no es un dato necesario de esta, sino un requisito para que esa acción sea típica, con lo que no puede establecer pretípicamente, debe tener referencia normativa o valorativa.

A partir de 1960 se intentó construir un concepto de acción abarcativo de la omisión, pero tomando como modelo la estructura de ella. Si hasta entonces se concebía a la omisión como una variable de la acción, estos ensayos trataron de invertir la situación, es decir tratar la acción como una variable de la omisión^[20].

Lo común entre los autores que formularon este concepto entre ellos Jakobs era caracterizar a la acción sobre la base de la evitabilidad: la acción en

[19] EBERT, Udo. *Derecho penal. Parte General*. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Hidalgo, 2005, p. 31.

[20] SIERRA, Hugo Mario y CÁNTARO, Alejandro Salvador. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Argentina), 2005, pp. 155-156.

Derecho Penal era la evitable no evitación en posición de garante. La posición de garante –que se elaboró para la omisión, con el fin de eludir la amplitud prohibitiva resultante de que cualquier no evitación pudiese ser típica– se generaliza y extiende también a la actividad.

Roxin postula un concepto de acción pretípico, al que denominó concepto personal de la acción, y lo definió como lo que se produce por un hombre como centro de acción anímico-espiritual, o más brevemente, como exteriorización de la personalidad que tendría una base prejurídica penal. No obstante, Roxin admitía que era imposible, en algunos casos, sostener un concepto de acción completamente neutral frente al tipo, particularmente en las omisiones.

Para Zaffaroni, el concepto de acción es jurídico, es decir que debe construirse por el Derecho Penal; el procedimiento constructivo es la abstracción desde la realidad de la conducta, que no impone ningún concepto sino que limita a la construcción del concepto –no se puede abstraer lo que no existe–; la base legal no debe derivarse de los tipos penales sino de la Constitución y del Derecho internacional, el concepto debe elaborarse teleológicamente, conforme al objetivo reductor y conteniente de todo el saber jurídico-penal.

CONCEPTO DE CONDUCTA					
Causalidad	Finalidad	Socialmente relevante	Evitabilidad	Manifestación de la personalidad	Abstracción jurídica

Al respecto, nosotros entendemos que el comportamiento es significado; expresión de sentido; aportación comunicativa. No obstante, es descriptivo y no adscriptivo (como lo es el tipo), pero, cumple diversas funciones políticos-criminales, ej. describe la conducta valorada del sujeto, sin embargo, no juzga todavía ese valor (como típica, antijurídica o culpable): “solo valoro que es una conducta” o, contrario sensu, “valoro que aquello no es conducta”^[21].

[21] El concepto de comportamiento pretende tener un significado normativo-social (en lo que respecta a la faceta social de la conducta, no parto de la teoría de Jescheck). Normativo porque cumple funciones en el sistema del Derecho Penal; por un lado, una función negativa (Silva Sánchez: excluir determinados procesos humanos que no reúnen los requisitos mínimos para ser objeto de normación penal) y, por el otro lado, una función positiva (Mir Puig: constituir la base sustancial mínima, en la cual se puedan asentar las demás categorías del delito y sus modalidades). Sin embargo, para el logro de sus funciones, específicamente la negativa, debe ser valorativa, es decir, no puede solo reducirse a una esfera meramente social –incluso óptica– (en contra Velásquez). Finalmente, opino que es conjugable un concepto de comportamiento valorativo con una base social (comunicación) bajo un contexto político criminal; es decir, descripciones y/o valoraciones de un hecho que no constituye una conducta jurídico-penal afecta varios principios políticos criminales ej. legalidad (función de

Ahora bien, a pesar de las diferentes posiciones en torno al concepto de conducta, hay cierto consenso en admitir que la misma tiene como misión la de excluir, desde un principio, determinados acontecimientos en el ámbito de lo punible. Según ello, para el ámbito restante se plantea la cuestión acerca de los elementos esenciales de la conducta.

En esa inteligencia, identificamos condiciones mínimas para estar presente ante un comportamiento humano, que a su vez, sirva de base y enlace para los demás juicios de valor, como son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, para afirmar la existencia de un hecho delictuoso.

En primer lugar, el agente debe ser una persona humana, particularmente los fenómenos naturales no tienen importancia jurídico-penal. Otro tema es la responsabilidad de las personas jurídicas o morales, sin embargo, el mismo no es tema del presente estudio.

En segundo lugar, no es objeto de valoración jurídico-penal lo que no se exterioriza en la realidad. De ahí que sean irrelevantes los planes, las intenciones y los ánimos si no han tomado forma en un comportamiento externo.

En tercer lugar, no hay comportamiento si no está presente la voluntad; es decir, el control, dominio o dirección de nuestros actos. Así, **la mayoría de excluyentes de la conducta descansa en la ausencia o falta de voluntad**. Así tenemos:

(1) **Fuerza física irresistible.**- Es aquella fuerza material que imposibilita desde todo punto al sujeto para moverse o dejarse de mover; es decir, aquella energía, proveniente de la naturaleza o de un tercero, que es de tal magnitud que la persona que la recibe no puede resistirlo, venciendo su voluntad y perdiendo la capacidad de controlar sus movimientos.

EJEMPLO

Se produce un terremoto y las personas que viven en un edificio pugnan por salir, al llegar a las escaleras, una resbala y cae sobre otra produciéndole la muerte; en este caso, el sujeto que resbaló actuó con fuerza física irresistible –el movimiento sísmico– por lo que no hay acción.

motivación y/o determinación), merecimiento y necesidad de pena, específicamente en lo que respecta a la prevención (general y especial) y de culpabilidad.

Como se aprecia, la fuerza física irresistible es el supuesto en que el humano está sometido a una fuerza que le impide por completo moverse conforme a su voluntad.

(2) Movimientos reflejos.- Son reflejos condicionados que no constituyen conducta, ya que dichos movimientos no son controlados o producidos por la voluntad de la persona. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que los transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores.

EJEMPLO

Un sujeto efectúa un movimiento brusco al tocar una conducción eléctrica, producto de lo cual hiere a otra persona.

Se caracteriza, por tanto, por un estímulo sensorial que es transformado en movimiento sin intervención de la conciencia o de la voluntad^[22].

(3) Estados de inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico (sueño, sonambulismo, hipnotismo).- Se trata de momentos en los que el sujeto que realiza la acción no es plenamente consciente de sus actos.

EJEMPLO

A, bajo un estado de sonambulismo, tropieza con un florero muy costoso y de propiedad de B. Al respecto, no se puede hablar de conducta, ni mucho menos de ilícito penal, dado que A no tenía control consciente sobre sus actos.

La nota común de estos supuestos de involuntariedad es que eliminan la conducta, y al no existir la base sustantiva con que adjetivar, tampoco se podrá afirmar la presencia de un ilícito penal, y menos aún la aplicación de consecuencias jurídico-penales.

CONDUCTA	
Elementos configuradores	Excluyentes
<ul style="list-style-type: none"> - Persona humana - Voluntad - Exteriorización 	<ul style="list-style-type: none"> - Fuerza física irresistible - Movimientos reflejos - Estados de inconsciencia

[22] Sin embargo, no son siempre fáciles de delimitar a los movimientos reflejos, al menos como con las conductas finales breves y las reacciones de miedo, por ejemplo, en el caso del tráfico rodado. En ellas no está eliminada la voluntad –como en el reflejo– sino que es formada tan rápidamente con base en una sensación y transformada en una reacción, que no queda tiempo para la formación de un contramotivo.

2.2. Tipicidad

El primer adjetivo de la conducta delictiva es la tipicidad. Afirmada una conducta, lo primero que cabe preguntarse es si está prohibida con relevancia penal; es decir, como posible delito. En ese sentido, aquí se debe comentar lo referente al tipo penal, así como al juicio de tipicidad.

Así, en primer lugar, el ilícito penal solo puede estar establecido por una ley – principio de legalidad. En consecuencia, las formas de ilícito punible se describen en la ley. Dichas descripciones legales se denominan tipos penales. Cada tipo penal constituye una particular forma de ilícito punible. Para Muñoz Conde, el tipo es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal^[23].

El tipo es una figura que crea el legislador para realizar una valoración de determinada conducta delictiva; es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes^[24].

En ese sentido, el tipo penal cumple con las siguientes funciones:

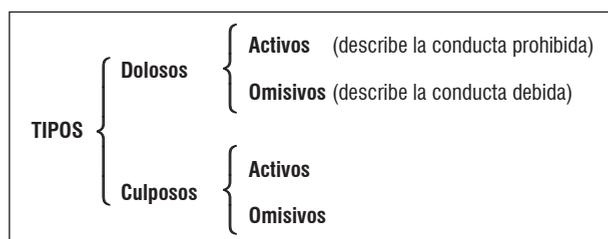
- Función seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes. A través del tipo el legislador escoge cuáles acciones serán prohibidas por el Derecho Penal.
- Función de garantía, pues da seguridad a los ciudadanos que solo los comportamientos subsumibles en el tipo pueden ser sancionados penalmente. El tipo contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de la pena, por eso se lo denomina tipo garantía.
- Función motivadora general, pues al señalar a los ciudadanos cuáles son las conductas prohibidas y que, por tanto, pueden ser alcanzadas por la conminación penal, procura que ellos se abstengan de realizar dichas conductas.

Ahora bien, las leyes formulan tipos según diferentes técnicas de prohibición, lo que da lugar a distintas estructuras típicas fundamentales. Al

[23] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. Editorial Temis, Bogotá, 1990, p. 40.

[24] A diferencia del comportamiento, el tipo constituye un concepto fundamental del sistema cuyo fin es establecer el hecho típico: el carácter de conducta y el contenido de sentido necesario para imputar una realización típica concreta (al respecto, se habla del carácter interpretativo del tipo). Por el otro lado, las funciones señaladas para el tipo, reposan en principios político-criminales.

respecto, Zaffaroni, precisa lo siguiente: “La señalización de los pragmas conflictivos y del consiguiente campo de prohibición de la conducta puede llevarse a cabo mediante la individualización de la conducta (a) atendiendo al fin propuesto por el agente, en cuyo caso resulta un tipo doloso; (b) puede optarse por señalar la acción prohibida atendiendo a que esta se realiza de un modo defectuoso en cuanto al deber de cuidado que el agente debía observar, de lo que resulta un tipo culposo; (c) puede señalarse el pragma con la conducta prohibida dando lugar a un tipo activo; o bien (d) puede señalarse el pragma con la conducta debida y, por tanto, establecer como prohibida otra diferente de esta, por lo que resulta un tipo omisivo”^[25].



Por otro lado, el juicio de tipicidad es la tarea que realiza el juez para establecer si la conducta particular y concreta se adecua al tipo. Para ello se compara dicha conducta con la individualización típica. La subsunción es el resultado positivo del juicio de tipicidad o juicio de adecuación.

En esa inteligencia, luego de comprobado que en el caso hay un comportamiento humano, pasamos al siguiente nivel: la tipicidad, la cual es la adecuación o subsunción de una conducta en el marco de lo descrito en una ley. La comprobación de la tipicidad indica que existe una correspondencia exacta entre lo que el agente ha realizado y aquello que se encuentra descrito en la ley.

La tipicidad, entonces es la característica de la conducta de adecuarse en forma perfecta a la descripción de la conducta prohibida. En este nivel se trata de establecer una relación entre el supuesto de hecho (típico) y la norma (imperativa) que define el deber esencial cuya infracción consiste en el corazón del delito, ya sea de acción u omisión.

Por otro lado, en cuanto a la estructura del tipo penal, cabe señalar que el concepto o teoría del tipo fue enunciada primeramente por Ernst von Beling

[25] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura...*, Ob. cit., p. 78.

en 1906 y estaba concebido en forma objetiva, es decir, abarcando solamente la exterioridad de la conducta; prescindía de todo lo interno o subjetivo.

Posteriormente, encontramos la concepción compleja del tipo penal, la cual aparece con los trabajos de von Weber en 1929 y 1935 y A. Graff zu Dohna en 1936, consistiendo en la ubicación del dolo en el tipo. Se llegó a esta conclusión al advertirse que el tipo objetivo era insuficiente tanto para explicar la tentativa como para resolver la limitación de la causalidad.

El concepto de tipo complejo fue contemplado por Welzel quien en 1930 encuentra en el tipo no solo al aspecto objetivo sino también un aspecto subjetivo, integrado además de los referidos elementos subjetivos del tipo o del injusto, representados por el dolo y la culpa; por lo que se empieza a hablar así del tipo objetivo y del tipo subjetivo, que se integran ambos en el tipo penal.

En la actualidad, se mantiene esta dicotomía, aunque por fundamentos distintos a la teoría finalista; por ejemplo, al atender las exigencias del principio de legalidad, el cual establece que el grado de tipicidad se da cuando encuadra, en sus aspectos internos y externos, una conducta a un correspondiente tipo penal, en la medida que este último también haya aprehendido la naturaleza del comportamiento, valga la insistencia, en sus esferas objetiva y subjetiva.

En esa inteligencia, el tipo objetivo contiene la descripción de un acontecer exterior, perceptible por los sentidos. El tipo subjetivo reúne los elementos subjetivos que inciden en la realización de la conducta.

El tipo objetivo, aunque describe exteriormente una conducta, por sí mismo es insuficiente para calificar de típica una conducta y ha de ser completado con los elementos que integran el tipo subjetivo.



RECUERDA

Para que una conducta sea típica debe configurarse los elementos tanto del tipo objetivo como del tipo subjetivo.

Ahora bien, **el tipo objetivo está compuesto por los siguientes elementos:**

1. **Sujeto activo.**- Es la persona humana quien realiza la conducta prohibida descrita en la ley penal; es la indicación del autor del comportamiento

típico. En esa inteligencia, y observando la técnica legislativa, existen tres formas para identificar al sujeto activo en los tipos penales. Así, la primera forma es a través de la fórmula genérica: “*el que...*”; ello denota que cualquier persona puede ser autor (en doctrina se le conoce como delitos comunes). La segunda forma es identificar aquellos tipos que, al vincularse con normas especiales, solo pueden ser realizados por sujetos específicos, destinatarios del deber que impone la norma especial y que pueden obedecer a características naturales (la mujer como autora del autoaborto) o requerimientos jurídicos (el funcionario público), a estos delitos se les denomina: delitos especiales. Finalmente, existen otros tipos que en su modalidad básica pueden ser cometidos por cualquiera, pero que en una modalidad calificada solo pueden ser cometidos por quienes reúnan la calidad personal exigida, por ejemplo, en algunas legislaciones el parricidio es un agravante del homicidio.

2. **Sujeto pasivo.**- Es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro. Ahora bien, en algunas legislaciones como la mexicana, y para efectos procesales, se ha distinguido entre víctima y ofendido, donde este último es la calidad señalada para aquellos que indirectamente se han visto afectados por la conducta típica del sujeto activo, o bien, por razones de parentesco con la víctima y por ausencia de esta última, asumen el papel de ofendido.
3. **Bien jurídico protegido.**- El Derecho Penal liberal se basa en la protección de bienes jurídicos^[26], por lo que se acepta la vigencia del principio “*nullum crimen sine injuria*” (todo delito debe comportar un daño u ofensa o lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penalmente protegido).

Sin embargo, el concepto material del bien jurídico-penal es objeto de debate en el seno de la doctrina^[27]; no obstante, si es unívoco considerar las

[26] Históricamente se ha ubicado la teoría del bien jurídico como producto del temprano liberalismo del Siglo XIX; cuando en 1834 Birbaum rebate la posición de Feuerbach (quien junto a Kleinschrod y mucho más tarde Loening, y sobre la base del iluminismo y del racionalismo, apegada al contrato social, indicaba que el delito es la lesión de un derecho subjetivo), al considerar al delito como lesión de un bien (consideraba a los bienes jurídicos como objetos materiales que el Estado protege, los cuales, corresponden a particulares como a la colectividad), se empezó a hablar que la misión del Derecho Penal es, fundamentalmente, la protección de bienes jurídicos.

[27] Ello radica en los innumerables conceptos y tendencias que han surgido en torno al bien jurídico, el cual ha transcurrido por etapas (según Hormazabal de una determinada concepción del poder político). Así una primera etapa desde BIRBAUM hasta HONIG: BIRNBAUM (el bien jurídico son objetos materiales que el Estado protege), Binding (el bien jurídico es una creación del Derecho, el cual elige los objetos, que en opinión del legislador, merece protección), Liszt (los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o la sociedad, lo cual, la protección del Derecho lo eleva a bien jurídico), HONIG (el bien jurídico consiste en una “fórmula

funciones que éste cumple, también, lo debería ser, establecer su concepto material; al respecto Caro Coria comenta lo siguiente: "(...) determinar el concepto material del bien jurídico-penal es doblemente importante de cara a su función crítica: como descripción y cuestionamiento del derecho vigente (sentido dogmático, de lege lata), pero también como guía para la construcción del modelo penal que se desea alcanzar (sentido político-criminal de lege ferenda)(...)"^[28].

Frente a este panorama, y sin entrar al terreno de la polémica, señalo que, el bien jurídico-penal es un valor normativo, el cual, está condicionado por la utilidad al individuo y los parámetros constitucionales; no obstante, por la presencia del individuo, está sujeta a las condiciones históricas, socioeconómicas y culturales, las cuales, constantemente cambian^[29]. De la citada afirmación, citamos a Roxin quien afirma lo siguiente: "Los bienes jurídicos son circunstancias o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema... La concepción del bien jurídico descrita es ciertamente de tipo normativo; pero no es estática, sino que dentro del marco de las finalidades constitucionales está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico"^[30].

sintética" en la que el legislador ha reconocido al fin que persigue cada una de las prescripciones penales, asimismo, es una "síntesis categorial" con la cual el pensamiento jurídico trata de captar el sentido y el fin de las prescripciones penales particulares). Una segunda etapa, la cual consiste en el alejamiento del Derecho Penal como protector de bienes jurídicos, así tenemos la Escuela de Kiel (Dahm y Schaffstein), la cual, proclamó la pretensión de garantía del "deber jurídico y la convicción". Finalmente, una tercera etapa, la cual presenta, como nota característica, la diversidad de conceptos sobre el bien jurídico (fundamentalista, sociológico, personalista, político-criminal liberal), así como, su papel como límite al *ius puniendi* y entre otras funciones, además, de aquellas concepciones que reconfigura la misión del Derecho Penal; en la primera línea están las definiciones de Mayer, Weber, Welzel, Roxin, Sax, Rudolphi, Hassemer, Marx, Bricola, Angioni, Musco, Pulitano, Fiandaca, Hormazábal Malarée, Muñoz Conde, Mir Puig, Octavio Toledo, Gómez Benítez, Escrivá Gregori, González Rus, entre otros; en la segunda línea están los planteamientos de Jakobs (la misión del Derecho Penal es la vigencia efectiva de la norma) y Amelung (indica que, quien toma como punto de orientación el principio de protección de bienes jurídicos no puede legitimar las normas por sí mismas, ni la imposición de penas por su puro y simple quebrantamiento, sino que tiene, por el contrario demostrar, las consecuencias indeseadas que están detrás del "quebrantamiento de la norma").

[28] CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs". En: *Revista Themis*, No. 35, Lima, 1997, p. 139. El citado autor peruano define al bien jurídico-penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena.

[29] Estos factores permiten precisar la mutabilidad del bien jurídico, la cual, permite la tipificación de determinadas conductas y despenalización de otras, según un determinado contexto histórico, social, económico y cultural (valoración jurídico-penal que puede cambiar, si varía dicho contexto). Por ejemplo, en el Perú, en el Código Penal derogado de 1924 se penaba el delito de riña, duelo, adulterio y la piratería, los cuales, en el Código Penal vigente de 1991 han sido destipificados.

[30] ROXIN, Claus. *Derecho penal...*, Ob. cit., pp. 56-58.

El bien jurídico tiene como finalidad limitar la función punitiva del Estado, es decir, el Derecho Penal interviene cuando media una dañosidad social (con referencia al individuo y en los parámetros constitucionales) y, teniendo en cuenta, por un lado, la fragmentariedad y subsidiariedad de esta rama jurídica, y por el otro lado, el merecimiento y la necesidad de pena. Frente a estos lineamientos el legislador apreciará si tipifica o no la conducta (si lo realiza, es porque la conducta ha afectado, ya no un bien jurídico sino, un bien jurídico-penal). Por fragmentario se entiende que el Derecho Penal no interviene contra toda conducta que vulnere bienes jurídicos, sino se limita a castigar las conductas más graves contra los bienes jurídicos más importantes. Por subsidiario se entiende que el Derecho Penal intervendrá no solo por la aparición de conductas socialmente dañosas, sino, porque no existen o han fracasado o resultan insuficientes otros medios para hacerles frente (es lo que permite denominar al Derecho Penal como la última *ratio legis*). Asimismo, el merecimiento y la necesidad de pena serán analizadas más adelante. Finalmente, el bien jurídico penal puede ser individual y supraindividual o colectivo, no obstante, este último debe tener referencia al desarrollo personal del individuo o el interés humano; al respecto, Caro Coria comenta lo siguiente: “Los bienes jurídicos colectivos tienen autonomía frente a los individuales y su titularidad pertenece a toda la ciudadanía por igual. Estos son complementarios de los bienes individuales en la medida que constituyen condiciones esenciales para su adecuado funcionamiento (...). La tutela de dichos bienes debe operar en relación a su propio contenido, sin necesidad de referencias implícitas o explícitas a los bienes individuales, y recurriendo solo a tipos de lesión o de peligro concreto”^[31].

- 4. Conducta típica.-** Como ya se explicó en el apartado anterior del presente capítulo, debe darse un comportamiento relevante para el Derecho Penal, es decir, sea interpretable para el juicio de tipicidad o adscripción (imputación); al respecto, Silva Sánchez comenta lo siguiente: “(...) un concepto de acción capaz de cumplir con las funciones atribuidas generalmente a la categoría. Estas son tres: función clasificatoria, en virtud de la cual la acción se constituye en factor común de todos los tipos de delitos;

[31] CARO CORIA, Dino Carlos. “Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos”. En: *Revista Themis*, N°. 37, Lima, 1998, p. 206. Sin embargo, en la doctrina alemana y española existe una polémica sobre la validez y punición de los bienes jurídicos colectivos, apareciendo diversas teorías como la personalista (Hassemer), monista y dualista; no obstante, opino que el bien jurídico debe girar en torno al individuo, empero, las notas características del injusto penal reprochable como de sus consecuencias jurídicas pueden separarse de un pensamiento antropocéntrico y pensar, por ejemplo, en la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en contra de este giro de pensamiento: la Escuela de Frankfurt).

una función sistemática, de enlace, que requiere que la acción, sin adelantar los posteriores juicios de valor, posea un contenido material tal que dichos juicios se le añaden de modo de concreciones; y, en fin una función negativa o de delimitación, mediante la cual quedan excluidos a priori aquellos procesos que en ningún caso pueden llegar a alcanzar relevancia penal”^[32].

Aparte de la función negativa o de delimitación que cumple el comportamiento, es menester precisar que la conducta tiene relevancia penal cuando es expresión de sentido comunicativamente relevante, o como dice Kindhäuser: “En el proceso discursivo de la comprensión comunicativa para coordinar acciones no hay, pues, una subjetividad atomística, ni un abandono de la individualidad a través de una inclusión en la colectividad, sino la obtención de la autonomía individual mediante el intercambio de perspectivas; la apreciación del rol ajeno es necesario para el descubrimiento y constitución de la propia identidad”^[33].

Sin embargo, no es conveniente equiparar la acción con la imputación (“causación imputable”) debido que se confundiría el objeto de valoración (aunque designe el aspecto valorativo decisivo) con el juicio de valoración, así como, se extendería la imputación objetiva hasta las figuras de movimiento reflejo y actos de inconsciencia.^[34] Asimismo, para el sentido de comunicación de la conducta, la misma, debe ser interpretable; es decir, en palabras de Jakobs, el plano de comunicación debe estar basado en un esquema de interpretación comunicativamente relevante^[35].

[32] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Sobre los movimientos impulsivos y el concepto jurídico penal de la acción”. En: *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Grijley, Lima, 2004, p. 13.

[33] KINDHÄUSER, Urs. “La fidelidad del derecho como categoría de la culpabilidad”. En: *Revista Peruana de Derecho y Jurisprudencia Penal*. N° 1, Lima, 2000, p. 190. Sin embargo, discrepo del autor cuando señala que quien actúa abandona instrumentalmente su ámbito de libertad y lesiona la autonomía comunicativa (la infracción de la norma lesiona la autonomía –Kommunikative Autonomie– de los demás) porque la conducta relevante jurídico-penal incide en la afectación de bienes jurídicos, los cuales, no son solo derechos subjetivos (como piensa el autor) sino valores normativos (constitucionales) sujetos a factores históricos, socioeconómicos y culturales.

[34] Sobre este punto, Silva opina que por razones de pureza analítica, entre otras, pueden aconsejar una separación del examen de las causas de ausencia de acción y de las causas de exclusión de tipicidad (“Sobre los movimientos...”, Ob. cit., p. 16).

[35] Al respecto, Jakobs indica que, “el esquema de interpretación comunicativamente relevante no es un mero derivado de la relación de causalidad y de la finalidad (...) Al contrario, esa atribución solo se produce si el comportamiento de la persona se entiende como condición determinante, y no solo fortuita, del curso que lleva hasta el resultado”. (JAKOBS, Günther. “El concepto jurídico-penal de la acción”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 3, Lima, 1994, p. 82).

- 5. Medio empleado.-** Existen tipos que individualizan conductas que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial, en tanto que hay otros que solo pueden cometerse en una circunstancia determinada. A estos últimos se les denomina: *tipos circunstanciales*.

Asimismo, cuando el delito se puede ejecutar utilizando cualquier medio, entonces estamos ante tipos de formulación libre, en oposición a los tipos de formulación casuística en los que se requiere el empleo de un medio determinado.

- 6. Resultado.-** El resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta y que se traduce en la afectación del bien jurídico. Sin embargo, este concepto refleja el denominado resultado material, el cual implica, un daño observable, materializado en el bien jurídico y que, al mismo tiempo, presenta una separación espacio-temporal con la conducta; por ejemplo, en el homicidio, se puede distinguir, por un lado, la acción de matar, y por otro lado, el resultado muerte.

Sin embargo, también se habla de un resultado formal, cuando solamente hay una puesta en peligro –concreto o abstracto– al bien jurídico penalmente protegido por ejemplo, la tentativa.

- 7. Relación de causalidad.-** Desde la concepción del delito por Franz von Liszt aparecen como características típicas: (1) la acción, (2) el resultado, y (3) la relación de causalidad, las cuales, per se, originan una clasificación de los tipos penales^[36].

En lo que respecta a la cuestión de la causalidad, se recuerda las palabras de Binding en que el Derecho distingue la voluntad humana como causa de todas las otras causas. El hombre causa una modificación cuando desencadena un movimiento en dirección a un fin y logra aumentar la fuerza de este movimiento de manera tal que supera los obstáculos que nunca faltan^[37]. Sin embargo, el tema de la causalidad

[36] Recuérdese la clásica dicotomía entre delitos de resultado y delitos de mera actividad. No obstante, esta distinción es rechazada por la doctrina dominante, al considerar que en los delitos de actividad el resultado se produce simultáneamente con la actividad; en cambio en los denominados delitos de resultado, hay una distancia espacio-temporal entre la actividad –relación de causalidad– resultado. Al respecto, véase: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "La distinción entre delitos propios (puros) y delitos improprios de omisión (o de comisión por omisión). En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 13, Lima, 2003, pp. 58-59. Particular posición presenta Lorenzo Copello, al afirmar que en los delitos de peligro abstracto solo hay un desvalor potencial de resultado; así consúltese: LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 182.

[37] Véase: KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 26.

ha sido objeto de comentario de importantes filósofos como Platón^[38], Aristóteles^[39] o Santo Tomás de Aquino^[40]; siendo los trabajos de Stuart Mill, la primera consideración sistemática de la causalidad en el Derecho penal^[41].

En la actualidad se habla de un “Principio de causalidad”, dado que, la forma de conocimiento humano aplicable, como evidente e inmediata, es la estructura lógico-formal de la causalidad, la cual, puede explicar la relación que existe entre una acción como causa y un resultado. Es decir, el principio según el cual a toda causa le sigue un resultado se denomina *principio de causalidad* y a la relación entre dicha causa y su resultado, relación de causalidad. Así pues para poder atribuir un resultado a una persona como consecuencia de su actuar, es preciso determinar si entre ambos –acción y resultado– existe relación de causalidad desde un punto de vista natural, para a continuación, determinar la existencia de un vehículo jurídico entre ambos^[42].

- 8. Imputación objetiva.-** *Imputación* significa, por un lado, atribución de un hecho al hombre y no a causas externas al mismo. En otras palabras, atribución a la libertad y no a la mera causalidad. Así era entendido el término *Zurechnung* (o *imputation*) en autores como Kant, Feuerbach o Berner, por no ir más atrás. La pregunta de la imputación sería, pues, la de si el proceso externo tiene algún sentido (solo el actuar libre lo tiene. No obstante, como se va a señalar en el último apartado de esta investigación, las bases filosóficas por las cuales nos adherimos no provienen del idealismo kantiano; sino que, al hablar aquí de “libertad” lo hacemos bajo la filosofía del liberalismo político de Rawls). **Pero en el último siglo el término “imputación” se ha utilizado mucho más –precisamente**

[38] Como se sabe, el planteamiento de Platón giraba en torno al mundo de las ideas, y al no ignorar el problema causal, afirmó que el mundo de las ideas es regido por leyes causales; esto lo demostraría a través de las figuras silogísticas, en las que una conclusión pueda ser claramente señalada como la consecuencia de dos premisas (mayor y menor) que actúen como causas.

[39] A juicio de Aristóteles, no existe una sucesión infinita de causas, sino que existe un primer principio de todo, que podría ser considerado la causa de todas las causas. Cfr. ARISTÓTELES. *Metafísica*. 10ª edición, Editorial Porrúa, México, 1987, p. 32.

[40] Santo Tomás Aquino precisó que todo lo que se encuentra en movimiento ha sido impulsado por algo y que la causalidad es un presupuesto y no un objeto de prueba; asimismo, afirmó que solo Dios puede ser considerado como causa primaria mientras todo lo que a partir de allí acaece corresponde a fenómenos causales secundarios.

[41] John Stuart Mill, en 1843, señaló que solo en forma excepcional puede afirmarse que una consecuencia es resultado de una única causa, pues por regla general es la reunión de diversos antecedentes lo que genera efectos.

[42] Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, Paz María. *Tipicidad e imputación objetiva*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 108.

en el marco de la doctrina de la imputación objetiva– para aludir a la pregunta sobre el contenido de sentido concreto que tiene aquello que previamente se ha imputado, al menos en cierta medida, a la libertad.

Expresado de otro modo, la teoría de la imputación objetiva no pretendió, ni pretende, establecer las condiciones de atribución del hecho a un sujeto como su obra, cuanto establecer las reglas de atribución de un sentido concreto al referido hecho^[43].

Queda entonces la cuestión del juicio de imputación como atribución del hecho a un sujeto como obra suya. Para los pocos defensores actuales del referido concepto clásico de imputación –muy especialmente Hruschka–, no solo la teoría del comportamiento típico sino también la doctrina sobre el nexo entre conducta y resultado deben excluirse del ámbito propio de las reglas de imputación. Una y otra pertenecen a lo que se denomina *applicatio legis ad factum*, ámbito propio de las reglas de conducta. De ahí que sorprenda la cita que Frisch hace de aquel autor, cuando, según creo, sus construcciones parten de perspectivas radicalmente diferentes; en concreto, no parece que Frisch quiera renunciar a calificar el nexo entre conducta típica y resultado como cuestión de imputación objetiva. En cambio, Robles sí parece sugerir, aunque se muestre algo dubitativo y lo deje entre interrogantes al analizar el planteamiento de Schünemann, que también el juicio sobre el nexo entre conducta y resultado debe reputarse ajeno a las reglas de imputación. En este sentido, su planteamiento sería más próximo al de Hruschka.

Ahora bien, el juicio de imputación, incluso desvinculado de cualquier juicio de valoración sobre el hecho y ceñido a la atribución de este a un sujeto como obra suya, tampoco puede contemplarse solo en términos de finalidad. **Más bien, dicho juicio precisa de la concurrencia de un conjunto de condiciones cognitivas y volitivas en el sujeto que solo pueden designarse mediante la idea de libertad.** Como indica Silva Sánchez, “el concepto de injusto penalmente relevante, como presupuesto específico de la imposición de la consecuencia jurídica pena, ha de tener (...) un carácter más personal” que el que le atribuye la teoría que los finalistas denominan “del injusto personal (...) en particular,

[43] Que estas reglas de atribución de un sentido concreto al hecho de un sujeto puedan derivarse tan solo de la finalidad del agente es algo que ni siquiera los finalistas han admitido de modo general, de modo que las propuestas que FRISCH y ROBLES hacen al respecto (sobre el entrecruzamiento de lo objetivo y lo subjetivo) tienen una amplia capacidad de suscitar consenso.

debe incorporar la exigencia de una libertad (externa e interna) mínima del sujeto, sin la cual carece de sentido afirmar que este ha infringido un imperativo de conducta”^[44].

En ese orden de ideas, la imputación objetiva, se centra en las valoraciones que se realiza al obrar de un sujeto libre; delimitado por la observancia de roles, legitimados por la necesidad de posibilitar que todas las personas puedan autorrealizarse en sociedad.

Estas ideas rectoras permiten afirmar que la imputación objetiva no solamente incide en la atribución de resultados a una conducta típica, sino que la imputación objetiva afecta, además de la atribución de resultados, la imputación de riesgos creados por la conducta del sujeto, la tentativa, los delitos de peligro, la autoría y participación. Aunque, teniendo en cuenta los objetivos de este estudio, en la presente investigación nos ceñiremos a las dos primeras situaciones.

En suma, este proceso de determinación objetiva se divide en dos partes: la imputación del comportamiento (creación de un riesgo prohibido) y la imputación objetiva del resultado (realización del riesgo). A continuación se van a desarrollar ambos aspectos.

3. IMPUTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO: LA CREACIÓN DE UN RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO

La imputación del comportamiento determina que un comportamiento lesivo puede imputarse al sujeto como, infracción de su rol general de ciudadano, o bien de roles especiales o competencias institucionales. Como ambas clases de roles deben, implícitamente, formar parte del contenido del determinado tipo penal a encuadrar la conducta del agente, es que, los mismos determinan una modalidad de delitos; así el primer tipo de rol configura los denominados *delitos de dominio o competencia por organización*; en cambio, el segundo tipo de rol determina a los denominados *delitos de infracción de un deber o competencia por institución*.

En este apartado, analizaremos como esta primera parte de la determinación objetiva se configura tanto en los delitos de dominio, así como, en los

[44] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Normas y acciones en Derecho Penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003, pp. 135-136.

delitos de infracción de un deber; para luego, estudiar los institutos dogmáticos que excluyen, en ambos casos, la imputación del comportamiento.

(a) La creación de un riesgo prohibido.- Como puede derivarse de la propia denominación del criterio de determinación de la imputación del comportamiento, los riesgos prohibidos son aquellos que no se encuentran abarcados por el llamado riesgo permitido.

En lo que respecta a los delitos de dominio, el riesgo prohibido constituye un importante criterio de determinación, pues no forma parte del rol de ciudadano (que forma parte, implícitamente, del contenido del tipo penal) impedir todos los riesgos de lesión, sino solamente los que exceden el riesgo socialmente permitido^[45]. La concreción del riesgo prohibido constituye un proceso de determinación con base en normas jurídicas (en un sentido primigenio)^[46], normas técnicas y reglas de la prudencia^[47].

No obstante, para la imputación del comportamiento en el ámbito de los delitos de dominio, no basta que se haya sobrepasado el límite de actuación general establecido por el ordenamiento jurídico, sino que se requiere determinar además la competencia del autor por este riesgo no permitido^[48]. Esta determinación sólo puede tener lugar si se tiene en consideración la concreta situación de actuación y la concreta persona del autor. La referencia al autor concreto no debe entenderse, sin embargo, como una medida subjetiva, sino como una medida objetiva, esto es, como una persona libre y responsable frente al ordenamiento jurídico (ciudadano).

[45] Sobre la legitimación del riesgo permitido hay varias posiciones. Así, por ejemplo, Feijoo considera a esta figura como resultado de un juicio de ponderación de intereses (Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en Derecho Penal*. Editorial Grijley, Lima, 2002, p. 201 y ss.). En cambio, para Jakobs, el riesgo permitido depende de la configuración de la sociedad (Cfr. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Traducción de Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 121 y ss).

[46] Para concordar con nuestra tesis de la normativización de las instituciones, se tiene que, para concretar el riesgo prohibido debe tenerse en cuenta, en primer lugar, las conductas peligrosas que el propio ordenamiento jurídico considera prohibidas. Estas conductas quedan excluidas del ámbito de lo permitido debido a su peligrosidad abstracta o concreta.

[47] Cfr. JAKOBS, Günther. *Imputación...*, Ob. cit., pp. 124 y ss.

[48] El riesgo permitido comprende tanto una valoración genérica de la conducta como una concreta, no siendo posible reducir la función del concepto aisladamente a ninguno de los dos momentos. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal*. Ministerio de Justicia Interior, Madrid, 1995, p. 86.

Si se llega a demostrar que el autor ha infringido las competencias que en la situación concreta le eran exigibles, entonces cabrá una imputación del comportamiento^[49].

(b) El principio de confianza.- Ya que el evento delictivo se presenta siempre en un contexto interactivo, la intervención de varios sujetos en el hecho puede oscurecer la determinación de los sujetos penalmente competentes. Por esta razón, resulta conveniente delimitar los ámbitos de competencia de los diversos intervinientes en el hecho delictivo. **La competencia por el riesgo prohibido puede corresponderle no solo al titular del ámbito de organización del que se deriva el riesgo prohibido (específicamente en los delitos de dominio), sino que puede plantearse también frente a terceros (“principio de confianza” y “prohibición de regreso”) o puede incluso ser atribuida a la propia víctima (“ámbito de responsabilidad de la víctima”).** Si no es posible afirmar la competencia jurídico-penal de alguna persona, entonces cabrá tratar el hecho simplemente como un infortunio^[50].

En este punto, analizaremos la institución delimitadora del principio de confianza en el ámbito de los delitos de dominio.

El principio de confianza adquiere una especial relevancia en sociedades organizadas, en las que la división del trabajo libera al ciudadano competente de un control sobre las actuaciones de los demás^[51].

El fundamento de este principio parte de la idea de que los demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a derecho por parte de los mismos^[52]. Es decir, el fundamento de esta figura no se encuentra en la existencia de riesgos asumidos por el ordenamiento jurídico y en el carácter de *última ratio* del Derecho Penal. En los supuestos en los que es preciso acudir al principio de confianza el cuidado necesario en el tráfico no está relacionado con un riesgo natural, sino **con el comportamiento de una persona libre y responsable, por tanto, entra en juego en el fundamento de la atipicidad de la conducta el principio de autorresponsabilidad.**

[49] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico. Parte General*. Ara Editores, Lima, 2003, p. 413.

[50] Ídem, p. 421.

[51] Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª edición, Editorial B de F, Montevideo, 2005, p. 327. JAKOBS, Günther. *Imputación...*, Ob. cit., p. 105.

[52] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación...* Ob. cit., p. 290.

Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de otras personas. No obstante, este principio requiere, como todo criterio de delimitación de competencias, de una labor de concreción que permita establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, esta decae.

Para poder llevar a cabo esta labor, debe tenerse en cuenta el sector específico correspondiente, pues la configuración del principio de confianza varía según las características de cada sector. Así, por ejemplo, la confianza que rige en el tráfico rodado no se corresponde plenamente con la que tiene lugar en el uso de prestaciones ajenas en la división del trabajo.

El principio de confianza frente a las prestaciones de terceros tiene dos formas distintas de manifestación. En primer lugar, pueden mencionarse los casos en los que una actuación se mostraría inocua si la persona que actúa a continuación cumple con sus deberes. La otra forma de manifestación del principio de confianza se presenta cuando una situación concreta ha sido preparada previamente por un tercero. En principio, se debe tener la confianza en que este tercero ha actuado de manera correcta^[53].

Por otro lado, el principio de confianza, como todo principio general, encuentra también ciertas circunstancias especiales que excluyen su vigencia. Estos límites al principio de confianza pueden clasificarse en tres:

- La confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad.
- No hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa.
- La confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes. Hay que precisar, sin embargo, que tal situación de confianza no se rompe con una desconfianza subjetiva derivada de conocimientos especiales, sino con una originada por situaciones que objetivamente permitan poner en tela de juicio la confianza sobre la conformidad a derecho del comportamiento del otro.

(c) La prohibición de regreso.- Un sector cada vez mayor de la doctrina penal recurre al criterio de los ámbitos de responsabilidad según el cual una

[53] Cfr. JAKOBS, Günther. *Imputación...* Ob. cit., p. 106.

persona no requiere representarse las distintas posibilidades de comportamiento ilícito de terceros derivados de su actuación^[54].

En los delitos de dominio la responsabilidad penal se configura por una organización defectuosa que infringe el deber negativo de no lesionar a otros. Esta organización defectuosa puede tener lugar por una organización individual o ser producto de una organización conjunta. En este último supuesto se presenta una repartición del trabajo que vincula a los participantes y fundamenta, por tanto, que el injusto sea considerado una obra común.

Esta participación no debe reducirse a los actos de ejecución, sino que debe incluir los actos de preparación, de manera que no debe caerse en el error naturalista de la doctrina penal dominante de considerar que el partícipe en la fase de preparación realiza un conjunto propio que se vincula al injusto principal de los autores.

El delito constituye una obra conjunta de todos los intervinientes en la preparación y en la ejecución del hecho. No obstante, no basta que se realice una aportación (dolosa) al hecho, sino que es necesario que ese aporte tenga el sentido objetivo de alcanzar consecuencias delictivas^[55].

Ese sentido objetivo, para el caso de los delitos de dominio a que nos centraremos a lo largo de este punto, lo suministra la infracción del rol general de ciudadano. Una actuación conforme al estereotipo de conductas socialmente permitidas no constituye una infracción del rol de ciudadano. El hecho que el agente haya actuado dolosa o culposamente respecto de la futura utilización de su aporte por otro en un contexto delictivo, no cambia en nada el carácter permitido de su actuación^[56].

[54] Cfr. JAKOBS, Günther. "La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal de la comisión". En: *Estudios de Derecho Penal*. Traducción de Peñaranda / Suárez / Cancio, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 261. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación*.... Ob. cit., p. 389.

[55] Cfr. JAKOBS, Günther. *Imputación*.... Ob. cit., p. 152. De otra opinión es Roxin quien justifica este grupo de caso en el principio de confianza: la confianza del primer actuante en que el tercero no realizará una conducta delictiva. Cfr. ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*, Traducción de Abanto, Editorial Idemsa, Lima, 1998, p. 45 y ss. Similar posición: CEREZO MIR, José. "Curso...", Ob. cit., p. 162. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. "La imputación objetiva del resultado". Editorial Edersa, Madrid, 1992, p. 350.

[56] Schünemann, por el contrario, realiza una distinción entre actuación culposa y dolosa. Véase: SCHÜNEMANN, Bernd. "Consideraciones sobre la imputación objetiva". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penal*. Editorial Grijley, Lima - Perú, 2000, p. 434.

Una imputación del comportamiento no resulta justificada solo porque exista una conducta causal evitable, sino que es necesario que esta última constituya una infracción del rol general de ciudadano. Si no tiene lugar una infracción del rol de ciudadano, entonces estaremos ante una prohibición de regreso.

Esta figura se diferencia con el principio de confianza, porque este último tiene que ver con los límites subjetivos del tipo: la determinación del deber de cuidado con respecto a las conductas de otras personas; asimismo, el principio de confianza solo entra en juego como límite de la imputación cuando un comportamiento reúne los requisitos objetivos de un tipo penal. En cambio, la prohibición de regreso es un instituto que sirve para negar la existencia del tipo objetivo en un ámbito como el de los tipos de participación^[57].

Las formas de aparición de la prohibición de regreso pueden clasificarse en dos grupos. En primer lugar están los casos en los que no se hace responsable al sujeto que realiza un comportamiento cotidiano al que otro vincula unilateralmente un hecho delictivo o se sirve del mismo para su realización^[58].

El segundo supuesto de prohibición de regreso excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito. En estos casos tiene lugar una comunidad con el autor, pero esta comunidad se encuentra limitada a la prestación de un servicio socialmente permitido que al autor no puede ampliar unilateralmente. La ausencia de una imputación del comportamiento tendrá lugar aun cuando el que realiza la prestación conoce de los planes delictivos del autor, ya que objetivamente no se ha producido una conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder^[59].

(D) Las acciones a propio riesgo.- En una explicación funcional de la imputación objetiva cabe reconocer dos razones por las que las consecuencias

[57] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación...*, Ob. cit., pp. 419 - 420.

[58] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 428. Por el contrario, Rueda, justifica la impunidad por tratarse de una cuestión del azar que se encuentra fuera del dominio del autor. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. "La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. Una investigación a la vez sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto". Editorial Bosch, Barcelona, 2001, p. 126.

[59] Cfr. JAKOBS, Günther. *Imputación...*, Ob. cit., p. 157.

de un hecho delictivo pueden recaer sobre la víctima: o porque nadie resulta competente por el delito (caso de infortunio), o porque la víctima ha “actuado a propio riesgo” al infringir incumbencias de autoprotección o realizar actos de propia voluntad^[60]. De estas dos posibilidades de razones de cargo a la víctima del resultado lesivo, solamente la segunda constituye un caso de competencia de la propia víctima^[61], ya que en caso de infortunio no tiene lugar propiamente una atribución del hecho a alguien. **Una competencia de la víctima que se sustente en el principio de autorresponsabilidad^[62], solamente podrá existir en los casos en los que la víctima, en tanta persona responsable, ha actuado a propio riesgo^[63].**

Esta actuación de la víctima puede tener lugar, a su vez, de dos maneras: por la infracción de incumbencias de autoprotección o por un acto de voluntad (consentimiento). Esta diferenciación no significa una reedición de la teoría de la diferenciación entre participación en la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida^[64], sino que por el contrario, se asienta en criterios dogmáticos diferentes.

Cuando la actuación a propio riesgo tiene lugar mediante la infracción de incumbencias de autoprotección^[65], estamos ante supuestos en los que la víctima actúa de una manera tal que pueden esperarse objetivamente

[60] Cfr. JAKOBS, Günther. *Imputación...*, Ob. cit., p. 109 y ss.

[61] Cfr. CANCIO MELIÀ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Editorial Bosch, Barcelona, 1998, p. 327.

[62] El principio de autorresponsabilidad o autonomía es un filtro normativo relevante con relación al ámbito de protección o alcances del tipo de acuerdo con una interpretación sistemática de los tipos que tenga en cuenta los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico. Por ello el principio de autorresponsabilidad tiene efectos en el ámbito del tipo aunque la víctima no haya asumido o querido el resultado pero este sea fruto de una decisión libre y responsable en la que no ha intervenido de forma ilegítima un tercero. Al mismo tiempo, desde el punto de vista del principio de autonomía es indiferente si alguien quiere realizar un hecho en solitario, quiere realizarlo conjuntamente con otros o quiere delegar su realización en terceros. La influencia de este principio en la teoría de la imputación jurídico-penal no puede depender de criterios causales o naturalísticos. Al respecto, véase: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación...*, Ob. cit., p. 517 y ss.

[63] Por eso se rechaza una distinción entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida (Tesis de Roxin), así como, de los criterios desarrollados por la victidogmática o el denominado principio victimológico, dado que, el tratamiento normativo de la víctima debe darse en el seno del sistema de imputación objetiva, a partir del principio de autorresponsabilidad, que denota un ámbito de administración y responsabilidad de la víctima, así como la determinación del carácter responsable o no de la víctima en un caso concreto.

[64] Como indica Feijoo que los casos relevantes de heterolesión consentida, son normativamente casos de autolesión. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación...*, Ob. cit., p. 471 y ss.

[65] En ese sentido, nos adherimos a la posición de García Caveró, para quien el término incumbencia denota, no deberes de la víctima, sino criterios objetivos para determinar los ámbitos de competencia. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 433, nota 168.

consecuencias lesivas para ella. Se trata, por tanto, de riesgos que se encuentran presentes en su interacción con los demás y frente a los cuales resulta de su incumbencia autoprotgerse^[66].

Ya que la complejidad de los contactos sociales genera no solo mayores beneficios para el progreso de la sociedad, sino también mayores riesgos, parece lógico que el sistema jurídico atribuya un conjunto de incumbencias de autoprotección a las personas. La infracción de estas incumbencias por parte de la propia víctima hace que en determinados casos los sujetos que han producido causalmente la lesión no respondan penalmente o solo lo hagan de manera parcial en caso de mantener ciertas competencias por el dominio del riesgo.

Por otro lado, el uso del consentimiento en la teoría de la imputación objetiva ofrece ventajas dogmáticas, aunque para ello debe dejar de entenderse como un dato psíquico y considerarlo, más bien, como un acto objetivo de manifestación de voluntad^[67]. El consentimiento de la víctima tiene el sentido objetivo de una ampliación voluntaria de los peligros que amenazan normalmente su ámbito personal, de manera que en caso de realizarse un tipo penal, el hecho podrá reconducirse al comportamiento voluntario de la víctima.

Podría argumentarse, en contra del reconocimiento de la relevancia del consentimiento en la imputación a la víctima, que este constituye también una infracción de incumbencias de autoprotección y que, por ello, una diferenciación resulta ociosa.

Ante esta fundamentación cabe afirmar que la distinción entre la simple infracción de incumbencias de autoprotección y el consentimiento tiene relevancia no solo en el plano subjetivo, sino también en el objetivo. Al respecto, García Cavero, cita el siguiente ejemplo: ¿tiene acaso el fabricante que vende un producto defectuoso a un comprador que ha sido informado de los defectos de fabricación del producto igual responsabilidad penal que aquel que vende un producto defectuoso a un consumidor que lo utiliza incorrectamente? No cabe duda que en el primer caso una responsabilidad del fabricante se encuentra excluida, mientras que en caso de infracción de incumbencias de autoprotección se mantiene todavía una competencia del fabricante por el producto defectuoso. Con ello no se reconoce,

[66] Cfr. JAKOBS, Günther. *Imputación...*, Ob. cit., p. 111.

[67] Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta...*, Ob. cit., p. 190.

sin embargo, una relevancia absoluta al consentimiento, pues la competencia de la víctima puede decaer en los casos en los que su consentimiento resulte afectado por factores distorsionantes, esto es, que no se trata más de una persona responsable^[68].

Por otro lado, es menester indicar la presencia de recortes normativos al principio de autorresponsabilidad de la víctima. **Por un lado, el principio de autorresponsabilidad decae cuando tienen lugar situaciones de superioridad en las que la víctima es instrumentalizada por el autor^[69]. Por otro lado, la autorresponsabilidad se recorta cuando existen deberes de control, protección o tutela frente a la víctima^[70] derivados de un rol especial de autor que mantiene su competencia por el hecho, aún cuando la víctima actúe a propio riesgo.**

Todo lo indicado, tanto en el principio de confianza (acápites B), prohibición de regreso (acápites C) y acciones a propio riesgo (acápites D), han sido comentados en el contexto de los delitos de dominio. En cuanto a la viabilidad de utilizar en los delitos de infracción de un deber los institutos delimitadores de la imputación objetiva desarrollados en el marco de los delitos de dominio, debe advertirse, según García Caveró, que estos sufren recortes. **La posibilidad de desligarse de las vinculaciones institucionales se presenta mucho más compleja que la renuncia a la competencia por el riesgo de los delitos de dominio^[71].**

En primer lugar, **debe señalarse que las instituciones sociales establecen, por lo general, un procedimiento formal para desvincularse de las mismas:** los padres deben dar al hijo en adopción, los esposos deben seguir un procedimiento de divorcio, el funcionario debe pedir su cese, el administrador presentar su renuncia. **Solamente si se ha seguido el procedimiento establecido para la desvinculación institucional, será posible alegar una incompetencia^[72].**

En segundo lugar, **están los casos de desvinculación temporal a las instituciones sociales; por ejemplo, que los padres dejen a su hijo con una niñera. En este caso, no implica una liberación del vinculado institucional,**

[68] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 435.

[69] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Imputación..., Ob. cit., p. 456.

[70] Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta...*, Ob. cit., p. 355.

[71] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 481.

[72] *Ibidem*, p. 481.

pues siempre existen deberes de selección, control e intervención que justifican una recuperación de la competencia institucional^[73].

4. IMPUTACIÓN DEL RESULTADO: LA RELACIÓN DE RIESGO

El punto de partida para la determinación de la imputación objetiva del resultado es la existencia previa de una imputación del comportamiento. Sin embargo, no basta que tenga lugar una sucesión de estos dos aspectos de la imputación objetiva para poder hablar de un delito consumado, sino que es necesaria la existencia de una relación objetiva entre estos aspectos.

Ya que la consumación constituye no más que un aumento cuantitativo de la infracción de la norma producida ya por la imputación del comportamiento (tentativa), la imputación objetiva del resultado no puede quedar abandonada a simples criterios causales, sino que debe asentarse igualmente en criterios normativos. En este sentido, el resultado, para poder ser imputado al autor, debe ser considerado normativamente como la consumación del comportamiento previamente imputado al mismo.

En ese sentido, para poder imputar objetivamente a una persona un resultado, este debe poder explicarse mediante un comportamiento prohibido. Esto quiere decir que de entre las condiciones de producción del resultado el Derecho Penal considera como factor determinante el comportamiento prohibido del autor. No se trata, por tanto, de describir una vinculación causal entre el comportamiento y el resultado; algo, por otra parte, especialmente difícil en los delitos de omisión y en ámbitos complejos como el medio ambiente o la responsabilidad por el producto.

En nuestra sociedad, el comportamiento prohibido del autor solamente podrá aparecer como explicación de los daños producidos cuando pueden ser evitados de modo planificado.

Sin embargo, los problemas en la imputación objetiva del resultado se presentan cuando este puede encontrar explicación en otras conductas o sucesos. Ya no es solamente el comportamiento prohibido del autor el que aparece en escena, sino el comportamiento prohibido de un tercero, la propia conducta de la víctima o simplemente un riesgo general de la vida.

[73] Ibidem, p. 482.

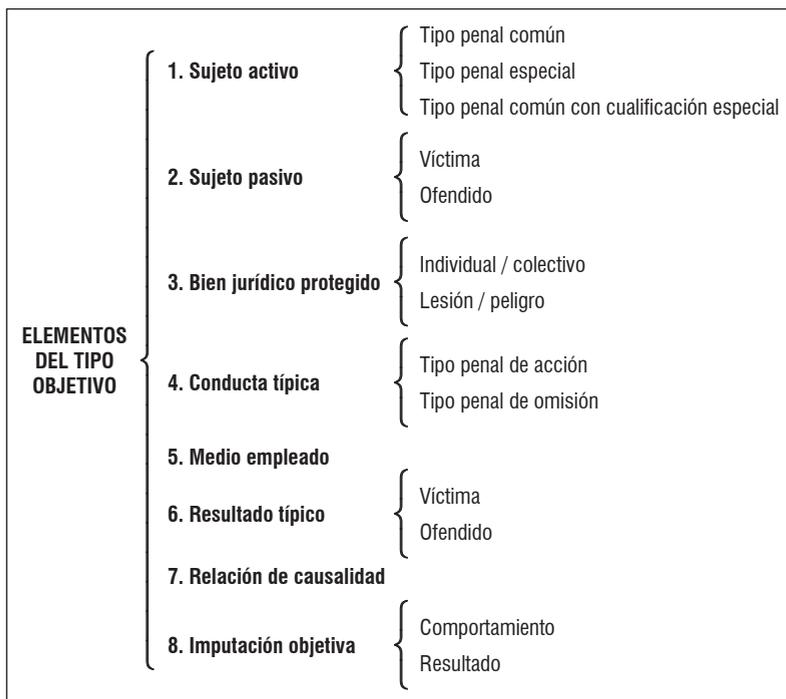
Al respecto, los grupos de casos que pueden surgir en el ámbito de la imputación del resultado son:

- Cursos causales hipotéticos o comportamientos alternativos conforme a derecho.
- Riesgos concurrentes.
- Daños derivados o secundarios.
- Daños tardíos.

Sin embargo, el desarrollarlos excedería el objetivo de nuestro estudio, por lo que, remitimos al lector consultar la literatura especializada en torno a la imputación objetiva.

Hasta aquí, se han comentado los elementos que conforman el tipo objetivo, dándosele prioridad a la imputación objetiva, como herramienta nomológica que permitirá atribuir al autor, como obra suya, la realización tanto de la conducta como del resultado típico.

Por otro lado, los elementos del **tipo subjetivo** son:



4.1. Tipo doloso

1. Dolo.- En el dolo, el sujeto activo debe conocer y querer la realización típica; es decir, se debe extender a las circunstancias del hecho (elementos típicos) sólo en tanto que determinan lo injusto del hecho^[74]. Al respecto, Silva Sánchez comenta lo siguiente: “el objeto del dolo ha de ser básicamente el riesgo contenido y determinable ex ante en la conducta del sujeto. El curso causal y el resultado en tanto que, aunque elementos del tipo punible de los delitos de resultado consumados, no configuran su injusto típico, no son objeto del dolo”^[75].

De la definición dada se desprende que el dolo está constituido por dos elementos: uno intelectual o cognoscitivo y otro volitivo.

En lo que respecta al primer elemento, para actuar dolosamente, el sujeto de la conducta debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su conducta como típica; es decir, debe conocer el tipo objetivo. Para la existencia del dolo no se toma en cuenta si el sujeto conoce la significación jurídica de sus actos, basta que sea al nivel o esfera de lo profano, es decir, que el agente ha de tener un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos del tipo.

En lo que respecta al segundo elemento, para actuar dolosamente no es suficiente el mero conocimiento del tipo objetivo; es necesario además querer realizarlo. Si el tipo objetivo se realiza pero ello no es debido a la voluntad de realizarlo no hay dolo.

Finalmente, la doctrina ha realizado una clasificación del dolo en: a) dolo de primer grado o directo, b) dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, y c) dolo eventual.

2. Elementos subjetivos distintos del dolo.- Normalmente, la esfera subjetiva de los tipos dolosos está limitada al dolo, por lo que hay una congruencia perfecta entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. Sin embargo, en

[74] El concepto y ubicación del dolo varía según la posición de una determinada teoría o de autor; por ejemplo, en lo que respecta al concepto de dolo, el causalismo tiene una definición de la cual difiere del finalismo; asimismo, hay diferencia entre aquellos que ven la confluencia del aspecto cognitivo y volitivo de aquellos que ven al dolo como conocimiento (y la culpa como error). Inclusive se habla de un concepto de dolo desde la perspectiva criminológica: “el dolo comprende la actitud interna antisocial que el sujeto manifiesta en su conducta delictiva” (Elio Morselli).

[75] SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “*Aberratio ictus* e imputación objetiva”. En: *Estudios de Derecho Penal*, Ob. cit., p. 65.

algunos tipos penales específicos, para conformar el tipo se requiere la presencia de especiales elementos de carácter subjetivo, que deben concurrir además del dolo.

Estos elementos subjetivos distintos del dolo están referidos a fines y propósitos, cuya necesaria concurrencia en algunos casos confiere al hecho su dimensión de tipo penal.

Así tenemos:

- (a) Los tipos de tendencia interna trascendentes, que son: (1) los tipos mutilados o incompletos en dos actos, en los que el primer acto es realizado como paso previo para realizar otro, aunque la realización de este último no es exigida por el tipo, por ejemplo, el matar para facilitar otro delito. (2) los tipos de resultado cortado, se configuran con la realización de una acción con la que el agente pretende alcanzar un resultado ulterior, ya sin su intervención, resultado este que el tipo no requiere, por ejemplo, en el cohecho, este ilícito se consuma con el ofrecimiento o la dación corruptora aunque el funcionario no proceda según lo pretende el cohechador.
- (b) Los tipos de tendencia peculiar; requieren una tendencia interna del sujeto que no se exterioriza en forma completa. Se los denomina momentos especiales del ánimo, por ejemplo, en algunas legislaciones han colocado a la alevosía como agravante del homicidio.

4.2. Tipo culposo

En principio, el Derecho Penal espera que los ciudadanos sean cuidadosos con ciertos hechos. Este deber de cuidado tiene como fundamento en lo que se espera de un ciudadano motivado a respetar el derecho. En un sistema en el que se adscribe la capacidad de actuar libremente se puede establecer el deber de que se planifiquen o se tenga cuidado con las conductas que encierran un potencial lesivo para los demás. Este deber de cuidado pretende evitar injerencias ilegítimas en las esferas de organización ajenas que vulneren los derechos de otros como personas.

El Derecho Penal puede asumir como función no solo evitar decisiones conscientes de lesionar a terceros, sino garantizar un mínimo cuidado con bienes ajenos. Y en una comunidad tan interrelacionada como la nuestra, en la que continuamente se puede afectar a derechos de terceros, es lógico que el Derecho Penal garantice un criterio de cuidado al menos con respecto a bienes

jurídicos de especial relevancia. La sociabilidad del individuo exige un cierto cuidado o respeto en el contacto con los otros.

Ahora bien, igual que se admite en general que el dolo debe abarcar la producción del resultado típico para que exista un injusto doloso consumado, la falta de cuidado o diligencia debe abarcar la producción del resultado típico para poder imputar este a título de imprudencia.

Lo que interesa a efectos jurídico-penales es el “fin de protección de la norma de cuidado” penalmente relevante.

De esta manera, y siguiendo la línea de estudio desarrollada por Bernardo Feijoo (profesor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid)^[76], el criterio básico de imputación del resultado en el delito imprudente es el fin de protección de la norma de cuidado, entendido este como la exigencia que el resultado sea precisamente una concreción o realización del riesgo creado mediante la infracción de la norma de cuidado y no de otro riesgo. En caso de duda no se debe imputar el resultado.

Para determinar la existencia de la relación normativa entre el resultado lesivo y la conducta infractora del deber de cuidado se puede acudir como criterio auxiliar a la comparación de la conducta realizada con otra cuidadosa. Sin embargo, hay que tener presente que este criterio resulta solo asumible como límite para constatar que no existe tal relación. Se trata de un criterio fáctico útil procesalmente, pero no es un criterio normativo que esté relacionado con la ratio del tipo de injusto imprudente. No se causa por imprudencia todo resultado que se puede evitar, sino solo aquel resultado con el que habría que haber tenido un mayor cuidado.

El criterio del fin de protección de la norma de cuidado, como criterio de imputación de resultados, solo cobra sentido mediante una correcta determinación previa de la infracción del deber de cuidado. Solo así se puede llegar a constatar si el resultado está relacionado con la finalidad o ámbito de protección de la norma de cuidado infringida.

[76] FEIJOO, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia. Estudios sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*. Editorial Bosch y Universidad Externado de Colombia, Barcelona/Bogotá, 2003, pp. 365-366.

Finalmente, a nivel doctrinal se plantea una clasificación de la culpa, tanto en la denominada consciente o con representación, así como en la inconsciente o sin representación.

TIPO DOLOSO	TIPO CULPOSO
1. Dolo { Directo Consecuencias necesarias Eventual	1. Culpa { Consciente Inconsciente
2. Elementos subjetivos distintos del dolo - Tendencia interna trascendente - Tendencia peculiar	

Por otro lado, se debe tener cuidado en no incurrir en las denominadas **causales de atipicidad**, los cuales son aquellos supuestos en los que concurren unas determinadas circunstancias que suponen la exclusión de la tipicidad de la conducta, negando con ello su inclusión dentro del tipo penal. Así tenemos:

- 1. Acuerdo.-** Aquí el titular del bien jurídico dispone, en forma libre y voluntaria, del mismo; por lo que, toda conducta desplegada por un tercero dentro del ámbito de la disposición otorgada por el titular del interés jurídicamente conflictivo, excluye todo pragma conflictivo entre la conducta con un tipo penal.

EJEMPLO

Si Juan me invita a ingresar a su domicilio, se excluye toda consideración al tipo penal de allanamiento de morada.

Sin embargo, existe un sector de la doctrina que distingue el acuerdo con el consentimiento. Así, el consentimiento conserva su denominación si hay por parte del interesado una aceptación de una conducta punible que ataca un bien jurídico cuya lesión no desaparece, siendo su tratamiento la de ser una causa de justificación que excluye la antijuridicidad. En cambio, toma el nombre de acuerdo si la tal conducta se dirige contra o prescindiendo de la voluntad del titular del derecho y el libre ejercicio de la misma, operando como causal que elimina la tipicidad.

No obstante, nosotros opinamos que el acuerdo es una figura que torna irrelevante para efectos jurídico-penales la conducta de un sujeto,

dado que, si el titular del bien jurídico permite la afectación a uno de sus bienes jurídicos, entonces no existe una antinormatividad que resaltar, siendo esta figura una causal que cancela la tipicidad de la conducta, y no la antijuridicidad: si no hay una norma penal violentada es innecesario el buscar si hay una norma permisiva que justifique el actuar del sujeto activo.

- 2. Ausencia de algún elemento del tipo objetivo.-** Esta causal que excluye la tipicidad descansa en la no configuración de alguno de los elementos del tipo objetivo; por ejemplo, la ausencia de un funcionario público impide tipificar la conducta dentro de la gama de ilícitos penales especiales que afectan la administración pública; otro ejemplo, es la falta de imputación objetiva, en los casos que la conducta desplegada por el sujeto activo encuadra en el ámbito del riesgo permitido, del principio de confianza, de la prohibición de regreso o en la autopuesta en peligro por parte de la propia víctima.

EJEMPLO

Si en una cirugía, el paciente fallece por una sobredosis de la anestesia, tal muerte se le imputará objetivamente al anestesiólogo; siendo el caso que, los demás intervinientes en la operación quirúrgica no presentarían una conducta típica al no configurarse uno de los elementos del tipo objetivo: la imputación objetiva.

- 3. Ausencia del tipo subjetivo.-** Como ya se ha indicado, el autor debe conocer los elementos que integran el tipo objetivo. Cualquier error o desconocimiento sobre la existencia de estos elementos tienen efectos sobre la tipicidad porque excluye el dolo, debiéndose buscar si se configura un tipo culposo, y si la respuesta es negativa entonces no queda de otra que expresar la ausencia del carácter de típico de la conducta.

Esta operación es conocida en doctrina como **error de tipo**; es la falta de conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o ignorancia.

El error de tipo tiene como efecto principal eliminar el dolo. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo con conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, evidentemente el error que recae sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos eliminará el dolo en todos los casos.

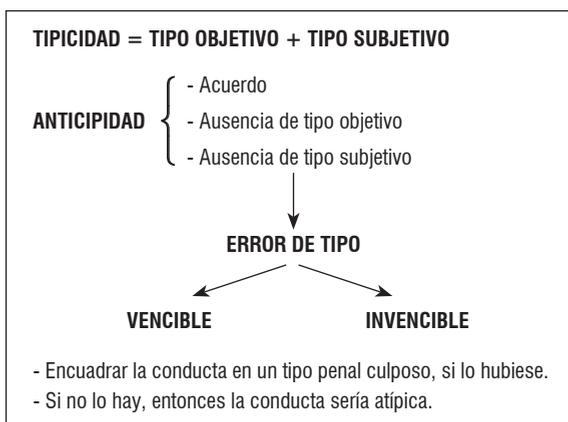
EJEMPLO

Existe error de tipo cuando alguien se apodera del abrigo ajeno creyendo que es el propio, o cuando la mujer ingiere una sustancia que cree que es un analgésico y en realidad es un abortivo.

Ahora bien, hay que distinguir entre el error de tipo vencible (relativo o evitable) y el error de tipo invencible (absoluto o inevitable). Es vencible el error cuando el sujeto pudo haberlo evitado informándose adecuadamente de las circunstancias concurrentes o de la significación del hecho. Es decir, se hubiera evitado mediante el empleo de una elemental diligencia y cuidado, como sería el caso del que con facilidad podría haber advertido que el abrigo que se llevaba no era el suyo. La consecuencia jurídica del **error de tipo vencible es el tratar de subsumir la conducta desplegada por el activo en un tipo penal culposo, sin embargo, si el mismo no existiese en la respectiva legislación** –ejemplo, no hay robo culposo– entonces deberá considerarse como atípica la conducta y carente de todo contenido delictuoso.

Por otro lado, es invencible el error que hubiera padecido cualquier persona que estuviese en la situación del autor, aunque fuese cuidadosa y diligente, como sería el caso de que el abrigo ajeno fuese prácticamente igual al propio. En este caso, **el error de tipo invencible excluye cualquier forma de tipicidad.**

Finalmente se debe recordar que la ausencia de tipicidad en la conducta impedirá que se siga avanzando con los otros juicios de valoración, como son la antijuridicidad y la culpabilidad; dado que, no existen las condiciones para afirmar que se está ante la presencia de un delito y tampoco se generaría consecuencia jurídico-penal alguna contra el autor de una conducta atípica.



4.3. Antijuridicidad

La antijuridicidad es el segundo juicio de valor que recae en la conducta típica. Según López Barja de Quiroga^[77], la antijuridicidad es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e intereses tutelados por el Derecho. Es un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.

Aquí se da el juicio de desvalor global a la conducta, es decir, se determinará la no presencia de causales de justificación y la desaprobación del ordenamiento jurídico en su conjunto de la conducta típica^[78]. Y es político-criminalmente importante porque es presupuesto fundamental de todas las medidas de seguridad.

Históricamente, fue necesario esperar hasta 1867 para encontrar el concepto de injusto formulado de manera técnica por Ihering, quien lo entendía, desde el ángulo del Derecho civil y delimitándolo del penal, como la mera contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, de donde nació la noción de antijuridicidad objetiva.

En el esquema causalista, la antijuridicidad fue entendida como la contrariedad del aspecto externo del hecho con el derecho, esto es, contra el orden jurídico del Estado. En ese sentido, si la antijuridicidad califica el hecho, y ese hecho se concebía como mero proceso causal, con independencia de la finalidad del autor, era lógico que la antijuridicidad se refiriese al aspecto objetivo-externo (causal) de la acción.

Para el neoclasicismo, la antijuridicidad aparece como un juicio de desvalor sobre el hecho. Lo injusto se concebía como infracción de la norma de valoración del hecho objetivo, a diferencia de la culpabilidad a la que se reservaba el dolo y la culpa, como infracción a la norma de determinación dirigida a la voluntad.

En lo que respecta al finalismo, Welzel definía a la antijuridicidad como la contradicción de la conducta típica con la totalidad del ordenamiento jurídico. Welzel utiliza la palabra totalidad, pues el hecho típico quebranta una

[77] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 1004, p. 181.

[78] Esta desaprobación responde a la "unidad del ordenamiento jurídico", es decir, si es ilícito en lo penal, también lo es en lo civil, administrativo, laboral, etc.

norma prohibitiva, pero puede suceder que otra norma permita la realización de la conducta típica en determinadas circunstancias tales como la legítima defensa.

En la actualidad, juristas como Muñoz Conde, precisa que el Derecho Penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos importantes, conminándolos con una pena. Por su parte, Enrique Bacigalupo sostiene que la teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal no es contraria al Derecho; es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico; es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico, decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró.

Asimismo, es común diferenciar la antijuridicidad con el injusto. Así, para Muñoz Conde, la antijuridicidad es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico; el injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción calificada ya como antijurídica^[79]. Jescheck señala a la antijuridicidad como la contradicción de la acción con una norma jurídica; el injusto es la acción misma, valorada jurídicamente^[80]. Gómez Benítez considera al injusto penal como la acción antijurídica y típica; es un sustantivo que alude a un desvalor que se forma sumando el desvalor de la tipicidad y el de la antijuridicidad^[81].



RECUERDA

La conducta es típica cuando encuadra en un concreto tipo penal. Es antijurídica, cuando además es contraria a Derecho. La conducta típica y antijurídica conforma el injusto penal.

Por otro lado, en la doctrina se ha distinguido clases de antijuridicidad; así tenemos:

[79] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría...*, Ob. cit., p. 84.

[80] JESCHECK, Hans. *Tratado...*, Ob. cit., p. 210.

[81] GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica...*, Ob. cit., p. 80.

1. **Antijuridicidad formal**, la cual es la violación de la norma penal establecida en el presupuesto hipotético de la ley penal que no encuentra amparo en una causa de justificación de las que el Código Penal expresamente recoge; por ejemplo, el estado de necesidad o la legítima defensa.
2. **Antijuridicidad material**, es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por una conducta antisocial y dañosa, aunque no siempre tipificada en los códigos penales. Por ejemplo, la mendicidad que es un peligro porque puede generar robos.
3. **Antijuridicidad genérica y específica**. Es genérica y se refiere al injusto sin precisarlo en sus peculiaridades. Específica es aquella en que lo injusto está referido a una descripción específica de un delito.

Asimismo, normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico –función indiciaria de la tipicidad– pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico.

Para Enrique Bacigalupo un comportamiento está justificado cuando el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para proceder como obró. Según Carlos Daza, las causas de justificación son una causa de licitud, pues quien actúa en defensa necesaria, estado de necesidad, lo que está haciendo es realizar un hecho típico, es decir, hacer uso de su derecho para obrar^[82].

En ese sentido, las causas de justificación **o excluyentes de la antijuridicidad**, son:

- (a) **Legítima defensa**.- Consiste en repeler, ya sea el propio atacado o una tercera persona, una agresión humana ilegítima, actual o inminente, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla.

La legítima defensa se basa en el principio de que, por regla general, nadie está obligado a soportar lo injusto. Este permiso se habilita ante una

[82] DAZA. Carlos. Ob. cit., p. 117.

agresión ilegítima, debe ser necesaria para repelerla, además debe ser racional y no provocada^[83].

Sus requisitos son:

- Agresión ilegítima; es el ataque realizado por una persona humana, el cual es típico y antijurídico, esto es, contrario a derecho. Esta noción incluye el comportamiento de los enfermos mentales y menores de edad, dado que, estos constituyen supuestos de inimputabilidad que excluyen la culpabilidad, siendo suficiente para justificar una legítima defensa contra un orate o menor de edad, si estos han realizado una agresión típicamente antijurídica.

Asimismo, la agresión debe ser actual, es decir, ha debido de empezar a producirse. Igualmente debe ser inevitable el repelerla, esto es, que no existe otro recurso para evitar la agresión.

- Necesidad racional del medio empleado; la determinación de la necesidad es subjetiva, debe apreciarla quien repele la agresión, es decir, si no hay otro medio para evitar la violación del derecho.
- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende; el que es agredido no debe haber provocado la agresión.

EJEMPLO

A dispara en el hombro a B cuando este último pretendía secuestrar a los menores hijos de A. En ese sentido, las lesiones que A le produjo a B –que encuadrarían en el tipo de lesiones dolosas– no son antijurídicas, por estar A protegido por la legítima defensa.

(b) Estado de necesidad justificante.- Es toda situación de peligro actual de los intereses jurídicos protegidos por el derecho, en el que no queda otro remedio que la violación de los intereses de otra persona.

Esta figura presenta los siguientes elementos:

- Situación de peligro, son los riesgos, provenientes de la naturaleza o del ser humano a través de movimientos carentes de dominio o voluntad –caso contrario estaríamos ante un escenario de legítima defensa–, en las que se ve envuelto un bien jurídico penalmente protegido.

[83] ZAFFARONI, Eugenio R. *Estructura...*, Ob. cit., p. 193.

- Elemento subjetivo, es la condición de infringir un deber o causar otro mal para salvar un bien jurídico puesto en peligro que, valorativamente es de mayor importancia que aquel bien jurídico afectado.
- Elemento objetivo, esto es, el causar una afectación sin tener la obligación de afrontar un peligro.

EJEMPLO

Para evitar la mordedura de un feroz animal, X ingresa, sin consentimiento y en forma violenta al domicilio de Z. En ese sentido, la violación del domicilio y los daños que X pudo generar en el mismo no son antijurídicos, al estar X amparado por un estado de necesidad justificante.

(c) Ejercicio legítimo de un derecho.- Esta justificado quien actúa en ejercicio legítimo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, en la medida que el actuante sea el titular del derecho y lo haya ejercido de manera razonable y proporcional, esto es, cumpliendo con los requisitos de ejercicio que señala la ley.

En efecto, semejantes manifestaciones no tienen por qué conformar una causa de justificación en tanto puede que la conducta desarrollada desborde los cauces legalmente establecidos, diluyendo el carácter legítimo ostentado por la mencionada acción^[84].

EJEMPLO

La madre que corrige moderadamente a su menor hijo ve justificado su proceder mediante el derecho a la corrección que está conectado con el ejercicio de la patria potestad.

Constituye una regla destinada a la solución de problemas concretos que puedan surgir en el ejercicio de determinados derechos, ejercicio que evidentemente chocará con el derecho tutelado en el correspondiente tipo penal^[85].

[84] COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho...*, Ob. cit., p. 475.

[85] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et ál. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, p. 486.

En ese sentido, el ejercicio legítimo de un derecho, como causa de justificación, se fundamenta en el reconocimiento hecho por la ley sobre el derecho ejercitado. Pues este solo tendrá aceptación cuando haya sido ejercido legítimamente, es decir, por la vía autorizada por la ley. Y también en la facultad o autorización otorgada en forma lícita por la autoridad competente. La autorización concedida para que excluya la anti-juridicidad, debe ser dentro de la legalidad; es decir, que derive de una autoridad, que ésta tenga competencia en el caso y que reúna los requisitos legales.

- (d) Cumplimiento de un deber.-** El fundamento es similar que la causa de justificación anterior, con la diferencia que, en este caso, el sujeto al cumplir con las obligaciones que han nacido de la ley, cargo u oficio, ve justificado por el Derecho su comportamiento.

EJEMPLO

El funcionario público, que acogándose a la norma de transparencia y acceso a la información pública, se niega a cumplir una orden judicial de entrega de información a terceras personas, invocando que en la citada norma legal la información a entregar está sujeta a las reglas del secreto de Estado, estando prohibido de entregarlo. En esa situación, su conducta está justificada al estar amparada por la figura del cumplimiento de un deber, no generándose un injusto de desobediencia a la autoridad.

Dentro de la noción *cumplimiento de un deber* están comprendidas, tanto la realización de una conducta ordenada, por expreso mandato de la ley, como la ejecución de conductas en ella autorizadas. Por lo cual, con justa razón, no actúa antijurídicamente el que en virtud de una situación oficial o de servicio está obligado o tiene derecho a actuar en la forma en que lo hace, pero el límite de la ilicitud de su conducta se encuentra determinado por la obligación o la facultad ordenada o señalada por la ley.

Lo expresado demuestra que los deberes cuyo cumplimiento impide el nacimiento de antijuridicidad pueden derivar: de una norma jurídica, pues la exclusión de la antijuridicidad se subordina al cumplimiento de un deber consignado en la ley; o de una orden de la autoridad, entendiéndose por tal, la manifestación de voluntad del titular, de un órgano revestido de imperio, con pleno reconocimiento del Derecho, mediante la cual se exige al subordinado un comportamiento determinado, estableciéndose una vinculación entre ambos, originada en el orden, que debe ser formal y sustancialmente legítima.

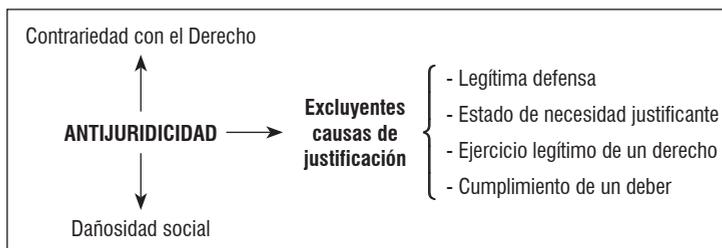
En esa inteligencia, toda conducta tipificada en la ley constituye, de ordinario, una situación prohibida, por contener mandatos de no hacer; mas cuando se realizan en el cumplimiento de un deber –como en el ejercicio legítimo de un derecho– adquiere carácter de licitud, excluyendo con ello la integración del delito y eliminando toda responsabilidad penal. En otras palabras, el sujeto que ordena su conducta en conformidad con la ley deriva de esta directamente su justificación.

Por otro lado, toda esta gama de figuras son excluyentes de la antijuridicidad, lo que originaría el no estar ante un injusto penal, siendo innecesario continuar con el siguiente nivel de valoración, esto es, la culpabilidad. Asimismo, dejamos mención que en cuanto al error en las causas de justificación, seguimos el tratamiento que le brinda la teoría limitativa de la culpabilidad; esto es, equiparar esta clase de error con las consecuencias jurídico-penales que brinda el error de prohibición, que comentaremos en los puntos siguientes^[86].

En esa inteligencia, sin antijuridicidad el análisis del carácter delictuoso de una conducta queda incompleto, al quedarnos únicamente con una conducta típica pero no antijurídica. Ello importa excluir la presencia de un delito, así como, la imposición de algún tipo de sanción, máxime si las causas de justificación, que excluyen la antijuridicidad, constituyen normas permisivas que denotan la falta de contrariedad entre la conducta con el ordenamiento jurídico.

Finalmente, queremos hacer mención que, si se configura un injusto penal, esto es, una conducta típica y antijurídica, al menos contamos con un presupuesto para la aplicación de un tipo de consecuencias jurídico-penales, esto es, la medida de seguridad, figura que abordaremos en los puntos siguientes.

[86] Similar opinión, Carlos Daza (Ob. Cit., p. 225). En contra, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. "Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación". En: *Libro homenaje a Marino Barbero Santos*. Volumen I, Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 2001, pp. 1179-1206; aquí la autora expresa las bondades de la teoría restringida de la culpabilidad, que equipara al error en las causas de justificación a los efectos jurídicos que genera el ya comentado error de tipo, ello porque cuando se actúa desconociendo la situación objetiva justificante lo que sucede es que no se aprehende la situación fáctica justificante, es, como se califica en el marco del error de tipo, una ausencia de representación. Sin embargo, para nosotros, esta ausencia de representación es cuanto al carácter de ilícito/lícito que el sujeto activo impregna a su comportamiento y no en los elementos en que recae su conducta, ni menos aún, en su intencionalidad.



4.4. Culpabilidad

La culpabilidad es el último juicio de valor para establecer la presencia de un hecho punible. Esta categoría normativa enjuicia al sujeto –teniendo como referencia la conducta típica y antijurídica que realizó– a fin de establecer su capacidad de motivación para con las normas jurídicas, así como, la necesidad de aplicarle los efectos preventivos de la sanción penal.

Al respecto, Bacigalupo precisa que la culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma^[87].

Por otro lado, la culpabilidad presenta los siguientes **elementos**:

1. Imputabilidad o capacidad penal.- La realización del injusto penal (conducta típica y antijurídica) no basta para declarar al sujeto culpable. Es necesario que el autor posea ciertas condiciones mínimas –psíquicas y físicas– que le permitan comprender la antijuridicidad de su acción y de poder adecuar su conducta a dicha comprensión. Al estudio de estas condiciones corresponde el concepto de imputabilidad.

El acento está puesto en el proceso psicológico desde una perspectiva valorativa; no se trata de cualquier comprensión, sino solo del injusto, y tampoco de cualquier actuar, sino del que debiera resultar de esa comprensión^[88].

[87] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición, Editorial Akal, Madrid, 1997, p. 298.

[88] Ciertamente, este concepto de imputabilidad está de acuerdo con una concepción normativa de la culpabilidad, y es en especial normativo en relación al sujeto, a sus procesos de motivación y de formación de su voluntad de actuar, que pueden ser alterados entonces desde un punto de vista cognitivo, volitivo o afectivo. Ello permite una mejor consideración de todos los procesos afectantes de tales capacidades.

Sin embargo, este planteamiento es criticado por Bustos, quien afirma que esta concepción adolece del defecto general del normativismo, esto es, de poner el acento en la norma, en la acción y no debidamente al sujeto responsable. De ahí entonces, según Bustos, se le considera al hombre como individuo, no como ser social, y que el presupuesto general y abstracto de la imputabilidad sea el libre albedrío.

Así, el jurista chileno acota lo siguiente: "Se ha de partir del hombre como actor social y, por tanto, la perspectiva de la imputabilidad es antes que nada social concreta. Luego, es la perspectiva de una determinada concepción del Estado o de la sociedad. De ahí que una primera crítica fundamental al normativismo es que aplica la absolutez de los valores que ha empleado para la configuración del tipo legal a una consideración valorativa del sujeto... La imputabilidad no es sino un juicio de incompatibilidad de la conciencia social de un sujeto manifestada en su actuar con relación al ordenamiento jurídico"^[89].

Sin embargo, lo que se le puede objetar a la tesis de Bustos, en primer lugar, es la imprecisión de la fórmula: *conciencia social*; y en segundo lugar, si bien el hombre es un ser social, no se le puede desconocer los otros componentes que lo definen como tal: lo biológico, psicológico, moral, cultural, ergológico, etc.^[90].

Frente a lo señalado, se puede formular el siguiente concepto de capacidad de imputabilidad: **es imputable, en primer lugar, aquel autor que, en virtud del estado de su desarrollo espiritual-moral, esté en condiciones de reconocer el ilícito de su acción y de obrar conforme a tal conocimiento.** Se puede apreciar los dos aspectos de la imputabilidad: lo intelectual de la capacidad de imputabilidad (la capacidad de comprensión), como también su aspecto volitivo (capacidad de dirección). Y, **en segundo lugar, la imputabilidad del agente no se agota en una valoración**

[89] BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del delito. Teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Volumen II, Editorial Trotta, Valladolid, 1999, pp. 340-341.

[90] Sobre esta noción del hombre se puede elaborar la noción de imputabilidad e inimputabilidad, pues como dice Reyes Echandía, las mismas poseen ingredientes psicológicos, biológicos, psiquiátricos, culturales y sociales. Cfr. REYES ECHANDIA, Alfonso. *Derecho Penal. Parte general*. 11ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 188.

de contenido psicológico–psiquiátrico, sino que también se traduce en un juicio cultural de carácter complejo que abarca también lo normativo^{[91] [92]}.

Por otro lado, la imputabilidad puede verse eliminada o excluida por las siguientes situaciones:

1a. Anomalía psíquica.– Esta causal también es conocida como trastorno psíquico patológico o por enfermedad mental^[93]. Lo más relevante, lo característico, para determinar la incapacidad de culpabilidad por enfermedad mental, radicará en la apreciación de la incapacidad de comprender la ilicitud del hecho cometido o de actuar conforme a dicha comprensión. Esta opción, que cuenta con un amplio respaldo en la doctrina y en el Derecho comparado, no se encuentra libre de ciertas objeciones, sobre todo, por parte de un importante sector de nuestra doctrina penal más moderna, que fundamenta la denominada “culpabilidad” no en la posibilidad de que el sujeto hubiera podido o no actuar de otra manera –algo indemostrable– sino en la accesibilidad –como por ejemplo: ante la ausencia de ciertas enfermedades o anomalías psíquicas– a la motivación por la norma penal^[94].

En la legislación penal moderna se observa una marcada tendencia a ampliar el ámbito de las causas de inimputabilidad por razón de la enfermedad mental, admitiéndose dentro de las eximentes de responsabilidad criminal no solo

[91] Al respecto, Frías Caballero precisa que la imputabilidad es un concepto cultural de índole compleja: psiquiátrico, psicológico y valorativo. Cfr. FRIAS CABALLERO, Jorge. *Imputabilidad penal*. Editorial Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 155.

[92] No obstante, la discusión se dirige si debe ser o no la norma penal el indicador para determinar cuando una persona detenta esa capacidad o cuando no. Así, para Mir Puig ha de contemplarse con relación a la norma; es decir, se exige que concurren en el autor de la infracción de una norma unas condiciones determinadas de receptividad de dicha norma. No se trata de requerir una indemostrable libertad de voluntad, sino lo único necesario para que sea justo imputar (atribuir) al sujeto la infracción de la norma primaria, en términos que permitan aplicar la norma secundaria: que en el momento de actuar se hallase en situación de recibir el mensaje normativo y de poder ser influido por él sin dificultades u obstáculos notablemente mayores que el destinatario ideal de aquel mensaje. Cfr. MIR PUIG, Santiago. “El sistema del Derecho Penal en la Europa actual”. En: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Editorial Bosch, Barcelona, 1995, p. 33. Para el citado jurista es posible que el menor de edad penal o en el enfermo mental reciban de algún modo la llamada de la norma, pero con una intensidad suficientemente inferior para negar que puedan ser motivados normalmente. Esto, para Mir Puig, basta para negar su capacidad de imputabilidad y, por ende, su culpabilidad.

[93] Así, por ejemplo, está regulado en el artículo 20 del Código Penal alemán. La expresión trastorno alude a la desviación de lo normal, y que también se limita a ella, sin expresar que tal desviación represente un deterioro ulterior de una situación previa de integridad psíquica. Asimismo, es común a todas las situaciones previstas por la norma que la desviación sea de orden patológico y que el proceso de enfermedad haya afectado a la actividad psíquica del autor en un grado que sólo interesa al Derecho Penal, impulsándolo de manera coactiva a una desviación normativa, es decir, influyendo en el núcleo de la personalidad del afectado.

[94] Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...*, Ob. cit., pp. 580 - 581.

los supuestos de enfermedad mental en sentido estricto (las psicosis), sino también otros casos que abarcan distintas anomalías o perturbaciones psíquicas (por ejemplo, el parágrafo 20 del Código Penal alemán se refiere a “otras anomalías psíquicas graves”; el artículo 20, inciso 1) del Código Penal español alude a “cualquier anomalía o alteración psíquica”; y en el artículo 20, inciso 1) del Código Penal portugués se remite a “una anomalía psíquica”).

La progresiva ampliación de las eximentes de responsabilidad criminal por inimputabilidad, debida a la enfermedad mental del sujeto, llevará consigo un incremento del ámbito de aplicación de las medidas de seguridad a los enfermos mentales, con todos los problemas de garantías para el afectado y que ha llevado a importante sector doctrinal a reclamar para la aplicación de las medidas de seguridad los mismos principios garantizadores que informan la aplicación de las penas^[95].

Por otro lado, dentro del Derecho Penal comparado se pueden destacar tres fórmulas legislativas, que configuran los supuestos de inimputabilidad por razón de la enfermedad del sujeto: (a) biológica; (b) psicológica; y, (c) mixta^[96].

La fórmula biológica relaciona la exención de responsabilidad criminal con la existencia de la enfermedad mental. Sin embargo, presenta graves inconvenientes: que el enfermo mental, al margen de la conexión causal de la enfermedad con el delito cometido, sea exento de responsabilidad criminal dando lugar a un criticable automatismo entre enfermedad mental e incapacidad de culpabilidad; y que la inimputabilidad quedaría limitada solo a quienes padecieran una enfermedad mental en sentido estricto (psicosis), cuando en la praxis se admiten como supuestos de exención de responsabilidad criminal otros casos, como los relacionados con los psicópatas. Se cuestiona o se duda sobre la validez científica de la diagnosis acerca de la enfermedad mental en que esta fórmula se fundamenta.

La fórmula biológica, en cuanto se limita a describir datos existentes en la realidad relativos a la enfermedad mental (situaciones patológicas, morbosas, etc.) tiene a su favor que proporciona un alto nivel de seguridad jurídica.

[95] Idem, p. 583.

[96] Cfr. TORÍO LÓPEZ, Ángel. “Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de enajenación”. En: *Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez-Vitoria*, Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 1983, p. 973 y ss.

Por otro lado, está la fórmula psicológica, la cual, se caracteriza por hacer depender la exención de responsabilidad criminal de la incapacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión. Aquí, la enfermedad mental no es presupuesto para la exención de la responsabilidad criminal. Se ha señalado que esta fórmula es más bien una fórmula normativa, siendo fundamental en la misma la determinación de si en el momento de la comisión del hecho el autor era capaz o no de atender a las exigencias del ordenamiento jurídico.

Esta fórmula facilita una jurisprudencia más libre que en la fórmula anterior (la biológica), quedando englobado el juicio sobre la imputabilidad en la fórmula genérica de la capacidad del sujeto para autodeterminarse por el mandato normativo y, en todo caso, fuera de cualquier comprobación empírica. La aplicación de esta fórmula da lugar a una excesiva discrecionalidad judicial, y dificulta la posibilidad de una jurisprudencia uniforme, resultando contraria a las exigencias de taxatividad. Se postula en la jurisprudencia inglesa y norteamericana^[97].

Finalmente, la fórmula mixta (biológica - psicológica), requiere para la exención de la responsabilidad criminal la concurrencia de dos presupuestos: primero, una base psicopatológica (elemento biológico), que se constatará por la Psiquiatría; y segundo, que esa causa psicopatológica determine que el autor, en el momento de la comisión del hecho delictivo, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (elemento psicológico). En este segundo presupuesto la competencia es exclusiva de los Tribunales de justicia, quienes –con el apoyo de los dictámenes periciales de la Psiquiatría– han de comprobar si el autor del delito podía o no responder a la motivación normativa.

Esta fórmula se ha impuesto en diversas legislaciones: artículo 20, incisos 1), 2) y 3) del Código Penal español de 1995; párrafo 11 del Código Penal austriaco; artículo 122 - 1 del Código Penal francés; artículo 20 del Código Penal portugués; párrafo 20 del Código Penal alemán; artículo 10 del Código Penal suizo, etc.

[97] Cfr. SEGURA GARCÍA. "Retribución y prevención en el tratamiento legal del enfermo mental delincuente en los Estados Unidos de América: aspectos penales y procesales de la denominada insanity defense". En: *Cuadernos de Política Criminal*. N° 58, Madrid - España, 1996, p. 218 y ss.

La fórmula mixta tiene ciertas ventajas respecto de las otras fórmulas: frente a la biológica, la mixta requiere que la relevancia de la anomalía o alteración psíquica del sujeto sea constatada también en relación con el hecho concreto; y frente a la psicológica, la mixta tiene en cuenta las perturbaciones psíquicas recogidas en el Código Penal, que son susceptibles de ser investigadas por la Psiquiatría y Psicología, y por ello cumple más satisfactoriamente con las exigencias de seguridad jurídica.



RECUERDA

La noción de anomalía psíquica es más amplia que la noción médica de enfermedad o dolencia mental. En efecto, comprende tanto las dolencias mentales en sentido estricto, como las perturbaciones de la conciencia, las diversas formas de oligofrenia y las demás perturbaciones psíquicas graves.

La anomalía psíquica, relevante para el Derecho Penal, se explica **por la presencia de procesos psíquicos patológicos corporales, producidos tanto en el ámbito emocional como intelectual, que escapan al marco de un contexto vivencial y responden a una lesión al cerebro, como: psicosis traumáticas, psicosis tóxicamente condicionados, psicosis infecciosas y otras.**

No obstante, para Villa Stein, el término “anomalía” que usa, por ejemplo el Código Penal peruano en su artículo 20, es incorrecto, pues debido a criterios estadísticos y teleológicos comprendería muchas más conductas de las que se puede referir el numeral del código^[98]. Además, no todas las enfermedades mentales son compatibles con la idea de la imputabilidad, sino solo aquellas que atacan indiscutiblemente la culpabilidad del mayor de edad, por la gravedad de sus manifestaciones patológicas en los ámbitos cognitivos, afectivo y conativo^[99].

Sobre esto, Quintero afirma que: “lo relevante no puede ser tanto lo que realmente tiene o sufre un sujeto sino lo que eso significa para la posibilidad de comportarse con la normalidad aceptada en la vida común, lo que abarca tanto la posibilidad de comprender el sentido de los mandatos y prohibiciones como la de conformar la propia conducta de acuerdo con ese conocimiento potencial y con unas pautas de comportamiento

[98] VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. 1ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 369.

[99] *Ibidem*, p. 371.

aceptables por los demás^[100]. Para Bustos se trata de un trastorno mental permanente o enajenación que implica un proceso morboso o patológico, de carácter permanente y que produce una alteración absoluta de las facultades mentales^[101].

Pero esto es insuficiente para determinar la inimputabilidad. La anomalía debe tener un efecto psicológico: debe presentarse la incapacidad de autorregular el propio comportamiento de acuerdo con el mensaje de la norma, o que la anomalía le impida comprender la ilicitud de su comportamiento (facultades intelectuales), o determinar su conducta de acuerdo a dicho conocimiento^[102].

Y frente a ello, consideramos que son las psicosis el tipo de anomalía psíquica por excelencia que genera en la persona la calidad de inimputable.

En efecto, las psicosis producen alteraciones profundas de las funciones psíquicas y pueden ser endógenas, que provienen de factores constitucionales, entre ellas están las esquizofrenias, la demencia maniáco-depresiva, etc.; o exógenas, que pueden ser psicosis traumáticas (por lesiones cerebrales), psicosis por infección (parálisis progresiva), epilepsia, arterioesclerosis cerebral y atrofia cerebral, etc^[103].

Precisamente, el uso de la expresión *anomalía psíquica* en el Código Penal peruano permite la eximente tanto para enfermedades mentales u otras perturbaciones psíquicas graves (alteraciones psíquicas) como las oligofrenias graves (anomalía psíquica)^[104].

Por otro lado, hay discusión sobre la psicopatía, como causal de inimputabilidad^[105]. Sin embargo, la psicopatía (también denominada personalidad anormal) presenta, en la persona que la padece, una grave distorsión en la actividad afectiva y que repercute en su esfera intelectual, impidiendo la

[100] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. cit., p. 535.

[101] BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual...*, Ob. cit., p. 259. De similar opinión: GÓMEZ BENITES, José. *Teoría jurídica...*, Ob. cit., p. 381.

[102] Para García Caveró, no poseen la capacidad de comprender la vinculatoriedad del orden jurídico-penal. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit., p. 693.

[103] ROXIN, Claus. *Tratado...*, Ob. cit., p. 827.

[104] MIR PUIG, Santiago. *Derecho...*, Ob. cit., p. 563.

[105] Por ejemplo Jakobs considera que no presenta un cuadro que fundamentase la inimputabilidad (*Derecho Penal...* Ob. cit., p. 641). En cambio, Zaffaroni es de la opinión que si, dado que, la psicopatía presenta como signo que el sujeto quien la padece es anético, es decir, sin capacidad para interiorizar los valores de las personas, así como, de las normas (Ob. cit., p. 677).

capacidad de vivenciar la existencia ajena como persona y en consecuencia también la suya.

Como síntesis de esta caracterización, el psicópata no puede internalizar valores ni castigos, por lo cual es absurdo que el Derecho Penal pretenda exigirle que los internalice y reprocharle que no lo haya hecho. Si se relaciona este cuadro patológico con las advertencias que se han formulado, se verá que la consideración jurídico-penal de la psicopatía como causa de inimputabilidad penal responde al reconocimiento del concepto moderno de enfermedad mental y la superación del antiguo concepto positivista^[106].

En efecto, la psicopatía también debería ser considerada como causal de inimputabilidad, puesto que, se trata de variaciones de la personalidad en sentido negativo, en las que el afectado padece la anormalidad, o la sociedad al afectado. Como características de la variación se citan: la pobreza de espíritu, la falta de energía, el afán de imponerse o de notoriedad, la explosividad, la labilidad psíquica, etc.

1b. Grave alteración de la conciencia.- La inimputabilidad puede ser consecuencia no solo de ciertos estados patológicos permanentes (anomalía psíquica) sino también de ciertos estados anormales pasajeros^[107].

Sumamente crítico sobre la utilidad de esta figura es Quintero, quien señala lo siguiente: "(...) la presencia del trastorno mental transitorio obedecía al deseo de ampliar el ámbito de la eximente, en la convicción de que faltando esa expresa mención sería difícil dar cabida a los episodios de locura pasajeros, pues se partía de un concepto de enajenación, semánticamente cargado de la idea de permanencia. Actualmente nadie cree en la existencia de tales enfermedades temporales, sino en las enfermedades permanentes que se manifiestan solo a veces. En todo caso, no obstante, no resulta especialmente perturbadora la expresa referencia al trastorno mental transitorio"^[108].

No obstante, no compartimos esta posición de Quintero, puesto que, aún hasta el más profano parte de la idea de que el ser humano está dotado de un cierto poder de reflexión, pero que, en circunstancias particulares lo

[106] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et ál. Ob. cit., p. 678.

[107] En la ciencia penal española a esta causal se le denomina: "trastorno mental transitorio", que origina una plena anormalidad en el conocimiento de la situación o en las condiciones de autocontrol del sujeto.

[108] QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Ob. cit., p. 538.

perturba, impidiéndose así darse cuenta lo que está haciendo en el momento en que actúa: una perturbación de su conciencia.

Así, en la grave alteración o perturbación de la conciencia, las estructuras psíquicas del individuo son trastocadas y sus instancias de control del todo alteradas.

Estas causas de grave alteración de la conciencia carecen de un fondo patológico, ejemplo: agotamiento, exceso de fatiga, sopor, acciones bajo hipnosis o en estados poshipnóticos y determinados estados pasionales o afectivos. En todo caso, estos trastornos deben ser profundos eliminándose aquellos que se mantienen aún dentro de lo normal. Como indica Jakobs, el trastorno de la conciencia puede ser un trastorno psíquico patológico (delirio febril; embriaguez). El concepto tiene significación propia para los trastornos psicológicamente normales de la conciencia, como los estados crepusculares en el agotamiento extremo, los estados poshipnóticos y la alteración propia de los estados pasionales^[109]. **La alteración es, pues, una desorientación, que sin embargo no anula la conciencia, sino que la deja restringida; no es la conciencia lo que se pierde, sino el discernimiento.**

En principio, cabe aclarar que la inconsciencia no afecta a la culpabilidad, sino a la propia capacidad de acción del hombre; una persona en estado de inconsciencia bien podrá llevar a cabo un movimiento corporal o permanecer en quietud corporal, pero tales comportamientos, debido a la voluntad faltante, no constituyen ni acciones ni omisiones. Las cuestiones acerca del grado en que el sueño, la hipnosis o la embriaguez generan inconsciencia y el grado en que ellos deban constituir simples trastornos, en el sentido de excluyente de culpabilidad, son cuestiones límite y, en consecuencia, constituyen fuentes de aguda controversia.

Sin embargo, no todo trastorno de la conciencia constituye una base biológica, sino solo la profunda, es decir, aquella de tanta intensidad que la estructura psíquica del afectado quede destruida.

Así, por ejemplo, **en los estados pasionales intensos**, si bien se presentan problemas específicos aún no esclarecidos, el Derecho Penal acepta la posibilidad de inimputabilidad.

[109] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal...*, Ob. cit., p. 638.

Asimismo, se tiene a la **embriaguez**. Aquí lo que excluye la imputabilidad no es que el sujeto esté ebrio en el momento del hecho, sino que el alcohol condujo al agente a un estado grave alteración de la conciencia, que lo puso en una situación de incapacidad psíquica para comprender. Pero a veces esta alteración de la conciencia puede ser provocada, dándose lugar a la imputabilidad por una *actio libera in causa*. Esta figura se presenta en el supuesto del sujeto que busca, contempla la posibilidad y acepta, de colocarse en un estado de inimputabilidad para así delinquir y luego invocar inimputabilidad. El fundamento de la punición del *actio libera in causa* radica en el abuso del derecho al ejercicio de libertad individual, ya que la conducta deliberada del sujeto ha generado el condicionamiento (situación de inimputabilidad por ebriedad).

Además, se tiene la situación del **abuso y la adicción**, la cual, se encuentra situado entre las personalidades psicopáticas, por una parte, y los desarrollos psíquicos anormales, por otra, y aún hay, finalmente, en ese terreno, un puente especial que conduce a las enfermedades psíquicas. La peculiaridad de la adicción frente a los demás estados condicionados psicopático reside en que a las reacciones y propensiones psíquicas anormales se añade un tóxico, que puede conducir por su parte a psicosis fundamentadas somáticamente y a alteraciones de la personalidad condicionadas orgánico-cerebralmente. En la medida que la adicción, como trastorno psicossomático no anule la imputabilidad, la exculpación por inexigibilidad depende de si el adicto se puede remitir, en cuanto a la génesis de su acción, a circunstancias de las que no es responsable.

1c. Minoría de edad.- Los Códigos Penales excluyen de forma genérica la responsabilidad de los menores de cierta edad. La tendencia es tomar en cuenta los dieciocho años de edad.

En realidad, la exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad se apoya en la presunción *iuris et de jure* de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del derecho. **Por este motivo es que no se le impone ninguna sanción prevista en el Código Penal, esto es: pena o medida de seguridad.**

La consideración de la minoría de edad como causa de inimputabilidad reside precisamente en la consideración de que las vivencias culturales del menor, su mundo, se rigen por una racionalidad que no tiene necesariamente que coincidir con la hegemónica y que, por tanto, sancionar el hecho por él realizado conforme a esa racionalidad, significaría el enjuiciamiento de todo

un conjunto de personas con esas mismas características, de ahí entonces que el sujeto responsable tenga que ser considerado conforme a instituciones y reglas que se avengan con su racionalidad.

Primer elemento de la culpabilidad	Excluyentes
- Imputabilidad o capacidad penal	- Anomalia psíquica - Grave alteración de la conciencia - Minoría de edad

2. Conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar.- El conocimiento de la antijuridicidad no es contenido del dolo, sino de la culpabilidad. Después de comprobar la imputabilidad del sujeto activo, debemos buscar las condiciones para emitir el juicio definitivo en torno a la culpabilidad del agente^[110].

Al respecto, la doctrina precisa la presencia de cuatro situaciones distintas en cuanto al conocimiento del sujeto^[111]. Por un lado, el sujeto puede actuar con conocimiento pleno y actual de la antijuridicidad de su conducta. En estos casos, el sujeto actúa con plena culpabilidad, es decir, sin que se produzca ninguna clase de error.

Otra situación es la que Welzel denominó *conocimiento inactual pero actualizable del sujeto*: el sujeto sabe sin duda, la mayor parte de las veces, que su hecho es antijurídico, del mismo modo que conoce las reglas de sumar y restar y otras muchas cosas, aunque no piense actualmente en ellas. Estos casos reconocidos por Welzel como conocimiento inactual son en su mayoría incluidos por la doctrina moderna dentro del concepto de co-consciencia. Esto es, para el conocimiento de la antijuridicidad no es preciso pensar expresamente en dicha antijuridicidad. Al contrario, basta un saber implícito, actualizable sin dificultad, para que exista auténtico conocimiento de la antijuridicidad. Desde este punto de vista, se trataría de una situación de co-consciencia, pero consciencia a fin de cuentas, puesto que en la mayoría de las situaciones a la conciencia de los actos, acompaña una valoración que los mismos merecen.

Ahora bien, basta el nivel anteriormente citado para que se configure el segundo elemento de la culpabilidad. Sin embargo, el mismo puede **ser excluido a través del error de prohibición**.

[110] DAZA, Carlos. Ob. cit., p. 209.

[111] OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*. Editorial La Ley, Madrid, 2007, p. 155.

Al respecto, Luzón Peña^[112] precisa que el error de prohibición se produce cuando el sujeto conoce todos los elementos fundamentadores o presupuesto de la prohibición y, sin embargo, por un error inconsecuente con tal conocimiento y por tanto no razonable para el hombre medio ideal desde la perspectiva del Derecho, desconoce la valoración negativa y prohibición jurídica de esa conducta.

Los conceptos conocimiento potencial de la antijuridicidad y el error de prohibición son excluyentes entre sí. Es decir, el error de prohibición se dará cuando en el momento de su actuación al sujeto le falte el conocimiento de la antijuridicidad, bien por tener una representación positiva de la ilicitud de la conducta, bien por no tener ninguna representación.

EJEMPLO

Aquel musulmán que, a sabiendas, decida lapidar a su consorte por haberle sido infiel, incurriría en un error de prohibición cuando considera que en el país donde está radicando es lícita esta forma de comportamiento traducida en castigar la infidelidad; cuando, en realidad, el ordenamiento socio-jurídico de aquel país no descansa en las bases religiosas del Islam, considerando ilícita toda conducta tendiente a cortar la vida de algún semejante.

Como se puede apreciar, el error de prohibición descansa en el yerro, o ignorancia en torno a la ilicitud de determinada conducta, ya sea por razones religiosas, culturales o étnicas. Ello, permite diferenciarlo con el error de tipo, donde, en este último, la equivocación reside en uno de los elementos del tipo objetivo, por ejemplo, el llevarse el abrigo de alguien, pensando que es el de uno.

Ahora bien, el error de prohibición puede ser invencible o inevitable, cuando aún empleando la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto y tiene como efecto eliminar la culpabilidad. Es aquí cuando el error de prohibición se erige en una causa de inculpabilidad, pues resulta inexigible la comprensión de la antijuridicidad.

[112] LUZÓN PEÑA, Diego. *Derecho...*, Ob. cit. p. 462.

Finalmente, el error de prohibición puede ser vencible, o sea, cuando no hubiera existido el error si el sujeto hubiera empleado la debida diligencia; el juicio de culpabilidad sigue existiendo porque el autor tuvo la posibilidad de superar el error, aunque el castigo penal se vea atenuado o disminuido.

Segundo elemento de la culpabilidad	Excluyente
Conocimiento potencial de lo antijurídico del actuar	Error de prohibición, en su modalidad de invencible; dado que, si es vencible, solamente se atenuará la pena.

3. Exigibilidad.- Se vincula con la exigencia al sujeto de actuar de diferente forma a como se comportó, a fin de que su conducta coincida con las exigencias del ordenamiento jurídico y de esa manera no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos.

A través de este elemento se aprecia la eficacia de los fines preventivos de la pena, es decir, que ante una persona que presenta un déficit de respeto –o como diría Jakobs, de fidelidad al Derecho– se ve justificada la necesidad de aplicarle una sanción penal con fines de prevención tanto general, como especial.

Sin embargo, en doctrina más se han analizado las causales que excluyen a tal elemento, las cuales son agrupadas dentro de las **causales de inexigibilidad**. El fundamento de las mismas es la deformación en el contenido de la voluntad que experimentó el sujeto activo, no es un tema de comportamiento, porque el sujeto cuenta con voluntad de actuar.

En efecto, en todos los casos de no exigibilidad el sujeto quiere o, por lo menos, acepta ejecutar la conducta típica, a conciencia, incluso de su antijuridicidad, pero esta voluntad de realización se ha formado en él defectuosamente como consecuencia de la presión ejercida sobre sus motivaciones por las circunstancias concomitantes que, sin suprimirla de todo, han limitado, sin embargo, considerablemente su libertad.

Así, la doctrina reconoce dos escenarios de inexigibilidad, los cuales son:

- 1. Estado de necesidad exculpante.-** Si recordamos nuestros comentarios a la antijuridicidad, la concurrencia del estado de necesidad justificante presupone que el mal que se causa sea menor que el que se trata de evitar. La cuestión que inmediatamente surge es: ¿qué ocurre cuando, dándose el resto de las exigencias del estado de necesidad, el mal

causado es igual, o incluso mayor, que el que se trata de evitar? ¿Qué ocurre con aquella persona que mata para salvar su vida?

No pudiéndose considerar tales acciones justificadas, y calificándolas, por tanto, como conductas típicas y antijurídicas, lo cierto es que en la realización de las mismas nos hallamos ante una situación de conflicto entre bienes jurídicos, y que por tanto no pueden recibir la misma respuesta penal que en los casos en los que tal conflicto no existe. Para dar respuesta a esta cuestión, la doctrina ha venido elaborando la exención de pena, en muy determinadas circunstancias, bajo la figura del estado de necesidad exculpante.

Para la mayoría de la doctrina, el fundamento de la exención radica en que la pena no resulta necesaria en este grupo de casos, porque ante la situación de peligro de bienes jurídicos propios o de personas cercanas tan relevantes –vida, integridad física o libertad– la capacidad de motivación ante la norma se dificulta en gran manera; por lo que no resulta exigible el cumplimiento de lo prescrito por el Derecho.

Como requisitos para su aplicación, se predicen que el peligro que amenaza a los bienes jurídicos sea inmediato y grave, y que no sea evitable de otro modo, y que no haya sido provocada por el autor, o que este, dirigido hacia él el peligro, no tenga obligación especial de sacrificio.

- 2. Miedo insuperable.-** Esta figura es una causa de inexigibilidad, donde el foco de la valoración no se proyecta sobre los efectos anímicos o psicológicos que la causa del miedo hayan podido producir en el sujeto, sino de que se halla sometido a un mal objetivamente insuperable, para lo que deberá tomarse como medida el baremo de un ciudadano medio, y concluir que cualquiera que hubiera estado en una situación idéntica habría respondido de igual modo.

Tercer elemento de la culpabilidad	Excluyentes
- Exigibilidad	- Estado de necesidad exculpante - Miedo insuperable

4.5. Tentativa o consumación

Si bien es cierto, que con el juicio de culpabilidad damos por cerrado las notas constitutivas de un hecho punible; también es cierto que, tanto en el Derecho positivo como en doctrina y jurisprudencia, se manejan otras categorías normativas, que guardan relación con el ilícito penal; nos estamos refiriendo, por ejemplo, a los grados de realización o ejecución de un hecho punible.

El proceso de ejecución del hecho punible consiste:

1. Actos preparatorios, generalmente impunes.
 2. Tentativa, la cual se materializa en forma dolosa y es susceptible de ser castigada, en la medida que presente una idoneidad para afectar el bien jurídico penalmente protegido y no se haya configurado el desistimiento o arrepentimiento.
 3. Consumación, esto es, la realización de todos los elementos típicos.
 4. Agotamiento, cuando el agente, después de consumir su conducta, obtiene una ganancia o rédito por la misma.
- La tentativa y la consumación son los estadios de lo punible, y, por excepción, algunos actos preparatorios.

Así tenemos, en primer lugar, a los actos preparatorios, los cuales son aquellos en que el autor elige los medios, con la finalidad de estar en condiciones de realizar la consumación.

En lo que respecta a la tentativa, esta consiste (siguiendo a Roxin), en una puesta en peligro cercana al tipo o infracción cercana al tipo de la norma; al respecto Roxin comenta lo siguiente: "El fundamento penal de la tentativa radica en la necesidad preventivo-general o preventivo-especial de sancionar penalmente, la cual por regla general se derivará de la puesta en peligro dolosa cercana al tipo, pero excepcionalmente a partir de una infracción normativa que conmociona al Derecho y que se manifiesta en una acción cercana al tipo"^[113]; de la citada opinión, compartimos la presencia de fines preventivos en la tentativa (de esta manera se fundamentaría casos como tentativa inidónea, el desistimiento, entre otros); sin embargo, discrepamos del autor, al basar también la tentativa en la "conmoción", debido que, esta conmoción (teoría de la impresión: la impresión de conmoción jurídica que ocasiona la conducta del autor) es de orden fáctico o psicológico-social, el cual varía según el tipo de sujetos (algunos se conmoverán por la tentativa del autor y otros no, incluso está sujeta al grado de conocimiento o ilustración de las personas, por ej. algunos creen en superstición –se impresionan– y otros no, sin embargo, es impune la tentativa supersticiosa o irreal). Al respecto Jakobs comenta lo siguiente: "La sede del problema de la tentativa no es la 'conmoción' 'psicológico-social' de 'generalidad' alguna, sino la legitimidad de la intervención anterior a la realización del tipo"^[114].

[113] ROXIN, Claus. "Acerca del fundamento penal de la tentativa". En: *Dogmática Penal y Política Criminal*. Editorial Idemsa, Lima, 1997, p. 258.

[114] JAKOBS, Günther. *Tratado de Derecho...*, Ob. cit., p. 863.

En suma, la punición de la tentativa se fundamenta en la puesta en peligro dolosa cercana al tipo (inmediatez temporal)^[115].

Ahora bien, se debe de recordar que la tentativa dolosa es la punible, y la misma se advierte cuando el sujeto activo, intencionalmente, empieza a realizar aquellas conductas mencionadas por el verbo rector del respectivo tipo penal y, tomándole en cuenta, su plan delictivo.

Por otro lado, el siguiente nivel es la consumación, esto es, cuando en el hecho se dan todas las características del tipo, tanto objetivas como subjetivas. La consumación está determinada, entonces, por el tipo penal, siendo el bien jurídico que pretende amparar un dato decisivo.

Asimismo, se distingue entre delito consumado y agotado; en el primero no es necesario que su realizador haya logrado los fines últimos que lo impulsaron a concretar el hecho; en cambio, en el segundo sí lo requiere. Cuando el ladrón se apodera de un bien, consume el delito de robo, pero no lo agota sino hasta cuando obtiene el lucro esperado, al reducir a dinero los efectos del delito, que fue precisamente lo que lo impulsó a delinquir.

El agotamiento aparece como algo que sucede con posterioridad a la consumación al producirse todas las consecuencias dañosas esperadas con el delito y a las cuales se orientaba la actividad del agente.

Ahora bien, en la mayoría de legislaciones la punibilidad ya se concreta con la consumación, no siendo necesario el agotamiento.

4.6. Autoría y participación

Hemos decidido analizar este apartado en un capítulo independiente al presente por la especial problemática que genera con los llamados delitos especiales, entre los cuales se encuentran los cometidos por funcionarios y servidores públicos en ejercicio de su cargo.

4.7. Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

El presente de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pasa obviamente por el examen del Código Penal vigente. Y este examen

[115] Sobre la inmediatez temporal, esta es una resultante de la teoría objetivo-individual de Welzel, la cual consiste en que, la tentativa comienza con aquella actividad, la misma que, para el autor según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo.

debe hacerse desde una doble perspectiva: Primero, evaluando el sistema de las circunstancias, analizando principalmente su función, origen y sentido dentro del marco general de nuestro ordenamiento penal. Y segundo, debe hacerse también comprobando en qué medida las concretas circunstancias modificativas hoy existentes tienen sentido, tanto en sí mismas consideradas, como también en relación con el conjunto del sistema.

Aunque el estudio de las circunstancias modificativas se justifica por su propio interés intrínseco, no debe olvidarse que las mismas desempeñan un papel nuclear en el sistema jurídico de determinación de la pena, lo cual otorga a este, precisamente, una especificidad notable en relación a los otros modelos positivos de nuestro entorno cultural. Quizás por ello convenga recordar aquí a Hassemer, quien decía que la determinación de la pena es desde hace tiempo un “muro de lamentaciones” de los penalistas. Y lo más lamentable —continúa señalando el citado autor— es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir, la elaboración sistemática de los criterios establecidos por la ley, no haya alcanzado, ni con mucho, un grado de precisión y transparencia similar al alcanzado por la dogmática de los presupuestos de la punibilidad. Es por ello por lo que la determinación de la pena sigue siendo todavía hoy dominio de la “justicia real”.

Ahora bien, las circunstancias modificativas son parte integrante del hecho, no obstante, la norma no le otorga igual valor que a los elementos principales o fundamentales del delito, es decir a los que constituyen el presupuesto. Esto obedece a que la naturaleza de las citadas circunstancias es totalmente accidental ya que no incide en la sustancia de la infracción.

Así tenemos: **los agravantes y atenuantes.**

Los agravantes son aquellos hechos que, uniéndose a los elementos materiales del delito, aumentan la criminalidad de la acción o la culpabilidad del autor.

Asimismo, la doctrina ha clasificado a los agravantes en objetivas y subjetivas. Así, son objetivas aquellas en las que es posible apreciar una mayor gravedad del daño producido por el ilícito o bien de la mayor facilidad de ejecución que supone una mayor desprotección del bien tutelado, independientemente de que de ellas se deduzca o no una mayor reprochabilidad del sujeto. En cambio, se consideran subjetivas, aquellas que no están relacionadas directamente con el hecho cometido, sino que el autor se ve reprochado con mayor pena por situaciones relacionadas con su persona o con circunstancias de su vida anterior.

En esa inteligencia, se llama circunstancias agravantes objetivas a aquellas que se encuentran unidas a los elementos materiales de la infracción. Tal es el caso del robo cometido con pluralidad, nocturnidad o haciendo uso de armas.

Son subjetivas aquellas que se encuentran vinculadas a la culpabilidad del autor o que individualiza a quien comete la infracción (autor) o a quien le perjudica (víctima). Tal es el caso de la premeditación en el homicidio.

Por otro lado, encontramos también otra clasificación de los agravantes; es decir aquella que tipifica los agravantes especiales y generales. En ese sentido, son especiales aquellas que solamente recaen sobre determinados o algunos tipos penales, tal como la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge que determina el contenido material del parricidio. Por su parte, las agravantes generales son aquellas que recaen sobre cualquier tipo penal, como ocurre con la reincidencia.

Asimismo, una tercera clasificación hecha por la doctrina a las circunstancias agravantes es la que las divide en legales y judiciales. Las agravantes legales son aquellas que se encuentran contenidas de manera expresa en el texto de la ley; por su parte, las agravantes judiciales son aquellas que son impuestas por el juez al momento de juzgar el hecho. Sin embargo, en sistemas donde rige el principio de legalidad, en forma exclusiva y excluyente, no se permite las agravantes judiciales.

Finalmente, tenemos las atenuantes, cuya función es la disminución de la pena, y al igual que los agravantes, son calificados como objetivas y subjetivas, especiales y genéricas, así como, legales y judiciales. En ese sentido, se deberá tomar en cuenta estos elementos accidentales, ya sea como parte, a fin de favorecer su caso con temas referidos al monto de la pena, o bien como juez, al tener, llegado el momento, la tarea de individualizar el tipo y cuántum de la sanción penal.



CAPÍTULO SEGUNDO

**Objeto de protección en los delitos
contra la Administración Pública**

Objeto de protección en los delitos contra la Administración Pública

1. CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Si efectuamos una interpretación exegética de los delitos previstos en el Título XVIII del Código Penal, sin dudar uno afirmaría que lo que se pretende proteger es la administración pública. En esa inteligencia, cabe preguntar qué se entiende por administración pública y qué aspecto de la misma es materia de protección jurídico-penal, esto es, ¿protegemos la institución (visión organicista), su funcionalidad (visión funcionalista), ambos (visión mixta)? Son estos temas los que pretendemos abordar en el presente capítulo, cuyas respuestas nos permitirá entender qué es lo que se pretende castigar para lograr una eficaz tutela al objeto a proteger (bien jurídico).

Ahora bien, como primera pregunta nos planteamos: ¿qué es la administración pública? Desde una perspectiva organicista, Ángeles y Frisancho opinan que, administración es ante todo, organización (ordenar económicamente los medios de que se dispone y usar convenientemente de ellos para proveer a las propias necesidades), y si se le adiciona el adjetivo pública, se estará vinculando a la idea de manejo, gestión o gobierno, esto es, el concepto de poder público o actuación del Estado a través de sus diversos organismos para vincularse con los particulares o para desarrollar sus propios planes o proyectos de desarrollo^[116].

Por el contrario, y siguiendo una perspectiva funcionalista, para Fidel Rojas, si bien en el terreno del Derecho administrativo existe tendencia a circunscribir la administración pública al estricto ámbito de la actividad del aparato ejecutivo, no obstante, actualmente prima una perspectiva más amplia para dejar incluida en ella al todo estatal, en cuanto desarrollo de funciones y

[116] Cfr. ÁNGELES GONZÁLES, Fernando; FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Código Penal*. Tomo VII, Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, p. 15 y ss.

servicios públicos. Administración pública comprenderá entonces a las funciones y competencias específicas de los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo, electoral, organismos autónomos del Estado (Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Consejo Nacional de la Magistratura, Banco Central de Reserva, Gobierno Locales y Regionales), y demás instituciones especializadas donde se desarrolle función pública a cargo de agentes oficiales (funcionarios y servidores públicos). Obviamente que queda fuera del ámbito de la administración pública las funciones privadas ejercidas por bancos y empresas mixtas y estatales al régimen jurídico privado^[117].

Sin embargo, es dominante una visión mixta, estructural-funcionalista de administración pública, la cual es seguida por Patrón Faura^[118], Gálvez Villegas^[119], Peña Cabrera y Luís Francia^[120], esto es, que la administración pública es el conjunto de poderes, órganos o entidades dotadas de una esfera de atribuciones o competencias; estos entes u organismos, en ejercicio de sus atribuciones o potestades conferidas, realizan una serie de actividades o acciones orientadas a cumplir sus fines y objetivos que justifiquen su existencia dentro del quehacer público o estatal, fines y objetivos que en concreto buscan la prestación de un servicio público eficaz y eficiente; y que en abstracto o en general buscan el bien común de los miembros de la sociedad.

Nosotros nos adherimos al concepto de administración pública como sistema vivo y dinámico, dirigido, que participa activamente de la vida social y establece relaciones múltiples entre las propias entidades estatales y paraestatales o con entidades particulares o con los ciudadanos. Esta situación evidencia que en el interior del sistema administrativo no todo culmina en una prestación de servicios sino que comparte mecanismos de regulación de sus propias entidades y con sus propias instancias, desde este punto de vista puede ser afectado por terceros. Es decir, por administración pública debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos.

[117] Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2002, p. 15 y ss.

[118] Cfr. PATRÓN FAURA, Pedro. y PATRÓN BEDOYA, Pedro. *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*. 7ª edición, Editorial Grijley, Lima, 1998, p. 44.

[119] Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Editorial Idemsa, Lima, 2001, p. 16.

[120] Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl (h) y FRANCIA ARIAS, Luís. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1993, p. 21.

Sin embargo, la realidad criminológica indica que la administración pública puede ser objeto de utilización o instrumentalización por parte de quienes están obligados a cumplir tareas dentro del subsistema y que se presentan como abusos o desviaciones a la legalidad^[121]. Frente a ello, el sistema de protección jurídica, en especial la del Derecho Penal, busca que la relación administrado-administración se aleje del marco de legalidad en que deben desarrollarse las relaciones de las partes. Las relaciones entre el ciudadano y sus instituciones grafican la actuación pública y deben tener como rasgo el servicio a los intereses generales con eficacia. Cuando aparece una disfunción, esto es, un ataque a los intereses generales y a la eficacia, se afirma un comportamiento con intereses contrapuestos y viene a ser penalmente relevante.

En esa inteligencia, la correcta gestión de las actividades y funciones propia de la relación administrado-administración debe ser el punto de partida para el análisis jurídico-penal de la administración pública; en ese orden de ideas, nos alejamos de cualquier visión ultra-proteccionista del Estado o de un nacionalismo extremo, que más que conducirnos a derroteros garantistas nos llevarán por el sendero de la arbitrariedad.

La finalidad de la existencia de un subsistema de administración pública radica en la necesidad de proteger el interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general. Y es por esa finalidad que se han tipificado como delito a aquellas conductas que afecten el normal desarrollo y funcionamiento de la administración pública.



RECUERDA

La administración pública debe entenderse como un sistema social dinámico, que genera relaciones interpersonales entre los que integran la misma con los administrados, las cuales, por su importancia al interés social, justifica un marco normativo que encause dichas relaciones al régimen de legalidad propio de un Estado Constitucional de Derecho.

[121] Cfr. URQUIZO OLAECHEA, José. "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública". En: *Rev. Peruana de Ciencias Penales*. N° 12, Lima, 2002, p. 230.

2. CARACTERÍSTICAS

La administración pública presenta las siguientes características:

- Organización y funciones.- Es necesario que la administración pública en sus variadas facetas singularice su función (legislativa, administrativa, judicial), precise el marco de valoración de su actividad y de esta forma se podrá establecer la tutela penal con más o menos acierto. Ciertamente, la administración pública presenta un cuadro organizacional donde quedan establecidas las líneas jerárquicas y la forma y modo de presentación de su servicio.
- Normas y procedimientos.- La administración pública cuenta con un cuerpo normativo que regula sus funciones y las relaciones que genere con los administrados; conllevando que, si se presentan contingencias, circunstancias o riesgos en el ejercicio de tales funciones y/o relaciones, pero se presentan dentro de ese cuerpo normativo, todas estas situaciones se convierten en riesgo permitido.
- Potencial humano.- Esto indica que la administración pública cuenta con agentes dentro de su organización y que estos agentes asumen responsabilidad por las funciones que ejercen, las cuales pueden derivar según sea el caso en responsabilidad administrativa o responsabilidad penal.
- Circunstancia o coyuntura, en que le corresponde actuar al funcionario que va a tomar una decisión respecto a una eficiente conveniente acción administrativa, en la que se resuelve, aconseja o asume una responsabilidad, sobre la base no solamente a la estructura del organismo y a las normas de procedimientos vigentes, sino de manera fundamental a su actitud humana, fruto de sus conocimientos, de su experiencia, de su honradez y de su facultad discrecional que su autoridad moral, la realidad política y social y la ley le franquea, según el caso.
- Contexto histórico-social.- Mediante este se orienta y determina el ambiente político y social que rodea a la administración y a la coyuntura que se presenta en el momento de resolver.

3. EL FUNCIONARIO PÚBLICO

Con relación al concepto de funcionario público, el mismo se ha elaborado, ya sea desde la perspectiva del Derecho administrativo o bien conforme al

Derecho Penal; no obstante, se debe tener en claro que siendo la figura: funcionario público, un elemento normativo del tipo penal, su definición la debemos de encontrar en las normas jurídicas y culturales; por lo que, si existe un enunciado oracional de la citada figura en las normas administrativas, pues, en principio, para allá se debería dirigir; empero, si en aras de mejorar la eficacia en la persecución penal se requiere una construcción del concepto en la normatividad punitiva, aún distinta a la administrativa, pues se tendrá que dar las razones para ello. En ese contexto la dicotomía de conceptos descansa en justificar la presencia o no de un concepto de funcionario público en clave jurídico-penal.

Así, el concepto de funcionario público propio del Derecho administrativo gira en torno de aquel sujeto incorporado a la administración pública de forma permanente y voluntaria. Para Guaita, el funcionario público es toda persona individual, incorporada al Estado o a cualquier otra administración pública a la que presta sus servicios en un régimen de Derecho público. Tal incorporación está sujeta a las denominadas normas base de la carrera administrativa.

En ese orden de ideas, en el ámbito administrativo, para la determinación de la calidad de funcionario o servidor público, rige el criterio de la incorporación a la carrera administrativa, y solo una vez incorporado se podrá decir que ejerce o contribuye al ejercicio de la función pública; en tal sentido, no tendrá la calidad de funcionario o servidor público, para ningún efecto en el ámbito administrativo, precisamente el que no ha sido incorporado.

En ese sentido, se pueden considerar como requisitos para adquirir la calidad de funcionario o servidor público, en el ámbito administrativo a los siguientes^[122]:

- **El título o fundamento jurídico**, por el cual el funcionario o servidor accede a la administración pública; este es el componente material del acceso a la carrera; debe ser legítimo, o provenir de una fuente u origen válidos y con capacidad para generar el efecto vinculante entre el titulado y la administración pública, lo que determina que ambas partes asuman los deberes, atribuciones y obligaciones propios del cargo. Las formas pueden ser: a) elección (directa o popular y por

[122] Para mayores detalles, consúltese: ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 27 y ss. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. Ob. cit., p. 25 y ss.

representación o indirecta); b) nombramiento o designación; c) determinación normativa.

- **La investidura o juramentación o asunción del cargo**, es el elemento formal del acceso a la carrera administrativa, por este el acto el funcionario o servidor sume objetiva y realmente el cargo para el cual fue nombrado, elegido o llamado por la ley; en este acto se producirá la entrega formal del título de designación o también lo que se conoce habitualmente como la acción de entrega de credenciales, o documentos que identificarán al funcionario como tal.
- **Estabilidad y permanencia**, es decir, que para que el funcionario o servidor se incorpore válidamente a la carrera administrativa, lo hará a un cargo o plaza que tenga el carácter de permanente.
- **Remuneración**, normalmente, todo cargo o servicio, será remunerado, esto es, el funcionario o servidor público percibirá un sueldo o remuneración, precisamente como contraprestación a la labor que desempeñan. Sin embargo, este requisito no es imprescindible, dado que, pueden haber funcionarios ad honórem.

Por otro lado, la doctrina penal ha considerado insuficiente el criterio delimitador y justificador la intervención punitiva el ingreso a la carrera administrativa; por el contrario, es de la opinión que la influencia en la función pública es el *leitmotiv* por el cual se criminalizan determinadas conductas. Sin embargo, la cuestión es qué tipo de relación ha de existir entre el sujeto y la administración para poder afirmar que el primero participa en el ejercicio de funciones públicas y es por tanto funcionario a efectos penales.



RECUERDA

El concepto administrativo de funcionario público descansa en el ingreso a la carrera administrativa. En cambio, es la función pública, para el Derecho Penal, la clave para definir al citado personaje.

Al respecto, se pueden diferenciar dos posturas respecto al contenido o significado de participación *en la función pública*, posturas que delimitan este contenido a partir de otro concepto el de *ejercicio del cargo*.

En primer lugar, la postura de aquellos que consideran sinónimos el ejercicio del cargo y la participación en la función pública. Destaca como defensor

de esta postura Queralt^[123], para quien ejercer el cargo y participar en el ejercicio de las funciones públicas es lo mismo a efectos penales por dos razones: a) por una pura cuestión terminológica, pues, según este autor, la coloquialidad de las expresiones del Código Penal (español) en este contexto no permite efectuar preciosismos dialécticos con su terminología; y, b) no parece convincente el limitar la consideración de funcionario público a efectos penales únicamente a quien lo es desde el punto de vista de otros sectores de Derecho público, máxime si se tiene en cuenta la polémica que en torno a tal concepto se respira en Derecho administrativo. Por ello, junto a los que desempeñan funciones públicas en el sentido del Derecho público, el Código Penal incluye otros individuos en la categoría de funcionarios, por vía del título de incorporación, los cuales de otro modo, no lo serían. Todo ello, concluye el autor, permite la equiparación terminológica aquí sostenida.

En segundo lugar, la postura representada fundamentalmente por Cobo del Rosal^[124]. Este autor entiende que se ha de evitar el uso indistinto de participación del ejercicio de la función pública y ejercicio del cargo, ya que se puede participar en la función pública sin ejercer y sin tener un cargo. Asimismo, acota que no es necesario una incorporación, sino en la mera participación en la función pública.

En lo que respecta, a la situación jurídica peruana, el Código Penal no ha definido el concepto de funcionario público, pero, si ha indicado quienes son funcionarios públicos a efectos puramente penales. En el artículo 425 del Código Penal se dice: “Se consideran funcionarios o servidores públicos”. Por el contrario, el legislador no ha señalado “son funcionarios o servidores públicos” porque ha tenido en consideración que no ha definido el concepto de funcionario público.

Luego entonces, se ha afirmado que el artículo 425 del Código Penal representa, en ese sentido, una concreción material y real de la independencia del Derecho Penal al enfatizar sus categorías jurídico-normativas. Por otro lado, la razón de una enumeración taxativa de los funcionarios públicos en la ley penal está dada por la falta de un criterio unificado en la ciencia del propio Derecho público. La protección efectiva contra los ataques que

[123] Cfr. QUERALT, J. Joao. y QUERALT JIMÉNEZ, Joan Joseph. “Delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal. Una aproximación desde la nueva regulación de la prevaricación administrativa”. En: *Estudios y aplicación del nuevo Código Penal de 1995*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 605 y ss.

[124] Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel. “Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal español”. En: *R.G.L.J. Vol I*, Madrid, 1962, p. 254 y ss.

podrían lesionar la función pública quedaría, en parte, en el limbo si no pudiera saberse qué sujetos pueden atacarla. Ante el mar de dudas, el legislador penal ha optado por cortar por lo sano y ofrecer criterios para la determinación del funcionario público a los efectos punitivos.

Así, el citado artículo 425 ha establecido los siguientes supuestos:

- 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.-** Aquí si nos debemos de remitir a las normas administrativas, dado que, este supuesto descansa en aquellos servidores y funcionarios de carrera que acceden a los cargos y jerarquías por selección y concurso, sobre la base de méritos y que prestan sus servicios de modo permanente a la administración pública.
- 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.-** Los cargos políticos o de confianza deben entenderse solo como designaciones a través de autoridades competentes, esto, significa que su origen no necesariamente proviene de elección popular^[125]. Este tipo de funcionario no requiere cualidades especiales o que se trate de especialista o técnico. La relación, esto es, el origen de su nombramiento está vinculado a quien lo nombra. Sin embargo, dado que su actuación será en el ámbito de las actividades públicas, su comportamiento queda sometido a la normativa propia de la administración pública y, en ese sentido, es autónoma y no vinculante con quién lo nombró.
- 3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, 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 organismo.-** Esta forma de considerar funcionarios públicos a quienes administrativamente no lo son es característica del modelo penal, que se guía por consideraciones de carácter material y por percibir el carácter funcional de

[125] Sobre el análisis de este numeral en la dogmática nacional, véase: SAN MARTÍN CASTRO César, CARO CORIA Dino y REAÑO PESCHEIRA, José. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: aspectos sustantivos y procesales*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 171. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "El transfuguismo político: ¿un delito de cohecho? Análisis desde la perspectiva del concepto penal de funcionario público". En: *Cátedra*. Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, año V, N° 8, Lima, 2000, p. 84. *Delitos contra...*, Ob. cit., pp. 79 y 94. CASTILLO ALVA. Ob. cit., pp. 31 y 40. PEÑA CABRERA (h) y FRANCIA ARIAS. Ob. cit., p. 28. ROJAS VARGAS. Ob. cit., p. 37. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Delitos...*, Ob. cit., p. 50. URQUIZO OLAECHEA. "Tutela...", Ob. cit., pp. 272 - 273. En la dogmática comparada, véase: OLAIZOLA NOGALES, Inés. Ob. cit., pp. 153-154.

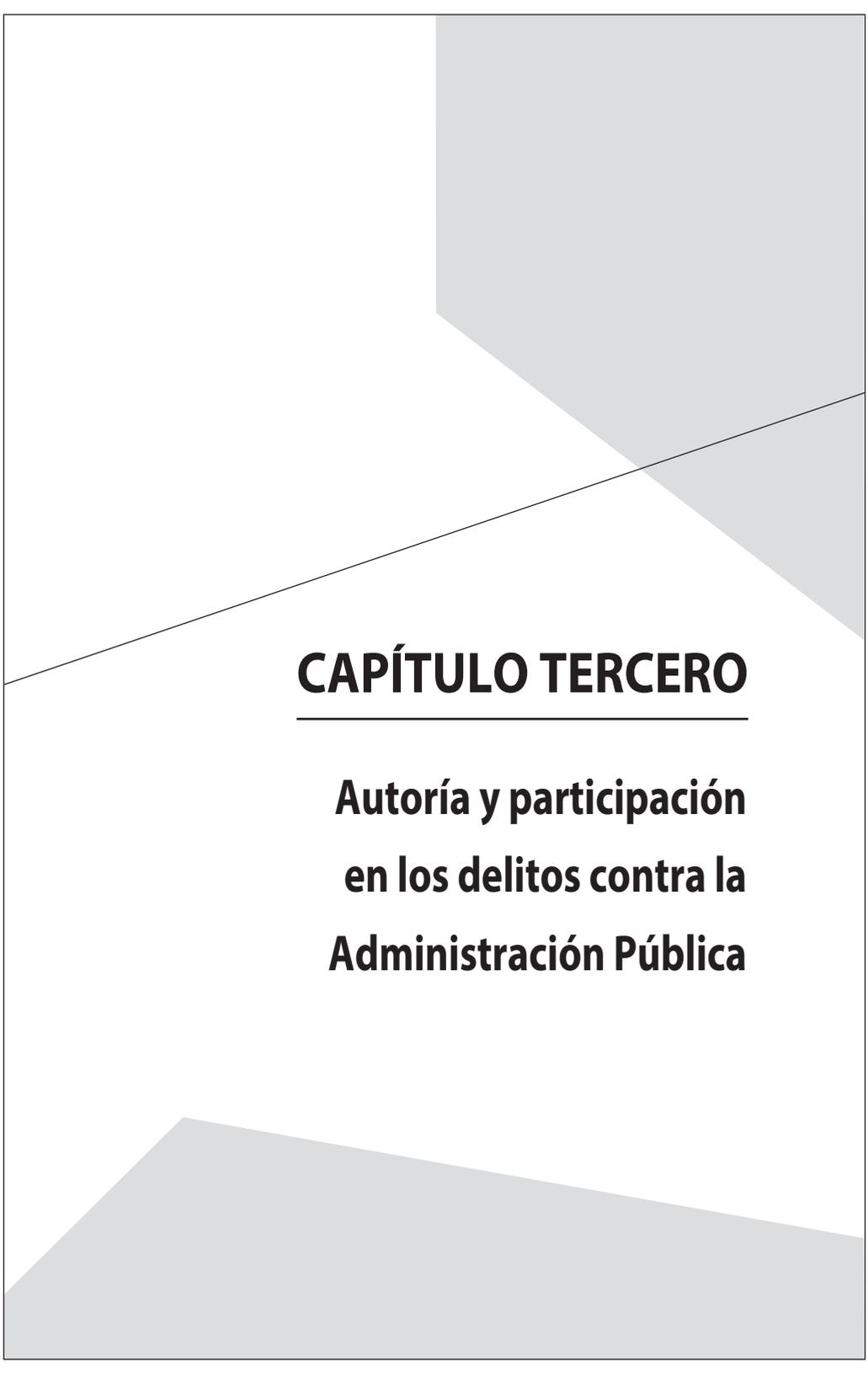
la administración pública^[126]. El legislador ha considerado que el sujeto que se integra a las actividades estatales adquiere una posición privilegiada, en cuanto pasará a constituirse en una parte del ente prestacional y, por tanto, sus procesos de comunicación serán administrador-administrado. Lo que se quiere proteger es precisamente la calidad del servicio que la administración pública, en sentido amplio, presta.

4. **Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.-** El origen y fundamento jurídico reside en que tales sujetos se convierten en la extensión del funcionario público que los nombra y que no puede por sí mismo ejercer la función de administrador o depositario sino solo disponer en quien recaerá la administración o el depósito. La autoridad competente que tiene la potestad de nombrar velará por la idoneidad del nombramiento, todo lo cual encuadra en la idea de proteger el correcto funcionamiento de la administración pública. El propósito de la designación es velar por el correcto funcionamiento de la administración pública bajo la forma que se presenten e incluso con la concurrencia de terceros. Ahora bien, los terceros deben ser nombrados en acto solemne y bajo las formalidades legales que tal nombramiento exija.
5. **Los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.-** El Código Penal en referencia a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no ha puntualizado alguna característica preponderante al momento de calificarlo como funcionario público. Sin embargo, debe entenderse que está referido a los que se encuentran en actividad desarrollando funciones preestablecidas en la Fuerza Armada o la Policía Nacional: quien cumple su función y luego desarrolla su vida privada hasta nuevamente reintegrarse a su función, no responderá como funcionario sino como particular y los procesos de incriminación deberán corresponderse con tal realidad fáctica. Es necesario sin embargo, precisar que, estos agentes cometerán los delitos en cuestión, cuando se trate de hechos vinculados a la función que desempeñan según los propios estatutos o leyes orgánicas específicas, mas no cuando se trate de hechos desvinculados

[126] SAN MARTÍN CASTRO, César y CARO CORIA, Dino y REAÑO PESCHEIRA, José. Ob. cit., pp. 172-175. ABANTO VÁSQUEZ. *El transfuguismo...*, Ob. cit., p. 86. ROJAS VARGAS. *Delitos...*, Ob. cit., p. 38. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. Ob. cit., pp. 51-52. URQUIZO OLAECHEA. *Tutela...*, Ob. cit., p. 274. OLAIZOLA NOGALES. Ob. cit., pp. 125-135. RODRÍGUEZ MEZA. Ob. cit., pp. 217-218. VALEIJE, Inmaculada. "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y Personas que desempeñan una función pública". En: *Cuadernos de Política Criminal*. N° 62, Madrid, 1987, p. 473. REBOLLO VARGAS, Rafael. *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*. Editorial Bosch, Barcelona, 1996, p. 89.

de la misma, los cuales podrán configurar cualquier otro delito pero no delito contra la administración pública.

- 6. Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley.-** Ingresan en este nivel todos aquellos que por razones diversas no sean admisibles en los órdenes anteriores, ya sea porque tienen un régimen propio de carrera administrativa, como los funcionarios y servidores judiciales, docentes y funcionarios de universidades, funcionarios y servidores municipales, etc., o porque simplemente carecen de un sistema de carrera administrativa como en el caso de los notarios.



CAPÍTULO TERCERO

**Autoría y participación
en los delitos contra la
Administración Pública**

Autoría y participación en los delitos contra la Administración Pública

1. LOS DELITOS ESPECIALES: *DELICTUM SUI GENERIS*

No resulta sencillo definir unitariamente el término *delictum sui generis*. Ello se debe a que esta expresión ya fue empleada por la doctrina clásica, y todavía lo sigue siendo por la doctrina moderna, para aludir a *muchas clases de delitos diferentes*. Así, bajo la cobertura de la teoría de los *delicta sui generis*, la doctrina alemana ha venido planteándose la solución a cuestiones tan dispares como, por ejemplo, la existencia de una relación de autonomía o de dependencia entre el delito de asesinato, de homicidio a petición, y de infanticidio con el de homicidio, los actos preparatorios punibles y el delito intentado con el delito consumado, las formas de intervención en el delito de participación con la que determinan una relación de autoría, y los delitos especiales impropios con los delitos comunes paralelos. Ello provoca que sea difícil referirse *en concreto* a algún elemento interno o externo que contribuya a reconocer un delito como *sui generis*. Un tal concepto requiere, ciertamente, de un esfuerzo de concreción en cada caso del rasgo determinante del carácter *sui generis* del delito. A la vista de lo anterior, no puede sorprender la existencia en la doctrina de una gran cantidad de criterios doctrinales diferentes para la determinación del referido concepto, así como la utilización, en ocasiones, de idénticos argumentos en favor de soluciones de signo opuesto - esto es, la afirmación o negación de un *delictum sui generis*.

No obstante los inconvenientes existentes para la elaboración de un concepto *concreto* de *delictum sui generis*, un sector de la doctrina alemana clásica y contemporánea se ha esforzado por elaborarlo. Puede considerarse que estos esfuerzos doctrinales se iniciaron en los años 30 del siglo XVIII y llegan prácticamente hasta nuestros días. En sus orígenes, la doctrina se refería a los delitos *sui generis* en relación con los delitos de preparación, tentativa, complot y favorecimiento de otros delitos previstos especialmente en la ley.

Sin embargo, hasta entrado el siglo XX, el concepto de delito *sui generis* no empezó a llamar poderosamente la atención de algunos de los más importantes integrantes de la doctrina penal alemana. Esta toma en consideración del concepto que nos ocupa dio como resultado la aparición de contribuciones doctrinales representadas por apreciables trabajos de investigación, así como algunas tesis doctorales de escasa difusión publicadas, sobre todo, a partir de 1950. De entre los primeros merecen ser destacados por su importancia los realizados por Seligmann, Nagler, Maurach, Schneider, Hillebrand, Haffke y Hassemer. En España, el mérito de sistematizar todo este material debe ser reconocido a Cuello Contreras.

El análisis de si un determinado delito debía ser contemplado como un delito distinto a otro, o bien como el mismo delito modificado que realizaron estos autores se extendió de los delitos antes mencionados a otros delitos, como los de participación y todos aquellos en que, partiéndose de un delito básico, el legislador modificaba la pena en atención a la concurrencia de diversas clases de circunstancias. En el marco de esta última constelación de delitos, la teoría de los *delicta sui generis* se ocupó, por ejemplo, de la relación existente entre los delitos de parricidio (antiguo § 215 StGB), el homicidio a petición (§ 216 StGB) y el infanticidio (antiguo § 217 StGB) con el homicidio (§ 212 StGB) y el asesinato (§ 211 StGB); de la relación existente entre los delitos de hurto común, hurto agravado, hurto entre familiares y robo; o de la relación entre los delitos impropios de funcionarios y los delitos comunes paralelos.

La doctrina del *delictum sui generis*, más que intentar definir el concepto de delito "distinto", ha tratado de encontrar criterios prácticos para conocer cuándo un delito concreto lo es. No se trata, por tanto, de una doctrina con vocación teórica, sino de un criterio de orientación marcadamente práctica.

No obstante, algunos autores se han esforzado por definir qué debe entenderse por *delictum sui generis*. Este es el caso de Nagler y Maurach.

Según Nagler, el *delictum sui generis* consiste en una categoría que "se basa típicamente en una clase de delito ya regulada de otro modo con la que, por consiguiente es (al menos en parte) sustancialmente idéntica, pero que, por el contrario, aparece como una nueva construcción autónoma, por lo que se distingue desde un punto de vista externo de aquella clase de delito, excluyéndola". Afirma Nagler, además, que "por designio de la ley, el delito autónomo constituye, gracias a la especial formación de su tipo, un nuevo concepto de delito, y se contrapone, según esto, a otras clases de delitos

de parecida estructura. La ley dota a esta construcción de un especial contenido de sentido y le permite llevar una vida propia". Al delito sui generis contraponen Nagler el delito cualificado. En opinión de este autor, no puede decirse que el delito cualificado sea un delito "con vida propia" o "una nueva construcción autónoma" frente al tipo básico de referencia. El tipo de injusto del delito cualificado no es un tipo de injusto *distinto* al del tipo de injusto del tipo básico de referencia, sino que, al contrario, es una mera *extensión* o *prolongación* suya. Nagler expresa esta idea mediante la siguiente *metáfora* –nótese el carácter *lingüístico* del concepto de Nagler–: si el delito básico es un edificio, el delito cualificado no representa la construcción de otro edificio, de un edificio *distinto*, sino de un *nuevo* piso, de un piso *adicional* en el *mismo* edificio ya existente. El criterio para conocer cuándo nos encontramos en presencia de un delito sui generis y cuándo ante un delito consistente en un simple *caso* derivado de otro delito no es, para Nagler, una cuestión meramente lógica, sino valorativo material.

Según este criterio, el delito sui generis sería una *nueva formación*, una *síntesis de valor*, mientras que el *caso* no pasaría de ser una simple *variedad del valor* propio de otro delito. En muchas ocasiones, la valoración que subyace a esta distinción ya se encontraría presente, en opinión de Nagler, en la propia sensibilidad popular.

También Maurach partió de la idea de que era necesario distinguir entre aquellos delitos que consisten en una *variedad de un delito básico*, en una forma de aparición del delito básico, por una parte, y "aquellos otros a los que se da a la variedad criminal una tal independencia, que surge un *tipo autónomo* (delito independiente, *delictum sui generis*, y, con expresión menos feliz, delito especial)", por otra.

Por lo que respecta a los delitos consistentes en una *variedad de un delito básico*, Maurach explicó la relación existente entre ambos como una relación "por capas" (*Schichtungsverhältnis*). Lo característico de esta relación por capas consistiría, en su opinión, en que la variedad del delito básico representaría una construcción a la que se le había incorporado una capa adicional que no estaba presente en el delito básico, de tal modo que en caso de que se decidiera retirar esta capa adicional, entonces volvería a aparecer la forma del delito básico en su forma original.

Las cualificaciones y atenuaciones solo se "injetarían" al tipo básico sin llegar a echar, en cambio, raíces propias, de tal modo que se deduce una dependencia básica de la cualificación o el privilegio con respecto a la acción

elemental tipificada en el delito básico. La relación existente entre la “variedad” cualificante o atenuante de un delito básico y este delito mismo era –siempre a juicio de Maurach– meramente *cuantitativa*, de *plus-minus* o de *minus-plus*. Concorre para Maurach, en suma, un simple tipo atenuado o agravado cuando lo único que se hace es añadir características agravantes o atenuantes de la pena a la acción básica no modificada en su esencia.

Las circunstancias que pueden conducir a la variedad criminal son, en opinión de Maurach, múltiples. Maurach se refirió tanto a circunstancias de naturaleza objetiva como a circunstancias de naturaleza subjetiva. Entre las primeras mencionó la modalidad de la conducta típica, el resultado, los antecedentes del autor, la profesionalidad, o la posición representativa que pueda ocupar el autor. Una de estas posiciones es la que ocupan aquellos sujetos que realizan la conducta típica encontrándose en el ejercicio del cargo. Según esto, pese a que reconoce que la cuestión es controvertida, Maurach considera que los delitos impropios de funcionario constituyen variedades típicas no autónomas del delito básico. Por lo que respecta a las circunstancias de naturaleza subjetiva, Maurach se refirió a la situación de necesidad, al ánimo de lucro y a la provocación. En cuanto a los delitos autónomos, Maurach distinguió entre un aspecto material y un aspecto formal. Si bien desde un punto de vista material, era preciso señalar que el delito autónomo *se derivaba* del delito básico de referencia, no era menos cierto que, *formalmente*, el delito autónomo devenía “una estructura jurídica unitaria de nuevo rango valorativo”, “un concepto autónomo de delito con contenido propio, con vida jurídica propia y con un ámbito especial de eficacia”. En el tipo penal autónomo los elementos integrados en el tipo básico se refunden para Maurach, en suma, en una nueva unidad cerrada en sí.

2. ACLARACIÓN TERMINOLÓGICA: DISTINCIÓN ENTRE *DELICTUM SUI GENERIS*, DELITO AUTÓNOMO Y DELITO ESPECIAL

La denominación delito *sui generis* se encuentra en casi todos los comentarios, manuales y trabajos monográficos de Derecho Penal aparecidos en Alemania desde principios del s. XIX. También se ha señalado que la presencia de este concepto en la literatura alemana no consiguió materializarse, sin embargo, en la elaboración de una definición del término que nos ocupa. La doctrina se ha referido a este concepto dando por sentado que el conocimiento de su significado se presupone como si ya pudiera entenderse por sí mismo. Se limita a describirlo por medio de registros y frases hechas.

Algunas de ellas ya han sido apuntadas *supra*. Una de las principales consecuencias de la falta de determinación del contenido del concepto de delito sui géneris es la ausencia de una denominación única para el *delictum sui generis*. La doctrina designa esta modalidad delictiva con una gran multiplicidad de términos dispares entre sí. Alguno de estos términos son los siguientes: “delito especial” (“*sonderbares, besonderes Delikt*”, “*Sonderdelikt*”), “delito autónomo” (“*selbständiges Verbrechen*”), “delito particular” (“*eigenartiges Verbrechen*”), “delito propio” (“*delictum proprium*”, “*eigentümliches Verbrechen*”), “delito que es punible en sí” (“*Delikt, das an sich strafbar ist*”) o “delito con forma propia” (“*eigenartiges Verbrechen*”). Esta tendencia se ha venido manteniendo en la literatura alemana hasta la actualidad.

El empleo indistinto de los términos acabados de enumerar como sinónimos del concepto “delito sui géneris” representa, en la mayor parte de los casos, la introducción en el sistema dogmático de un grado de confusión difícilmente tolerable. Pero no es esta, sin embargo, la objeción más importante que contra dicha equiparación terminológica puede formularse. La crítica decisiva es aquella que pone de manifiesto que la utilización indistinta de aquellos términos como sinónima de la denominación delito sui géneris resulta improcedente porque los términos en juego carecen, en realidad, de un significado unívoco. Ello resulta especialmente evidente en relación con dos de las expresiones empleadas por la doctrina como posibles sustitutos del concepto delito sui géneris: “delito autónomo” y “delito especial”. El alcance de estos dos conceptos no coincide con el del delito “sui géneris”.

a) Distinción entre los conceptos “delito autónomo” y “delito ‘sui géneris’”

La mayoría de los autores alemanes que se han detenido en el análisis de los delitos sui géneris aluden a los delitos *sui generis* y a los delitos *autónomos* (*eigenständige* o *selbständige Delikte*) de forma indistinta, como si el significado de estas dos categorías delictivas fuera el mismo. Este es el caso, por ejemplo, de Schneider, Maurach y Hassemer. Los términos delito sui géneris o “distinto” y “delito autónomo” no son, sin embargo, sinónimos. Como ya ha sido puesto de manifiesto *supra*, no todos los delitos de los que resulta posible predicar la condición de “distinto” de otro son también delitos autónomos del delito al que están referidos. Así, por ejemplo, los tipos de tentativa o de preparación son tipos *distintos* –deben ser considerados “delitos” en el sentido del Código Penal– pero *dependientes* de aquellos que tipifican la lesión consumada del mismo bien jurídico –el tipo de tentativa o de preparación tan solo se aplicará en caso de que no se produzca la consumación por una causa ajena a la voluntad del sujeto–.

Algo parecido sucede con los tipos de participación. Esta clase de tipos se caracteriza por que, a pesar de constituir delitos *distintos*, son *accesorios* (dependientes) de los respectivos delitos de autoría. Solo será posible castigar una conducta de participación cuando haya un hecho principal cometido por un autor. En caso de que la conducta del presunto partícipe fuera, además, directamente subsumible en el tipo de autoría de la parte especial, entonces tampoco aquí se castigará por el tipo de participación.

Ello se explica por que entre los tipos en juego se da una relación de concurso de leyes que debe ser resuelta en favor del tipo de autoría por aplicación del principio de subsidiariedad tácita. La consecuencia dogmática más importante que se deriva del carácter dependiente o autónomo de un delito es que en la primera de estas dos constelaciones de delitos no caben ni las formas imperfectas de ejecución ni las formas de intervención en el delito distintas a la autoría. Resulta obvio que estas consecuencias dogmáticas no pueden extenderse a todos los delitos *distintos*, sino únicamente a aquellos que, *además*, dependen de otro delito.

Carácter *distinto* y carácter *dependiente* de un delito son, por tanto, dos aspectos diferentes que pueden congregarse en un mismo delito. Aunque de alguna parte de la exposición de Seligmann parece deducirse que la equiparación entre delito autónomo y delito sui géneris se encuentra en la base de su planteamiento, lo cierto es que este autor acaba concluyendo, finalmente, que un delito puede ser sui géneris y dependiente a la vez.

Seligmann divide los delitos en dos grandes grupos: a) delitos principales o básicos; y b) delitos derivados, accesorios, o sub casos de concretos delitos individuales. Seligmann parece identificar los delitos principales o básicos (a) con los delitos sui géneris. Son delitos principales, en su opinión, aquellos delitos históricamente consolidados a los que el legislador ha designado en la mayor parte de las ocasiones con un determinado "*nomen iuris delicti*" conocido (así, por ejemplo, los delitos de hurto, injurias, lesión corporal, estafa, etc.). Permanecen completamente autónomos, con identidad de valor entre sí, sin relación alguna. En la mayor parte de las ocasiones cada uno de ellos domina un capítulo especial. Se diferencian por la naturaleza del objeto de ataque, del bien jurídico penalmente protegido. Frente a estos delitos principales o básicos se presentan los delitos derivados, accesorios, o sub casos de concretos delitos principales a los que se añaden. Estos delitos se encuentran necesitados de un complemento, ya que no podrían existir partiendo exclusivamente de sí mismos. Por una parte presentan todos los criterios esenciales del delito partiendo del cual se constituyen, por otra

parte no son completamente congruentes con este, no se cubren con éste, sino que se diferencian por medio de presupuestos más limitados o más amplios. Se encuentran en una relación valorativa con el delito principal, o bien son más, o bien son menos. Seligmann indica que Beling habla de una "relación de más-menos" ("*Plus-Minus-Verhältnis*"). O bien se añade un nuevo elemento en ellos que crea el tipo especial de delito de segundo rango, esa subclase de delito, o bien falta uno de los elementos constitutivos del tipo del delito básico. Seligmann concluye que su naturaleza derivada es fácilmente reconocible como tal. Seligmann divide los delitos derivados o accesorios en dos grandes grupos: a) los tipos derivados dependientes (subtipos); b) los delitos derivados independientes (tipos propios).

Seligmann considera posible esta clasificación de los delitos accesorios en sus dos modalidades. Esto se admite en general para los supuestos de modificación de la pena. Los tipos propios son aquellos que debe y puede definirse en relación al supraconcepto delito como *delictum sui generis*. Por una parte no son tan autónomos como los tipos básicos, porque siempre se adhieren a un tal delito, por otro lado no son tan dependientes como los subtipos, porque no son meras modalidades de su forma primitiva, sino que están separados de esta y equiparados valorativamente a esta al margen de ciertas limitaciones. Por todo lo anteriormente expuesto, Seligmann considera que es incorrecto designar a los delitos sui generis con el término "delitos autónomos", ya que esta última es una denominación a la que cabría acudir en relación con los delitos básicos, pero no para los delitos accesorios *dependientes*. A juicio de Seligmann, el término "delito autónomo" pone el acento tan solo en un único aspecto de la esencia del *delictum sui generis*: su diferencia de los delitos derivados dependientes. Nada dice, sin embargo, sobre la delimitación de los delitos derivados con respecto a los delitos principales. Seligmann no estima adecuado definir los delitos sui generis como delitos autónomos. En opinión de este autor, los delitos sui generis son, en realidad, tipos accesorios independientes (*unabhängige Nebentatbestände*).

b) Distinción entre los conceptos "delito 'especial'" y "delito 'sui generis'"

Otro de los errores en que algunos autores alemanes incurren de un modo más habitual es el consistente en considerar los conceptos de delito sui generis, delito *autónomo* y delito *especial* conceptos sinónimos. Este error lo cometen, por ejemplo, Maurach y Langer. Esta disparidad terminológica no superaría el umbral de lo meramente anecdótico de no ser porque las expresiones de referencia barajadas: a) ni comparten un único significado; b) ni son, en realidad, expresiones sinónimas a la de "delito especial". Así,

mientras que el empleo de los términos “*delicta sui generis*” y “*delicta propria*” se ha referido tradicionalmente a aquella construcción de la Ciencia del Derecho Penal que pretende conocer cuándo es posible conferir a un delito el carácter de *distinto* de todos los demás, el término “*delito autónomo*” alude, en cambio, a aquella clase de delitos que se caracteriza por su *independencia* en relación con un determinado delito de referencia respecto del cual presenta, en principio, alguna vinculación (argumento a). Por otra parte (argumento b), el alcance del significado de los conceptos de “*delicta sui generis*”, “*delicta propria*”, o “*delitos autónomos*” no equivale exactamente al de la expresión “*delitos especiales*”, porque el primero es, en parte, *más amplio* y, en parte, *más limitado* que el segundo.

Para la comprobación de que el ámbito del concepto de “*delictum sui generis*” es, en efecto, de mayor amplitud que el de “delito especial” basta con recordar que la doctrina penal alemana de principios del siglo XX clasificaba los *delicta sui generis* en dos grupos de delitos completamente distintos –las *formas de aparición* del delito, que tipifican la infracción de preceptos de la Parte General sobre tentativa, preparación, participación, etc.; y los *supuestos de modificación* (en sentido agravante o atenuante) *de la pena* prevista en un delito básico–, perteneciendo una de las clases de delitos especiales (los impropios) a uno de estos dos grupos –concretamente al de los supuestos de modificación de la pena–. La *especie* o la *parte* de los delitos especiales no equivalen al *género* o el *todo* representado por los delitos “*sui generis*” o delitos *distintos*, sino que constituyen (o más concretamente una de sus modalidades, la correspondiente a los delitos especiales impropios), entre otras múltiples clases de delitos, tan solo una de las que integran aquel concepto. Pero también puede decirse que el alcance del concepto de delito *sui generis* es, en cierto sentido, *más limitado* que el correspondiente al delito especial.

Ello se explica porque el primero de estos dos conceptos no puede aportar información alguna sobre el aspecto que en mayor medida caracteriza a los delitos especiales: la limitación típica del círculo de posibles autores del delito.

No puede compartirse, sin embargo, la idea defendida por Haffke, según la cual los delitos especiales “no tienen nada que ver” con la categoría de los *delicta sui generis*. Una de las ideas centrales del presente trabajo es, precisamente, la siguiente: todos los delitos especiales son delitos distintos (*delicta sui generis*). Esta premisa, que para el caso de los llamados delitos especiales propios prácticamente puede tener visos de argumento tautológico, reviste

especial importancia, en cambio, en el ámbito de los delitos especiales impropios. En efecto, para decidir cómo deben ser resueltos los múltiples problemas concursales, de error, o de participación de sujetos no cualificados, es preciso conocer cuál es el hecho típico realizado por el autor principal (el sujeto cualificado), y, más concretamente, si ese hecho representa una mera variedad típica del delito común correlativo, o bien constituye un delito distinto (*delictum sui generis*), dando lugar, así, a un nuevo título de imputación.

3. LOS INDICADORES DE SUSTANTIVIDAD DE LA DOCTRINA DEL *DELICTUM SUI GENERIS*

Como se ha avanzado *supra*, la doctrina del "*delictum sui generis*" tiene una vocación decididamente. Por ello, la principal aportación de esta doctrina reside en la elaboración de criterios que permitieran determinar si un delito tiene o no sustantividad propia. Estos criterios reciben el nombre de "indicadores" o "indicios de sustantividad"^[127]. A continuación serán objeto de análisis los cinco indicadores más asiduamente defendidos por la doctrina del delito sui generis. Estos indicadores son los siguientes: a) Que el delito tenga un "*nomen iuris*" propio; b) Que la consecuencia jurídica del delito esté prevista como una pena nueva, no como una pena dependiente o derivada de otro marco penal (indicador penológico); c) Que el tipo se encuentre ubicado en un capítulo distinto al capítulo donde se encuentre el tipo respecto del que se discute su condición de "distinto" (indicador sistemático); d) Que el delito se refiera a un tipo de autor (indicador criminológico, político, jurídico y filosófico); y e) Que el delito lesione o ponga en peligro un bien jurídico distinto (indicador teleológico).

3.1. Indicador del *nomen iuris delicti*

Un primer indicio de la presencia de un delito "distinto" es que dicho delito tenga un *nomen iuris* propio. El delito con *nomen iuris* propio se distinguirá ya del delito respecto del que se plantea su condición de "distinto", por tanto, en su *nombre* mismo. Si, por el contrario, el delito cuya sustantividad con respecto a otro delito pueda constituir objeto de discusión conserva *el mismo nombre* que este último, entonces se tratará también del mismo delito.

[127] Cfr. BOLDOVA PASAMAR, Miguel. *La comunicabilidad de las circunstancias y de la participación delictiva*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p. 292.

Así, por ejemplo, en la ya tradicional discusión doctrinal sobre si el delito de asesinato es un delito distinto al delito de homicidio, o bien si es, por el contrario, una mera modalidad del mismo, un argumento en favor de la primera de estas dos opciones planteadas viene representado por el hecho de que el propio legislador denomine al delito de asesinato con un nombre distinto al del homicidio.

Ello es lo que ocurre precisamente tanto en el CP español como en el StGB alemán. Así, el art.139 CP español señala que “será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, *como reo de asesinato*, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: (...)”. También la rúbrica del § 211 StGB alemán, por su parte, denomina al delito en él incorporado “asesinato” (*Mord*).

En Alemania defendió la validez de este criterio Seligmann, pero en un sentido distinto, en cierto modo incluso opuesto. Seligmann distinguió entre los delitos básicos o principales, y los delitos dependientes. Los delitos *sui generis* pertenecen, en su opinión, al segundo de estos grupos. Uno de los criterios que permiten decidir el carácter básico o dependiente de un delito es –a juicio de este autor– precisamente el criterio del *nomen iuris*. Pero al acudir a este indicador para afirmar la existencia de un delito *sui generis*, Seligmann lo empleó para negarla. Según este autor, todos los delitos básicos tienen su propio nombre, mientras que los delitos accesorios –categoría a la que, recuérdese, pertenecen los delitos *sui generis* según Seligmann– o bien carecen de nombre, o bien tienen el mismo nombre que el delito principal. El dato relativo a si un delito es o no designado con un nombre determinado no ha sido empleado en Derecho Penal únicamente como indicador de sustantividad. Ya en el siglo XVII Carpzov (en relación con la práctica jurídica sajona) y el tirolés FRÖHLICH von Fröhlichsburg pusieron de manifiesto que la designación legal de un delito con un determinado *nomen iuris delicti* puede servir, junto a otros criterios, para distinguir los *crimina extraordinaria* de los *ordinaria*. Los primeros eran aquellos delitos que, a pesar de no encontrarse previstos en la ley, podían ser objeto de castigo si el juez lo estimaba conveniente. Esta distinción, acuñada por el Derecho común, representó una clara ruptura del principio *nullum crimen sine lege*. Por este motivo, la imposibilidad de seguir manteniendo esta clasificación de los delitos en el actual contexto dogmático está fuera de toda duda.

La idea de que cabe deducir la esencia de un delito del término elegido por el legislador para designarlo, o para designar al menos a su elemento distintivo con respecto a los restantes delitos, alcanzó gran aceptación en las tesis

nacionalsocialistas de algunos de los integrantes de la Escuela de Kiel. Esta dirección recibió la distinción entre injusto y culpabilidad como un producto derivado del pensamiento racionalista, deductivo, analítico y lógico formalmente separador propio del Liberalismo clásico del siglo XIX. Por este motivo, la referida distinción entre antijuricidad y culpabilidad debía ser superada. Se imponía una contemplación conjunta o global del delito, una consideración del delito separada de aquel formalismo abstracto que dividía artificiosamente su estructura en diferentes elementos. Uno de los más destacados representantes de la dirección de Kiel, Georg DAHM, defendió desde esta crítica a los principios del Liberalismo clásico una nueva versión del indicador del *nomen iuris*. Fuertemente influenciado por la fenomenología de Husserl, Dahm creyó que no era posible elaborar reglas generales que permitiesen conocer la esencia de todas las modalidades delictivas. Antes al contrario, cada forma de aparición del delito debía ser analizada en concreto. Uno de los baremos de mayor utilidad para la interpretación de los preceptos penales era para Dahm el lenguaje popular.

Se trataba de descender a la realidad fenomenológica y comprobar empíricamente dónde residía lo esencial de cada clase de delincuente o de cada modalidad delictiva en concreto, para conocer, en segundo lugar, de qué modo recoge aquella esencia el lenguaje popular. Esto puede hacerlo refiriéndose o bien al autor del delito, o bien a la conducta que realiza o al resultado producido. Sucede lo primero, por ejemplo, con las expresiones populares “traidor”, “asesino”, “ladrón”, “estafador” o “extorsionador”.

Ocurre, en cambio, lo segundo con las expresiones “lesiones” o “apropiación indebida”. Dahm extrae de esta distinción una importante consecuencia: mientras que en aquellos casos en que el lenguaje popular permite designar a un sujeto con un determinado nombre, la esencia del delito residirá en la “voluntad” del sujeto, y no en la realización de la conducta o la producción de un resultado. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del “ladrón”. Según Dahm, no es ladrón aquel que sustrae a otro una cosa mueble ajena con la intención de apropiársela antijurídicamente, sino solamente aquel que de acuerdo con su esencia es un ladrón. Cuando el lenguaje popular designa a un delito mediante una designación referida a la conducta o al resultado, algunas de estas designaciones son recogidas por el legislador penal a modo de título o rúbrica del correspondiente delito. Pues bien: en opinión de Dahm, el título o rúbrica de cada delito permitía describirlo sintéticamente por medio de palabras clave en aras de una interpretación sencilla y natural que se acercaba más a su esencia que la más completa de sus definiciones.

¿Significa lo anteriormente expuesto que el delito de homicidio y los antiguos delitos de parricidio y de infanticidio eran delitos *distintos* al delito de homicidio? La respuesta a esta pregunta debe ser *negativa*. Salta a la vista que la cuestión relativa a si un delito tiene o no sustantividad propia no puede decidirse acudiendo exclusivamente al criterio del *nomen iuris*. Señala con razón Boldova Pasamar que el indicador del *nomen iuris delicti* es, en realidad, una mera consecuencia de la propia evolución histórica del lenguaje, influenciada por razones de orden social o cultural, y de las particularidades lingüísticas del idioma que de aquella evolución se derivan. Pese a haber sido tradicionalmente reconocido en la doctrina como un indicio clave para afirmar la concurrencia de un “título de imputación distinto”, resulta evidente, sin embargo, que no es satisfactorio admitir que un tal indicador pueda tener, sin más, un reflejo jurídico en materias como, por ejemplo, la relativa a la participación en esa figura delictiva. Ello se debe a que se trata de un criterio de carácter meramente *formal*. Que el legislador haya tenido a bien denominar “asesinato” a la muerte de otro producida bajo determinadas circunstancias que contribuyen a agravarla no constituye más que un mero recurso de técnica legislativa que se limita a reflejar la asunción social de la idea de que el homicidio más grave recibe el nombre de “asesinato”.

Nombre del delito y título de imputación no son términos sinónimos. Admitirlo supondría, en realidad, una cierta petición de principio. No se trata de saber, así, si el hijo que mataba al padre cometía un delito de parricidio. Ello resultaba indiscutible. De lo que se trataba en realidad era de conocer si la ejecución de tal conducta implicaba un cambio de título de imputación para el partícipe *extraneus* interviniente en el hecho. De si el parricidio era una modalidad del título de imputación representado por el homicidio, o bien si constituía un título de imputación diferente. Y ello no podía derivarse, sin más, de la denominación empleada por el legislador para el correspondiente delito. Pero esta objeción, sin duda de suficiente entidad para desvirtuar la validez exclusiva del criterio del *nomen iuris*, no es, sin embargo, la única que puede formularse contra el mismo.

El criterio del *nomen iuris* puede entrar en contradicción, en primer lugar, con otros criterios indicadores propuestos por la doctrina, como, por ejemplo, el criterio sistemático.

Al indicador del *nomen iuris*, finalmente, no puede acudirse para explicar el carácter sui géneris de todos los delitos en relación con los que se plantea esta cuestión. En segundo lugar, el criterio objeto de análisis cuenta también con el límite de la existencia de una gran cantidad de delitos de la Parte

Especial del CP que carecen de *nomen iuris*, sin que ello represente, sin embargo, un obstáculo insalvable para la afirmación de su condición de “distinto”, o sin que ello signifique que esta no resulte, cuanto menos, discutible^[128].

3.2. Indicador de la consecuencia jurídica del delito como marco penal distinto o no dependiente de otro marco penal (indicador penológico)

Un segundo sector doctrinal sostiene que también puede reconocerse a un delito como distinto de otro por el modo en que viene expresada la consecuencia que el legislador ha previsto para el mismo. Esto es, por su *consecuencia jurídica*. Se defienden dos versiones distintas de este indicador de sustantividad *penológico*. De acuerdo con la primera versión, si la ley ha determinado el marco penal del tipo cuya sustantividad es objeto de discusión sin remisión al marco penal de otros tipos, ello significará que el tipo de injusto del delito en cuestión tiene sustantividad propia. En caso de remisión, el delito deberá ser considerado como un mero subtipo derivado del tipo o los tipos a los que se remite el legislador.

De acuerdo con el criterio penológico que nos ocupa, lo acabado de señalar debería constituir un indicio de que los delitos objeto de análisis no constituyen delitos especiales impropios distintos de los correspondientes delitos comunes paralelos, sino meros *subtipos agravados* de los correspondientes tipos cometidos por particular. Se ha apuntado *supra* que no es esta, sin embargo, la única versión del indicador penológico defendida por nuestra doctrina. Existe una segunda versión. Según esta segunda variante, un delito sería distinto a otro si su marco penal fuera *sustancialmente distinto*. Esto es, que exista una importante diferencia de pena. Si esta no fuera relevante, entonces se trataría de un simple tipo dependiente.

La primera versión del indicador penológico no puede ser admitida. Es un criterio propio de un formalismo decimonónico el de entender que la sustantividad o no sustantividad de un delito respecto de otro depende de si el legislador ha tenido a bien disponer para el delito de referencia un marco penal autónomo o dependiente de otro marco penal.

Que a la circunstancia de si un determinado tipo incorpora un marco penal “autónomo” o bien, por el contrario, uno “dependiente” del previsto para otro tipo no debe conferírsele demasiada importancia. La circunstancia

[128] *Ibidem*, p. 296 y ss.

señalada constituye, en realidad, una mera cuestión de técnica legislativa. Cuando la ley determina el marco penal de un tipo remitiéndose al de otro tipo, su finalidad no es la de declarar la existencia de una relación de dependencia material del primero respecto del segundo, sino que se está limitando a emplear un recurso de economía legislativa. Una cosa es el contenido de injusto de la conducta típica y otra la determinación de la pena que le corresponde. No cabe duda de que la cuestión relativa a si el marco penal de un tipo se remite o no a un segundo tipo no guarda relación con el primero de los dos aspectos mencionados, sino tan solo con el segundo.

Ciertamente, el contenido de injusto de un delito puede ser cualitativamente distinto e independiente del contenido de injusto de otro delito y remitirse, no obstante ello, al marco penal de este segundo a los meros efectos de la determinación de la pena exclusivamente por razones de economía legislativa.

Algún crédito más considero que debe merecer, en cambio, la segunda variante del indicador penológico. Esto es, aquella en cuya virtud un delito debería ser considerado distinto de otro cuando su pena fuera sustancialmente distinta. De acuerdo con el planteamiento aquí defendido, un delito será distinto a otro cuando su tipo de injusto sea *cualitativamente* distinto. No bastará, por tanto, con una diferencia meramente *cuantitativa*. Si un delito comparte el mismo tipo de injusto de otro delito, aunque cualificado o privilegiado, entonces se tratará de un subtipo (cualificado o privilegiado). En suma: tanto si se trata de un delito *distinto* como si consiste en un mero *subtipo*, entre el delito de referencia y el delito respecto del que se cuestiona su sustantividad existe una diferencia de injusto. En el caso del delito distinto, la diferencia es *cualitativa*; en el caso del subtipo, *cuantitativa*. Esto significa, a su vez, que esta diferencia entre injustos es *mayor* en el primer caso que en el segundo. Pues bien: esta mayor diferencia de injustos bien podría corresponderse también con una mayor diferencia de pena. Y esta mayor diferencia de pena difícilmente podría quedar completamente reflejada por medio de la mera agravación o atenuación de la pena prevista en otro tipo. Cuando el legislador recurre a esta última técnica lo hace para *graduar* o matizar el contenido de injusto de un tipo, no para cambiar de tipo de injusto. Esto es: para expresar una menor diferencia de pena. De todo lo anterior se concluye que la segunda versión del indicador penológico que ahora se considera advierte satisfactoriamente que la distinta clase de diferencia que se produce entre los tipos de injusto de los delitos distintos entre sí, por una parte, y los delitos básicos y los derivados de estos, por otra, también debe encontrar su reflejo en la pena.

3.3. Indicador de la ubicación sistemática en un capítulo distinto del CP (indicador sistemático)

El tercer indicador de sustantividad de un delito propuesto por un sector de la doctrina alemana y española guarda relación con la ubicación sistemática en el Código Penal del delito objeto de análisis. Según este criterio, si el tipo en cuestión y el tipo emparentado se encuentran ubicados en el mismo capítulo del código, entonces es probable que el primero constituya, en realidad, un mero tipo cualificado o privilegiado del segundo. Si, por el contrario, el primero se halla en un Capítulo distinto del código –aunque se encuentre en el mismo Título–, entonces estaremos ante dos delitos distintos el uno del otro.

Uno de los motivos por los que Seligmann consideró que los delitos previstos en el Capítulo XXVIII del RStGB (Código Penal del Imperio) alemán de 1871 del que formaban parte, por ejemplo, los delitos de coacciones en ejercicio de la función pública (§ 339), lesión corporal en ejercicio de la función pública (§ 340), allanamiento de morada en el ejercicio de la función pública (§ 342), favorecimiento en el ejercicio de la función pública (§ 346), liberación de presos (§ 347), apropiación indebida en el ejercicio de la función pública (§ 350 s.) y privación de libertad en ejercicio de la función pública (§ 431)– debían ser considerados delitos *sui generis* era precisamente la circunstancia de que no se encontraban ubicados inmediatamente después –en el mismo capítulo, por tanto– que sus correspondientes delitos comunes, sino en un capítulo distinto. Esta es la posición defendida por Seligmann de *lege lata*. De *lege ferenda*, este autor se opuso, en cambio, a la ubicación sistemática de los delitos impropios de funcionario en un capítulo propio separados de sus respectivos delitos comunes”.

El indicador sistemático de sustantividad acabado de exponer no se encuentra, sin embargo, exento de objeciones. Es conocido, en primer lugar, que una interpretación meramente sistemática de los tipos resulta, en la mayor parte de los casos, insuficiente para aprehender íntegramente su dimensión de sentido. Un correcto entendimiento del contenido normativo de muchos tipos requiere, ineludiblemente, el recurso a una interpretación que intente conocer la voluntad de la ley (interpretación teleológico-objetiva) o del legislador (interpretación teleológico-subjetiva). Es igualmente dominante en la doctrina, en segundo lugar, la idea de que las rúbricas de los distintos Títulos y Capítulos del Código Penal no siempre definen de modo correcto el bien jurídico protegido en los delitos que incorporan. Por ello no

es en absoluto pacífico que sea posible extraer importantes consecuencias sistemáticas de dicho argumento.

3.4. Indicador de la referencia a una determinada clase de autor (indicador criminológico)

Según el indicador criminológico, nos encontramos ante un delito distinto cuando deba considerarse que el sujeto activo del mismo se corresponda con una determinada clase de autor.

De acuerdo con una segunda versión del indicador del tipo de autor, bastará para afirmar la existencia de un delito “distinto” el dato de que el legislador exija expresamente en el tipo se refiera expresamente al autor como un determinado “tipo de autor”. En opinión de Boldova Pasamar, esta segunda versión del criterio objeto de análisis adolece de un formalismo que le priva de toda posibilidad de erigirse en un indicador válido de la presencia de un delito sui géneris. El acusado formalismo se debe, en opinión de Boldova, a que el único fundamento sobre el que el criterio descrito se sustenta es de orden meramente lingüístico, de escasa relevancia —siempre en opinión de este autor— en el plano jurídico.

A este indicador alude la doctrina española, por ejemplo, en el marco de la discusión sobre la sustantividad del delito de asesinato respecto del homicidio. Así, apuntan algunos autores como un posible argumento a favor de la referida sustantividad la supuesta existencia de un tipo criminológico de asesino frente a la inexistencia de un tal tipo de homicida. El razonamiento sería el siguiente: en pura hipótesis, el legislador podría tipificar los supuestos de homicidio especialmente graves de dos formas diferentes. La primera forma consistiría en tipificar el delito de homicidio y aplicar las circunstancias genéricas agravantes que correspondan. La segunda fórmula tendría como objeto la tipificación del homicidio agravado en un tipo aparte, con una pena distinta (superior) a la que resultaría de la hipotética aplicación de las circunstancias genéricas al homicidio común. Esta segunda técnica legislativa es la que habría tenido a bien seguir el legislador penal español de 1995. Pues bien: según el indicador criminológico que nos ocupa, este segundo tipo de asesinato, separado del tipo de homicidio, representaría un tipo distinto, con sustantividad propia, con una pena distinta —más elevada— no solo a la pena del homicidio, sino incluso a la que resultaría del juego normal de las circunstancias genéricas agravantes. La extraordinaria pena del asesinato no obedecería a una mayor gravedad del hecho, esto es,

a un mayor desvalor de la acción o del resultado, sino, antes bien, a la mayor peligrosidad del autor observada a la luz de las estadísticas criminológicas.

El indicador del tipo de autor criminológico merece una valoración completamente negativa. El indicador criminológico de sustantividad de los tipos penales debe ser, por tanto, rechazado. Las razones que explican este rechazo son las siguientes: 1) el indicador de los tipos criminológicos de autor prácticamente no encuentra fundamento en ninguno de sus presuntos antecedentes históricos; 2) la criminología no puede incidir en la Dogmática jurídico-penal hasta el punto de contribuir a la determinación de cuándo un delito es “distinto” a otro; y 3) los únicos antecedentes históricos mínimamente sólidos de la doctrina del indicador del tipo criminológico de autor se encuentran en una concepción del Derecho Penal que debe ser completamente rechazada desde la perspectiva de un Estado Social y Democrático de Derecho: la concepción correspondiente a las teorías de los tipos de autor defendidas por la doctrina alemana durante el régimen nacionalsocialista.

La conexión existente entre la doctrina del indicador criminológico y las direcciones doctrinales acabadas de referir descansa en la idea común –a estas y a aquel– de que el Derecho Penal debe tener en consideración la personalidad del delincuente. La existencia de este fundamento común no significa, sin embargo, que la conexión existente entre cada una de estas direcciones y la doctrina del indicador criminológico sea en todos los casos igual de directa. La doctrina del indicador criminológico no se contenta, en efecto, con que el Derecho Penal tenga en cuenta la personalidad del delincuente, sino que exige la concurrencia, además, de dos requisitos adicionales: los datos relativos a la personalidad del delincuente que debe tener en consideración el Derecho Penal deben resultar de la criminología, revelándolo como un tipo criminológico de autor; y el estudio del autor del delito debe incidir en el Derecho Penal de un modo muy concreto: debe representar un aspecto determinante para la interpretación del Derecho positivo en orden a decidir si un delito tiene sustantividad propia con respecto a otro.

De entre todas las teorías de los tipos de autor que constituyen el elenco de posibles antecedentes históricos del indicador de los tipos criminológicos de autor, las concepciones de von Liszt y dos de sus discípulos, Tesar y Kollmann, son, en lo que alcanzo a ver, las únicas que cumplen con el primer requisito antes referido: que los datos relativos a la personalidad del delincuente que debe tener en consideración el Derecho Penal deben resultar de la criminología. Las teorías criminológicas de los tipos de autor nada dicen, sin embargo, sobre si la sustantividad propia de un delito depende o

no de la pertenencia del sujeto activo a una determinada clase criminológica de autores. Y por lo que respecta a este segundo requisito, las únicas teorías que en alguna ocasión han hecho referencia al mismo son concepciones que incluso rechazan su condición de teorías empírico-criminológicas (y que, por ello, se muestran incapaces de satisfacer el primer requisito): las teorías normativas de los tipos de autor de Wolf, Schaffstein, Gallas, Mayer, Mezger y Dahm.

La doctrina del indicador criminológico del tipo de autor participa de una triple naturaleza normativa, criminológica y político-criminal. Es de naturaleza normativa porque se trata de una doctrina perteneciente a la Teoría general del delito, esto es, de un instrumento de la dogmática jurídico-penal, cuyo objetivo consiste en discernir cuándo un determinado tipo tenía sustantividad propia con respecto a otro. Tiene, en segundo lugar, naturaleza criminológica porque, según esta doctrina, la realización del tipo penal con sustantividad propia presuponía la concurrencia de un tipo criminológico de autor. La doctrina del indicador criminológico participa, por último, de naturaleza político-criminal porque permitía explicar la tipificación de un delito en un tipo separado con una pena propia como una medida político-criminal consistente en intentar evitar la delincuencia proveniente de sujetos especialmente peligrosos. Estas tres perspectivas, la normativa, la criminológica y la político-criminal, se dan cita en la doctrina del indicador del tipo de autor describiendo una relación interactiva entre la dogmática jurídico-penal, la criminología y la política criminal, arrojando como resultado un producto de lo que podría considerarse una Ciencia del Derecho Penal total. La doctrina del indicador criminológico del tipo de autor de la sustantividad de los tipos penales parte, en efecto, de una concepción de la Ciencia del Derecho Penal total integrada por la dogmática jurídico-penal, la criminología y la política criminal como disciplinas interrelacionadas entre sí y puestas al servicio de la lucha contra la delincuencia en aras de la protección de la sociedad. De un tal entendimiento de la Ciencia del Derecho Penal partió, por ejemplo, la concepción más estrechamente conectada a la doctrina del indicador criminológico: la teoría del tipo criminológico de autor. Según esta concepción, la dogmática jurídico-penal, el Derecho Penal y la política criminal se encontrarían en una relación de interacción a tres bandas. En primer lugar, la Ciencia del Derecho Penal se presentaría como una disciplina vinculada a la política criminal, por una parte, y a la criminología, por otra. Y la vinculación de la dogmática jurídico-penal a la criminología consistiría, en segundo lugar, en una vinculación de naturaleza indirecta, ya que se apoyaría, en realidad, en una concepción de la política criminal de base

criminológica, esto es, sobre la base de una política criminal vinculada, a su vez, a la criminología.

Según este planteamiento, la interpretación del derecho positivo debería tener presente que el fundamento de la sanción penal vendría representado, en casi todos los tipos, por la peligrosidad del delincuente. La idea de que la pena constituye un instrumento idóneo para el tratamiento de la peligrosidad del delincuente es, en suma, una idea de naturaleza político-criminal. Pero la decisión político-criminal que sirve de base a la presunción típica de peligrosidad del delincuente debería apoyarse, en segundo lugar, en el conocimiento de la realidad fenomenológica. Este conocimiento lo proporcionaría la teoría de la formación de tipos de autor de la criminología.

La doctrina del indicador criminológico del tipo de autor presupone una concepción de la política criminal como disciplina vinculada a la criminología. La decisión política de prohibir una conducta en atención a la peligrosidad de su autor presupondría, en suma, la posibilidad de describirlo empíricamente como un sujeto especialmente peligroso, esto es, como un tipo criminológico de autor.

En la medida en que la dogmática jurídico-penal es entendida por la doctrina del indicador criminológico y la teoría del tipo criminológico de autor como una ciencia total, estas dos concepciones participan, en realidad, de una parte importante del ideario de la dirección preventivo-especial de la Escuela moderna de von Liszt. La existencia de este denominador común explica, por ejemplo, que desde las respectivas perspectivas de la doctrina del indicador criminológico, la teoría del tipo criminológico de autor y la dirección preventivo-especial de von Liszt careciese de sentido hablar de una política criminal desvinculada de la criminología. No obstante este punto de partida común, esto es, la existencia de una ciencia penal total, el modo en que la doctrina del indicador criminológico y la teoría del tipo criminológico de autor configuran las conexiones internas entre las distintas disciplinas es, sin embargo, diferente en cada caso. Ello se evidencia, en primer lugar, con la relación entre dogmática jurídico-penal o Ciencia del Derecho Penal en sentido estricto y criminología, por una parte, y, en segundo lugar, con la relación entre criminología y la política criminal, por otra. La doctrina del indicador criminológico del tipo de autor asume, al igual que la teoría de los tipos criminológicos de autor, que la interpretación de los tipos penales debía tener en cuenta los principios político-criminales que se encuentran en su base, y que estos últimos principios deben ser establecidos a partir de los resultados arrojados por la criminología.

Esta concepción de la dogmática jurídico-penal abierta a la política criminal se enfrenta, sin embargo, a la concepción de la dogmática jurídico-penal separada de la Política criminal defendida por von Liszt.

Por ello, en atención a las consideraciones que acaban de ser expuestas, la valoración crítica del indicador de sustantividad que ahora nos ocupa obliga a resolver, al menos, las tres siguientes cuestiones: a) ¿Puede influir la política criminal en la dogmática jurídico-penal?; b) ¿Debe tener la política criminal base criminológica?; y c) ¿Puede influir la criminología en la interpretación de los tipos? La respuesta a la primera pregunta presupone conocer cuál es la relación existente entre política criminal y dogmática jurídico-penal. La respuesta a la segunda, la relación entre Política criminal y la criminología. Y la tercera y última cuestión solo puede ser contestada de un modo enteramente satisfactorio analizando si la dogmática jurídico-penal y la criminología constituyen dos disciplinas que deben ser puestas en relación. Un análisis conjunto de las cuestiones planteadas pone de manifiesto que la relación en que se encuentran la Dogmática del Derecho Penal, la política criminal y la criminología impide entender los resultados del estudio del delito como realidad criminológica como conceptos vinculantes para el juez en la interpretación del derecho positivo.

3.5. Lesión o puesta en peligro de un bien jurídico distinto (indicador teleológico)

Gran parte de los autores que defienden en Alemania la teoría de los delitos "sui generis" consideran que uno de los principales indicadores para determinar la presencia de un delito distinto viene representado por la constatación de que el tipo de injusto del delito que se analiza es distinto respecto del delito al que se encuentra emparentado. Según este criterio, lo que convierte en "distinto" a un delito, lo que le dota de sustantividad propia respecto de otros delitos es, precisamente, la "especialidad" de su tipo de injusto, del objeto de la prohibición penal. De entre los representantes de este punto de vista, la mayor parte de ellos han creído ver la especialidad del injusto al que ahora me refiero en la existencia de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico distinto al protegido en el delito respecto del que guarda relación.

No cabe duda de que resulta positivo acudir para la determinación de la concurrencia de un delito sui generis a un criterio que, como es el caso del que nos ocupa, impone la realización de una interpretación teleológica del tipo. Exige plantearse la cuestión, en suma, de qué es aquello que ha pretendido

proteger el legislador. La respuesta a esta pregunta es necesaria para conocer, a su vez, cómo ha querido materializar la ley esa protección, y por qué se ha elegido ese mecanismo.

El indicador del bien jurídico distinto acierta, en suma, en el diagnóstico de que es de todo punto necesario aprehender la voluntad de la ley (saber qué quiere proteger) para conocer los efectos que esta pretende provocar en materia de error y participación. Este criterio tampoco está exento, sin embargo, de objeciones. Debe señalarse, en primer lugar, que la mera constatación de que es necesario preguntarse si un determinado delito constituye la lesión o puesta en peligro del mismo bien jurídico o de un bien jurídico distinto representa un indicador que tan solo resulta de utilidad en los casos más sencillos. Esto es, en los supuestos en que no resulta complicado comprobar que los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro por los delitos en juego son distintos.

No ofrece lugar a dudas, por ejemplo, que el delito de hurto debe ser reconocido como un delito distinto al delito de homicidio. No es difícil advertir que el hurto representa la lesión de un bien jurídico (propiedad) distinto al protegido en el homicidio (vida humana independiente). Pero lo cierto es, en cambio, que la determinación del bien jurídico protegido no siempre resulta tan sencilla. Es más: en la práctica totalidad de los delitos en relación con los que se discute si constituyen o no delitos distintos se da la circunstancia de que la determinación del/de los bien/es jurídico/s protegido/s resulta especialmente difícil. Clara muestra de ello son los delitos de funcionario antes referidos.

Algunos de los autores alemanes que conforman el sector doctrinal partidario del indicador del bien jurídico muestran sus dudas, sobre si este debe ser considerado el único criterio para la determinación de la presencia de un delito sui generis. Si ello fuera así, el indicador que nos ocupa no solo sería completamente inútil en relación con los supuestos límite –que, como ya se ha señalado, son, en realidad, la mayoría de los que aquí interesan–, o en aquellos en que el bien jurídico protegido sea el mismo, sino que incluso conduciría irremediablemente en estos supuestos a la imposibilidad de conocer con certeza si nos encontramos o no ante un delito distinto. Debe señalarse, por último, que ninguno de los autores que integran el sector doctrinal defensor del criterio del bien jurídico distinto proponen criterio alguno para determinar cuál es el bien jurídico protegido en cada tipo. Se trata, por tanto, de comprender su sentido interpretándolo teleológicamente y atendiendo a los postulados de la teoría general del delito. Más

concretamente, a los de la teoría general del injusto y la teoría general de la formas de intervención en el delito.

4. LA PROBLEMÁTICA RELATIVA A LA PARTICIPACIÓN DE EXTRAÑOS EN DELITOS ESPECIALES

Al respecto, cabe señalar que un primer sector de la doctrina y la jurisprudencia españolas considera que en los supuestos de participación de sujetos no cualificados en delitos especiales impropios, el sujeto cualificado y el no cualificado deben responder por sus respectivos títulos de imputación, rompiéndose, de este modo, la llamada unidad del título de imputación. Se trata de las **“teorías individualizadoras”**^[129] sobre los delitos especiales.

Frente a este sector doctrinal, un segundo grupo de autores y resoluciones judiciales vienen entendiendo, en cambio, que también en los supuestos referidos, todos los intervinientes en el hecho, es decir, tanto los *“intranei”* como los *“extranei”*, deben responder por el mismo título de imputación: el delito cometido por el autor cualificado. Estos autores defienden las llamadas **“teorías unitarias”**^[130] sobre los delitos especiales.

Entre las concepciones diferenciadoras y las unitarias, un tercer grupo de autores y resoluciones judiciales defienden la conveniencia de resolver el problema de la autoría y la participación en delitos especiales impropios mediante una solución mixta que combine los aspectos más satisfactorios de unas y otras soluciones.

En el presente punto serán expuestas y valoradas críticamente las principales teorías individualizadoras (II), unitarias (III) y mixtas individualizadoras-unitarias (IV) sobre los delitos especiales defendidas por la doctrina.

4.1. Las teorías individualizadoras

Una primera línea doctrinal, los elementos que limitaban la autoría de los delitos especiales impropios debían ser contemplados como circunstancias

[129] El adjetivo “individualizadoras” es empleado en relación a las concepciones que ahora nos ocupan, y en idéntico sentido, por BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. Ob. cit., p. 242 y ss.

[130] Se refiere a las “teorías de la unidad” en idéntico sentido al expresado en el texto BOLDOVA PASAMAR, Miguel. Ob. cit. p. 269 y ss.

o elementos de naturaleza personal que solo podían ser imputados a aquellos sujetos en quienes concurrían personalmente. Según esta línea de pensamiento, aunque en el delito especial impropio participase un sujeto no cualificado y dicho sujeto conociese la concurrencia del elemento personal en el autor del delito, aquel elemento personal no podía ser imputado al *extraneus*, sino solo al *intraneus*.

Así, por ejemplo, si A intervenía en la muerte de C por B, hijo de C, A no debía ser castigado –según el razonamiento que ahora se expone– como partícipe en un parricidio, sino como partícipe en un homicidio, ya que la relación particular de parentesco de B con el “ofendido” C constituía una circunstancia o elemento agravante personal no comunicable al partícipe en quien no concurra. Es decir: el autor del delito especial, el *intraneus*, respondía como autor del delito especial, mientras que el partícipe *extraneus* debía ser castigado como partícipe del delito común paralelo.

En el caso inverso, es decir, aquel en el que B, el hijo de C, inducía a A, que no era familiar de C, a matar a este último, la solución legalista que ahora se expone conducía a castigar a B como inductor a un parricidio y a A, en cambio, como autor de un homicidio. Es decir: el inductor *intraneus* respondía como inductor al delito especial, mientras que el autor *extraneus* lo hacía como autor de un homicidio. Según esta línea doctrinal y jurisprudencial, en suma, el *intraneus* y el *extraneus* deben responder cada uno por su “título de imputación”: el primero por el delito especial; el segundo, por el común.

Otra línea de fundamentación es la dada por Cobo del Rosal y Vives Antón, para quienes se debe distinguir entre dos clases de delitos especiales: los delitos especiales en sentido estricto y los delitos especiales en sentido amplio o impropio.

Los delitos especiales en sentido estricto son, para Cobo y Vives, aquellos delitos que requieren para la realización de su injusto la concurrencia en el autor de una determinada cualidad personal. En los delitos especiales en sentido amplio o impropios, en cambio, la condición especial del sujeto no fundamenta un tipo de injusto distinto, sino una punición distinta dentro del mismo tipo de injusto, sin modificar, por tanto, la esencia del mismo. Por ello, Cobo y Vives son de la opinión de que en los delitos especiales propios, el elemento cualificante del autor expresa un mayor contenido de injusto de su conducta, mientras que en los delitos especiales en sentido amplio, en cambio, el referido elemento limitador de la autoría expresa una

especial reprochabilidad, *culpabilidad* del autor, siendo el contenido de injusto el mismo que el del delito común paralelo.

De este modo, puesto que, de acuerdo con la versión limitada del principio de accesoriedad, dominante en la doctrina y la jurisprudencia españolas, cada interviniente en el hecho debe responder por su propia *culpabilidad*, al *extraneus* que participa en un delito especial impropio no se le podrá hacer responder por el delito especial, esto es, por el elemento de la culpabilidad del autor del hecho principal^[131].

Por otro lado, están las opiniones de Cobo Del Rosal y Rodríguez Mourullo. Estos tres autores entendieron que en los casos de participación de *extranei* en un parricidio, las insatisfactorias consecuencias prácticas a que conducía la solución unitaria imponían, de hecho, la resolución del problema mediante la aplicación de la tesis diferenciadora. En efecto, puesto que –siempre para Cobo Del Rosal y Rodríguez Mourullo– la relación de parentesco no concurría en el *extraneus*, y, debido a ello, este no podía infringir la prohibición de “matar a un pariente” que servía de base al parricidio, lo más justo desde un punto de vista material resultaba –concluían estos autores– romper el título de imputación y hacer responder al sujeto no cualificado por la relación de parentesco como partícipe en un homicidio. Desde esta perspectiva, la solución contraria, esto es, castigarle como partícipe en un parricidio, representaba, por el contrario, la aplicación analógica *in malam partem* del tipo del parricidio al *extraneus*.

Según Rodríguez Mourullo, cuando se plantea en los casos de participación en los delitos especiales impropios la posibilidad de romper la unidad del título de imputación, es necesario distinguir entre dos conceptos: “unidad del título de imputación” y *unidad del hecho*. En los supuestos de participación de un *extraneus* en que un delito de parricidio, si se hace responder al sujeto no cualificado como partícipe en un delito de homicidio, con ello se está rompiendo, ciertamente, la unidad del título de imputación. Sin embargo, ello no significa que se rompa también la unidad del *hecho* consistente en que un hombre mata a otro, esto es, del homicidio como hecho, que es, en realidad, en lo que participa el *extraneus*^[132].

[131] COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Derecho Penal*, PG. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1987, pp. 244 y ss. Esta solución es defendida también por COBO DEL ROSAL y CARBONELL MATEU. *Derecho Penal*, PE, 2ª ed., Valencia, 1988, p. 503 y ss. (parricidio) y 511 (infanticidio); 3ª ed., Valencia 1990, p. 526 y ss. (parricidio) y p. 534 (infanticidio).

[132] Comparte esta opinión BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal...* Ob. cit., pp. 38 y 43.

Por otro lado, para Peñaranda, no es correcto afirmar que en los supuestos de participación de *extranei* en delitos especiales impropios no cabe castigar a cada interviniente por un título de imputación distinto porque ello se opone al principio de la accesoriedad de la participación. Según Peñaranda, el principio de accesoriedad no constituye un dogma incuestionable, sino que consiste –en opinión de Peñaranda, que sigue en este extremo a Herzberg– en un recurso técnico dirigido a garantizar una aplicación recta y calculable del derecho. Este recurso se encuentra a disposición del legislador, que puede usarlo o no. En este último caso, Peñaranda recuerda que el legislador está, entonces, obligado a procurar obtener por otras vías un grado similar de seguridad jurídica. En cualquier caso, cuando el legislador renuncie al principio de accesoriedad, debe hacerlo de forma clara y expresa. En suma: el principio de accesoriedad de la participación no es, para Peñaranda, un principio al cual no pueda renunciar el legislador, pero cuando lo haga, debe hacerlo de forma clara y expresa^[133].

En segundo lugar, Peñaranda recuerda que cuando se alude al principio de accesoriedad de la participación pretende hacerse referencia a dos aspectos diferentes, uno positivo y otro negativo. El aspecto positivo consiste, según Peñaranda, en el fundamento de la participación como favorecimiento del injusto principal del autor. El aspecto negativo de la accesoriedad del partícipe se refiere, a juicio de Peñaranda, a los elementos o circunstancias del hecho principal que no deben ser comunicados al partícipe *extraneus*^[134].

A partir de esta doble premisa, Peñaranda propone solucionar los supuestos de participación de *extranei* en los antiguos delitos de parricidio e infanticidio de un modo “diferenciador”, esto es, haciendo responder al *extraneus* por el delito común y al *intraneus* por el delito común.

Si se entendía, como lo hacía Peñaranda, que las razones que fundamentan la limitación de la autoría en los delitos de parricidio e infanticidio constituyen razones de naturaleza altamente personal, no existía inconveniente alguno para castigar al partícipe extraño en un parricidio o en un infanticidio como partícipe en un homicidio. En ambos casos, el partícipe responde,

[133] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p. 355.

[134] Ídem.

según Peñaranda, por un hecho típico que ha sido completamente realizado por el autor: el homicidio^[135].

Sin embargo, el aspecto negativo del principio de accesoriedad, esto es, aquel que impide una extensión incontrolada de la punibilidad de los partícipes, no permitía castigar, en opinión de Peñaranda, por ejemplo, al “*intra-neus*” de parricidio que inducía a un *extraneus* a cometer un homicidio como inductor a un parricidio, sino que debía responder como inductor a un delito común^[136]. En cambio, esto último sí ocurría en relación con el infanticidio.

4.2. Las teorías unitarias

Según un segundo sector doctrinal, en los supuestos de participación de un *extraneus* en un delito especial impropio, el sujeto no cualificado debía responder, en virtud del principio de unidad del título de imputación o calificación jurídica, como partícipe en el delito especial, y no en el delito común paralelo. Han defendido esta solución unitaria en relación con los antiguos delitos especiales de parricidio e infanticidio, y, en algunos casos, también en relación con otros delitos especiales impropios, como, por ejemplo, los delitos de falsificación de documento público cometido por funcionario público y malversación de caudales públicos, Rodríguez Devesa^[137], Rodríguez Devesa y Serrano Gómez^[138], Quintano Ripollés^[139], *Quintero Olivares*^[140], Bustos Ramírez / Hormazábal Malarée^[141], Córdoba Roda,^[142] Mir Puig,^[143] Muñoz Conde / García Arán^[144] y Conde-pumpido ferreiro,^[145] entre otros.

[135] Idem.

[136] Idem.

[137] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español*, PE. 10ª ed. Ob. cit., p. 56. y 61.

[138] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español*, PE. 14ª edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1993, pp. 56 y 61.

[139] Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*. Tomo, 2ª ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 174 y ss.

[140] Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Español*, Editorial CYMYS, Barcelona, 1974, p. 45 y ss.

[141] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Tomo II, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 300.

[142] Cfr. CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL y CASABÓ RUIZ, José. *Comentarios al Código Penal*. Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 1972, p. 251 y ss.

[143] Cfr. MIR PUIG, Santiago. Ob. cit. p. 427 y ss.

[144] Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*, PG. 5ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 466.

[145] Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO. *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*. 1997, p. 924.

Dos fueron los principales reproches que los representantes de la solución unitaria formularon contra las soluciones diferenciadoras –y, al mismo tiempo, los fundamentos sobre los que se apoyaron la mayor parte de las argumentaciones articuladas por estos– 1) la solución diferenciadora vulneraba los principios de unidad del título de imputación y accesoriadad de la participación; y 2) los delitos especiales impropios no son meros subtipos de los delitos comunes paralelos, sino delitos “distintos”, sui géneris respecto de estos.

En primer lugar, el sector representante de la solución unitaria defendió esta solución a partir de la idea de que castigar al sujeto cualificado y al sujeto no cualificado por delitos diferentes supondría romper dos de los principios fundamentales de la participación en nuestro derecho: el principio de unidad del título de imputación y el principio de accesoriadad de la participación. Según el primero, no sería correcto castigar al *extraneus* que participa en un delito especial impropio por el delito común paralelo, porque el único delito cometido a título de autor, esto es, el único delito entendido como hecho principal de autor, es el delito especial^[146].

En cuanto al segundo principio, el principio de la accesoriadad de la participación en el hecho principal del autor, suele ser concebido como el principio del que procede el primer principio, el de la unidad del título de imputación. Ello se debe a que, de acuerdo con el entender de este sector doctrinal, el principio de la accesoriadad de la participación presenta a la conducta del partícipe como un comportamiento que, en sí mismo considerado, carecería de todo significado si no fuera por el hecho principal del autor al que “accede”. Por ello, la relevancia jurídica de la acción del partícipe debe ajustarse completamente –según los autores cuya concepción ahora se expone– al hecho principal del partícipe, ya que todo el sentido de la participación procede, precisamente, del sentido del hecho del autor en el que participa^[147].

[146] Cfr. MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., 15/45. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*, PG. Ob. cit., p. 466.

[147] Ídem.

En segundo lugar, los partidarios de la teoría de la unidad recriminaron a los defensores de la solución diferenciadora que en los supuestos de participación de *extranei* en delitos especiales impropios la solución diferenciadora conduce a castigar a los *extranei* por un delito (el común paralelo) que nadie ha cometido como autor, puesto que el autor principal, esto es, el *intraneus*, solo ha cometido un delito especial. En la base de esta idea está presente la tesis de que los delitos especiales impropios no constituyen meras variaciones o modificaciones típicas de los delitos comunes paralelos, sino que gozan, frente a estos, de autonomía, o, mejor, de entidad o sustantividad propia. En definitiva: que no se trata del mismo delito común agravado o atenuado, sino de un delito “distinto” o sui géneris.

En mi opinión, una de las aportaciones más sugerentes de la doctrina española a la teoría unitaria sobre los delitos especiales viene representada por un reciente trabajo de Rueda Martín sobre la participación de *extranei* en delitos contra la Administración Pública^[148].

Desde mi punto de vista, la contribución de Rueda al debate de la cuestión planteada es especialmente significativa porque constituye una de los escasos trabajos publicados en nuestro país –a diferencia de lo que ocurre en Alemania– que afronta la problemática de la participación de *extranei* en delitos especiales a partir del análisis de la naturaleza jurídica de los elementos que limitan la autoría en esta clase de delitos.

Siguiendo a su maestro Gracia Martín, Rueda afirma que cabe distinguir entre dos clases de delitos especiales: delitos con especiales elementos de autoría basados en cualidades personales inseparables de un sujeto determinado que, debido a su carácter altamente personal, son irremplazables; y delitos especiales en los que el elemento de autoría introducido en el tipo describe una función social o institucional del sujeto cualificado^[149].

[148] Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”. En: RDPC 2001 (8), p. 159 y ss.

[149] Cfr. GRACIA MARTÍN, Luis. *El actuar en nombre de otro en Derecho Penal. I. Teoría General*. Zaragoza, 1985, p. 403 y ss.; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Ob. cit, p. 139 y ss.

En estos segundos delitos, el elemento limitador de la autoría pone de manifiesto que ciertas clases de sujeto ostentan, frente al resto, una especial posición de dominio del ámbito de protección de la norma. Gracia Martín denomina a esta posición "dominio social". En su opinión, esta relación de dominio social existente entre los sujetos que desarrollan determinadas funciones sociales y los bienes jurídicos implicados en el ejercicio de dichas funciones se concreta mediante una serie de criterios normativos. Los principales son, en su opinión, dos: el dominio social como accesibilidad al bien jurídico; y la implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un *status* personal.

Según el primer criterio, el dominio social como accesibilidad al bien jurídico, los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra la Administración Pública no se encuentran en un espacio social accesible a todos, sino que desempeñan una concreta y específica función social dentro de unas estructuras sociales o institucionales *cerradas*. A estas estructuras no tienen acceso legítimo todos los individuos. Según el segundo, la implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un *status* personal, el ejercicio de la función pública desde las estructuras sociales o institucionales antes referidas implica siempre la afectación de bienes jurídicos. Si el ejercicio de la función pública se realiza correctamente, entonces el bien jurídico cumplirá la función social que tiene encomendada. Si, en cambio, el ejercicio de la función social se realiza de forma desviada, entonces resultarán frustradas las expectativas que la sociedad tiene depositadas en la función del bien jurídico. Se producirá, en suma, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

El bien jurídico protegido puede encontrarse implicado en la función social desempeñada por el sujeto de dos formas diferentes: de forma *esencial* o de forma *ocasional*. Se produce una implicación esencial cuando el bien jurídico forma parte de la esencia misma de la función pública desempeñada por el sujeto. En estos casos, la cualidad específica de la acción típica es esencial al ejercicio de la función.

Ello sucede, por ejemplo, en los delitos de nombramientos ilegales y malversación de caudales públicos. En todos estos delitos, solo los sujetos con competencias específicas para "dictar resoluciones en expedientes administrativos", "tener a su cargo caudales públicos" o "realizar nombramientos", respectivamente, pueden lesionar el bien jurídico. Esto es: el acceso al bien jurídico protegido, o, dicho de otro modo, la disponibilidad de su lesión o puesta en peligro, solo está al alcance de determinados sujetos con

competencias específicas. Se trata de sujetos que *dominan socialmente* el bien jurídico.

La implicación del bien jurídico será, en cambio, meramente ocasional cuando el bien jurídico quede implicado por el conjunto de *posibilidades de acción* que la competencia para el ejercicio de esa función otorga al sujeto, pero no forma parte del contenido *específico* del ejercicio de una función social o institucional. El ingreso del bien jurídico en el ámbito del dominio social que el funcionario público ejerce sobre sus competencias dentro de la actividad que le es inherente se produce, por tanto, de modo meramente ocasional.

En suma: según Rueda, el criterio del dominio social sirve para averiguar las posibilidades que tiene un sujeto de realizar la acción típica. Quien ostenta el dominio social tiene un mayor acceso al bien jurídico, porque para él resulta más fácil lesionarlo o ponerlo en peligro. Los sujetos que ejercen el dominio social asumen una posición de garante del bien jurídico protegido, porque tienen el deber de garantizar su protección, un deber de acción consistente en asegurar la consecución de una situación ideal en que debe encontrarse el bien jurídico. De todo ello se deduce la estrecha relación existente entre el funcionario público o autoridad que ostenta el dominio social en el que se desarrolla la función pública, el bien jurídico y la acción típica en estos delitos. Por todo ello, Rueda Martín está de acuerdo con su maestro Gracia Martín en que a través del criterio del “dominio social” se determina el ámbito de protección de la norma de los delitos especiales.

A partir de estas premisas, Rueda Martín llega a la conclusión de que, tanto en los delitos contra la Administración Pública propios como en los impropios, el *extraneus* partícipe debe responder por el delito especial cometido por el *intraneus*. Varios son los argumentos, según Rueda Martín, que abonan esta solución.

En primer lugar, Rueda Martín señala que, en su opinión, el tipo de injusto de los delitos contra la Administración Pública no puede fundamentarse en la infracción de un deber, sino en el dominio social típico que ostenta el funcionario público, en el que se encuentran implicados, esencial u ocasionalmente, determinados bienes jurídicos para el cumplimiento de unas funciones sociales. Si el “dominio social típico” es el fundamento del injusto de los delitos impropios de funcionario, entonces el actual artículo 65 del CP no resulta ni directa ni analógicamente aplicable a estos delitos. No resulta directamente aplicable porque el elemento “funcionario público” no constituye en

estos delitos una mera circunstancia agravante o atenuante, sino un elemento esencial del tipo. Tampoco analógicamente resulta aplicable el artículo 65 del CP (español), según el parecer de Rueda, a los casos que nos ocupan. Pese a que *prima facie* podría parecer que entre el elemento “funcionario público” de los delitos impropios de funcionario y la circunstancia agravante “prevalerse del carácter público que tenga el culpable” (art. 22.7 del CP) existe una analogía razonable, lo cierto es, sin embargo, que tal analogía, en opinión de Rueda, en realidad no existe.

Según esta autora, mientras que el elemento “funcionario público” de los delitos contra la Administración Pública describe una relación de dominio social entre el autor, la acción típica y el bien jurídico protegido consistente en que el autor realiza la conducta típica en el marco de sus competencias específicas dentro de la función pública que desarrolla, la circunstancia agravante de “prevalerse del carácter público que tenga el culpable” consiste, según Rueda Martín, en que “el sujeto se aprovecha de la cualidad de funcionario público, pero no dentro de la actividad que le es inherente y con respecto a cuyo ejercicio se protege un bien jurídico de un modo específico frente al funcionario”.

El segundo motivo por el que Rueda Martín es de la opinión de que el *extraneus* que participa en un delito de funcionario debe responder como partícipe en el delito especial, y no en el común paralelo, tiene su base en el hecho de que el referido partícipe *extraneus* conoce que al funcionario público o a la autoridad le resulta más accesible el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura social.

Por todo ello, Rueda Martín comparte la opinión de un sector de la doctrina alemana (Jakobs) y española (Sánchez-Vera) de que es cuando menos cuestionable que se diferencie el tratamiento de la participación delictiva en los delitos especiales propios e impropios. En los delitos especiales propios de funcionario, es evidente que el *extraneus* debe responder por el delito especial, ya que la única alternativa frente a esta, la impunidad, resulta inadmisible. Los delitos propios de funcionario se caracterizan por que el bien jurídico protegido solo existe en el marco de una determinada estructura social cerrada dominada por una serie de sujetos muy definidos: los funcionarios públicos.

En los delitos especiales impropios, en cambio, el bien jurídico es, en principio, accesible a todos. Pero cuando entra en una determinada estructura social dominada por una determinada clase de sujetos, entonces el ataque al

bien jurídico se considera más grave, porque el bien jurídico se encontraba *ex ante* expuesto a un riesgo de superior entidad. De este modo, cuando un *extraneus* participa en un delito especial impropio, está participando en un hecho más grave que su delito común paralelo. Es por ello que el *extraneus* participe en un delito especial impropio no debe responder con base en el delito común, sino en el delito especial.

4.3. Las teorías mixtas

Un sector de la jurisprudencia española considera que la cuestión relativa a la problemática que plantean los supuestos de participación de *extranei* en delitos especiales impropios debe resolverse a partir de los principios de unidad del título de imputación y accesoriedad de la participación. Según esta línea jurisprudencial, el partícipe *extraneus* debe responder como partícipe en el único delito cometido por el autor: el delito especial. Sin embargo, puesto que, desde el punto de vista del principio de justicia material, no sería justo castigar al *extraneus* con la misma pena que al *intraneus*. Por ello, el sector de la jurisprudencia que ahora nos ocupa entiende que es preciso articular algún mecanismo que permita atenuar la pena del *extraneus*.

En mi opinión, los más significativos exponentes de la tesis mixta individualizadora-unitaria en España están constituidos, en la doctrina, por la concepción defendida por Gimbernat Ordeig.

En relación con el antiguo delito de parricidio, Gimbernat Ordeig consideraba que el recurso de la doctrina y la jurisprudencia al artículo 60 del CP español de 1944 para la resolución de los casos de participación de *extranei* en delitos especiales impropios, solo resultaba explicable de un modo: la solución a que conducía, esto es, la ruptura de la unidad del título de imputación y el consiguiente castigo del *extraneus* por el delito común paralelo era, en opinión de aquel sector doctrinal y jurisprudencial, la solución más adecuada en términos de *justicia material*. En el aparente conflicto que en los delitos especiales impropios existía entre la técnica y la justicia material, el mencionado sector doctrinal y jurisprudencial mayoritario parecía decantarse, según Gimbernat, en favor de la segunda. En opinión de este autor, el pretendido conflicto entre técnica y justicia material no solo no se daba, sino que, en realidad, la solución que imponía la justicia material era, precisamente, el respeto por el principio de unidad del título de imputación^[150].

[150] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Ob. cit., p. 273.

De acuerdo con esto, Gimbernat afirmaba que si algo decía la justicia no era que debiera castigarse con la pena del inductor de homicidio al tercero *extraneus* que inducía a un padre, *intraneus*, a matar al hijo de este último, ya que, si así fuera, la “Justicia” tendría la extraña virtud de equiparar la situación de referencia con aquella en la que un *extraneus* inducía a otro a matar a un tercero igualmente *extraneus* de ambos, cuando, para Gimbernat este último caso era, indudablemente, mucho menos grave^[151].

Por ello, la solución que proponía la doctrina y la jurisprudencia dominantes era, a juicio de Gimbernat, precisamente, injusta, porque, en su opinión, en el delito de parricidio se añadía al desvalor inherente a la acción misma de “matar” el desvalor correspondiente al desprecio del vínculo parental. Debido a ello, resultaba más grave contribuir al “hecho parricida” que al “hecho homicida”. Esto era, para Gimbernat, lo que decía la justicia^[152]. Idéntica posición defendió Gimbernat en relación con el antiguo delito de infanticidio^[153].

Según Gimbernat, que esto último era así lo demostraba el siguiente ejemplo: si el *extraneus* que inducía a una madre a matar a su hijo recién nacido para que aquella ocultase su deshonra, resultaba ser el *padre* de la víctima, la solución diferenciadora propuesta por la doctrina y la jurisprudencia española obligaba a castigarle como inductor de parricidio o asesinato. Sin embargo, esta calificación representa para Gimbernat una solución manifiestamente injusta, ya que, constituyendo ya los hechos-base (infanticidio-parricidio) conductas con un contenido de desvalor muy distinto, el desvalor de las conductas de participación en uno y otro delito tampoco podía ser equiparado^[154].

En opinión de Gimbernat, tampoco la solución opuesta a la diferenciadora, esto es, la solución de la unidad estricto del título de imputación, resolvía correctamente el problema de la participación de *extranei* en delitos especiales impropios. Porque, al igual que la solución diferenciadora, se encontraba, según Gimbernat, enfrentada al principio de justicia material por consagrar la equiparación de dos situaciones materialmente distintas: la participación de un extraño en la conducta de un *intraneus* y la participación de un *intraneus* en la conducta de otro *intraneus*^[155].

[151] *Ibidem*, p. 273

[152] *Ídem*.

[153] *Ibidem*, p. 274

[154] *Ídem*.

[155] *Ibidem*, p. 275.

Frente a la solución diferenciadora de la doctrina y la jurisprudencia dominantes y a la solución unitaria minoritaria Gimbernat propuso una solución intermedia alternativa. Según esta solución, en los delitos especiales impropios, el partícipe *extraneus* siempre debía responder como partícipe en el delito especial. A juicio de Gimbernat, el punto de partida dogmáticamente correcto resultaba tan evidente que solo podía ser formulado de un modo tautológico: al *intraneus* que participaba en un homicidio o un asesinato solo se le podía castigar por su participación en un homicidio o asesinato, porque se trataba de los únicos delitos que en realidad se cometían. Del mismo modo, el *extraneus* que participaba en un infanticidio o en un parricidio debía responder como partícipe en un infanticidio o en un parricidio^[156]. Sin embargo, las críticas de Gimbernat a las soluciones diferenciadoras y unitarias defendidas por la doctrina y la jurisprudencia revelaban que, para este autor, no era justo castigar al *extraneus* con la pena correspondiente al partícipe en el delito especial. Para evitarlo, Gimbernat propuso castigar al *extraneus* partícipe en un delito especial con una pena superior a la que le correspondería en caso de que hubiese participado en un delito común, pero inferior a la que le habría correspondido de tratarse de un partícipe *intraneus* en un delito especial. Partiendo de esta idea, Gimbernat trató de resolver todos los casos en que la concurrencia en el autor o en el partícipe de los elementos limitadores de la autoría en los delitos especiales impropios de parricidio e infanticidio podía originar problemas de comunicabilidad, estableciendo en todos ellos un “término medio ideal” para determinar la pena “justa” de cada interviniente^[157].

Según Gimbernat, los casos problemáticos eran los siguientes: 1) participación de pariente en homicidio; 2) participación de extraño en parricidio; 3) participación de padre en infanticidio; y 4) participación de madre o abuelos maternos, para ocultar la deshonra de la primera en el asesinato, ejecutado por un extraño, del recién nacido hijo o nieto, respectivamente.

En el caso 1, el pariente debía responder, en virtud de la fórmula del “término medio ideal”, como partícipe en un homicidio con la circunstancia genérica agravante de parentesco^[158].

[156] *Ibidem*, p. 282.

[157] *Ibidem*, p. 276.

[158] *Ibidem*, p. 286.

En el caso 2, el “término medio ideal” consistía en hacer responder al extraño como partícipe en un parentesco con una circunstancia atenuante analógica de no parentesco.^[159] En el caso 3, el padre debía responder, según la solución intermedia de Gimbernat, como partícipe en un infanticidio con la circunstancia agravante genérica de parentesco. Y en el cuarto y último caso, Gimbernat entendió que la solución intermedia ideal pasaba por castigar a la madre o los abuelos maternos como partícipes en un delito de asesinato, aunque con la circunstancia atenuante de parentesco o motivos morales^[160].

A pesar de que el principal banco de pruebas de la solución intermedia “ideal” de Gimbernat vino constituido por los delitos de parricidio e infanticidio, este autor también se pronunció en relación con la naturaleza jurídica de los elementos limitadores de otros delitos especiales impropios. Tal es el caso de los delitos de funcionario. Según Gimbernat, en estos delitos, el partícipe *extraneus* debe ser castigado por el delito especial de funcionario, porque en su opinión, es el único que se comete. En su opinión, también en estos casos era “evidente” que la pena del extraño debía ser inferior que la que le correspondería si se tratase de un funcionario, porque el *extraneus* no infringía el deber jurídico especial que vinculaba al funcionario. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurría con el delito de parricidio, esta solución no podía ser defendida *de lege lata*. Porque mientras que en el primer caso la presencia del artículo 11 del CP español de 1944 (circunstancia mixta de parentesco) permitía, desde su punto de vista, la aplicación de una atenuante analógica (artículo 9.10 del CP de 1944) de “no pariente”, la inexistencia de una tal “circunstancia mixta de funcionario” impedía apreciar una atenuante analógica paralela de “no funcionario”^[161].

5. VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS TEORÍAS INDIVIDUALIZADORA, UNITARIA Y MIXTA DIFERENCIADORA-UNITARIA. TOMA DE POSTURA A FAVOR DE LA TEORÍA UNITARIA

En un nuevo escenario cobra carta de naturaleza una constelación de delitos que había quedado relegada a un segundo plano en la discusión sobre los delitos especiales. Nos referimos a los delitos cometidos por funcionario público. No en vano, algún autor ha afirmado entre nosotros, no sin razón

[159] Ídem.

[160] *Ibidem*, p. 287.

[161] *Ibidem*, p. 292.

(aunque sí probablemente de un modo algo drástico) que, en la actualidad, los problemas de participación en los delitos especiales se plantean casi exclusivamente en relación a los delitos contra la Administración Pública cometidos por autoridad o funcionario público.

El desplazamiento de la discusión concerniente a los elementos limitadores de la autoría en los delitos especiales impropios y a la participación de *extra-nei* en esta clase de delitos del escenario constituido por los delitos de parricidio e infanticidio a los delitos contra la Administración Pública, ha traído consigo importantes consecuencias prácticas. En mi opinión, la más importante de ellas consiste en la confirmación de una tendencia: la solución unitaria, que poco a poco había ido abandonando la condición de solución minoritaria constituye, en la actualidad, una solución compartida por sectores de la doctrina cada vez más amplios^[162].

¿Es correcta esta tendencia? ¿Tienen los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales naturaleza no personal, como afirman los partidarios de la teoría unitaria? ¿O existen delitos especiales en que aquellos elementos tienen naturaleza no comunicable, como sostienen los representantes de la solución diferenciadora? ¿Tienen alguna capacidad de rendimiento las teorías mixtas que pretenden combinar algunas de las consecuencias que se extraen de las teorías diferenciadoras y unitarias?

Al respecto, tanto a las teorías diferenciadoras como contra las teorías mixtas cabe formular objeciones que las inhabilitan, en gran medida, como posibles soluciones *de lege lata*.

5.1. Valoración crítica de las teorías diferenciadoras

Desde mi punto de vista, todas las críticas que los partidarios de la teoría unitaria dirigen a quienes defienden la solución diferenciadora resultan enteramente compatibles. Estas críticas eran, recordemos, las siguientes: la solución diferenciadora vulneraba los principios de unidad del título de imputación y accesoriadad de la participación; y, por último, los delitos especiales

[162] En mi opinión, el primer punto de inflexión importante de esta tendencia se produjo en 1966 con motivo de la publicación de la importante monografía de GIMBERNAT ORDEIG Enrique. *Autor y cómplice en Derecho Penal*. En esta monografía, Gimbernat se opuso duramente al sector doctrinal y jurisprudencial que representaba la solución diferenciadora, y, aunque tampoco defendió una solución unitaria estricta, su aportación mixta sirvió para sentar las bases de lo que sería el posterior debilitamiento de esta solución y el paulatino fortalecimiento de la solución unitaria.

impropios no son meros subtipos de los delitos comunes paralelos, sino delitos “distintos”, sui generis respecto de estos.

Asiste la razón a Peñaranda cuando afirma que, en ocasiones, la doctrina y la jurisprudencia españolas han defendido la solución unitaria apoyándose en los principios de unidad del título de imputación y accesoriadad de la participación, como si se tratase de realidades ontológicas o dogmas inquestionables. Tanto uno como otro principio constituyen criterios de naturaleza normativa destinadas, como dice Peñaranda, a resolver los problemas jurídicos que plantean la autoría y la participación en el delito de un modo sistemático y seguro. También comparto con Peñaranda la tesis de que estos principios pueden conocer excepciones. En ocasiones, el propio legislador declara típicas conductas que, de acuerdo con las reglas generales sobre autoría y participación no podrían ser punibles. En nuestro Código, ello ocurre, por ejemplo, con motivo de la tipificación de los delitos de participación en el suicidio.

Sin embargo, también creo que –como afirma de forma ampliamente fundamentada el propio Peñaranda–, en principio, debe partirse de los principios de unidad del título de imputación, o unidad del hecho, y accesoriadad de la participación. En nuestra opinión, esta circunstancia viene confirmada por el hecho de que, a la luz de las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales al análisis dogmático de los delitos especiales, no existe razón alguna para negar, tampoco en estos delitos, la validez de las dos ideas principales sobre las que se apoyan aquellos principios: 1) que en un sistema que distinga entre autoría y participación, el partícipe debe responder por el hecho principal cometido por el autor (unidad del título de imputación y accesoriadad positiva); y 2) que sin un hecho principal de autor no cabe castigar al partícipe (accesoriadad negativa).

Por esta razón, considero que la crítica, antes mencionada, que Peñaranda formula contra algunos de los representantes de la teoría unitaria no es extensible, por ejemplo, a autores como Córdoba Roda o Mir Puig. Porque estos dos autores parten de una premisa que, en mi opinión, puede ser ampliamente compartida también desde el punto de vista de Peñaranda: en los delitos especiales, tanto en los propios como en los impropios, se produce un “cambio de tipo de injusto”, y es este tipo cualitativamente “nuevo” o “distinto” aquel por el que también debe responder el partícipe *extraneus*.

Frente a la tesis del delito “distinto” de Córdoba y Mir, Peñaranda ha opuesto que en los delitos especiales impropios no concurre un solo delito “distinto”, sino que, tanto para el autor como para el partícipe, se produce un *concurso de leyes*. Creo que la observación de Peñaranda es absolutamente atendible. No en vano, también el propio Mir Puig así lo ha entendido. No obstante, creo que la cuestión del delito especial impropio como delito distinto, sugerida por Córdoba y Mir, y la solución del concurso de leyes propuestas por Peñaranda no constituyen dos ideas incompatibles. El análisis de la segunda idea, esto es, de la solución concursal de Peñaranda será realizado *infra* con motivo de la valoración crítica de la solución mixta diferenciadora-unitaria de Gimbernat Ordeig. El análisis de la primera idea, es decir, de la teoría del delito “distinto”, será el objeto de las siguientes líneas.

Como se acaba de mencionar, el principio de unidad del título de imputación obliga a castigar al partícipe por el delito cometido por el autor. En los delitos especiales, el delito cometido por el autor es el delito especial, por lo que el título de imputación por el que debe responder el partícipe es el tipo de delito especial. Sin embargo, en aquellos tipos en que el legislador castiga de forma diferente al autor del delito por razón de la concurrencia en su persona de una propiedad, cualidad o relación con respecto a los casos en que el autor es un sujeto no cualificado, cabe preguntarse si el delito cometido por el autor constituye, en el sentido de las concepciones de Córdoba y Mir puig, un delito “diferente” al delito común paralelo o bien se trata de una simple variación (agravante o atenuante) dentro del mismo tipo.

La cuestión planteada puede ser complementada por la que constituyó el objeto del trabajo que Mir Puig publicó en el ADPCP de 1973, ya citado. En aquel trabajo, Mir desentrañó el significado legal de los términos “delito” y “falta” partiendo de un concepto del primero como *tipo legal abstracto e incompleto*, no coincidente con el concepto *dogmático* de delito como hecho típico, antijurídico y *culpable*. En efecto, el sentido en que el legislador emplea el término “delito” a lo largo de todo el código coincide, para Mir, con el de “hecho típico y antijurídico” (tipo total de injusto), sin que el carácter *abstracto* de la valoración legal permita considerar que aquel término exige también la *culpabilidad* del hecho^[163].

[163] Vide MIR PUIG, ADPCP de 1973, p. 320 y ss. En un sentido igualmente abstracto, aunque no exactamente coincidente con el de Mir, emplea Cuello Contreras el concepto “tipo penal”, entendiéndolo como determinación por parte del legislador de una concreta conducta humana a la que une como consecuencia la sanción penal. Cfr. CUELLO CONTRERAS. *La frontera entre el Concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito sui generis*. ADPCP de 1978, p. 36 y ss.

Como punto de partida, el criterio propuesto por Mir Puig puede resultar también decisivo para determinar cuándo un tipo cualificado por razón del sujeto activo se convierte, en realidad, en un delito *distinto* al delito común y, por ello, en un delito especial impropio. De acuerdo con este planteamiento, podrá decirse que un delito cualificado por el sujeto activo es un delito especial impropio cuando su *tipo de injusto sea cualitativamente distinto* al tipo de injusto del delito común. La relación existente entre ambos tipos será, por tanto, la propia de dos delitos distintos entre sí. En caso de que, por el contrario, el tipo cualificado presente *el mismo* tipo de injusto que el delito común, aunque agravado por razón de su sujeto activo, entonces la relación entre ambos tipos no será la propia de dos delitos distintos, sino, antes bien, la de un tipo básico y un subtipo de este. A partir de esta premisa, de lo que se tratará entonces será, naturalmente, de concretar en qué supuestos sucede lo primero, y en cuáles ocurre, por el contrario, lo segundo.

La problemática del delito “distinto” o *sui generis* que acaba de ser planteada apenas sí ha despertado interés en el seno de la doctrina. Sólo contadísimos autores se han pronunciado al respecto. En nuestra opinión, el mayor esfuerzo por intentar ofrecer criterios válidos para la resolución del problema de la sustantividad de los delitos especiales impropios debe ser reconocido a la doctrina alemana. La teoría, o, mejor, la doctrina que se ha encargado en Alemania de intentar concretar aquellos esfuerzos en soluciones justas y seguras es la teoría del *delictum sui generis*. A continuación se llevará a cabo una amplia exposición y valoración crítica de esta doctrina.

Los enunciados legales de un Código Penal no expresan normas jurídicas *completas*. Por norma jurídica completa debe entenderse aquel mensaje prescriptivo expresado normalmente a través de un enunciado legal con *todos* sus elementos. Algunos enunciados del Código Penal, sobre todo los de la Parte Especial, expresan, ciertamente, mensajes prescriptivos. Pero ningún enunciado lo hace, en cambio, de un modo completo. Esto es, ningún enunciado del Código Penal expresa la norma jurídica que se encuentra en su base con todos sus elementos. Partiendo de la idea de que todos los enunciados legales del Código Penal deben ser considerados incompletos, lo cierto es, sin embargo, que los enunciados de la Parte Especial expresan los elementos más específicos del supuesto de hecho de la correspondiente norma jurídica y disponen su consecuencia jurídica. Se trata de los enunciados penales *principales*.

Las disposiciones de la Parte General sirven, en cambio, para precisar más tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica expresados por los enunciados de la Parte Especial. Se trata de preceptos legales *complementarios*. La posibilidad de considerar los enunciados de la Parte Especial como principales y los de la Parte General como complementarios no impide afirmar, sin embargo, que ni unos ni otros pueden expresar *por sí solos* norma jurídica completa alguna. Se trata de enunciados legales *incompletos*, porque, aunque expresan normas jurídicas, lo hacen de forma incompleta. Los enunciados legales de la Parte Especial requieren, por tanto, de los previstos en la Parte General para expresar normas jurídicas completas.

De lo acabado de exponer no sería correcto concluir, sin embargo, que los tipos de la Parte Especial únicamente deben ser puestos en relación con las correspondientes proposiciones de la Parte General. Antes al contrario, lo cierto es que los tipos de la Parte Especial no siempre se encuentran desconectados entre sí. Es posible afirmar que algunos tipos de la Parte Especial guardan una estrecha conexión con otros tipos también pertenecientes a la Parte Especial. Esta conexión puede revestir una doble naturaleza. Un tipo puede encontrarse, en primer lugar, en una relación de *dependencia* de naturaleza *normativa* con respecto a otro tipo. En esta relación de dependencia entre tipos, la doctrina denomina al tipo que depende de otro "subtipo", "tipo dependiente", "tipo derivado", "derivaciones típicas" o "variante dependiente", mientras que el delito del que depende este último tipo recibe el nombre de "tipo básico". La segunda clase de vinculación que puede darse entre algunos tipos de la Parte Especial consiste en una relación de parentesco *fenomenológico* o *criminológico* y de *autonomía* o *independencia normativa*. Los tipos que se encuentran en una tal relación con otro tipo son denominados "delitos autónomos", "delitos independientes", "variantes independizadas" o *delicta sui generis*. En conclusión: en atención a su conexión con otros tipos, los tipos pueden ser clasificados en tipos básicos, tipos dependientes y tipos autónomos. El descubrimiento de esta clasificación de los tipos constituye el punto de partida de la *doctrina del delictum sui generis*. El principal objetivo de esta doctrina fue la elaboración de criterios que permitieran identificar un tipo concreto como un delito "autónomo" o *sui generis* (indicadores de sustantividad).

a) Delitos que se encuentran en una relación de dependencia normativa con respecto a otro. Tipos dependientes y tipos básicos

Se encuentran en una relación de dependencia normativa con respecto a otro tipo, por ejemplo, el tipo de lesiones previsto en el artículo 121-A de nuestro Código Penal. Este tipo penal depende del tipo previsto en el

artículo 121 del CP. Este último tipo constituye el *tipo básico* del delito de lesiones. El tipo de lesiones del artículo 121-A del CP es, por su parte, *subtipo dependiente* del tipo básico. Este último tipo constituye el tipo de partida de la regulación penal peruana en materia de lesiones, el tipo que, expresado en su forma más sencilla, contiene los elementos fundamentales de la conducta delictiva de lesiones. Partiendo del delito básico, el legislador añade a los elementos que configuran su tipo objetivo otros elementos (accidentales), cuya concurrencia dota al supuesto de hecho de una mayor (subtipo agravado) o menor (subtipo atenuado) gravedad en relación con la del tipo básico.

Sucede lo primero con el artículo 121-A del CP. Tanto los subtipos agravados como los subtipos privilegiados contienen los elementos del tipo básico más otros elementos adicionales. Una conducta no podrá realizar el subtipo sin realizar también el tipo básico que contiene. Tipo derivado y tipo básico se encuentran, de este modo, en una relación de concurso de leyes a resolver en favor del primero mediante la aplicación del principio de especialidad.

Esta relación de dependencia se debe a la siguiente circunstancia: los delitos dependientes carecen de un tipo de injusto propio; su tipo de injusto se deriva del tipo de injusto del delito básico.

b) Delitos que se encuentran en una relación de parentesco criminológico y autonomía o independencia normativa. Tipos autónomos o independientes

Algunos tipos de la Parte Especial pueden encontrarse, sin embargo, en una segunda clase de relación. Se trata de una relación de conexión de naturaleza meramente *criminológica* o *fenomenológica* y de completa *independencia normativa*. Así, por ejemplo, puede afirmarse que el delito de robo (art. 188 del CP) guarda un *parentesco criminológico* o *fenomenológico* con los delitos de hurto (art. 185 del CP). Ciertamente, el hecho de la realidad fenomenológica del que parte el delito de robo, coincide con el que se derivaría de una conjunción de los supuestos de hecho de los delitos de hurto e incluso de coacciones: sustracción violenta de cosa ajena. Aunque el legislador no hubiera decidido tipificar el robo, o aunque decidiera derogar el precepto que lo castiga, la sustracción violenta de cosa ajena continuaría siendo constitutiva de delito. Más concretamente, de dos delitos, que entrarían, además, en concurso ideal: el delito de hurto y el delito de robo.

Lo cierto es, sin embargo, que el legislador peruano ha tipificado específicamente el robo. Y no lo han hecho configurándolo como un subtipo agravado del delito de hurto, sino convirtiendo la combinación del hurto con la coacción en una tercera conducta dotada de sustantividad propia. Se trata de un delito con un tipo de injusto nuevo, distinto, independiente tanto del tipo de injusto del delito de hurto como del tipo de injusto del delito de coacciones. El tipo de injusto del delito de robo no resulta del tipo de injusto de un concurso ideal de delitos entre el delito de hurto y el delito de coacciones. El delito de robo con violencia tiene un tipo de injusto propio. Debido a la sustantividad propia de su tipo de injusto, el delito de robo es considerado como un delito dotado de *autonomía* o *independencia normativa* con respecto al complejo hurto-coacciones; como un tipo de delito *autónomo*, *independiente* o *distinto* a este.

c) Consecuencias de la clasificación en tipos básicos, tipos dependientes y tipos autónomos

Sin perjuicio de que en un momento más avanzado de la investigación procedamos a profundizar con mayor detenimiento en esta idea, es preciso apuntar sucintamente aquí cuál es la más importante consecuencia que la doctrina del *delictum sui generis* desprende de la clasificación de un tipo como “subtipo dependiente” de otro o bien como delito “autónomo” o *sui generis*. Esta consecuencia es la siguiente: si dos tipos se encuentran en una relación de “tipo básico-subtipo dependiente”, esto es, en una relación de concurso de leyes, el tipo desplazado puede desplegar efectos en supuestos de error de tipo, de participación de sujetos no cualificados en delitos especiales impropios y en otras constelaciones de supuestos.

Del mismo modo, también resulta posible la aplicación cumulativa de dos subtipos dependientes de un tipo básico común, siempre que sus respectivas consecuencias jurídicas sean compatibles entre sí. **En caso de que, por el contrario, un tipo deba ser considerado “autónomo” con respecto a otro, el precepto desplazado no podrá desplegar, en cambio, efecto alguno para el precepto desplazante.**

Así, por ejemplo, la doctrina alemana considera que tanto el delito de hurto con allanamiento de morada (§ 244 [1] 3 StGB) como el delito de hurto doméstico o familiar (§ 247 StGB) son subtipos derivados del delito de hurto (§ 242 StGB), que deviene tipo básico de aquellos. El delito del § 244 [1] 3 StGB es un subtipo *cualificado* del hurto, porque dispone una consecuencia jurídica más grave que la prevista para el tipo básico. El delito del § 247 StGB puede ser considerado, en cambio, un subtipo privilegiado, porque

introduce un requisito de procedibilidad que convierte esta modalidad de hurto en una conducta menos incriminada, en tanto que más difícilmente perseguible. En el supuesto de que una determinada conducta pudiera ser subsumida en estos dos preceptos, la doctrina alemana considera que debería castigarse por el delito más grave, esto es, por el delito previsto en el § 244 StGB (hurto con allanamiento de morada), pero que ello solo sería posible cuando se hubiera interpuesto denuncia de acuerdo con lo previsto en el § 247 StGB. Esta es la solución que propone Roxin.

Como ya se ha apuntado en el texto, la posibilidad de que el subtipo desplazado (en este caso el privilegiado) continúe desplegando efectos presupone la compatibilidad de las consecuencias jurídicas de los subtipos concurrentes. En caso de que las consecuencias jurídicas de los tipos cualificados y privilegiados se excluyan recíprocamente, la doctrina dominante entiende que será de aplicación, por el contrario, el principio del efecto oclusivo del tipo más benigno.

Así, por ejemplo, si el delito de homicidio rogado del § 216 StGB (“si alguien ha sido determinado a matar por medio de la petición expresa y seria de la víctima, se le debe condenar a pena privativa de libertad de seis meses a cinco años”) es cometido con crueldad o por algún móvil bajo (§ 211 StGB), la amplia mayoría de los autores alemanes consideran que debe castigarse solo por el § 216 StGB, y que la concurrencia de alguno de los elementos del § 211 StGB tan solo podrá ser tenido en cuenta, a lo sumo, en la determinación de la pena. El principio del efecto oclusivo del tipo más benigno también impulsó a la doctrina alemana a ampliar esta solución para los casos en que se cometía el antiguo delito de infanticidio (antiguo § 217 StGB, ya derogado) con alguna de las circunstancias del asesinato. La aplicabilidad del principio del efecto oclusivo del tipo más benigno en las dos constelaciones de supuestos acabadas de referir presupondría que tanto el delito de homicidio a petición como el antiguo delito de infanticidio constituían sendos subtipos atenuados del delito de homicidio, así como que el asesinato es, en realidad, un tipo cualificado del homicidio. Como se tendrá oportunidad de comprobar en el transcurso de la presente investigación, estos dos extremos se encuentran, sin embargo, lejos, de ser incontrovertidos.

Por lo que respecta a los delitos autónomos o independientes, si se conviene que el delito de robo lo es respecto de los delitos de hurto y de coacciones, entonces los tipos privilegiados del hurto y las coacciones no resultarán aplicables al robo. Así, por ejemplo, aunque el robo con violencia tenga por víctima alguno de los sujetos del § 247 StGB que su hijo sigue en la casa, procedan a abandonarla. El hijo practica la sustracción cuando esto último sucede (hurto doméstico y familiar), no será extensible al robo con violencia la condición de procedibilidad de la denuncia. También en estos casos, el delito de robo seguirá siendo perseguible de oficio.

5.2. Valoración crítica de las teorías unitarias

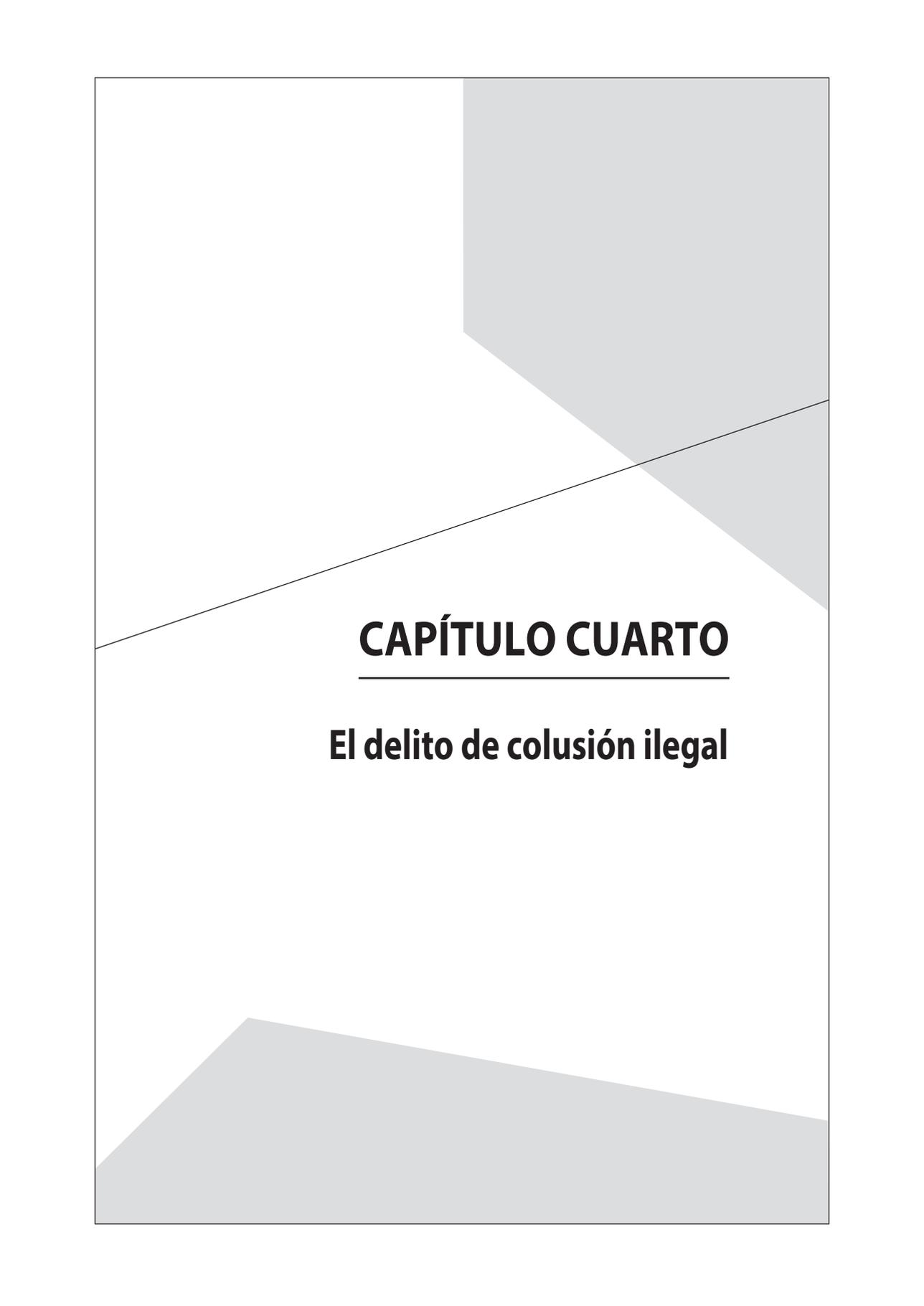
La valoración crítica de las teorías diferenciadoras sobre los delitos especiales que acaba de ser realizada, se he encargado, también, de revelar cuál es la solución que en la presente investigación se considera preferible: la solución unitaria. Puesto que la valoración negativa de las teorías diferenciadoras ha sido llevada a cabo a partir de la valoración positiva de las objeciones que contra aquellas han venido dirigiendo los partidarios de las soluciones unitarias, la crítica a las soluciones diferenciadoras aquí realizada trae consigo, en realidad, la aceptación de la tesis unitaria. Por ello, no considero necesario, por el momento, abundar más en la defensa de esta solución, que se verá reforzada, además, cuando la problemática que ahora nos concierne sea analizada a la luz de la legislación y la doctrina alemanas.

Comparto la opinión de quienes creen que la distinción entre delitos especiales propios e impropios carecen de sentido. Desde mi punto de vista, no existe razón alguna para someter a unos y otros delitos a un tratamiento diferenciado.

Y ello, por las siguientes razones:

- **Desde un punto de vista formal, los artículos 24 y 25 del Código Penal al definir la instigación y la complicidad (modalidades de la participación delictiva), emplean la frase: El que (...), la cual denota que cualquier persona puede ostentar esos calificativos o títulos de imputación;** no haciendo distinción las normas penales entre delitos comunes y especiales, propios e impropios, infiriéndose la no exigibilidad de algún requisito o cualidad para aquel partícipe que interviene en los delitos especiales.

- **Desde un punto de vista material, la teoría de la unidad del título de imputación, la cual sostiene que el *extraneus* –si bien no puede ser autor del delito especial– si puede ser partícipe de dicho delito, brinda las más adecuadas soluciones dogmáticas, pues subsana las falencias político – criminales de la teoría de la ruptura del título de imputación, ya que las conductas de los particulares que concurren en la comisión del delito especial no quedarían impunes a falta de un delito común, asimismo, no viola el PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD, ya que reconoce la existencia de un autor – sea en el delito especial o en el delito común– como *conditio sine qua non* de la participación.**
- **En lo que respecta a la pena, si en un plano formal y material los partícipes se diferencian de los autores, sería una opción de la política criminal peruana establecer una sanción menor para los partícipes, y de esa forma se respetaría el principio de proporcionalidad de la pena.**



CAPÍTULO CUARTO

El delito de colusión ilegal

El delito de colusión ilegal

Colusión es “convenio o contrato hecho entre dos o más personas en forma clandestina, con el objeto de defraudar o perjudicar a alguien”^[164]. Por tanto, significaría pactar con daño a terceros, en la doctrina nacional se tiene como *nomen iuris* colusión desleal^[165], colusión ilegal^[166] y “fraude en la administración pública”^[167]. El delito de colusión ilegal se encuentra actualmente tipificado en el artículo 384 del Código Penal, el artículo 384 original del Código Penal de 1991 tuvo una primera modificación por la Ley N° 29703 del 10 de junio de 2011, siendo su descripción típica de la siguiente manera:

“Artículo 384.- Colusión

El funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios públicos mediante concertación ilegal con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años”^[168].

Esta norma realizó principalmente tres cambios. Primero: se cambió el elemento “defraudación” por el “defraudare patrimonialmente”, el núcleo rector del tipo penal está integrado por el término “defraudar” al Estado con una previa concertación con los particulares interesados, el Proyecto Legislativo del Poder Judicial (en adelante PL), pretendió determinar como núcleo del tipo el verbo “coludir”, en este orden, el PL pretendía que la “defraudación” salga del aspecto objetivo del tipo y se sitúe –se coludiera con los

[164] PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la Administración Pública*. Ed. Portocarrero, s/a, p.146.

[165] GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión*. Grijley, 2008, p. 12.

[166] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª ed. Grijley, Lima, 2002, p. 279.

[167] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª ed., Palestra, Lima, 2003, p. 309.

[168] Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011.

interesados para defraudar^[169] como un elemento subjetivo de trascendencia interna, con el claro objetivo de aclarar la discusión en la dogmática y la jurisprudencia sobre “el perjuicio exigido” siendo lo más relevante para el bien jurídico tutelado la “concertación ilegal” –tipicidad objetiva–. Sin duda la modificatoria acepta la tesis del perjuicio patrimonial^[170] para la consumación del tipo de colusión ilegal, empero, representada como elemento del tipo subjetivo. De esta forma, sería innecesario el discutir si el “perjuicio exigido” debe ser potencial o real para consumir el tipo, ya que el tipo adelanta el momento consumativo al acto de concertación. Segundo: en el ámbito de la aplicación del tipo se dejó de lado los elementos taxativos: “contratos”, “suministros”, “licitaciones”, “concurso de precios”, “subastas” y se usó una técnica abierta –indeterminada– de tipificación agregando el término “contrataciones y negocios públicos”, para comprender todas las clases de actos jurídicos con relevancia patrimonial en los cuales podía ser comprendido como parte del Estado. Tercero: se agravó la pena mínima en seis años y un máximo –para el tipo agravado– de 15 años de pena privativa de libertad.

La última modificación se dio mediante la Ley N° 29758 del 21 de julio de 2011. El desarrollo del presente delito en las páginas siguientes será en razón de la última modificación. A partir de esta última modificación se crea la figura de la colusión ilegal simple y la colusión ilegal agravada. Siendo el texto de la norma el siguiente:

“Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier

[169] ORÉ SOSA, Eduardo Arsenio. “Recientes modificaciones a los delitos contra la Administración Pública”. En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. T. 24, junio de 2011, p. 16.

[170] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*, Ob. cit., p. 279. García Cavero, Percy y Castillo Alva, José Luis. *El delito de colusión*. ob. cit., p. 210. Aceptan la tesis del perjuicio patrimonial al Estado para configurar el delito de colusión ilegal.

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”^[171].

Luego de esta modificación se puede inferir que desde el plano político criminal, el legislador ha dividido en dos las conductas de colusión. Por un lado si la concertación entre los sujetos se descubre antes de la defraudación al patrimonio estatal, estaremos frente a la colusión ilegal simple, mientras que, si la concertación de los sujetos es descubierta después de ya haber defraudado el patrimonio del Estado se habrá consumado la colusión ilegal agravada. En esta línea de ideas, la colusión simple tiene como verbo rector el término “concertar”, a contrario sensu, la colusión ilegal agravada tiene el término “defraudar”, lo que nos muestra claramente los diferentes momentos consumativos de cada supuesto.

1. TIPICIDAD OBJETIVA^[172]

1.1. Colusión simple

Se realiza esta conducta cuando el sujeto activo en su condición de funcionario público o servidor público, al intervenir de manera “directa” o “indirecta” en cualquiera etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, acuerda o concierta con los interesados con el objeto de defraudar al Estado en la operación. Constituye de esta manera un delito de peligro en relación al perjuicio patrimonial efectivo y de mera actividad dado que, no sería punible la tentativa, siendo obtuso pensar que debe ser punible el empezar a realizar los actos preparatorios, como citar a uno de los

[171] Artículo modificado por el artículo Único de la Ley N° 29758, publicada el 21 de julio de 2011

[172] En su ámbito objetivo, el delito de colusión ilegal incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto: i) La concertación significa ponerse de acuerdo con los interesados, pero este acuerdo debe ser subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa. ii) En cuanto a la defraudación, la conducta que la define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal. El peligro potencial que se requiere es que deben darse conciertos colusorios que tengan idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos (Exp. N° 20-2003-A.V.-Lima, Data 40000, G.J.).

postores de la licitación pública. Este tipo penal solo se consuma con el acto de concertación, no siendo necesario que exista daño al patrimonio del Estado, ni una ventaja indebida por parte del interesado al funcionario o servidor público.

1.2. Colusión agravada

Es el hecho punible que se configura cuando el agente siempre en su condición de funcionario o servidor público interviene directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición de bienes, servicios públicos o cualquier tipo de operaciones a cargo del Estado, mediante un acto de concertación con los particulares defrauda patrimonialmente al Estado

Las figuras delictivas de colusión ilegal simple y agravada se diferencian por los verbos rectores como se mencionó en las líneas iniciales de este texto, en el caso de la simple con el verbo “CONCERTAR” y en la forma agravada con el “DEFRAUDARE”, sin embargo se puede notar otra diferencia, que recae sobre 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^[173].

Procederemos al análisis de los elementos “CONCERTAR” y “DEFRAUDAR” por separado.

1.3. El “defraudar” en el delito de colusión simple y agravada

En el delito de colusión simple se quebranta un rol especial asumido por el agente, violando el principio de confianza depositado con el ulterior engaño al interés público, al comportarse el sujeto activo a su beneficio, asumiendo un rol incompatible y contrario a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado^[174]. El sujeto activo con su accionar colusorio busca ocasionar un perjuicio, ya sea potencial o real al erario del Estado en la negociación con los interesados^[175].

[173] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 2da ed. Grijley, Lima, 2011, p. 252.

[174] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ra ed. Grijley, Lima, 2002, p. 281.

[175] GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión*. Ob. cit., p. 135.

En el caso de la colusión agravada, el término “perjudicare” debe entenderse como la exigencia de un perjuicio patrimonial al Estado, perjuicio real que supera a una presunción de potencialidad –como en el caso del término “defraudar” en el tipo de colusión simple–. Para fines de tipicidad no es relevante que el agente haya tenido o no un provecho patrimonial, este provecho será tomado en cuenta para la individualización de la pena.

En el caso de existir un daño al patrimonio estatal, la jurisprudencia nacional admitió, que se puede presentar el principio de confianza como eximente de tipicidad, cuando exista una responsabilidad administrativa-funcional, del agente público, y no se pueda probar el acuerdo colusorio con los particulares, la R.N. N° 1070-2004 del 20 de mayo de 2005 que señala textualmente:

“(…) Que coadyuvando al dicho del procesado obran las pericias, que concluyen que la responsabilidad por la constatación de la calidad de los bienes adquiridos corresponde al Jefe de Almacén, quien era el servidor al cual competía informar si dichos productos no cumplían con las condiciones necesarias. Y en cuanto a la sobrevaluación concluye que se trata de una irresponsabilidad de tipo administrativa, ante la inexistencia de un registro de proveedores en la institución agraviada, quienes debían presentar en forma permanente sus listas de precios debidamente actualizadas, ya que durante el periodo comprendido entre mayo y diciembre de mil novecientos noventa y uno, el país pasaba por una inestabilidad económica como consecuencia del cambio de moneda, mal puede entonces, requerírsele al procesado un conocimiento cabal de los estándares de precio del mercado; de esta forma la inexistencia de estos documentos permiten aseverar que obra en autos duda respecto a la conducta desplegada por el procesado, duda que en aplicación del principio constitucional del *in dubio pro reo*, compele al juzgador a emitir sentencia absolutoria, por lo cual la resolución venida en grado se encuentra arreglada a ley (…)

1.4. Concertar con los interesados

La concertación con los particulares debe contener la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas al Estado^[176], menores de las que se

[176] No se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican al Estado, ya sea por lo general, porque se paga más por un producto de una menor calidad, habiendo

pudo haber conseguido en un proceso de contratación de acuerdo a derecho. Para configurar esta concertación se deben probar una serie de pactos ilícitos y componendas. Se requiere un acuerdo subrepticio entre el particular interesado y el funcionario en los contratos, suministros o licitaciones^[177]; 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 que es producto, precisamente, por 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 particular^[178].

Esta concertación solo se podrá realizar por comisión, no siendo posible una concertación por omisión. La conducta de un funcionario público de una comisión de selección de no hacer nada ante una situación “arreglada” por otros miembros, no es equiparable a una concertación con los interesados que exige el tipo penal. Aquel funcionario omitente será susceptible de ser imputado por el delito de omisión de denuncia u omisión de deberes funcionales^[179]. En el caso que un funcionario que participa de las negociaciones, pero que no obra en razón a su cargo y que tan solo guarda silencio, permitiendo su silencio que haya un comportamiento defraudatorio a los intereses del Estado, se está frente a un comportamiento de complicidad primaria omisiva^{[180] [181]}. Dado que el guardar silencio desde una óptica

concierto entre las partes. “Lo cuestionable en cualquier funcionario público es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso con el interesado para obtener un provecho en perjuicio real o potencial del Estado” en Ejecutoria Suprema del 15 de febrero de 2008, R.N. N° 732-2007-Piura-Segunda Sala Penal Transitoria.

[177] Se incurre en el delito de colusión desleal cuando se festinan los trámites para la adjudicación directa de dos obras, incurriéndose en irregularidades al otorgar la buena pro a la empresa oferente habiendo su representante legal presentado el certificado de habilidad después de la suscripción del contrato de ejecución y recibiendo el importe pactado, perjudicando a la hacienda municipal al no haberse realizado como correspondía las aludidas adjudicaciones (R.N. N° 10-2007-Piura, *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 126, p. 228).

[178] Ejecutoria Suprema del 12 de diciembre de 2007, R.N. N° 1296-2007-Lima, Segunda Sala Penal Transitoria R.N. N° 2508-2005-Ancash-Segunda Sala Penal Transitoria.

[179] GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis. *El delito de colusión*. Ob. cit., p. 51.

[180] *Ibidem*, p. 122.

[181] ROJAS VARGAS, señala que en el caso del silencio o la omisión de denuncia que adopte uno o varios de los integrantes del colegiado evaluador, se configura un estado de coautoría con base en una omisión impropia o comisión por omisión. Otra postura interesante es la que considera, que hay responsabilidad penal de los miembros que omiten denunciar la conducta ilícita, toda vez que serían garantes de la función encomendada, por lo que no se podría asumir un título de coautoría, ya que nos encontramos en un delito de infracción de deber, que es asumido por los *intraneus* de manera personalísima. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 409. MARCA ROMERO, Elmer. “Análisis dogmático-normativo del delito

normativa y estructural no equivale a concertar, que es lo que exige el tipo penal, el concertar es una acción eminentemente activa, el que guarda silencio o calla, no obra en concierto para perjudicar al Estado, simplemente realiza un comportamiento omisivo que facilita la comisión del delito por otros^[182].

1.5. Bien jurídico penalmente tutelado

Como en todos los delitos contra la Administración Pública, el bien jurídico mediato es el normal y recto funcionamiento de la Administración Pública que resulta manifestación material del Estado. En tanto que, el bien jurídico protegido inmediato es la regularidad, el prestigio y los intereses patrimoniales de la Administración Pública, expresados en la idoneidad y celo profesional en el cumplimiento de las obligaciones funcionales por parte de los funcionarios o servidores públicos^[183]. La conducta desleal del funcionario se orienta hacia la producción de un menoscabo al desempeño de las funciones públicas, lo que ocasiona la deficiencia de la función. Esta deficiencia es producto de la defraudación que ha sufrido el Estado en los diferentes procesos de selección o contratación que realiza con los particulares a través de los concursos públicos. Por lo tanto, consideramos que quedan excluidos del ámbito de protección de la norma los actos contractuales que posean un contenido diferente al económico patrimonial^[184].

El funcionario público, al desarrollar sus obligaciones funcionales al interior de la Administración Pública, tiene que hacerlo conforme al deber funcional que le impone el cargo público que desempeña. Si el funcionario directa o

de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N° 29758". En: *Gaceta Penal*. N° 26, agosto 2011, p. 27.

[182] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 59.

[183] ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 278; por su parte, Abanto Vásquez, siguiendo la dogmática española suscribe que el objeto del bien jurídico directamente atacado tiene un contenido patrimonial. Es decir, se atenta contra el patrimonio administrado por la Administración Pública representada por el ente público, en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado (ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p.261; Castillo Alva, quien opinando radicalmente en contra de lo sostenido por García Caveró en el libro realizado en coautoría, considera que el bien jurídico protegido del delito de colusión ilegal es el patrimonio del Estado. La particularidad de este delito reside en el hecho de que la protección del patrimonio estatal se produce desde de la tutela de la contratación administrativa, u otros modos afines de contratación de naturaleza económica, en la que se prohíbe toda forma de concertación, acuerdo previo o concierto de voluntades que suponga una defraudación al Estado, exigiéndose una conducta imparcial y transparente por parte del funcionarios en cualquier etapa de la contratación pública (GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*. Ob. cit., p.79).

[184] MARCA ROMERO, Elmer. *Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N° 29758*. Ob. cit., p. 28.

indirectamente infringe aquel deber y de paso, con su actuación, busca defraudar y/o llega a defraudar el patrimonio del Estado, entra a tallar el delito de colusión, ya sea en su fase simple o agravada.

Existe una postura que argumenta que la situación típica descrita en los delitos funcionales de gestión de recursos posee un área delimitada: “El desarrollo del proceso de contratación pública o de liquidación y ajuste de convenios o suministros”^[185]. De esta idea nace la postura que considera al bien jurídico de colusión la subespecie del bien jurídico de la Administración Pública: la contratación administrativa entendida como: “el interés del Estado en que la participación de los funcionarios en los contratos no esté influida por intereses particulares, unidos a la corrupción administrativa, esto es, que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa”^[186].

Esta protección se produce a partir de la tutela de la contratación administrativa u otro modo de contratación –civil, laboral, mercantil, etc.– de naturaleza jurídica-económica, en la que se proscribe cualquier tipo de concertación^[187] con los particulares interesados. De ahí que el bien jurídico penalmente protegido del delito en hermenéutica jurídica encuentra su fundamento en los deberes especiales que tienen los sujetos públicos al interior del aparato administrativo. Si bien podría alegarse que el ámbito de protección de la norma penal cubre el patrimonio del Estado, lo cierto es que la prohibición no está en la generación de un perjuicio potencial o real al Estado, sino en el irregular desempeño funcional del funcionario o servidor público en el manejo del patrimonio público^[188]. De modo que, se sustenta la sanción penal, en la inobservancia de un deber específico que vincula al funcionario o servidor con los fines del Estado. Pero no se trata de cualquier deber específico, sino solo aquel de carácter positivo, en el sentido que el sujeto público debe disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado^[189]. El patrimonio del Estado solo es protegido en forma indirecta por el delito de colusión.

[185] ETXEBARRIA ZARRABEITIA, “Fraudes y exacciones ilegales”. En: Asúa Baturrita. Adela (ed.). *Delitos contra la Administración Pública*. Bilbao, 1997, p. 207.

[186] GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU. *Delitos contra la Administración Pública de conformidad con el Código Penal del 2000*, 2ª ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 307.

[187] GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*. Ob. cit., p. 41.

[188] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 60.

[189] *Ibidem*, p. 22.

La posición de la Corte Suprema de Justicia considera que el bien jurídico tutelado en el delito de colusión es: "a) La actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de este a los funcionarios o servidores públicos"^[190]. No consideramos correcto el entender como bien jurídico protegido el cauterar la imagen de la Administración Pública y/o de sus funcionarios, pues el Derecho Penal no puede tutelar meras apariencias o estimaciones eufemísticas, máxime, si entendemos al Derecho Penal se rige por los principios de subsidiariedad y fragmentariedad.

Ello es así toda vez que el delito de colusión tiene como propósito el conminar a los funcionarios o servidores públicos a que observen el rol especial que han asumido al participar en nombre del Estado en todos los niveles de las modalidades de contrataciones, adquisiciones y demás operaciones públicas.

El funcionario o servidor público que por razón de su cargo y función tiene que ver con la disposición económica del patrimonio estatal tiene la obligación especial de salvaguardarlo y solo usarlo en beneficio del propio Estado o de los particulares cuando la Ley así lo estipule. Caso contrario, si aprovecha de tal función y cargo para obtener provecho personal o de tercero en perjuicio real o potencial del patrimonio estatal, infringe su deber funcional y, por tanto, es pasible de ser imputado por el delito de colusión ya sea en su modalidad simple o agravada.

Es perentorio mencionar que la diferencia del delito de colusión con el de peculado en cuanto al bien jurídico protegido, radica en lo siguiente: "En el delito de colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: 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

[190] Ejecutoria Suprema R. N. N° 2029-2005 del 24 de mayo de 2006. En esta misma línea jurisprudencial la Ejecutoria Superior de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Junín, del 12 de setiembre de 1996 (Exp. N° 1531-92) 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". En parecido sentido, la Ejecutoria Suprema del 15 de febrero de 2005 (R.N. N° 79-2003-Madre de Dios) argumenta que: "la colusión desleal previsto en el artículo 384 del Código Penal, es un tipo penal especial propio, de resultado, que busca proteger el 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". Incluso, en la Ejecutoria Suprema del 12 de diciembre de 2007 (R.N. N° 1296-2007-Lima) se precisa que: "el bien jurídico protegido en dicho delito, concretamente, es el patrimonio administrado por la Administración Pública". Vide. Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia 1, Lima, pp. 240-244.

o servidores públicos; en tanto que, en el delito de peculado el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública, que debe entenderse del punto de vista de garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, y evitar el abuso del poder del funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad^[191].

1.6. Sujeto activo

Tanto en la colusión simple como en la agravada, estamos ante un delito especial, dado que el autor no podrá ser quien no ostente esa calidad especial de funcionario o servidor público^[192], por ejemplo, el practicante preprofesional de un despacho ministerial, o el asistente administrativo.

La jurisprudencia viene apoyando esta postura, como puede apreciarse en la R.N. N° 823-2006-Tacna del 29 de noviembre de 2006:

“(...) 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– (...)”.

El delito de colusión debe tratarse como un delito especial propio^[193], de infracción de deber en la que el sujeto activo 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 o competencia funcional el deber 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. Ninguna otra persona que no goce de estas atribuciones podrá ser agente del delito.

[191] Ejecutoria Suprema del 24 de mayo de 2006, R.N. N° 2029-2005-Lima. En: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 259.

[192] ETXEBARRIA ZARRABEITIA. *Fraudes y exacciones ilegales*. Ob. cit., p. 210.

[193] Criterio adoptado por las Ejecutorias de la Corte Suprema: R.N. N° 72-2003 del 15 de febrero de 2005, R.N. N° 558-2005 del 5 de julio de 2005, R.N. N° 3017-2004 del 17 de marzo de 2005 y la R.N. N° 1477-2004 del 1 de marzo de 2005. Se puede encontrar una posición contraria que concibe a la infracción como un delito especial impropio en: RODRÍGUEZ COLLAO y OSSANDON WIDOW. *Los delitos contra la función pública. El Derecho Penal frente a la corrupción política, administrativa y judicial*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2005, p. 401. en: GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*. Ob. cit., p. 90.

Adicionalmente al factor de que el agente sea un funcionario o servidor público, es necesario que aquellos tengan dentro de sus atribuciones funcionariales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones de bienes, obras, servicios o concesiones representando al Estado, es decir tutelando sus intereses. Incluso el agente puede tener el deber de supervisar que las adquisiciones o contrataciones se lleven con total normalidad y transparencia^[194]. De no probarse este vínculo funcional, la conducta sería atípica.

Por lo anteriormente expuesto, nos está claro que el tipo penal tanto en su modalidad de colusión simple como agravada exige una importante restricción: la de, valga la redundancia, exigir que el sujeto público se encuentre autorizado para participar en los contratos, en el negocio o, en general, en los actos jurídicos patrimoniales que interesan a la Administración Pública. Esta autorización que valida la relación funcional específica, tiene su origen en la ley en sentido formal, el reglamento, los actos administrativos, los actos jurisdiccionales, el manual de organización de operación y funciones de una determinada institución pública, que determine que un funcionario o servidor público ejercite determinadas atribuciones.

Sin embargo, como lo menciona Castillo Alva, se pueden admitir otra clase de fuentes como es el caso de la expedición de una orden legítima de autoridad o la práctica administrativa consuetudinaria no contraria a la ley. En efecto no solo es posible que se pueda designar a un funcionario a través de una orden, sino que adicionalmente puede ejercerse el cargo a través de una orden. Lo importante es que el funcionario sea competente y estuviera autorizado^[195].

[194] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 269. Nos explica que en la Ejecutoria Suprema del 27 de diciembre de 2007, se presentó el caso de un Ministro de Estado que fue condenado como autor del delito de colusión, pues de conformidad al artículo 6 de la Ley N° 27860, era la máxima autoridad del sector 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 empresas del sector. En efecto allí se alega "de autos ha quedado establecido la existencia de gran número de irregularidades en las licitaciones privadas, las cuales indicarían que las adjudicaciones de las 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 acuerdo y regular proceso de licitación, sino que corresponde a una previa concercación con los funcionarios de las empresas beneficiadas" (R.N. N° 028-2003-A-Lima).

[195] GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*. Ob. cit., p. 95. Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 332. En contra Abanto Vásquez.

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^[196], 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 348 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 (...)”.

1.7. El tercero interesado como partícipe *extraneus* del delito

En principio, resulta pertinente establecer que a los “interesados”, que conciertan con los funcionarios o servidores públicos de ningún modo, se les puede imputar el delito a título de autores debido a que no tienen un valor funcional que cautelar y respetar, por el hecho de que no son funcionarios o servidores públicos con directa relación funcional al patrimonio estatal; sin embargo, esto no significa que su conducta se atípica. Aquellos “interesados” tienen la calidad de partícipes primarios del delito, pues sin ellos, por la forma como está construida la tipificación, sería impracticable la tipicidad del delito^[197]. A tal conclusión, se llega aplicando la teoría de los delitos de infracción de deber sustentada por Roxin en el sentido que solo el sujeto público *intraneus* infringe un deber especial, en tanto que el *extraneus* no infringe deber alguno, por lo tanto, es cómplice^[198].

Así lo ha entendido la Corte Suprema, a través de la R.N. N° 702-2009 de 12 de mayo de 2012:

“(...) El Ministerio Público efectuó un inadecuado juicio de subsunción al calificar la conducta del encausado bajo el tipo penal de colusión desleal en calidad de cómplice. Si bien se observa que este participó en la elaboración de una serie de documentos de

[196] R.N. N° 1477-2004-Arequipa (Ibidem, p. 220).

[197] La Ejecutoria Suprema 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 en calidad de cómplices” (R.N. N° 823-2006-Tacna).

[198] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 269.

significativa importancia en el proceso de selección, también lo es que no formó parte del Comité ni ostentó alguna posición de autoridad.

La figura del extraneus en el delito de colusión se refiere a aquel particular que no tiene la condición especial de funcionario público con capacidad de contratar a nombre del Estado, pero que interviene en las tratativas, lo que no sucedió respecto del mencionado acusado, quien solo participó en los trámites administrativos del concurso; por ende, su absolución se encuentra arreglada a ley (...)."

De esta forma se mantiene la misma línea jurisprudencial de la Ejecutoria Suprema N° 124-2005 del 6 de julio de 2005^[199], cuando establece que:

"(...) al encausado Seler Jorge 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 384 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 ejercicio de sus actividades funcionales 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 (...)."

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, siendo necesario un aporte adicional a su participación

[199] ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 290; en el mismo sentido, ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 316 y GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*. Ob. cit., pp. 54 y 152.

en cualquiera de las modalidades de adquisiciones o contrataciones públicas^[200].

Esta idea parte del hecho que la colusión es un “delito de encuentro”, lo que significa que para que se pueda configurar resulta necesaria la realización de dos conductas de sujetos distintos que, orientándose a una finalidad común, se complementan en el hecho típico^[201]. Estos sujetos distintos son, por un lado, los funcionarios o servidores públicos y, por el otro, los terceros interesados que, como ya se ha precisado en líneas anteriores, pueden ser tanto las personas naturales o jurídicas que tienen interés contractual con el Estado.

Para imputar a un agente bajo el título de partícipe primario, se deben cumplir unos determinados presupuestos, en cuanto al bien jurídico tutelado y la forma de ataque que legitimen una imputación como partícipe, sin embargo Abanto Vásquez menciona la dificultad de descifrar las conductas de participación necesaria –excepto la instigación–, dando la posibilidad que la conducta se pueda subsumir en el cohecho activo:

“Los particulares intervinientes son ‘partícipes necesarios’, cuya conducta por sí sola (es decir por el mero hecho de ser la contraparte en la colusión) es impune, no pueden ser considerados partícipes de este delito. Para serlo (al igual que los demás funcionarios intervinientes) tendrían que aportar de alguna manera en la comisión de los hechos delictivos del autor, lo cual parece ser difícil de constatar a excepción de los actos de ‘instigación’ (si hiciera surgir la idea criminal en el funcionario) que pueda significar un ‘aporte mínimo’ en el hecho principal. Por lo demás, de probarse un acto de ‘compraventa’ sería posible aplicar la figura de ‘cohecho activo’ en el particular (art. 399)”.

Frente a la dificultad de construir presupuestos que configuren la participación punible, se puede recurrir al análisis de la casuística, un ejemplo de participación punible sería cuando los terceros interesados en la concertación, actúen ofreciendo una comisión patrimonial o favor, a los funcionarios o servidores públicos si se llega a concretar la adquisición o contratación. La venta patrimonial puede ser actual o futura.

[200] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 272.

[201] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 427.
SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 272.

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 imputadas del delito de colusión en su modalidad de participación primaria, aquellas personas que participan en los acuerdos colusorios con los terceros interesados representando al agente público.

Aquí aparece, un criterio diferenciador con el delito de cohecho, este es el contexto de que los beneficios se deben configurar en un concierto de voluntades para un perjuicio real o potencial al patrimonio público, en un determinado proceso de contratación pública.

Una vez tratados los puntos que podrían implicar un título de participación necesaria en una persona natural, es esencial delimitar que sucedería si la parte contratante con el Estado es una persona jurídica. Aquí surge el problema elegir al funcionario idóneo, dentro de una estructura organizacional de la empresa, que pueda responder como cómplice del delito de colusión. Para empezar no será necesario, que en un acuerdo colusorio, el funcionario de la estructura organizacional sea precisamente el representante legal. Esto, es porque la participación punible se basa en términos de dominio, por lo que cualquier miembro de la empresa entiéndase: gerente del área legal, representante, abogado, administrador de la empresa, etc., podrá concertar colusoriamente con el funcionario o servidor público. Esta concertación puede darse en la etapa de selección de los proveedores o en la etapa de ejecución de los contratos celebrados con la empresa seleccionada.

1.8. Sujeto pasivo

El delito de colusión tanto en su modalidad simple como agravada, determina un perjuicio real o potencial al patrimonio estatal, el sujeto pasivo siempre será el Estado y como se indica en el tipo penal cualquier entidad u organismo del Estado.

Esta interpretación de sujeto pasivo debe ser extensiva en la medida que diversos sectores del Estado como: los ministerios, los organismos constitucionalmente autónomos, los organismos técnicos especializados, y cualquier otro sujeto con personería presupuestal pública, son titulares del bien jurídico en discusión. Por lo tanto todos los entes anteriormente mencionados suscriben contratos con particulares en el desarrollo de sus actividades económicas, puede haber la posibilidad de un acuerdo colusorio entre estos

particulares y el funcionario competente, este acuerdo será punible y tendrá a la entidad correspondiente como sujeto pasivo del delito.

La Jurisprudencia se ha pronunciado, entendiendo que en el delito de colusión el sujeto pasivo del delito es el organismo público, en tanto tenga “autonomía jurídica”, tales como los Gobiernos Regionales, las municipalidades, las empresas públicas de economía mixta o las entidades que posean personería jurídica^[202].

Como lo menciona Salinas Siccha es importante dejar establecido que cuando el operador jurídico asume que el hecho concreto se trata de una colusión desleal en agravio de una entidad u organismo estatal, solo esta se constituye en sujeto pasivo. Se excluye al Estado. Para entender mejor este aspecto es importante citar la Ejecutoria Suprema del 17 de marzo de 2005^[203], donde se determina 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 (…).”

Esta postura tiene como antecedente, la R.N. N° 168-2004-Piura, que textualmente dice:

“(…) De la denuncia fiscal, auto apertorio de instrucción, acusación fiscal, auto de enjuiciamiento y en la sentencia materia del grado, erróneamente se ha consignado como agraviados del delito de colusión desleal a la Administración Pública y al Estado, cuando la única entidad agraviada es la Municipalidad de Suyo de la provincia de Ayabaca en el departamento de Piura, toda vez que conforme a lo dispuesto en el artículo ciento noventa y uno de la Constitución Política del Perú, concordado con el artículo segundo del

[202] Algunos opinan que no es necesaria la personería jurídica en el sujeto pasivo (CATALÁN SENDER. *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos en el nuevo Código Penal. Doctrina y jurisprudencia.* Ob. cit., 310).

[203] R.N. N° 3017-2004-Huánuco (Ibidem, p. 349).

título preliminar de la Ley Orgánica de Municipalidades veintisiete mil novecientos setenta y dos, las municipalidades distritales son los órganos de gobierno local y tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia; siendo aquella indebida consignación un error material susceptible de ser subsanado, conforme a lo facultado por el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales (...).”

Es perentorio mencionar que los particulares de modo alguno pueden ser sujetos pasivos de este delito, dado que este delito busca proteger el patrimonio estatal.

2. TIPICIDAD SUBJETIVA

Hay completo consenso en la doctrina nacional, para afirmar que el único medio subjetivo para realizar el tipo es el dolo directo^[204]. No cabe la comisión por culpa. El agente público conociendo perfectamente todos los elementos objetivos que exige el tipo penal, voluntariamente, actúa y concierne con la finalidad de defraudar la confianza que el Estado ha depositado en él, para efectuar un perjuicio real o potencial.

No es relevante verificar si el agente actuó con la intención de obtener algún provecho patrimonial, dado que el provecho económico no es un elemento objetivo del tipo.

En este tipo penal solamente será posible el dolo directo^{[205][206]}. Esto se desprende de la exigencia de conocer y tener la voluntad por parte del agente, del elemento “concertar fraudulentamente” para defraudar el patrimonio estatal y por ende a su titular, el Estado. Esta postura, es aceptada por la jurisprudencia, teniendo el R.N. N° 2767-2008-Loreto del 19 de agosto de 2009, que señala:

[204] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 316; ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 422.

[205] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 268.

[206] Para Castillo Alva, se puede realizar este tipo penal a través del dolo eventual en la medida que haya un conocimiento de la capacidad concreta de la lesividad de la conducta respecto al perjuicio que también, como se indicó, es un elemento esencial del tipo. En: GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*. Ob. cit., p. 172.

“(…) el sujeto activo en el delito de colusión, al concertarse puede actuar en evidente codicia o con intencionalidad extraeconómica de buscar perjudicar al Estado. Si bien no se necesita acreditar el lucro y el provecho obtenido por el sujeto activo, si deberá acreditarse el dolo directo del agente, tanto del negociador público oficial como del interesado, para poder imputársele responsabilidad penal a título de cómplice a este segundo interviniente (…)”^[207].

Siguiendo la construcción de los tipos penales de colusión simple y agravada, es necesario hacer la diferencia en el aspecto jurídico subjetivo. En la colusión simple, el agente público dolosamente concierta con los terceros interesados, para arreglar una situación contractual determinada, con el objeto de defraudar al Estado. El agente público concierta con la intención de defraudar el patrimonio público^[208], esta intención materializada con el acuerdo colusorio, es reprimida penalmente, este tipo no busca sancionar un ulterior perjuicio patrimonial, solo sanciona el mero acuerdo. En cambio, en el tipo de colusión agravada, el agente público por medio de la concertación dolosamente defrauda al Estado patrimonialmente, el agente por medio de la defraudación afecta el patrimonio estatal.

Se debe precisar que por la técnica de tipificación empleada por el legislador, se infiere que solo se configura por comisión activa el delito de colusión simple y agravada. Siendo solo un pequeño sector de la doctrina que alega la posibilidad de la comisión por omisión^[209].

La tesis que defendemos de no aceptar la comisión por omisión en el delito de colusión, se ve jurisprudencialmente respaldada por la R.N. N° 1016-2004-Ayacucho del 14 de febrero de 2005, que niega la posibilidad de una responsabilidad penal del superior jerárquico en una

[207] La sentencia de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Junín, del 12 de setiembre de 1996, aparece como ejemplo de la forma como se da el elemento subjetivo en un hecho concreto y real. En efecto, allí se establece que “el aprovechar un funcionario público su intervención en los procesos de adquisición de bienes y servicios de la empresa de economía mixta en la que laboraba, para concertar dolosamente, esto es, conscientemente y con voluntad, con los proveedores, de manera secreta y defraudar al Estado, constituye delito de concusión desleal”. Exp. N° 1531-92 (Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia I, Lima, p. 420).

[208] En la exposición de motivos del proyecto de Ley N° 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”. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 301.

[209] Rojas Vargas señala que también 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 al dolo eventual. (ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 288).

modalidad de comisión por omisión, exonerando de responsabilidad al generador de la delegación por los hechos punibles que genere la persona que recibió la delegación, se señala textualmente:

“(...) en relación a las irregularidades cometidas por el comité de adquisiciones de insumos del programa del vaso de leche de la Municipalidad Distrital de Kimbiri y el procesado (...), es necesario señalar que pese a que por su calidad de alcalde de esa comuna resultó ser miembro nato de la citada comisión, lo cierto es que mediante resolución de alcaldía número cero diecinueve-noventinueve MDK-A, obrante a fojas ciento trece, este delegó sus funciones a su coprocesado (...) por lo que cualquier responsabilidad en dicho aspecto, resulta ajena a este encausado (...)”.

Por lo tanto, 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 –actos activos–. Si alguna de las partes que suscribe el contrato estatal, guardar silencio no es posible la concertación que exige el tipo penal.

3. ANTIJURIDICIDAD

Después que se verifica que las conductas analizadas se subsumen a los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad –juicio de tipicidad–, el operador jurisdiccional pasará a verificar si en aquellas conductas efectuadas por el agente concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal.

Por la propia redacción de las fórmulas legislativas de la colusión simple o agravada del artículo 384 es poco probable que se presente alguna causa de justificación, dado que las conductas típicas se realizan con dolo directo.

Sin embargo, nos adherimos a la postura esbozada por el profesor García Caveró, al señalar, que podría presentarse el caso de una situación de necesidad, que excluya la antijuridicidad de la conducta.

En el ejercicio de sus funciones, el agente público, puede encontrarse frente a situaciones de necesidad. Para la superación de estas situaciones de necesidad resultan necesarios, en la mayoría de los casos, actos jurídicos de disposición patrimonial, como medidas de urgencia, esta urgencia impide que

se puedan seguir los procedimientos regulares. Por ejemplo, en la R.N. N° 79-2003-Madre de Dios del 15 de febrero de 2005, se describe un supuesto de situación de necesidad:

“(...) resulta que el traslado en avión Fokker perteneciente a las Fuerzas Armadas del personal médico, enfermeras y auxiliares del Instituto Nacional del Niño de la ciudad de Lima hacía Puerto Maldonado y viceversa, tuvo como fin un acto humanitario en beneficio de la salud de los pobladores de la localidad por lo que no cabe atribuirseles la comisión del delito de colusión ilegal (...)”.

Si bien los funcionarios procesados dispusieron alquilar los aviones de las Fuerzas Armadas sin seguir los procedimientos regulados, la situación de emergencia de la población ameritaba una rápida actuación por lo que este acuerdo causó un perjuicio real –dinerario– para el Estado, por un alquiler de aviones por debajo del precio comercial^[210].

4. CONSUMACIÓN

Por la modificatoria de la Ley N° 29758 se infiere que la colusión simple y colusión agravada, tienen diferentes momentos consumativos.

Al revisar el artículo 384 del Código Penal se determina que la colusión simple se consume o verifica cuando el agente concierta, participa en acuerdos ilegales o acuerdos colusorios con terceros interesados con el propósito o finalidad de defraudar el patrimonio del Estado. Para fines de la consumación no es necesario que la defraudación efectiva al patrimonio estatal se verifique –esta verificación si será relevante para la consumación de la colusión agravada–, solamente bastará que se verifique el acuerdo colusorio o ilegal. En ese orden de ideas, es coherente sostener la tesis que la colusión simple es un delito de peligro concreto.

[210] Respecto al caso citado Salinas Siccha, opina que: “(...) En los supuestos invocados por el profesor García Caverro, si llega a determinarse que el sujeto público realizó comportamiento colusorio con terceros interesados, con la finalidad de defraudar al Estado, de modo alguno, puede excluirse la antijuridicidad. Antes bien, aquellas conductas se constituyen en más reprochables debido que el agente habría actuado aprovechando especiales circunstancias. Ni el cumplimiento de un deber especial, ni estados de emergencia, necesidad o actos humanitarios pueden justificar acuerdos clandestinos destinados a defraudar el patrimonio del Estado (...)”. En: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 302.

Importante es mencionar que el profesor Abanto Vásquez^[211] enseñaba incluso antes de la vigencia de la Ley N° 29758 que el delito de colusión es un delito de peligro y por lo tanto de mera actividad; en consecuencia, el delito se consuma con el concierto de voluntades en el escenario del acuerdo ilegal, sin necesidad que la Administración Pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de algún tipo de ventaja patrimonial u otro beneficio del agente público que participó en el acuerdo.

Sin embargo otro debe ser el análisis, sobre el contenido del segundo párrafo del artículo 384 del CP se evidencia que la colusión agravada se consuma o verifica cuando el agente público perjudica o defrauda de modo efectivo el patrimonio del Estado, siempre y cuando se haya verificado como requisito sine qua non previo, una concertación con los particulares interesados. Si no se verifica una concertación previa, el delito de colusión no se configuraría, así se haya perjudicado patrimonialmente al Estado. Este perjuicio puede ser imputado al funcionario o servidor público, pero con la subsunción de otro delito afín; y nunca por colusión.

Salinas Siccha, nos señala que la aplicación práctica del artículo 384 del CP antes de la modificatoria introducida por la Ley N° 29758, era contradictoria. Por ejemplo, en la Ejecutoria Suprema del 3 de febrero de 2006^[212] la Sala Penal Permanente, alegaba que:

“(...) el tipo penal mismo dice que ese ‘fraude’ debe consistir en la concertación ilegal misma, es decir, en la concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la administración pública que el tipo legal en cuestión es 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 este delito se consuma con la simple ‘colusión’ o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un perjuicio patrimonial, ni que se verifique la obtención de ventaja del funcionario, solamente se necesitaría la ‘idoneidad’ del acto de colusión (...)”.

[211] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, ob. cit., p. 279. La explicación de la posición adoptada, por el citado autor, es la reproducción acrítica de la doctrina española que como reiteramos se forma a consecuencia de la interpretación que hacen los penalistas del Código Penal español.

[212] R.N. N° 3250-2005-Ayacucho (GARCÍA CAVERO y CASTILLO ALVA. *El delito de colusión*, ob. cit., p. 304).

En tanto que en la Ejecutoria Suprema del 25 de abril de 2006^[213], la misma Sala Penal Permanente alegaba contradictoriamente que:

“(..). autos no obra la pericia que se ordenó en la ejecutoria suprema antes mencionada para efectos de determinar el monto de lo defraudado, omisión que resulta relevante en atención a que la naturaleza del delito materia de juzgamiento –colusión– impone, de ser el caso que se acredite fehacientemente la defraudación a los intereses del Estado, entidades u organismos de este, por lo que es indispensable que se realice nuevo juicio oral a efectos de determinar la culpabilidad o no del encausado (...)”.

Podemos en este punto concluir, que en la primera Ejecutoria citada se estaría tratando con el delito de colusión simple, según la nueva tipificación. Mientras que en la segunda ejecutoria estaríamos frente a un delito de colusión agravada. Somos de la postura que esta distinción que nace con la Ley N° 29758 es importante, pues le da autonomía a dos conductas típicas distintas, evitando lagunas jurídicas y criterios interpretativos divergentes.

5. TIPO IMPERFECTAMENTE REALIZADO: TENTATIVA

De la lectura de la nueva fórmula legislativa, se advierte que la modalidad simple del delito de colusión, tiene las características de un delito de mera actividad, que no exige un perjuicio efectivo, siendo un delito de peligro abstracto. En esta misma línea de ideas, la consumación se adelanta al momento del acuerdo colusorio entre el agente público y el particular interesado.

Al calificar el artículo 384 del CP como un delito de mera actividad, la ulterior consecuencia dogmática, es que no se pueda aceptar la tentativa, pues antes de la concertación ilegal no habrá hecho punible, las actividades antes del acuerdo colusorio serían actos preparatorios no punibles.

Es diferente el caso del segundo párrafo del artículo 384 del CP que tipifica la colusión agravada, aquí sí estamos frente a un delito de resultado, dado que el objeto del delito es el patrimonio estatal y el sujeto pasivo es el mismo Estado como titular de su patrimonio.

[213] R.N. N° 2192-2005-Puno (Ibidem, p. 314).

Se requiere en la colusión agravada, que se produzca un resultado, y que este resultado represente precisamente la realización del riesgo provocado por el agente público para defraudar al Estado. Al ser un delito de resultado, la consecuencia dogmática, es que sean admisibles las diversas formas de tentativa, ya que se trata de operaciones y negociaciones que no se producen simultáneamente, existiendo una distancia espacio temporal, entre las tratativas o conversaciones previas (concertación) y el acuerdo definitivo (defraudación) al que arriban el agente público y el particular *extraneus*^[214].

Difícilmente se pueden apreciar formas de desistimiento voluntario, pues la norma exige el dolo directo, sin embargo, la sola concertación sin perjuicio –según las circunstancias– configuraría la consumación de la modalidad simple.

6. PENALIDAD

De verificarse y probarse luego del debido proceso penal que el acusado es responsable penalmente de una conducta sancionada en el primer párrafo del artículo 384 del Código Penal, será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Esta es la pena para la colusión simple.

En cambio, si es imputado el delito de colusión agravada, el agente público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

7. LEGISLACIÓN COMPARADA

España (1995)

Artículo 436

La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara

[214] MARCA ROMERO, Elmer. *Análisis dogmático-normativo del delito de colusión. A propósito de la modificación efectuada por la Ley N° 29758*. Ob. cit., p. 34.

con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.

Chile (1874)

Artículo 239

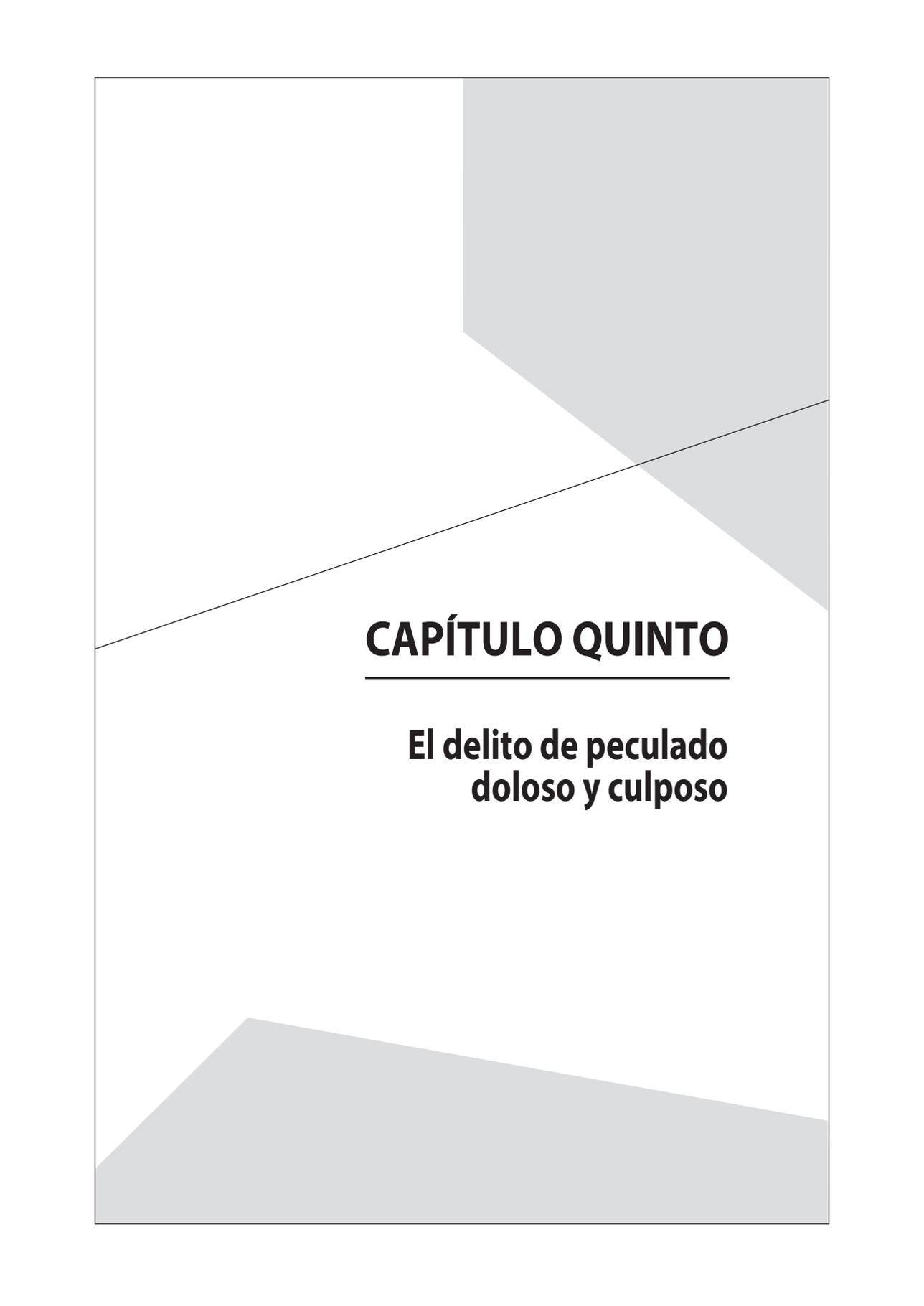
El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las Municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado.

Bolivia (1972)

Artículo 150

El funcionario público que por sí o por interpuesta persona o por acto simulado se interesare y obtuviere para sí o para tercero un beneficio ilícito en cualquier contrato, suministro, subasta u operación en que interviene por razón de su cargo, incurrirá en privación de libertad de uno a tres años y multa de treinta a quinientos días.

Esta disposición es aplicable a los árbitros, peritos, auditores, contadores, martilleros o rematadores y demás profesionales respecto a los actos en los cuales, por razón de su oficio, intervinieren y a los tutores, curadores, albaceas y síndicos respecto de los bienes pertenecientes a sus pupilos, curados, testamentarias, concursos, liquidaciones y actos análogos.



CAPÍTULO QUINTO

**El delito de peculado
doloso y culposo**

El delito de peculado doloso y culposo

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

El artículo 387 del CP fue modificado por el Artículo Único de la Ley N° 26198, publicada el 13/06/93, cuyo texto es el siguiente:

Peculado

“Artículo 387.- 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 la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

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 o 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 social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”.

Luego, fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 de junio de 2011, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 387.- Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales

o efectos públicos, 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.

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.

Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

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 o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”.

2. TIPICIDAD OBJETIVA

El tipo penal del artículo 387 tipifica el 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 administración o custodia se le encarga por el cargo funcional que desempeña.

La doctrina mayoritaria afirma que se trata de un delito de infracción del deber; empero, hay un sector minoritario que se inclina por señalar que se trata de un delito de dominio del hecho. Consideramos que el tipo de peculado pertenece a los llamados delitos de infracción del deber, por cuanto la imputación jurídico-penal no se fundamenta en el dominio del hecho que tiene el sujeto, sino en la infracción de un deber jurídico^[215]. La postura que

[215] ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Editorial Marcial Pons, Barcelona 1998, p. 383. La consecuencia inmediata que surge, al considerar que el delito de peculado es un delito de dominio, es que el *extraneus* también puede ser autor de dicho injusto. No obstante, esto no es posible por exigencias del

asumimos tiene respaldo jurisprudencial en la Ejecutoria Suprema del doce de abril de dos mil diez que textualmente nos señala:

“(...) se trata de un delito de infracción de deber con la necesaria obligación de acreditar el vínculo funcional del servidor público con el bien objeto de apropiación, ante la ausencia absoluta de dicha prueba, el fallo absolutorio se encuentra plenamente justificado (...)”^[216].

En tanto que el delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión que un tercero sustraiga de la Administración Pública, caudales o efectos que están confiados a él en razón del cargo que ostenta para el Estado. Estos conceptos son sencillos en apariencia, sin embargo, generan problemas en la dogmática y en la práctica jurisprudencial.

Pasaremos a analizar la actual tipificación realizada por la Ley N° 29758, publicada el 21 de julio de 2011, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 387. Peculado doloso y culposo

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.

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.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

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 o con prestación de servicios

principio de legalidad, el cual impide que los ciudadanos que no son funcionarios o servidores públicos sean considerados como autores del delito de peculado cuando lesionan un bien jurídico tutelado por el artículo 387.

[216] R.N. N° 2062 - 2009

comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”.

2.1. Modalidades del delito de peculado

Las modalidades por las cuales el agente público puede cometer el delito de peculado con dolo dependen de los verbos rectores que se señalan en el tipo penal. Por tanto, siendo los verbos rectores el “apropiarse” y “utilizar”, se deduce que existen dos formas de materializar el delito de peculado doloso, por apropiación y por uso o utilización. Así también los considera el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116^[217].

a) Modalidad de peculado por apropiación

Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior 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 pública^[218].

[217] “(...) El precepto normativo que describe la acción típica dolosa del delito de peculado utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos materiales que vienen a ser: a) La existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo; b) la percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción; c) la custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos; d) la apropiación o utilización en el primer caso estriba en hacer suyo 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; e) el destinatario: para sí 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; f) caudales y efectos, los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero; los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables (...)”.

[218] SALINAS SICCHA. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 298.

El agente público no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña, el agente simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio^[219]. La actuación del agente es propia de un propietario de los caudales públicos. Siguiendo esta línea en la doctrina nacional Rojas Vargas define que apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de estos^[220]. La forma de la ilegal apropiación puede darse tanto como incorporación de caudales públicos al patrimonio personal del autor, acrecentando su patrimonio personal o como actos de disposición como la venta, alquiler, usufructo u otros afines. En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento^[221].

Como ejemplo de esta modalidad cabe citarse el hecho real objeto de la Ejecutoria Suprema del 26 de junio de 2003. Allí textualmente se señala 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 aperturar una cuenta corriente para la compra de ómnibuses, 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, empero quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su inductiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se

[219] ABANTO VÁSQUEZ. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 342.

[220] ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 335.

[221] *Ibidem*, p. 336.

encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento (...)" [222] [223].

b) Modalidad de peculado por utilización

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente emplea de cualquier forma los caudales o efectos públicos, pero sin el objetivo de hacer suyo el bien. En el funcionario o servidor público 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^[224].

Para que se configure esta modalidad, debe existir una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada solo temporalmente, para luego devolverla a la esfera patrimonial de la administración pública^[225]. En esta línea de ideas la Ejecutoria Suprema del 20 de setiembre de 2005, señala 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 (...)"^[226].

Es perentorio en este punto hacer una acotación, en el artículo 388 del Código Penal encontramos el tipo penal de peculado de uso, se suele pensar que es idéntico al tipo penal de peculado en su modalidad de utilizar el artículo 387 del Código Penal. Sin embargo, una lectura cuidadosa de ambas

[222] Exp. N° 2337-2001-Lima (ROJAS VARGAS. *Jurisprudencia penal comentada* (2001-2003), T. II Idemsa, Lima, 2005, p. 321).

[223] Sobre esta modalidad también tenemos la R.N. N° 994-2009-Tacna, que señala: "(...) el tipo penal de peculado por apropiación para un tercero se define por el momento en que este recibe o se beneficia con los bienes públicos, pero para que esto se produzca, previamente el funcionario o servidor que, por razón del cargo, tenía bajo su custodia fondos públicos, ya había dispuesto su salida de la esfera de la Administración Pública; es decir, la consumación del peculado doloso –de carácter pluriofensivo por tutelar los intereses patrimoniales públicos y los deberes de lealtad y probidad del funcionario público– se produce cuando el sujeto activo incorpora a su esfera de dominio los caudales públicos, separándolos, extrayéndolos o desviándolos de las necesidades del servicio (...)"

[224] Rojas Vargas, define 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. (*Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 336).

[225] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 344.

[226] R.N. N° 3632-2004-Arequipa (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra, Lima, 2006, p. 619). Citado por Salinas Siccha, *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., 298.

hipótesis delictivas nos permite concluir que en el artículo 387 se refiere a utilizar efectos o caudales públicos en tanto que el artículo 388 se refiere a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la Administración Pública. Por lo tanto, se aplicará el artículo 387 como tipo básico siempre que los bienes públicos no estén representados por los instrumentos de trabajo de la administración mencionados taxativamente en el artículo 388 del Código Penal.

Sobre la posibilidad de una omisión impropia en las modalidades de apropiación y utilización del peculado Salinas Siccha nos menciona que es común en la naciente doctrina nacional considerar que el peculado doloso, tanto por apropiación como por utilización puede configurarse por omisión impropia^[227]. 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 que el operador jurídico recurrirá a lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal.

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

“El primer caso estriba en el hacer suyo 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 mismo. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito de apoderarse para sí o para un tercero”^[228].

En otro aspecto, nos adherimos a la postura de la doctrina que considera desproporcionada la técnica de tipificación al equiparar la figura del peculado doloso por apropiación con la figura del peculado doloso por utilización y sancionarlo con la misma pena. Esta sanción no toma en cuenta el diferente disvalor de la conducta y del resultado al equiparar una conducta en la que el sujeto activo se apropia de un caudal o efecto público causando un perjuicio permanente a la Administración Pública, con la del agente público

[227] ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 337; ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 343. En: SALINAS SICCHA. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., 298.

[228] Numeral 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005, del 30 de setiembre de 2005.

que solo sustrae temporalmente para su provecho o de un tercero un caudal o efecto público, causando esta sustracción con cargo a devolver un perjuicio temporal a la Administración Pública.

No es lo mismo apropiarse de los bienes de la Administración Pública que el solo usarlo para luego ser devueltos y continúen siendo de la Administración Pública^[229]. Esto nos convence para sostener que el juez, al momento de graduar la pena, le impondrá mayor pena al que se apropió de los bienes públicos, que al que solo se limitó a utilizarlos.

2.2. El perjuicio patrimonial

Para que se configure 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. Se puede citar en este punto a la Ejecutoria Suprema del 13 de marzo de 2003:

“(...) En el delito de peculado tanto en su modalidad dolos 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 (...)”^[230].

2.3. Precisiones del peculado culposo

El peculado culposo se encuentra tipificado en el último párrafo del artículo 387 del CP, el tipo exige que el funcionario público que tiene relación funcional específica con los bienes sustraídos por un tercero, se imputa en este caso la impericia en la administración de los bienes proporcionados por la Administración Pública para el desempeño de sus funciones –de la misma manera incluso si su función fuera el solo conservarlos–.

[229] Rojas Vargas 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 (ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 336).

[230] Ejecutoria suprema del 13 de marzo de 2003, Exp. N° 3858-2001-La Libertad (SALAZAR, SÁNCHEZ. *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*, p. 346). Citado por SALINAS SICCHA. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., 299.

En este sentido, podemos citar al Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116:

“(…) La conducta típica del delito de 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 (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho (…).”

No puede ser autor del delito, el funcionario que se ocupa de administrar de hecho los bienes cuando la custodia funcional le correspondía a otro; más bien en este otro habrá ya una “infracción del deber de cuidado” y la posibilidad de que recaiga en el la imputación por el delito^[231].

La conducta reprochable del funcionario consiste en “dar ocasión” a la sustracción del bien por un tercero, es decir faltar a los deberes de cuidado debido en la administración, percepción o custodia de los caudales, que es exigible para evitar sustracciones por parte de terceros, por ejemplo, el caso de un juez que deja abierto el despacho y permite que el asistente judicial se lleve una máquina copiadora o el gerente administrativo de un banco público que no pide la rendición de los balances de utilidades mensuales que percibe la empresa pública. El “cuidado debido” debe ser naturalmente “exigible” al funcionario; por lo tanto no se podrá exigir un cuidado superior al establecido por las leyes y disposiciones administrativas que regulen sus funciones.

Sin embargo, si el cargo exigía ciertos conocimientos que el funcionario no tenía, y debido a la falta de estos los bienes se pierden, habrá una infracción de deber de cuidado, pues este consistía ya en la aceptación de ejercer una función sin tener los conocimientos pertinentes.

2.4. Bien jurídico tutelado

El bien jurídico del delito de peculado no se cuenta dentro de los delitos contra el patrimonio, sino antes bien, como delito cometido contra la

[231] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 316.

Administración Pública por funcionario público, donde el bien jurídicamente tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados.

En el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública^[232], 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.

La Administración Pública es percibida como realidades normativas que están al servicio del ciudadano^[233]. Esto significa que el funcionario o servidor público –en su relación con la Administración Pública– debe promover mecanismos que permitan un desarrollo real de los ciudadanos. La lesión de la correcta prestación de servicios posterga las expectativas del ciudadano de acceder a logros concretos dentro del sistema.

Para establecer cuál es el comportamiento lesivo del bien jurídico, debe, en primer lugar, reconocerse el proceso de comunicación asignado respecto de los ciudadanos que lesionan o ponen en peligro las realidades normativas, pues es necesario fijar la relación social concreta en que se desenvuelven los hechos, ello significa evitar que el concepto jurídico que subyace como tutela penal sea un instrumento jurídico vago e inconsistente.

En el caso de la Administración Pública, al parecer, la materialidad surge en el momento que se presta un servicio. Sin embargo, un sector de la doctrina concluye que el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en el delito de peculado radica en la infracción del deber de lealtad que dichos ciudadanos tienen respecto del patrimonio del Estado^[234].

[232] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *La autoría y participación en los delitos de infracción de deber*. En: *Revista Penal*. N° 14, 2004, p. 12, señala el autor: "Tradicionalmente se ha entendido que el bien jurídico tutelado por esta parte del Derecho Penal sería la Administración Pública por sí misma, con cualidades como prestigio, dignidad, etc. Modernamente, con un entendimiento distinto del concepto de bien jurídico, se sostiene que en este ámbito lo que interesa proteger es el 'normal funcionamiento de los órganos de gobierno', 'la regularidad funcional de los órganos del Estado' o el correcto funcionamiento de la Administración Pública".

[233] OLAIZO NOGALES, Inés. *El delito de Cohecho*; Valencia, 1999, p. 87. "El bien jurídico es el buen funcionamiento de la Administración Pública, entendido como la imparcialidad, legalidad y objetividad, o atención a los intereses de la sociedad en la actuación administrativa (aquí lo fundamental es la relación entre el funcionario y los ciudadanos o administrados).

[234] GARCÍA MORALES, Óscar. *El delito de malversación* (apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos); Aranzadi, 1999, p. 34.

Esta tesis no puede ser compartida porque es incompatible con los fundamentos del Estado Democrático, ya que en un modelo de Estado, como el descrito, todos los ciudadanos (incluidos los funcionarios públicos), por un lado, no están obligados a guardar lealtad al patrimonio del Estado ni a las normas jurídicas. En un Estado Democrático, los ciudadanos pueden discrepar abiertamente de dichas instituciones con la total garantía de que sus ámbitos de libertad no serán restringidos^[235], ya que dichas conductas son riesgos permitidos por la Constitución y las leyes.

En un Estado democrático, el Derecho Penal no está diseñado para restringir la libertad de los ciudadanos cuando estos son desleales al patrimonio del Estado o a las normas, sino únicamente cuando estos a través de conductas materiales lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales^[236].

El núcleo típico del injusto de peculado no busca prohibir la deslealtad de los funcionarios o servidores públicos, sino la concreta puesta en peligro o lesión de la correcta prestación de servicios de la Administración Pública.

Por tal razón, la relación entre Derecho Penal y la Administración Pública sólo aparecerá en la afirmación del carácter fragmentario y de última ratio de derecho Penal. Esto significa, que la antesala previa a la incriminación penal es el derecho administrativo, donde se deben agotar mayoritariamente las opciones jurídicas. Si vencidos estos presupuestos la "conducta" afecta el correcto funcionamiento de la Administración Pública, recién no queda otra alternativa que la aplicación del Derecho Penal.

Solo la ley puede garantizar a los funcionarios públicos (y en general a todos los ciudadanos) que sus derechos fundamentales únicamente serán restringidos cuando sus comportamientos tergiversen el correcto funcionamiento de la administración; esto significa que esta posición es fiel respetuosa del principio de lesividad, porque requiere como *conditio sine qua non* la lesión o puesta en peligro de la correcta prestación de servicios que brinda la administración pública, mas no la sola deslealtad.

[235] SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. "El principio de legalidad en el Estado Democrático de Derecho". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 14; 2004, pp. 464-465.

[236] ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, del Derecho Penal y el proceso penal*; Valencia, 2000. "Solo se selecciona, de las conductas socialmente dañosas, aquellas que se presentan como intolerables e igualmente los intereses sociales que aparezcan vitales para la colectividad. Aquí reside el carácter necesariamente fragmentario del Derecho Penal".

Sobre el bien jurídico tutelado en el peculado, la jurisprudencia nacional ha determinado a través de la R.N. N° 113-2002-Amazonas que:

“(…) El bien jurídico protegido por el delito de peculado según la doctrina se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: por un lado, el garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y, por otro lado, evitar el abuso de poder que se haya facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad (…).”

2.5. Sujetos activo y pasivo

Tanto en su modalidad dolosa como culposa, el sujeto activo solo podrá ser un funcionario o servidor público que tenga una relación directa y funcional con los caudales públicos. Esta relación no puede ser de hecho sino legalmente instituida. El particular que por impericia o voluntad del funcionario se apropia de caudales públicos no podrá ser sujeto activo de este delito, dado que el delito de peculado es un delito especial. Sobre la calidad de sujeto activo la jurisprudencia nacional ha determinado que:

“(…) El tipo penal del delito de peculado 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 abierto 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 *intraneus* (…).”^[237].

El sujeto pasivo siempre será el estado en cualquiera de sus manifestaciones orgánicas, bajo ninguna circunstancia un particular puede ser sujeto pasivo del delito^[238].

[237] R.N. N° 375-2004-Ucayali

[238] “(…) En ningún caso puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o entidad independiente (…).” (Exp. N° 18885-1992-B-Áncash, Caro Coria, p. 648).

3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El peculado en análisis es doloso, por cuanto exige del funcionario público o servidor público que sus actos sean hechos con conocimiento de que los bienes de los que se apropia y utiliza voluntariamente son de origen público. Puede consumarse esta conducta con el dolo eventual^[239].

4. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

La consumación se da no con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si el sujeto activo fuese el propietario. Por esta razón puede existir tentativa. Si además se exige “perjuicio patrimonial” en la modalidad de “apropiación”, en el sentido de una disminución contable de bienes de la administración, la tentativa será posible hasta antes de que se verifique eso. En el caso de la “utilización”, la tentativa será posible hasta antes de dar uso privado a los bienes. Un ejemplo claro sería cuando los bienes se llevan a un lugar para su uso privado^[240]. En el caso de la modalidad culposa es importante observar que se necesita un “resultado típico”, el cual consistirá en la “sustracción” del bien por un tercero; pero no es indispensable la “apropiación” del bien, es decir, mientras que el funcionario público ya habrá cometido el peculado culposo, el tercero podría haberse quedado todavía en grado de tentativa de un delito común que requiera “apropiación”.

5. PENALIDAD

Si el agente público comete el peculado en su modalidad de apropiación o utilización la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Si 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.

[239] ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 289.

[240] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 310.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

El peculado en la modalidad de culpa tiene una sanción de pena privativa de libertad no mayor de dos años o 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 social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.

6. LEGISLACIÓN COMPARADA

España (1995)

Artículo 434

La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

Argentina (1984)

Artículo 256

Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años 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 con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una Administración Pública.

Colombia (1980)

Artículo 133

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya

administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salario mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2).

Chile (1874)

Artículo. 233

El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, será castigado:

1. Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la substracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.
2. Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.
3. Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

Bolivia (1972)

Artículo 142

El funcionario público que, aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días.

ANEXO

ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACUERDO PLENARIO N° 4-2005/CJ-116

CONCORDANCIA JURISPRUDENCIAL.

ART. 116 TUO LOPJ

ASUNTO: Definición y estructura típica del delito de peculado.

Art. 387 del Código Penal

PRECEDENTE VINCULANTE: Párrafos 6, 7 y 8.

Lima, treinta de setiembre del dos mil cinco.

Los Vocales Supremos en lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales Supremos en lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301 - A del Código de Procedimientos Penales, incorporado por el Decreto Legislativo N° 959, 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. Para fines –sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas– y con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el equipo de trabajo designado al efecto, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala Penal, un conjunto de

Ejecutorias que podían cumplir ese cometido. Cada Sala Penal de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvió presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

3. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan la estructura típica del delito de peculado, por cuanto resulta pertinente precisar definiciones relativas al tipo penal antes citado, y, por consiguiente permita deslindar esta figura típica de los demás tipos penales que se encuentran comprendidos en el Título XIII del Código Penal - Delitos contra la Administración Pública.
4. En tal virtud, se resolvió invocar el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y amplitud del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas, se decidió redactar un Acuerdo Plenario incorporando los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.
5. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor Gonzáles Campos, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6. El artículo 387 del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que: "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(...)"; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como: "Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos(...)"; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes; "Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social(...)" (Forma de circunstancia agravante incorporada por Ley Nº 26198 del 13 de junio de 1993). 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 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. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, 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 y probidad.

7. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: *apropiar* o *utilizar*, los que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

- a.** *Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.
- b.** *La percepción*, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

- c.** *Apropiación* o utilización. En 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 estos. 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.

- d. El destinatario: *para sí*. 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.
 - e. *Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.
8. Respecto a la *conducta culposa*, es de precisar que dicha figura 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 (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, **no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente**.
9. En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: "la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público" como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:
- *La sustracción*. Entendiéndosela 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.
 - *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.

III. DECISIÓN

En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad:

IV. ACORDÓ

- **ESTABLECER** como doctrina legal, las definiciones precisadas y la estructura típica del delito de peculado, las que se describen en los párrafos 6º, 7º y 8º del presente Acuerdo Plenario. En consecuencia, dichos párrafos constituyen precedente vinculante.
- **PRECISAR** que el principio jurisprudencial antes mencionado debe ser invocado por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- **PUBLICAR** este Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*. Hágase saber.

SS.

SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO.



CAPÍTULO SEXTO

El delito de malversación de caudales públicos

El delito de malversación de caudales públicos

El delito de malversación de caudales públicos tiene como antecedente más inmediato el artículo 348 del Código Penal derogado. Actualmente este tipo penal ostenta una redacción diferente. Sobre los antecedentes Salinas Siccha^[241] señala que, no indica el tipo penal como objeto del delito a los “efectos, caudales o bienes públicos”, sino a “dinero y bienes públicos”. Adicionalmente, la aplicación de los “fondos públicos” a destino diferente podía ser temporal para configurarse el delito, ahora con la última modificación de julio de 1999 por la Ley N° 27151, se configura el delito de malversación de fondos públicos solo cuando la aplicación a destino diferente es definitiva. Los destinos indebidos de fondos públicos que se hayan producido por razón de una situación de emergencia y que hayan sido temporales, no serán penalmente relevantes.

El delito llamado “malversación de fondos públicos” se encuentra tipificado en el artículo 389 del Código Penal, que textualmente señala:

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva deferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años.

Actualmente existe una discusión sobre el tipo penal de “malversación de fondos”; una corriente de la doctrina no encuentra un gran disvalor de la conducta y del resultado, dado que estos desvíos de caudales, se llegan a invertir en actividades de la misma Administración Pública, pudiendo ser

[241] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 375.

este desvío de capital un error administrativo, que debería sancionarse administrativamente^[242].

Sin embargo, nos adherimos a la postura esbozada por Abanto Vázquez, que se opone a la despenalización de la “malversación de fondos”^[243], dado que, en el contexto práctico los “desvíos de destino” pueden ser tan dañinos como los de “aplicación privada” (peculado). Y es que el factor determinante va a ser la finalidad para la cual estaban destinados los fondos públicos; no es lo mismo que en lugar de construir una escuela, un hospital o atender una situación de emergencia pública (terremotos, maremotos, plagas, etc.), se apliquen los fondos para la construcción de una piscina pública o para adquirir nuevos autos de transporte para el alcalde. Adicionalmente, muchos casos de “malversación de caudales” pueden traer consigo de manera oculta, verdaderos favorecimientos del agente público a particulares interesados; un ejemplo claro, es que en vez de construir el peaje X, cuya licitación había ganado una empresa Y, se invierten los fondos públicos para la prestación del servicio B, a cargo de una persona jurídica cuyo administrador es amigo del alcalde, mediante la “adjudicación directa”.

Y es que el “patrimonio” de la Administración Pública no es igual al de los particulares, pues, además de su contenido económico, reúne otros elementos específicos, tal como ha destacado Tiedemann: el concepto contiene su orientación hacia un destino planificado y la utilización planificada de los medios a los servicios públicos. Por eso aquí también existen un bien jurídico y un “objeto concreto” que el Derecho Penal debe seguir protegiendo: la “correcta aplicación de los fondos públicos” que puede formularse también como el principio de “legalidad presupuestal” (disciplina y racionalidad funcional en el servicio).

[242] Sobre la pertenencia de esta figura penal existen posiciones doctrinarias que abogan por su descriminalización y permanencia en la estricta área administrativa. En cierto modo es lo que hizo el Código Penal español de 1995 (art. 434) que exige ánimo de lucro para que el hecho adquiera relevancia típica penal, Molina Arrubla y Gómez Méndez, en Colombia, y Rodríguez Devesa y otros en España, focalizan dicha tendencia. Sobre el tratamiento de la malversación de caudales públicos en el Derecho comparado algunas legislaciones penales exigen el dolo directo para perfeccionar típicamente la figura (art. 434 del Código español de 1995), otras requieren del daño o entorpecimiento como condición necesaria para la tipicidad del hecho.

[243] Es importante citar a Fontán Balestra, que establece que la malversación de fondos es un delito que implica peligro para la funcionalidad de la Administración Pública (FONTÁN BALESTRA. *Tratado de Derecho Penal. Parte especial*, Ob. cit., T. VII, p. 232).

1. TIPICIDAD OBJETIVA

El tipo penal de malversación de fondos se configura cuando el agente público, siempre con la condición de funcionario o servidor público^[244], de modo definitivo, otorga o da a los fondos públicos –dinero o bienes del Estado– que administra en razón a su función, un destino diferente al previamente establecido, lesionando o poniendo en peligro el servicio público y la función pública encomendada. Se dice que el funcionario es un garante de los bienes que administra.

De este concepto, se evidencia que en la estructura típica deben concurrir diversos elementos objetivos que se deben presentar en el juicio de tipicidad, si no se presentan estos elementos objetivos, el delito no se configura. Se pasará a explicar los elementos objetivos de obligatorio cumplimiento.

1.1. Dinero o bienes del Estado

En cuanto a dinero, no hay gran inconveniente en su entendimiento. Todos sabemos en qué consiste el dinero. Se presenta el problema de interpretación respecto a los bienes, pues si seguimos la redacción al pie de la letra, se podría entender como objetos de posible malversación a bienes con valor patrimonial y bienes sin valor patrimonial.

Esta falta de precisión en la técnica legislativa, nos llevaría, a subsumir en el tipo de malversación de fondos el caso de “aplicación pública distinta” de bienes sin valor patrimonial, por ejemplo, en lugar de hacer que los empleados trabajen en la solución de un asunto público, lo hagan en otro. Para evitar estas situaciones se debería entender el término “bienes” en el contexto de objetos distintos al dinero, pero con igual valor económico-patrimonial.

[244] Es importante acotar lo trabajado por Abanto Vázquez sobre: “El concepto penal de ‘funcionario público’ no es idéntico, aunque sí sea semejante, al manejado en el Derecho Administrativo, Laboral o Constitucional. Como la tarea del Derecho Penal consiste en la protección de bienes jurídicos, su concepto tendrá que estar vinculado con el bien jurídico ‘funcionamiento de la Administración Pública’ en el sentido de que sea considerado ‘funcionario público’ todo aquel que tenga una posición especial en relación con tal funcionamiento; o sea que ejerza una ‘función pública’ y que haya ‘accedido’ a ella de cualquier forma legítima (...)”. En: <http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCgQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.alfonsozambrano.com%2Fdoctrina_penal%2Fdelitos_administracion_publica.doc&ei=cayAT8SQG4KYgweaytDyBw&usg=AFQjCNE5ObDrXDQumHj7izqA-7rjyAmCQg>. Revisado el día 06/04/2012 a las 17:24 horas.

Adicionalmente, como nos señala Abanto Vázquez^[245], debemos concluir que los bienes pertenecientes al Estado objeto del delito de malversación de fondos pueden ser los muebles o inmuebles con valor económico.

1.2. Relación funcional

De la redacción del delito de malversación de fondos públicos se entiende que el dinero, o bienes –con valor económico– del Estado objeto de la conducta típica, deben estar administrados o en efectiva posesión legítima mediata o inmediata del agente público. Si en un hecho determinado no se verifica esta administración o posesión legítima efectiva, el delito en hermenéutica jurídica no se configura –atipicidad absoluta– así exista evidente aplicación diferente del destino normal de los caudales públicos.

En este punto concluimos que, para configurarse el delito de malversación de fondos al igual con el peculado tipificado en el artículo 387 del Código Penal es condición sine qua non –*indispensable*– que el bien público objeto del delito esté en posesión legítima del funcionario o servidor público en razón a los deberes o atribuciones del cargo de administrador que se ostente al interior de la Administración Pública.

Estas atribuciones o competencias son determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos del organismo público, la posesión puede ser inmediata o mediata, es decir, el agente puede estar en contacto con el dinero o bienes del Estado o tenerla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional^[246].

La posición que se presenta, es también seguida en la doctrina nacional por **Rojas Vargas**^[247], se requiere de la relación funcional con el dinero o los bienes del Estado, en función de la posesión en administración y además que ello implique la posibilidad de aplicación de estos a los fines oficiales. De modo que, aquellos agentes públicos que cumplen la función de solo recibir o custodiar los bienes del Estado, no podrán responder a título de autores del delito de malversación de fondos, así ellos dispongan de los bienes para fines distintos. Máxime que, los encargados simplemente de

[245] SALAZAR SÁNCHEZ. *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*. Ob. cit., p. 386.

[246] SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 377.

[247] ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 388.

repcionar o custodiar el dinero o bienes públicos con valor dinerario no tienen la función de aplicarlos. Salvo claro está que aquel de la misma manera cumpla la función de administrador.

Esta relación funcional como elemento objetivo del delito en hermenéutica jurídica es resaltada en la Ejecutoria Suprema del 8 de agosto de 2002. Se determina textualmente que:

“(...) la comisión del delito de malversación de fondos se acredita con el informe pericial, donde se concluye que el manejo de los fondos de los créditos del Banco de la Nación no fueron utilizados en su totalidad para el fin con el que fueron solicitados –pago de remuneraciones y otros– sino que se destinaron para la amortización de obligaciones bancarias y el pago de gastos y adquisiciones, contraviniendo así el sentido funcional del dinero o caudales entregados en administración o custodia al procesado (...)”^[248].

1.3. Función de administrar

En líneas anteriores se ha determinado que el elemento del tipo “administrar”, significa la facultad de poder disponer del dinero y los bienes públicos con valor económico del Estado, para aplicarlos a finalidades distintas de las legalmente determinadas.

El funcionario o servidor público tiene la función de administrar el dinero o bienes públicos y en tal situación, este agente público abusa de su facultad, al otorgar un destino definitivo diferente.

Es importante, para no dejar lagunas de punibilidad, que el administrar no implique necesariamente que el sujeto deba siempre detentar la posesión directa del dinero o bienes bajo su cargo. Estos pueden estar –físicamente– lejos de él. Lo importante es que tenga la disponibilidad jurídica-patrimonial. Por lo tanto, se debe afirmar que es necesario que el agente público tenga dominio sobre ellos, naciendo este dominio por el ejercicio de sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular de la cartera ministerial.

[248] Exp. N° 4050-2001-Cono Norte Lima (SALAZAR SÁNCHEZ. *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*. Ob. cit., p. 452. Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 378).

1.4. Dar destino definitivo diferente al establecido

Un elemento indispensable en el delito de malversación de fondos, es la situación de dar al dinero o bienes públicos con valor económico destino definitivo diferente al establecido previamente en leyes presupuestales, reglamentos, decretos, ordenanzas municipales o resoluciones administrativas de autoridad competente. El agente en lugar de aplicar o invertir el dinero o bienes públicos que administra en las actividades del Estado, para las cuales estaban destinadas, los utiliza, aplica o invierte en actividades estatales diferentes a las planificadas^[249].

Es perentorio tomar en cuenta que el desvío definitivo de fondos públicos debe ser a objetivos de la misma Administración Pública. Si el destino de estos bienes o dinero tiene como objetivo una esfera patrimonial de un particular, estamos frente al delito de peculado, tipificado en el artículo 387 del CP. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, en el Exp. N° 1364-1996-B-Lima^[250]:

“(...) Los actos imputados al burgomaestre, consistentes en haber gestionado y obtenido un préstamo del Banco de la Nación, destinado a la ejecución de obras, pero que fue utilizado por el acusado para adelanto de remuneraciones y otros, no configura el delito de peculado sino de malversación de fondos (...)”.

La jurisprudencia se ha pronunciado en varios casos al respecto. Se tiene también, la Ejecutoria Suprema del 18 de noviembre de 1997 que textualmente señala:

“(...) Los actos imputados a los acusados, consistentes en haber destinado los recursos del sobrecanon petrolero para gastos personales, caja chica, publicidad y otros gastos corrientes, así como el traslado irregular de fondos del Tesoro Público de la partida de remuneraciones a la de bienes, acreditan la comisión del delito de malversación de fondos así como la responsabilidad penal de los procesados (...)”^[251].

La Ejecutoria Suprema del 5 de noviembre de 1998 argumenta que:

[249] Véase, SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 379.

[250] Exp. N° 1364-1996-B-Lima, Rojas Vargas, p. 684.

[251] Exp. N° 2846-96-Ucayali (ROJAS VARGAS. *Jurisprudencia penal comentada*. Ob. cit., p. 682.

“(…) la comisión del delito de malversación de fondos se halla debidamente acreditada con el informe preliminar, dictamen pericial contable y la instructiva del procesado, al haber destinado dinero procedente del canon petrolero a la compra de bienes generales y a la cuenta de gastos corrientes, asimismo al haber utilizado intereses provenientes de la cuenta corriente del programa del vaso de leche a fines distintos a los previstos (...)”^[252].

Para Finalizar, la Ejecutoria Suprema del 4 de febrero de 2002, considera que:

“(…) el procesado durante su gestión como gerente de la Corporación Departamental de Desarrollo de Ancash, dispuso indebidamente de los recursos intangibles provenientes de los préstamos del Banco Interamericano de Desarrollo –BID– ordenando que estos fondos se utilicen en gastos de funcionamiento, como el pago de incremento de remuneraciones a los trabajadores, cuando el dinero estaba destinado a la ejecución de proyectos de inversión en la zona (...)”^[253].

El desvío definitivo por la aplicación diferente del dinero o bienes públicos económicos significa, una imposibilidad del regreso o reintegro de estos a la masa patrimonial estatal o rubro del destino fijado con anterioridad al desvío. Siguiendo la postura de Rojas Vargas, están fuera de la objetivación típico-temporal, por lo tanto, las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, luego de superada la causa o factor que lo motivó^[254].

Otra importante conclusión esgrimida por Abanto Vásquez, señala que existen determinados fondos públicos, que el funcionario o servidor público administrador puede dar aplicación pública de los bienes a su libre arbitrio, cuando no se haya dado una directiva de gasto previamente, si sucede esto, se entiende que se está dejado a la discrecionalidad del funcionario a su aplicación siempre para fines públicos^[255].

[252] Exp. N° 6151-97-Piura (Ibidem, p. 463).

[253] R.N. N° 430-2002-Ancash (SALAZAR SÁNCHEZ. *Delitos contra la Administración Pública. Jurisprudencia penal*. Ob. cit., p. 445).

[254] ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 390.

[255] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., pp. 384-395.

1.5. Afectación al servicio o función pública encomendada

Nos adherimos a la postura que concibe como elemento objetivo trascendente del delito, la afectación o perjuicio al servicio o a la función pública encomendada como resultado de la conducta indebida del agente^[256].

Por lo tanto, la conducta del funcionario o servidor público de dar un destino público definitivo diferente a lo establecido previamente, debe lesionar o afectar el servicio o la función pública encomendada por Ley. Si tal afectación no se produce, el delito simplemente no se configura. En este punto es válido preguntarse, ¿cuál será la magnitud del perjuicio? El tipo penal, en su redacción no precisa si el perjuicio o afectación al servicio o función debe ser grave o leve. En razón a eso el tipo penal se interpretará entendiendo que habrá delito de malversación de fondos públicos, así la afectación o perjuicio sea grave o leve.

Debemos entender la afectación no solamente como un peligro de no ejecutarse la actividad para los cuales los fondos estaban destinados, bastará solamente con que se incrementen los costos de oportunidad o los costos efectivos, o que dicho desvíos de fondos afecten los plazos de realización de la actividad pública^[257].

Es por el motivo anterior, que será necesario realizar una pericia contable de oficio para saber el cuántum del perjuicio que se produjo con el desvío a los servicios públicos o la misma función pública per se.

La postura anteriormente descrita, encuentra respaldo en la Ejecutoria Suprema del 7 de setiembre de 2004, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, absolviendo de la acusación fiscal al acusado por el delito de malversación de fondos públicos, establece que:

“(...) exige, en primer lugar, un cambio de destino –siempre dentro del ámbito público– de los involucrados; en segundo lugar, que este cambio sea definitivo, lo que se expresa en función al propio carácter de los bienes desviados; y, en tercer lugar, como resultado típico, que con dicha conducta se dañe el servicio o la función encomendada, esto es,

[256] Rojas Vargas no considera este elemento, a nuestro parecer erróneamente, como uno más del delito de malversación de fondos, puesto que lo considera una condición objetiva de punibilidad (ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 392).

[257] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 386.

que peligre, la ejecución del servicio o función pública, se perjudiquen los plazos, o se incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta; que, en el presente caso, es cierto que se aplicaron determinados fondos públicos, de modo definitivo, a un ámbito presupuestario que no correspondía, sin embargo, no existe evidencia alguna que ese dinero en exceso que se desvió al pago de remuneraciones, haya ocasionado concretas afectaciones al servicio que presta Sedapal –se quejó, por ejemplo, de efectuar determinadas adquisiciones o contrataciones preestablecidas o planificadas–, o que el servicio se haya encarecido o perdido calidad precisamente a consecuencia de ese desvío de fondos”^[258].

Esta postura de la Corte Suprema encuentra antecedente en la Ejecutoria Suprema del 6 de noviembre de 1997, que nos señala textualmente:

“(…) no haber responsabilidad penal por los cargos de malversación de fondos atribuidos a los funcionarios del núcleo ejecutor de obras –Foncodes– de la ciudad de Huancabamba, al haber destinado a fin distinto el dinero asignado, por cuanto dicho monto imputado fue utilizado en obras que beneficiaron a la comunidad, no causando agravio al Estado, ni habiendo constituido incremento al peculio de los acusados (…)”^[259].

La Corte Suprema establece un criterio de proporcionalidad, siendo no punible el desvío permanente de fondos públicos a actividades que tengan como objetivo mejorar el servicio público u objetivo afín establecido por la hoja de ruta. Sin embargo, sí será punible un desvío dinerario a contraprestaciones salariales que sobrepasen las autorizadas, como se da en el caso de las dietas municipales a los regidores. Sobre este punto la Ejecutoria Suprema del 5 de abril de 2004 estableció responsabilidad penal del acusado. Allí se establece que:

[258] R.N. N° 2331-2002-Arequipa (SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante*. Palestra, Lima, 2006, p. 644). Un sentido similar tiene la Ejecutoria Suprema del 25 de setiembre de 2002. R.N. N° 2769-2001-Junín (URQUIZO OLAECHEA et ál., *Jurisprudencia penal*, ob. cit., p. 668). Citado en: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit. p. 383.

[259] Exp. N° 5697-96-Huánuco. La Ejecutoria Suprema del 16 de julio de 2004 tiene un sentido similar, pues establece que “si bien se aplicó el dinero institucional a una finalidad no autorizada por la ley, empero no aparece evidencia alguna que se produjo una concreta afectación del servicio asignado o a las funciones encomendadas”. Vide R.N. N° 1100-2003-Lima [PÉREZ ARROYO. *La evolución de la jurisprudencia en el Perú (2001-2005)*. cit., T. II, p. 1324]. Citado de esta manera en SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*, Ob. cit. p. 380.

“(...) está acreditada la comisión del delito de malversación de fondos, pues el sujeto activo dio una aplicación definitiva y diferente al dinero o bienes que administraba por su condición de alcalde, concretamente utilizó dinero del Fondo de Compensación Municipal en un porcentaje superior al que estaba asignado para el pago de viáticos y se excedió en el pago de dietas que no estaban siquiera autorizadas, y que excedían en un ciento dos por ciento del total de los ingresos propios de la municipalidad; que sin duda, estas desviaciones han afectado el servicio o la función pública encomendada, con lo que el resultado típico se ha producido (...)”^[260].

1.6. Sujeto activo

Es sujeto activo el servidor o funcionario público que administra dinero o bienes que, por lo mismo, posee facultades para disponer de ellos para los fines del destino predeterminado. Así lo reconoce nuestra jurisprudencia nacional, la R.N. N° 3102-2004-Santa, señala que:

“(...) El tipo penal del delito de malversación requiere que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público que administra concretos caudales públicos, calidad que desde luego no tiene un particular sin ningún vínculo con el Estado; empero, el artículo 492 del Código Penal incorporó una figura extensiva, en cuya virtud la conducta del particular se encuadra también dentro del supuesto típico del delito de malversación de fondos (...)”^[261].

Si el agente público solo tiene facultades de custodia y dispone del dinero y bienes para otro uso oficial –el uso se destina para objetivos de la misma Administración Pública– el sujeto activo no cometerá delito de malversación sino abuso de autoridad –tipo residual– tipificado en el artículo 376 del CP.

En cambio, si el agente público dispone los fondos públicos para sí mismo, se estará frente al delito de peculado tipificado en los artículos 387 y 388 –según se dé el caso– los custodios o vigilantes (de bienes) que son pagados por el Estado, no pueden ser autores de malversación de fondos. Los

[260] R.N. N° 310-2003-Apurímac (ÁVALOS RODRÍGUEZ, Y ROBLES BRICEÑO. *Modernas tendencias dogmáticas en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema*. Ob. cit., p. 304).

[261] R.N. N° 3102-2004-Santa. PÉREZ ARROYO. Ob. cit., p. 144.

dependientes del funcionamiento que cumplen sus órdenes tampoco son autores de malversación de fondos. Se requiere, como es fácil colegir, de relación funcional con el dinero o los bienes.

Algunos autores distinguen entre funcionarios que pueden “imputar” y los que pueden “disponer” los bienes y señalan que solamente los funcionarios que pueden “disponer” serían sujetos activos del delito. Esta distinción parece ser relevante para la legislación penal peruana, con más razón ahora que se exige una “aplicación definitiva”. Es decir, no comete aún malversación el funcionario que solamente “imputa” los bienes públicos para una finalidad pública distinta, sino solamente cuando además, “dispone” dolosamente de los bienes malversándoles. Los que administran bienes privados, aun cuando sea por mandato de la Administración Pública, no pueden ser sujetos activos de este delito, para ellos puede ser aplicable la extensión de la autoría prevista en el artículo 392^[262], sobre la atipicidad en el delito de malversación de fondos públicos del administrador de bienes privados, la Corte Suprema a través de la R.N. N° 2176-2003-Piura, estableció que:

“(…) El tipo penal exige que los fondos sean del Estado, cuya administración le es confiada al funcionario público en razón de su cargo, y a los cuales se da un destino diferente al establecido; no configurándose el tipo si los caudales provienen de entidades privadas (…).”

1.7. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el Estado como titular del bien jurídico tutelado. El Estado en sus diferentes reparticiones públicas a nivel central, regional o local, organismos autónomos o descentralizados, incluidas, las empresas del Estado. Esta postura se deduce de la Ejecutoria Suprema del 15 de febrero de 2002 por la que se establece:

“(…) en los delitos de peculado y malversación de fondos públicos previstos en los artículos 387 y 389 del CP el agraviado siempre es el Estado (…).”^[263]

[262] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Ob. cit., p. 332.

[263] Exp. N° 1175-2001-Lima.

1.8. Bien jurídico tutelado

La regularidad y buena marcha de la Administración Pública. El objeto específico de la tutela penal es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos^[264]. En suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio^[265]. Esta correcta funcionalidad en la aplicación de los fondos públicos a los objetivos de la Administración Pública es manifestada en la Ejecutoria Suprema del 23 de enero de 2003, que nos señala:

“(...) en el delito de malversación de fondos el bien jurídico tutelado es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo de dinero y bienes públicos; se trata en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio (...)”^[266].

2. TIPICIDAD SUBJETIVA

El tipo es netamente doloso, el artículo 389 del CP no castiga las formas culposas de malversación de caudales públicos. Lo cual significa que el sujeto activo debe tener conocimiento, en su actuar voluntario, del fin o destino indebido y definitivo que está dando a los bienes y dinero, infringiendo sus deberes. Se trata en no pocas ocasiones de la presencia de lo que los romanos llamaban *dolus bonum*, pero que la norma penal peruana igual castiga. Sobre la clase del dolo requerido para perfeccionar el componente subjetivo del delito es puntual señalar que en el artículo 434 del Código Penal español resulta relevante penalmente para la malversación de caudales si el agente actuó con dolo directo. Esta técnica de tipificación, es una muestra de una política criminal flexible, dado que se deja la posibilidad de que los agentes públicos administradores, puedan desviar los fondos públicos y

[264] Véase, al respecto, ORTIZ RODRÍGUEZ, Alfonso. *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Medellín, Medellín, 1985, p. 53.

[265] ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 317.

[266] Exp. N° 3630-2001-Ucayali. En: SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 386.

emplearlos en destinos oficiales distintos a los asignados, de ser justificada por las situaciones de urgencia^[267].

Somos de la postura de Abanto Vásquez, que considera posible el error, tanto de tipo como de prohibición. Sin embargo, en algunos casos el error solo eliminará el dolo del delito contra la Administración Pública, aunque no el de otro delito, es decir, cuando se presta una aplicación pública a bienes privados creyendo que eran públicos, en este caso quedará subsistente un abuso de autoridad o una exacción ilegal. En la praxis, puede producirse error en cuando ocurra un “cambio de destino repentino” por la administración pública, que desconozca el funcionario.

3. ANTIJURIDICIDAD

Luego del juicio de tipicidad, concluyéndose la subsunción del hecho en los elementos objetivos y subjetivos del tipo, el operador deberá analizar si concurren algunas circunstancias descritas en el artículo 20 del CP. Generalmente se presentan aquí situaciones de estado de necesidad justificante que obligan al agente público a disponer hacia a un fin distinto el dinero o bienes, y que tomarán inexistente el delito. La jurisprudencia penal acepta esta figura en el delito de malversación ilegal, la Ejecutoria Suprema de 31 de octubre de 1997:

“(...) Haber dado destino distinto a los ingresos por concepto de peaje, para efectuar los pagos por salarios a los trabajadores en circunstancias de haber sido embargadas las cuentas del Municipio y de estado de necesidad y falencia económica, determina declarar no haber nulidad en la resolución que declara no haber mérito para pasar a juicio oral (...)” [Sumilla N° 10]^[268].

Igualmente, se suele alegar como una causa de justificación, a la orden o autorización legítima, pero esto en realidad supone ya una atipicidad de la conducta, pues tal orden legítima implica un cambio legítimo de destino de los bienes. Ciertamente es también, que esta orden tiene que estar presente en el momento de la disposición de los bienes; pero se discute si puede ser posterior como en el caso de una rectificación del presupuesto anual. Sin

[267] ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 321.

[268] Exp. N° 2147-96-Lambayeque.

embargo, hay que distinguir la corrección presupuestal ulterior de un “cambio de destino” decidido antes de la actuación desviadora, carece de efectos el “cambio de destino” decidido posteriormente para esconder el desvío ilícito ya consumado por el agente público, incluso si viene de la forma de una corrección presupuestaria^[269].

4. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Como nos señala Rojas Vargas, se trata de un delito de resultado de naturaleza doble: de comisión instantánea y de resultado. El delito se consuma instantáneamente al producirse o verificarse la aplicación o empleo definitivo de los caudales públicos –sean dinero o bienes– en destinos distintos a los previstos. No es suficiente la mera orden, el giro de cheques o la provisión de bienes, mientras estos no se destinen o apliquen materialmente.

Naturalmente que es presupuesto del delito que los bienes o dinero hayan tenido un destino establecido previamente, pues de no ser así el acto de disposición oficial distinto que realiza el sujeto público será atípico de malversación de fondos. Al ser un hecho punible de resultado es completamente admisible la tentativa, esta se podría manifestar cuando el funcionario, emite una ordenanza para dar un destino desviado de los bienes, y es descubierto por los órganos de control antes de la aplicación material.

5. PENALIDAD

El autor o autores, del delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada se aplicará la agravante, por lo que la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años.

[269] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 332.

6. LEGISLACIÓN COMPARADA

España (1995)

Artículo 432.

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

Argentina (1984)

Artículo 260

Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

Colombia (1980)

Artículo 136

El empleado oficial que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en

este, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, (multa de un mil a cincuenta mil pesos) e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.

Chile (1874)

Artículo 236

El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento.

Bolivia (1972)

Artículo 144

El funcionario público que diere a los caudales que administra, percibe o custodia, una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados, incurrirá en reclusión de un mes a un año o multa veinte a doscientos cuarenta días.

Si del hecho resultare daño o entorpecimiento para el servicio público, la sanción será agravada en un tercio.

Uruguay (1934)

Artículo 153

El funcionario público que se apropiare el dinero o las cosas muebles, de que estuviere en posesión por razón de su cargo, pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno, será castigado con un año de prisión a seis de penitenciaría y con inhabilitación especial de dos a seis años.



CAPÍTULO SÉPTIMO

El delito de cohecho pasivo propio

El delito de cohecho pasivo propio

Somos de la postura que la legislación nacional se aparta de la técnica de tipificación argentina y permanece en la helvética (artículo 279 del Código Penal Federal de 1918), se mantiene la formulación del Código Penal peruano de 1924 en su artículo 349. La última modificación de este tipo penal se dio con la Ley N° 28355 del 6 de octubre de 2004, que cambia la redacción del artículo 393 del Código Penal de la siguiente manera:

“Artículo 393.- Cohecho pasivo propio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

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

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.

El legislador consideró tener dos tipos penales de corrupción pasiva, nos referimos al delito de cohecho pasivo propio tipificado en el artículo 393 del CP y el cohecho pasivo impropio tipificado en el artículo 394 del mismo cuerpo normativo. Se ha preferido seguir el modelo del proyecto suizo

del Código Penal de 1918 y no el alemán de 1871 que ofrecía una mejor sistematización.

1. TIPICIDAD OBJETIVA

La redacción de este tipo penal nos demostraba una clara dicotomía de estructuras una, estructura de carácter “unilateral” respecto al funcionario cuando se refería al “solicitar un beneficio” y una estructura de carácter “bilateral” que exigía que el agente público acepte un bien o beneficio cualquiera. Empero esta dicotomía es relativa ya que en ambos supuestos se existe una contractualidad en el sentido amplio, por lo que se podría hablar de una relación sinalagmática. La Ejecutoria Suprema del 16 de mayo de 2003, R.N. N° 14-2001-Lima, explica de manera tautológica el delito de cohecho pasivo impropio:

“El delito de cohecho pasivo propio en agravio del Estado, se describe entendiéndolo como la aceptación hecha por un funcionario público o por la persona encargada de un servicio público, para sí o para un tercero de una retribución no debida, dada o prometida para cumplir, omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario público, debiendo tenerse en cuenta además que el sujeto activo en dicho delito debe omitir un acto legítimo a su cargo el cual debe entrar en su competencia funcional, siendo una de las características de dicho tipo penal solo el acuerdo de voluntades, no siendo necesario el cumplimiento de pago, la promesa ni el acto indebido”^[270].

1.1. Comportamientos delictivos

a) Los supuestos del primer párrafo del artículo 393, “aceptar” o “recibir” donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas

Tenemos una primera modalidad que se materializa cuando el agente público acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para

[270] Ejecutoria Suprema del 16 de mayo de 2003, R.N. N° 14-2001-Lima.

realizar un acto que vaya en contra de los deberes normales que desempeña al interior de la Administración Pública, o también omita un deber que derive de tal función en contra de la misma Administración Pública. El aceptar es una modalidad tradicional del cohecho, empero este término debe ser entendido en sentido amplio.

Debemos considerar en esta primera modalidad el “aceptar” como verbo rector del tipo, este verbo rector se debe entender como admitir, tolerar, querer, consentir o adoptar algo^[271]. El término “aceptar” en el contexto de corrupción pasiva contiene dos factores, uno que se refiere a una “entrega inmediata” de un bien, y otro que se refiere a “la promesa de un cumplimiento futuro”, el primer factor será lo que se conoce en otras legislaciones penales como el “recibir”, es decir entrar en la tenencia material del objeto que la otra parte ofrece con la voluntad de hacerlo suyo (traslado físico de bienes)^[272]. Este “aceptar” no requiere las formalidades civiles que exigen los actos jurídicos contractuales en razón a la naturaleza del bien (requisitos notariales, registrales, etc.). Sobre este punto, se debe agregar que tampoco será relevante para la subsunción en el tipo, la condición de la entrega, es decir que se pacte una tenencia momentánea con la condición de devolver el bien o una tenencia fija del bien, a cambio de la realización del acto funcional ilícito u omisión de un acto funcional determinado, lo que sanciona el delito de cohecho pasivo propio, es la mera aceptación de un bien o promesa que haga el agente público para realizar un acto en contra de sus funciones u omitir realizar un acto funcional, no siendo relevante la naturaleza o condición de entrega del bien.

Debe existir una vinculación entre la aceptación del medio corruptor y el acto que se espera que realice o que omita el agente público. Mientras que la frase “para realizar” trae a colación esta vinculación sinalagmática del medio corruptor y la realización del acto ilícito, de esta forma se pone en manifiesto el carácter finalista de estos actos.

El delito se configura cuando el funcionario o servidor público admite, tolera, consiente, adopta o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar un acto en contra de sus deberes funcionariales o de lo contrario dejar de realizar un acto funcional que estaba obligado. Estos deberes funcionariales se encuentran regulados en leyes, normas administrativas o

[271] SALINAS SICCHA. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 436.

[272] VALEIJE. *El tratamiento penal de la corrupción*. Ob. cit., p. 121.

reglamentos, estos cuerpos normativos determinan de manera taxativa los actos de competencia, así como los procedimientos de actuación funcional del agente público.

La conducta se perfecciona con el mero hecho de aceptar o tolerar por parte del interesado el donativo, promesa o cualquier otra ventaja con el objetivo de realizar un acto en violación de sus deberes u omitir realizar un acto en violación de sus deberes. El tipo penal de cohecho pasivo propio se configura aun cuando la promesa o donativo no se haya realizado, tampoco será causa de atipicidad que el funcionario o servidor público no haya realizado u omitido el acto en contra de sus funciones según se haya acordado, esto sucede así, ya que el delito es de mera actividad.

En este primer párrafo también se incluye el supuesto de una aceptación realizada por el agente público cuando ya realizó u omitió ilícitamente el acto funcional. Somos de la opinión que esta frase se debió haber redactado como un agravante del tipo, dado que ya no se sanciona la mera solicitud *ex ante*, de la realización u omisión ilícita del acto funcional, sino se sanciona el solicitar un bien o beneficio de manera *ex post*, por lo cual sería aceptable hablar de una agravante por el resultado.

Aunque esta modalidad pasiva de corrupción de funcionarios, por “aceptar” donativo o cualquier otro beneficio no presente grandes inconvenientes interpretativos, el 30 de setiembre de 2005, los vocales supremos integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en aplicación del artículo 22 del Texto Único Ordenado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, se reunieron en el Primer Pleno Jurisdiccional y dictaron el Acuerdo Plenario N° 1-2005/ESV-22, por el cual por unanimidad acordaron declarar como precedente vinculante el fundamento cuarto de la Ejecutoria Suprema derivada del R.N. N° 1091-2004-Lima^[273]. En esta Ejecutoria Suprema se establece textualmente^[274]:

“El delito de corrupción de funcionarios previsto en el artículo 393 del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término ‘aceptar’, el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o

[273] Ejecutoria Suprema dictada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, el 22 de marzo de 2005. Citado por SALINAS SICHA. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 437

[274] Ídem.

cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento de quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde el *extraneus* que corrompe a aquel funcionario”.

Después de establecer que la primera modalidad se da por un “aceptar”, corresponde el pasar al análisis de la segunda modalidad, esta segunda modalidad se configura cuando el funcionario o servidor público recibe un bien o cualquier otra ventaja para realizar un acto que va en contra de sus deberes funcionariales establecidos u omitir realizar un acto establecido, trasgrediendo de la misma manera la función. Sin duda el verbo rector es “recibir”, este debe ser entendido como el embolsar o percibir.

b) Los supuestos del segundo párrafo del artículo 393, “solicitar”, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas

El solicitar es un verbo de acción que va dirigido a un destinatario de quien se pretende algo, no es la simple proposición, broma o indirecta. Se tiene que merituar muy bien los elementos probatorios al momento de evaluar la idoneidad y suficiencia típica del acto^[275].

El “solicitar” consiste en que el funcionario o servidor público requiera a un interesado que le entregue un bien determinado o algún tipo de ventaja, sin embargo el carácter de este requerimiento se da en un contexto de contractualidad, acuerdo de voluntades, este requerimiento no puede incluir ningún tipo de violencia propio de los tipos de “concusión” y “exacción ilegal”.

El verbo rector es “solicitar”, el que se debe entender como pedir o requerir. El delito en esta modalidad se va a configurar cuando el agente público de forma directa (el mismo funcionario o servidor público va y solicita) o indirecta (el funcionario o servidor público manda a otro a solicitar) requiere o pide un bien o algún tipo de beneficio para realizar un acto en contra de sus deberes, o en todo caso dejar de realizar un acto funcional, ambos en

[275] ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 382

perjuicio de la Administración Pública, trasgrediendo los procedimientos y obligaciones establecidos por Ley o por otra norma competente.

En el segundo párrafo también se incluye el supuesto de una solicitud realizada por el agente público cuando ya realizó u omitió ilícitamente el acto funcional, somos de la opinión que esta frase se debió haber redactado como un agravante del tipo, dado que ya no se sanciona la mera solicitud *ex ante*, de la realización u omisión ilícita del acto funcional, sino se sanciona el solicitar un bien o beneficio de manera *ex post*, por lo cual sería aceptable hablar de una agravante por el resultado.

La ejecutoria Suprema del 6 de diciembre de 2000 presenta un caso real de la modalidad de solicitar. Allí textualmente se menciona que:

“ (...) aparece de autos que se incrimina al procesado en su condición de Inspector de Migraciones solicitar al procesado suma de dinero a efectos de no ponerle a disposición de la autoridad, por el hecho de haber prestado una libreta militar falsificada para [la] tramitación de su pasaporte; el procesado, tanto en su inductiva como en el juicio oral niega haber solicitado dinero a su coacusado, habiendo únicamente retenido su libreta electoral para dar cuenta al Director de migraciones, afirmación que se halla desvirtuada por el informe elevado al Director de Pasaportes en el que reconoce ser consciente de haber procedido mal en aceptar el dinero, poniendo a su disposición los documentos y el dinero recibido (...)”^[276]. También la Ejecutoria Suprema del 4 de mayo de 2010, da cuenta de otro hecho real de corrupción por la modalidad en análisis. En ella, se precisa que según la acusación fiscal: **“(...) el encausado Narciso Lázaro Barreto, en su condición de Director del Colegio Nacional ‘Santa Úrsula’ del caserío de Hualcán comprensión de la Provincia de Carhuaz, solicitó y recibió una ventaja económica de parte de la sentenciada Vera Mejía, a fin de asignarle la plaza de docente en la especialidad de Historia y Geografía (...)”^[277].**

De la misma forma que los supuestos mencionados en el primer párrafo del artículo 393 del CP, estamos analizando un delito de mera actividad, por

[276] Exp. N° 321-2000-Lima (ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 745).

[277] R.N. N° 1020-2009-Ancash - Sala Penal Permanente. Citado por SALINAS SICCHA. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 438.

lo que el tipo se va a perfeccionar con la mera “solicitud”–no se exige, ni es relevante el resultado de la solicitud–, por lo que no será relevante para el análisis típico que el funcionario o servidor público solicitante haya recibido efectivamente el bien o la ventaja pactada, ni tampoco lo será la no realización u omisión de actos funcionariales, como contraprestación pactada con el interesado.

c) Los supuestos del tercer párrafo del artículo 393, “condicionar” su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja

En este supuesto el verbo rector es “condicionar”, ya que significa que el funcionario o servidor público le afirma al particular interesado, que si le hace la promesa de entregarle en el futuro inmediato un bien o donativo realizará el acto funcional en su beneficio, en cambio, si no le hace tal promesa, realizará el acto funcional en su perjuicio. Consideramos incorrecta la introducción del elemento “condicionar”, ya que bien este condicionamiento puede ser abarcado por el verbo “inducir” de la concusión tipificada en el artículo 382 del CP.

1.2. Bien jurídico tutelado

El objetivo de la criminalización de esta conducta funcional es salvaguardar el correcto funcionamiento, prestigio e imparcialidad de la actuación de la Administración Pública: lo que se busca es que la prestación de los actos de función o servicio no se den como contraprestaciones de un acuerdo ilegal^[278]. En un sentido principista, la Ejecutoria Suprema del 2 de julio de 1998 determinó que:

“(…) la conducta dolosa del encausado al solicitar prebenda económica con el fin de parcializar su decisión jurisdiccional ha vulnerado los principios de una correcta administración de justicia y los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe que todo magistrado debe observar (...)”^[279].

[278] En un sentido similar: “(...) El bien jurídico protegido en esta clase de delitos, es preservar la regularidad e imparcialidad en la correcta administración de justicia en los ámbitos jurisdiccional y administrativo (...)” (R.N. N° 3765-2001-Cusco, Data 40000, G.J.).

[279] Exp. N° 521-1998-Lima, Data 40000, G.J

1.3. Sujeto activo

Se requiere la cualidad de “funcionario público” o “servidor público”^[280] para ser sujeto activo. Se trata de un delito especial propio. Por este motivo no podrán cometer este delito los particulares.

Sin embargo, no puede cometer este delito cualquier funcionario público, sino solo aquel que actúa en el ámbito de sus propias funciones. Si el sujeto activo fuera un agente público que actúa invadiendo las funciones de otro, estaremos frente al delito de “usurpación de funciones”, pero no de cohecho pasivo. Una estafa sería posible cuando el particular fue engañado, ya que se le hizo creer que el sujeto activo tenía las funciones que adujo, y ello derivó en un perjuicio patrimonial para el particular, aquí no debe importar que la “contraprestación” del particular sea ilícita, dado que, el bien jurídico tutelado en la estafa es el patrimonio^[281].

Consideramos que el elemento “funcionario público” en el delito de cohecho pasivo propio, no existe cuando aun no se ha asumido el cargo, por un criterio de proporcionalidad, dado que si los actos funcionariales están debidamente regulados en los reglamentos y las leyes, no hay razón para adelantar la calidad de funcionario público antes de asumida sus funciones en el tipo de cohecho, sin embargo, las promesas que hace del funcionario público antes de asumir oficialmente el cargo bien pueden ser subsumidas en el tipo penal de tráfico de influencia tipificado en el artículo 400 del CP, esto en razón de que el tráfico de influencias no exige la calidad de funcionario

[280] Una definición de funcionario público aplicable, y más amplia, recoge el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigor desde el 14 de diciembre de 2005, allí se prevé que a los efectos de la presente Convención: a) Por “funcionario público” se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; b) Por “funcionario público” se entenderá toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido; y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública; c) Por “funcionario de una organización internacional pública” se entenderá un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre.

[281] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., p. 376.

público para ser sujeto activo, incluso las influencias ofrecidas son punibles por este tipo sean reales o aparentes.

1.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el Estado, al ser el titular del bien jurídico tanto en su extensión inmediata como mediata. La jurisprudencia nacional nos indica que cuando el perjudicado sea una entidad estatal dentro de la administración pública esta entidad será el sujeto pasivo, excluyendo al Estado. De esta postura es la Ejecutoria Suprema del 1 de julio de 1998, que determina:

“(...) conforme a lo establecido por esta suprema sala en numerosas ejecutorias, tratándose de delitos contra la Administración Pública en perjuicio de los gobiernos locales o regionales, solo estos deben ser considerados como agraviados y no el Estado a la vez, toda vez que ello implicaría una duplicidad de pago respecto a la reparación (...)”^[282].

2. TIPICIDAD SUBJETIVA

El tipo penal en sus tres modalidades delictivas requiere el dolo. Este dolo supone que el agente público interviene actuado, omitiendo o condicionando un acto funcional en violación de sus obligaciones a cambio de algún medio corruptor, cuando se trate del verbo rector “solicitar” estaremos ante un dolo directo, mientras que cuando se refiera al verbo rector “aceptar” o “recibir” será suficiente el dolo eventual.

El “solicitar” o “aceptar” no es un elemento subjetivo especial. Pero en los casos de “aceptar”, debe haber convergencia –aunque no necesariamente identidad plena– entre el dolo del sujeto activo y el del particular interesado, en otras palabras, debe existir un acuerdo explícito o implícito entre ambos. Si no existe la subjetividad en el sujeto activo –el funcionario creía que el particular estaba de acuerdo–, no hay acuerdo y por lo tanto no habría tipicidad de cohecho, pero si de concusión o exacción^[283].

[282] Exp. N° 5431-97-Arequipa. ROJAS VARGAS. *Jurisprudencia penal comentada*. Ob. cit., p. 593.

[283] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., 393.

3. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

La consumación se produce ya con la mera “solicitud” o con la “aceptación” –de la futura entrega de un bien o cualquier otro “beneficio” incluso con el mero condicionamiento, en cualquiera de estos supuestos se debe entender que lo realmente punible es el pacto verbal, este pacto verbal se da, no en el sentido contractual de “perfeccionamiento” debido a una identidad de voluntades, sino ya con la manifestación de voluntad expresada como una propuesta de venta de la función pública, independientemente de que el funcionario interiormente ha pretendido no dejarse influir por el bien prometido o entregado^[284].

4. PENALIDAD

Al funcionario o servidor público que sea responsable del delito de cohecho pasivo impropio tipificado en el artículo 393 del Código Penal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del CP.

Si el funcionario o servidor público es imputado por alguno de los supuestos del segundo párrafo del artículo 393 del CP, se le aplicará una pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del CP.

Si se subsume la conducta al supuesto del tercer párrafo del artículo 393 del CP, la pena privativa de libertad no será menor de ocho ni mayor de diez años y la inhabilitación conforme a Ley.

5. LEGISLACIÓN COMPARADA

España (1995)

Artículo 420

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o

[284] CRAMER en SCHÖNKE/SCHRÖDER. 25ª ed., p. 2270; n. marg. 16.

promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva.

Argentina (1984)

Artículo 256

Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

Colombia (1980)

Artículo 141

El servidor público que reciba para sí o para otro dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Ecuador (1971)

Artículo 286

Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que, por ofertas o promesas aceptadas, por dones o presentes recibidos, hubieren ejecutado, en el ejercicio de su cargo, un acto injusto, o se hubieren abstenido de ejecutar un acto que entraba en el orden de sus deberes, serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menor y con multa de dieciséis a setenta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América, a más del triple de lo que hayan percibido.

Bolivia (1972)

Artículo 145

El funcionario público o autoridad que para hacer o dejar de hacer un acto relativo a sus funciones o contrario a los deberes de su cargo, recibiere directamente o por interpuesta persona, para sí o un tercero, dádivas o cualquier otra ventaja o aceptare ofrecimientos o promesas, será sancionado con presidio de dos a seis años y multa de treinta a cien días.

ANEXOS

ACUERDO PLENARIO N° 1-2005/ESV-22

DETERMINACIÓN DE PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES ART. 22 TUO LOPJ

ASUNTO: EJECUTORIAS SUPREMAS VINCULANTES

Lima, treinta de setiembre de dos mil cinco.

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, conformidad con lo dispuesto en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha pronunciado el siguiente

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, acordaron realizar un Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301 2-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959, 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
2. En el presente caso –sin perjuicio de las Ejecutorias que por imperio de la primera norma invocada deben ser objeto de sendas Sentencias Plenarias, cuyo examen, deliberación y votación será materia de dos decisiones específicas–, al aceptarse íntegramente los fundamentos jurídicos de las Ejecutorias analizadas, se decidió invocar y dar cumplimiento al artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma, en su parte pertinente, establece que debe ordenarse la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales.
3. Para estos efectos, con carácter preparatorio, se delimitó el ámbito de las Ejecutorias Supremas que correspondían analizar y se aprobó revisar las decisiones dictadas en el primer semestre del presente año. A continuación, el Equipo de Trabajo designado al efecto, bajo la coordinación

del señor San Martín Castro, presentó a cada Sala un conjunto de Ejecutorias que podían cumplir ese cometido.

Cada Sala de este Supremo Tribunal, en sesiones preliminares, resolvieron presentar al Pleno las Ejecutorias que estimaron procedentes.

4. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad se dispuso la publicación de las Ejecutorias que se mencionarán en la parte resolutive del presente Acuerdo Plenario. Se designó como ponente al señor San Martín Castro, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

5. El artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenar la publicación trimestral en el diario oficial *El Peruano* de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. El objeto de esta previsión normativa, como estatuye el segundo párrafo del indicado artículo 22, es que los principios jurisprudenciales que se acuerden por el Supremo Tribunal deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento.
6. Corresponde a las Salas Especializadas de este Supremo Tribunal realizar una labor previa de revisión de las Ejecutorias emitidas y, respecto de ellas, escoger aquellas que fijan principios jurisprudenciales que deben erigirse en precedentes vinculantes para los jueces de la República; y, de este modo, garantizar la unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, como expresión del principio de igualdad y afirmación del valor seguridad jurídica.
7. El Pleno Jurisdiccional, por unanimidad, consideró pertinente que los principios jurisprudenciales que a continuación se indican tengan carácter vinculante y, por tanto, a partir de la fecha, constituyan formalmente doctrina legal de la Corte Suprema. Se trata de los fundamentos jurídicos respectivos de cuatro Ejecutorias Supremas, que pronuncian acerca de:
 - a) Los límites del Tribunal de Instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal, que necesariamente importan el respeto a los principios acusatorio y de contradicción –o más, concretamente, del derecho de conocimiento de los cargos–, y el pleno cumplimiento del artículo 285-A del Código de

Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo N° 959.

- b) La definición de los alcances de los elementos del tipo objetivo –en concreto, de la acción típica– del delito de corrupción de funcionarios –cohecho pasivo propio– previsto y sancionado por el artículo 393 del Código Penal.
- c) La precisión que la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil. Esta, como ha venido insistiendo reiteradamente este Supremo Tribunal, se determina en función al daño ocasionado por el delito.
- d) La no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución a los efectos de que se cumpla con satisfacer la reparación civil que se ha fijado.

III. DECISIÓN

- 8. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

IV. ACORDÓ

- 9. ORDENAR la publicación en el diario oficial *El Peruano* de las Ejecutorias Supremas que a continuación se indican, con la precisión del fundamento jurídico que fija el correspondiente principio jurisprudencial, que constituye precedente de obligatorio cumplimiento por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera sea su especialidad.
- 10. En consecuencia, constituyen precedentes vinculantes:
 - 1ª) Recurso de Nulidad N° 224-2005, tercer fundamento jurídico.
 - 2ª) Recurso de Nulidad N° 1091-2004, cuarto fundamento jurídico.
 - 3ª) Recurso de Nulidad N° 948-2005, tercer fundamento jurídico.
 - 4ª) Recurso de Nulidad N° 1538-2005, cuarto fundamento jurídico.
- 11. PUBLICAR este Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano* y, como anexos, las Ejecutorias Supremas señaladas en el párrafo anterior. Hágase saber.

SS.

SIVINA HURTADO
GONZÁLES CAMPOS
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
BALCAZAR ZELADA
MOLINA ORDÓÑEZ
BARRIENTOS PEÑA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1091-2004 – LIMA

Lima, veintidós de marzo de dos mil cinco.

VISTOS; los recursos de nulidad interpuesto por los sentenciados Julio Alberto Peña García, Paúl Alfonso Castillo Aguilar y Héctor Villanueva Granda; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como Vocal Ponente el doctor Victoriano Quintanilla Quispe; y **CONSIDERANDO Primero:** Que, el sentenciado Julio Alberto Peña García al fundamentar su recurso de nulidad de fojas mil doscientos setentisiete, manifiesta su disconformidad en el extremo de la sentencia que lo vincula con su coprocesado Héctor Villanueva Granda, al señalar que este era su “contacto”, lo cual no se ajusta a la realidad, ya que esta persona solo efectuaba labores de limpieza de su vehículo a cambio de una propina; que, de otro lado en cuanto se refiere a los formularios de solicitud para el trámite de pasaportes signados con el número F- cero cero uno, dice haber comprado en las ventanillas de la entidad a la persona de Elizabeth Ticona López por su precio normal de veinticinco nuevos soles, y no que los “conseguía”, pues dicho término se presta a otras interpretaciones; añade que el *paneux* fotográfico incorporado al presente proceso como medio probatorio no resulta idónea; finalmente sostiene que en ningún momento ha realizado u omitido actos contrarios a su deber ni mucho menos ha aceptado donativos, promesa o cualquier otra ventaja faltando a sus obligaciones. **Segundo:** Por su parte Héctor Villanueva Granda a fojas mil doscientos ochentitrés afirma que el motivo de su presencia en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez el día de los hechos, era con el fin de cobrar un dinero que le debía su coprocesado Peña García; pero se dio la casualidad que este, le entregó dicho formulario, destinado para un familiar y al no presentarse ninguna persona a recoger, abusando de la confianza, lo vendió a su coprocesado Castillo Aguilar. **Tercero:** Que, por su parte este último a fojas mil doscientos ochentiséis, cuestiona el operativo realizado por la Policía Nacional del Perú al considerar que se ha llevado a cabo sin contar con la anuencia o conocimiento del representante del Ministerio Público; que, de otro lado la sentencia solo se sustenta en la sindicación que efectúa la testigo Heidi Kathryn Gómez Lau, sin embargo no existe nexo causal entre la conducta del recurrente de solicitar un formulario a su coencausado Villanueva Granda a petición de aquella, concluyendo que es inocente de los cargos. **Cuarto:** Que, previo al análisis de la conducta de los procesados, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal imputado; que, en efecto, el delito

de corrupción de funcionarios previsto en el artículo trescientos noventitrés del Código Penal tiene como verbo rector entre otros el término “aceptar”, el mismo que se entiende como la acción de admitir voluntariamente lo que se le ofrece, por parte del funcionario o servidor público a iniciativa del particular que ofrece o entrega un donativo, promesa o cualquier ventaja y, el funcionario o servidor público que acepta lo ofrecido para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; de tal manera que la aceptación constituye la conducta típica de la corrupción pasiva o cohecho pasivo que es propio del funcionario o servidor público, por el comportamiento del quien se deja corromper, en tanto que la activa, corresponde al extraño que corrompe a aquel funcionario. **Quinto:** Que, la incriminación que pesa sobre los procesados se funda en que con fecha dieciocho de setiembre del dos mil uno, Julio Alberto Peña García, en su condición de Jefe del Área de Migraciones del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez” aceptó el requerimiento de su coprocesado Villanueva Granda para que a cambio de una determinada suma de dinero le entregara un formulario de solicitud para la tramitación de pasaportes, cuya venta en la época era restringida por la escasez de estos, el mismo que había sido solicitado por su coacusado Castillo Aguilar, propietaria de la agencia de viajes “Águila Tours” para el trámite de pasaporte de la persona de Heidi Katheryn Gómez Lau (colaboradora del servicio de inteligencia de la Policía Nacional del Perú), los cuales quedaron al descubiertos al llevarse a cabo un operativo policial estableciéndose el modus operandi utilizando para tales fines la citada agencia de viajes, sito en el Pasaje Nacarino número ciento treintiséis del distrito de Breña, con la activa participación de los nombrados Castillo Aguilar y Villanueva Granda en calidad de cómplices. **Sexto:** Que, estos hechos se encuentran acreditados con el documento correspondiente consistente en el pasaporte número dos millones doscientos setentiún mil seiscientos sesenticinco que corre a fojas ochentisiete, el mismo que si bien es cierto, al ser verificado por la Unidad Operativa Policial se constató que cumplía todos los requisitos legales, sin embargo ha sido obtenido en forma ilícita, configurándose el delito imputado y la responsabilidad penal de los citados encausados, la misma que se encuentra corroborado con la versión del propio Villanueva Granda, quien en su manifestación policial de fojas dieciséis en presencia del representante del Ministerio Público y abogado defensor narra con lujo de detalles, señalando que ante la petición de Castillo Aguilar a fin de conseguir el mencionado formulario obrante a fojas sesentiocho, se contactó con su coacusado Peña García, entonces Jefe del Puesto de Control Migratorio del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, quien le solicitó la suma de ciento cincuenta dólares americanos a cambio de entregarle dicho documento, lo

cual se efectivizó en horas de la tarde del dieciocho de setiembre del dos mil uno a inmediaciones de la Municipalidad de Breña; añadiendo que los formularios que le fueron incautados al momento de su intervención, también le fueron otorgados por el mismo Peña García el veinte de setiembre del citado año en el Restaurant “El Mesón”, por lo que se concluye que la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley. **Sétimo:** Que, de otro lado en la recurrida se advierte que se ha omitido fijar el plazo de inhabilitación en cuanto se refiere al sentenciado Peña García, por lo que debe integrarse en virtud de la facultad conferida en el penúltimo párrafo del artículo doscientos noventiocho del Código de Procedimientos Penales, modificado por el decreto legislativo número ciento veintiséis; por tales consideraciones: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas mil doscientos sesentinueve, su fecha nueve de octubre del dos mil tres, que condena a JULIO ALBERTO PENA GARCÍA, como autor del delito contra la administración pública -cohecho propio- en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años; fija en diez mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado; e INTEGRANDO la propia sentencia: FIJARON en tres años el plazo de inhabilitación; asimismo condena a PAUL ALFONSO CASTILLO AGUILAR y HÉCTOR VILLANUEVA GRANDA, como cómplices primarios del delito contra la administración pública -cohecho propio- en agravio del Estado, a tres años de pena privativa de la libertad, suspendida por el término de dos años; fija en cinco mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria a favor del Estado; e inhabilitación por el término de tres años; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.

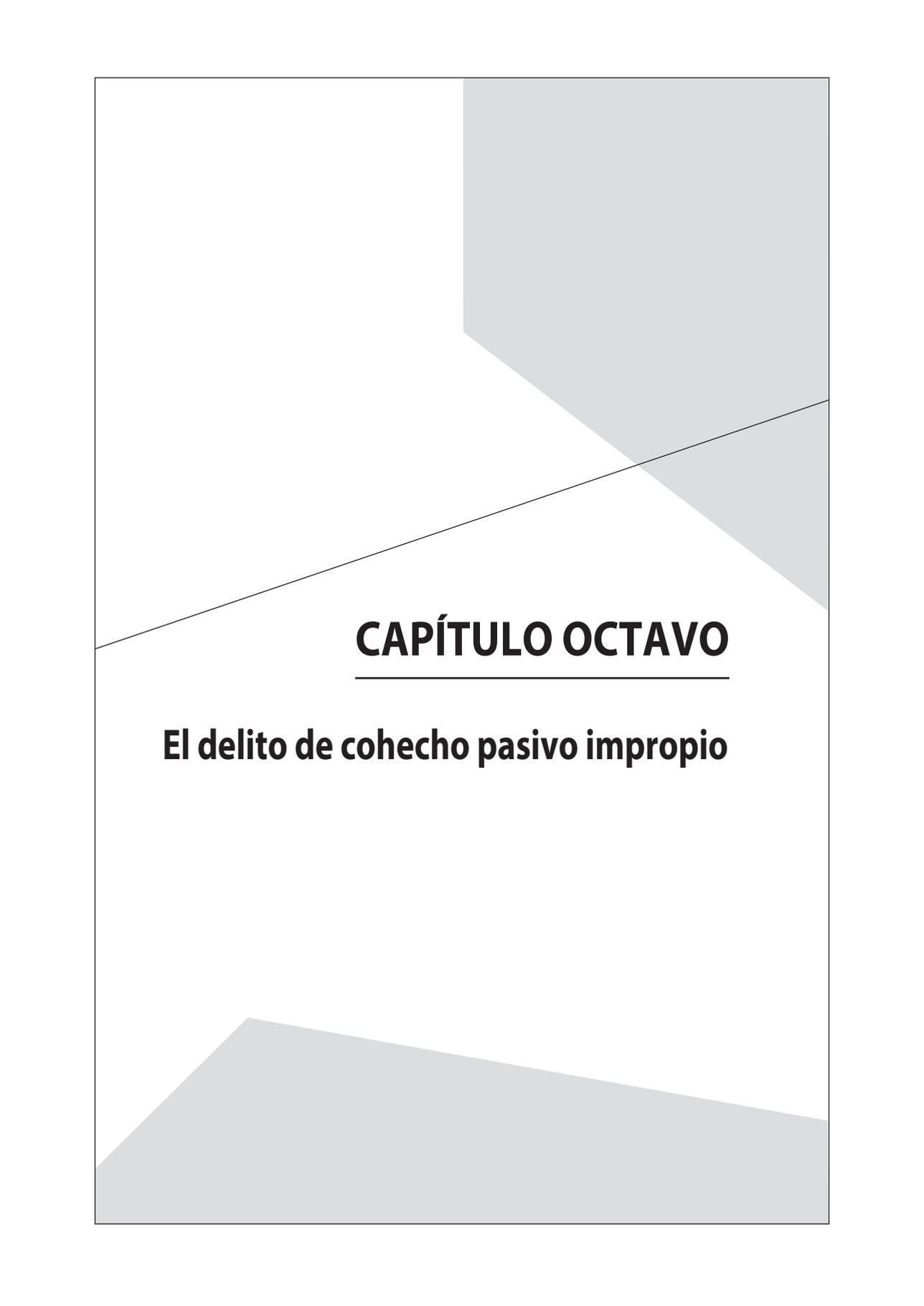
VILLA STEIN

VALDEZ ROCA

PONCE DE MIER

QUINTANILLA QUISPE

PRADO SALDARRIAGA



CAPÍTULO OCTAVO

El delito de cohecho pasivo impropio

El delito de cohecho pasivo impropio

La redacción se inspira en los artículos 177 del Código Penal francés de 1810, y 331 del Código Penal alemán. La redacción más mediata en el ordenamiento jurídico es la de 1924, sin embargo en esta se consideraba solamente el verbo rector “aceptar” un bien u otro beneficio, la actual redacción considera los verbos rectores “aceptar,” “recibir” y “solicitar” el bien o beneficio. La redacción actual, que será materia de análisis es la siguiente:

“Artículo 394.- Cohecho pasivo impropio

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.

Se suele pensar que entre el tipo de cohecho pasivo propio e impropio existe una relación de tipo agravado (art. 393 del CP) y tipo básico (art. 394 del CP). Aun cuando ambos supuestos típicos coincidan en algunos elementos, el hecho de que la función vendida tenga distinto carácter, los independiza. Un escenario típico paralelo similar a este es el que existe en el delito de “hurto de uso” y el “hurto simple”, donde lo que distingue a ambas figuras es el hecho de que en el segundo caso existe un “ánimo de apropiación” y en el otro no^[285].

[285] ABANTO VÁSQUEZ. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Ob. cit., 404.

El límite entre el cohecho pasivo propio e impropio se da en la frase “sin faltar a su obligación” definiendo el marco reglado de deberes o roles, la técnica legislativa no ha sustituido la palabra “obligaciones” por “deberes”, se mantiene en ese sentido la redacción del artículo 350 del CP de 1940.

1. TIPICIDAD OBJETIVA

1.1. Conductas típicas

La estructura de este delito es similar a la del cohecho pasivo propio, se plantean los mismos verbos rectores “aceptar”, “recibir” y “solicitar” donativo^[286], promesa^[287] o cualquier otra ventaja por lo cual pasaremos a explicar los elementos típicos más distintivos de este delito.

1.2. Ventaja indebida

A diferencia del tipo de cohecho pasivo propio en el que se criminalizan todos los tipos de ventajas, la redacción del artículo 394 introduce el término “ventaja indebida” como hipótesis delictiva, nos lleva a deducir que no será penalmente relevante la “ventaja debida” que le ofrezca el particular al funcionario o servidor público para que cumpla algo que está en la esfera de sus funciones, este elemento puede ser tomado en cuenta para solucionar dos supuestos problemáticos:

- a) El primer supuesto se refiere a aquellos casos en los que el particular pudiera ayudar al funcionario a desempeñar su función, cuando este necesite necesariamente la ayuda, dado que por condiciones ajenas a este la administración no le pueda brindar los recursos necesarios para

[286] El donativo es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario o servidor público, no siendo debido legalmente. Donativo, dádiva o presente son sinónimos, expresan una misma idea: obsequio o regalo. La calidad del donativo penalmente relevante tiene que ver con su poder objetivo para motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada y de provecho para el que otorga o promete (otro funcionario o particular). Se entiende que el donativo debe poseer una naturaleza material, corpórea y tener valor económico: bienes muebles, inmuebles, dinero, obras de arte, libros, etc. (Vide ROJAS VARGAS. *Delitos contra la Administración Pública*. Ob. cit., p. 450).

[287] La promesa se traduce en un ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de donativo o ventaja debidamente identificada o precisa en un futuro mediato o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente. El cumplimiento de la promesa resulta irrelevante para la configuración del cohecho. El delito se consuma con la verificación de la simple promesa.

cumplir su función, un ejemplo claro sería el proporcionar gasolina a un patrullero de un poblado alejado, para que pueda acudir por una emergencia de ataque terrorista.

- b) El segundo supuesto es el referido a las atenciones o regalos propios de los usos sociales. Dado que es imposible eliminar el “factor humano” en las relaciones de los particulares con los agentes públicos, se puede dar en el caso de calificar de manera óptima en las encuestas de desempeño funcional, o dar obsequios muy simbólicos, como el caso de invitar a almorzar a un policía que ayudó a encontrar el paradero de un menor desaparecido. Todo lo anterior escapará el ámbito de lo punible siempre y cuando no supere el riesgo jurídicamente permisible^[288].

Esta nueva redacción del tipo penal termina por solucionar, un problema con la redacción anterior, era discutible de la redacción anterior si el término “indebidas” –cuando se refería a las ventajas– abarcaba también el donativo y la promesa, y por lo tanto no había certeza si era posible un razonamiento reversible en el ámbito de que no sea punible el donativo y la promesa “debidada”. Esta nueva redacción termina con la discusión, ya que el artículo 394 del CP criminaliza tanto la **ventaja o beneficio indebido**, admitiendo el razonamiento reversible.

1.3. Bien jurídico tutelado

Somos de la postura que lo tutelado en el delito de cohecho pasivo impropio es la imparcialidad de la acción de un funcionario o servidor público, imparcialidad que debe legitimar las actuaciones de la Administración Pública. Esta imparcialidad se ve afectada cuando existe la interferencia de un particular, interferencia que es tolerada por el agente público. Nos alejamos de la postura que opina que un acto funcional de acuerdo a las normas competentes no vulnera ningún valor inherente a la Administración Pública. Este tipo penal lo que sanciona es la interferencia ilícita con un donativo, promesa o ventaja indebida para el cumplimiento de un obligación^[289].

[288] Ídem.

[289] Salinas Siccha nos señala que como en la mayoría de delitos que en este libro interpretamos, el bien jurídico genérico es el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública. En cambio, respecto del bien jurídico específico, en la doctrina se han ensayado hasta tres posiciones:

- a. Tutelar los deberes que nacen del cargo, función o atribuciones con la consiguiente fidelidad hacia la administración pública a la que están obligados funcionarios y servidores públicos.
- b. Tutelar el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. Sus decisiones deben tomarse sin la intervención de interferencias.

1.4. Sujeto activo y pasivo

Al igual que en el cohecho pasivo propio, estamos frente a un tipo especial, por lo que la condición de funcionario o servidor público es necesaria. El sujeto pasivo será la Administración Pública, dado que lo que se vulnera es la imparcialidad funcional como componente de la correcta función de la Administración Pública.

2. TIPICIDAD SUBJETIVA

Tanto en el supuesto de “aceptar”, “recibir” o “solicitar” se va a exigir siempre el dolo directo, no consideramos que sea posible un dolo eventual. El sujeto activo debe conocer y querer, además de los otros elementos del tipo, la finalidad o destino del bien donado, prometido o cualquier otra ventaja indebida.

3. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Nos adherimos a la postura trabajada por Abanto Vásquez cuando se refiere que la consumación rige también lo dicho para el cohecho propio; esta se produce cuando el sujeto haya “solicitado”, “aceptado” –en ambos casos hay un delito de mera actividad– o “recibido” un bien –existe un delito de resultado–.

4. PENALIDAD

El autor de cohecho pasivo impropio será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del CP.

En tanto que si el autor es responsable de alguno de los supuestos delictivos previstos en el segundo párrafo del artículo 394 del CP, será reprimido

c. Tutelar los actos de oficio, de la compraventa de prestaciones efectuadas por particulares u otros funcionarios o servidores públicos.

con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del CP.

5. LEGISLACIÓN COMPARADA

Alemania (1875)

Artículo 333

(1) Quien ofrezca, prometa u otorgue para sí o para un tercero una ventaja a un titular de cargo o a un especialmente obligado con el servicio público o a un soldado del ejército federal para que él efectúe una acción de servicio, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

(2) Quien ofrezca, prometa u otorgue para si o para un tercero un ventaja a un juez o árbitro como contraprestación por haber efectuado una acción judicial o que efectuará en el futuro, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

España (1995)

Artículo 425

1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si este fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años.

Colombia (1980)

Artículo 142

El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba

ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Ecuador (1971)

Artículo 285

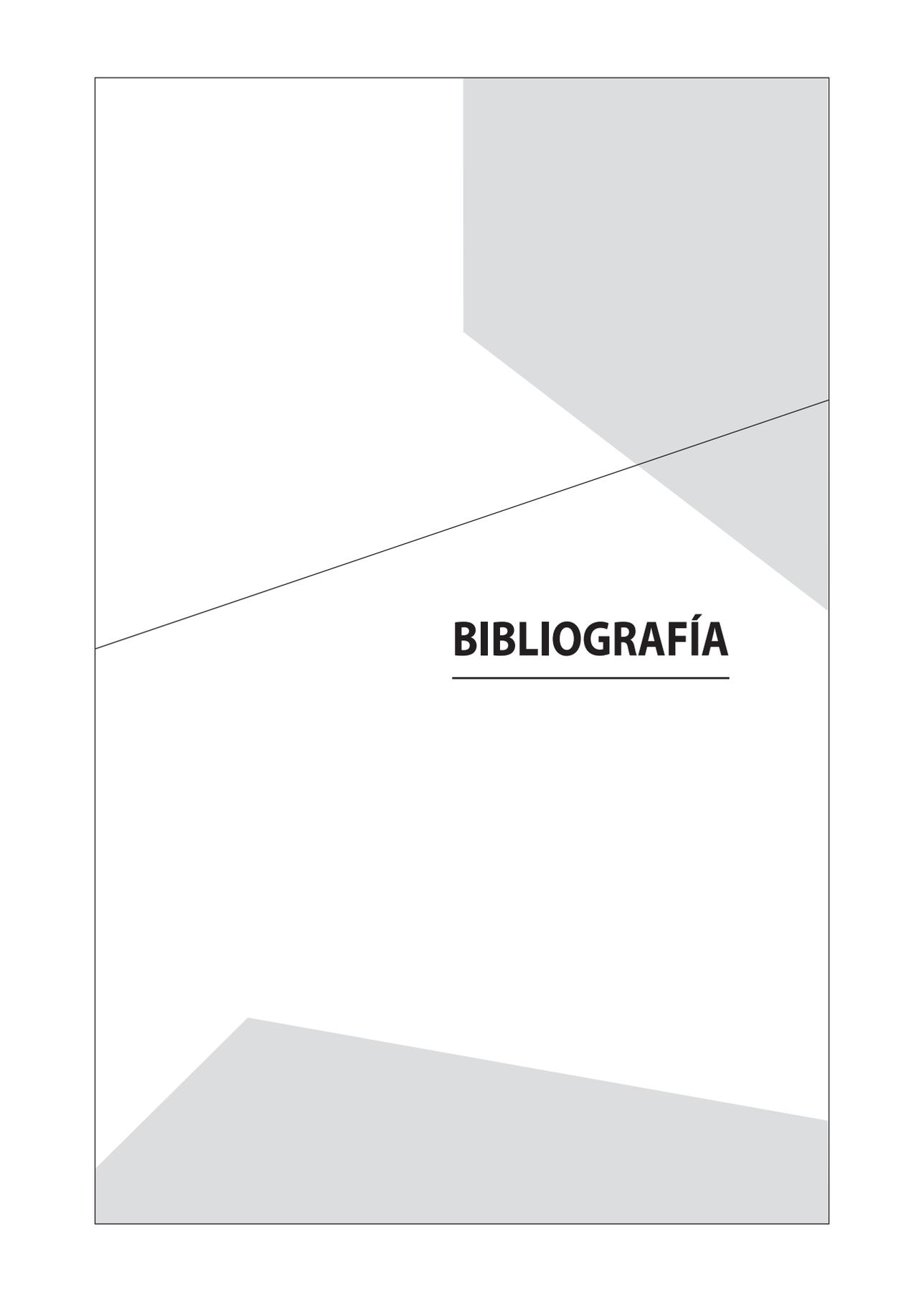
Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, o recibieren dones o presentes, para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América, a más de la restitución del duplo de lo que hubieren percibido. Serán reprimidos con prisión de uno a cinco años y multa de seis a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América a más de restituir el triple de lo percibido, si han aceptado ofertas o promesas, o recibido dones o presentes bien sea por ejecutar en el ejercicio de su empleo u oficio un acto manifiestamente injusto; bien por abstenerse de ejecutar un acto de su obligación.

Uruguay (1934)

Artículo 145

El funcionario público que, por ejecutar un acto de su empleo recibe, por sí mismo, o por un tercero, para sí mismo o para un tercero una retribución que no le fuera debida, o aceptare la promesa de ella, será castigado con una multa de trescientos a dos mil pesos e inhabilitación especial de dos a cuatro años.

La pena será reducida de la tercera parte a la mitad, cuando el funcionario público acepta la retribución, por un acto ya cumplido, relativo a sus funciones.

The background features a white field with several gray geometric shapes. A large gray triangle is in the top right corner. A gray trapezoidal shape is at the bottom. A thin black diagonal line runs from the left edge towards the right. The word 'BIBLIOGRAFÍA' is centered in the white space, underlined.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "El transfuguismo Político: ¿Un delito de Cohecho? Análisis desde la perspectiva del Concepto penal de funcionario Público". En: *Cátedra. Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. año V, N° 8, Lima, 2001.
- ÁNGELES GONZÁLES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Código Penal*. Tomo VII, Ediciones Jurídicas, Lima, 1998.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. 10ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1987.
- BACIGALUPO, Enrique. *Lineamientos de la teoría del delito*. Juricentro, San José, 1985.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal Parte general*. 4ª Edición, Editorial Akal, Madrid, 1997.
- BACIGALUPO, Enrique. "La teoría jurídica del delito de Jiménez de Asúa (O el nacimiento de la dogmática penal de habla castellana". Estudio preliminar a la obra de: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La teoría jurídica del delito*. Editorial Dykinson, Madrid, 2008.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel. *La comunicabilidad de las circunstancias y de la participación delictiva*. Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- BRICOLA, Franco. "Teoria Generale Del Reato". En: *Novissimo Digesto*. Tomo XIX, Torino, 1974.
- BRUERA, Matilde. "Teoría de la imputación objetiva". En: *Derechos humanos*. Editorial Juris, Rosario, 2001.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: Teoría del Delito, Teoría del Sujeto Responsable Y Circunstancias del delito*. Volumen II, Editorial Trotta, Valladolid, 1999.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. "Conducta de la víctima e imputación objetiva" En: *Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Editorial Bosch, Barcelona, 1998.

- CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la moderna teoría del bien jurídico-penal en España y el rechazo del funcionalismo sistémico de Jakobs". En: *Revista Themis*, N° 35, Lima, 1997.
- CARO CORIA, Dino Carlos. "Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos". En: *Revista Themis*, N° 37, Lima, 1998.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español*. Parte general. 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.
- CEREZO MIR, José. "Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 15, Editorial Idemsa, Lima, 2004.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. 2ª Edición, Editorial B de F, Montevideo, 2005.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho Penal. Más allá del ontologismo y normativismo". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N° 08, 2006.
- DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría general del delito. Sistema finalista y funcionalista*. Primera reimpresión de la quinta edición, Flores editor, México, 2009.
- DE LA CUESTA AGUADO, Paz. M. *Tipicidad e imputación objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 1995.
- EBERT, Udo. *Derecho Penal. Parte general*. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, Hidalgo, 2005.
- ENGISCH, Karl. "Sentido y alcance de la sistemática jurídica". En: *Anuario de Filosofía del Derecho*. N° 3, Madrid, 1986.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Imputación objetiva en Derecho Penal*. Editorial Grijley, Lima, 2002.
- FEIJOO SÁNCHEZ Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia. Estudios sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*. Editorial Bosch y Universidad Externado de Colombia, Barcelona/Bogotá, 2003.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Derecho Penal fundamental*. Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Editorial Idemsa, Lima, 2001.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte general*. Ara Editores, Lima, 2003.

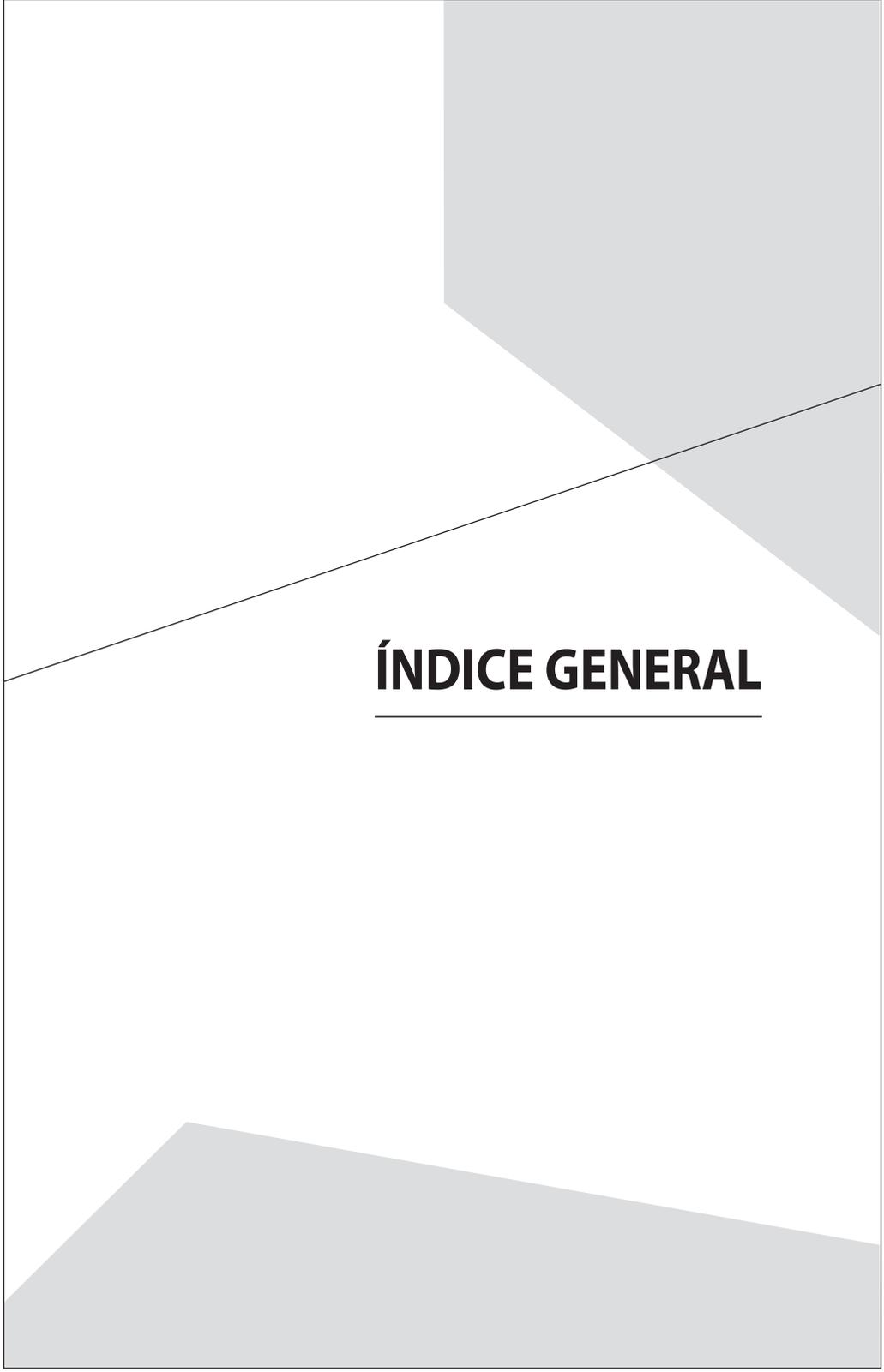
- GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 1996.
- GIL GIL, Alicia. "Prevención general positiva y función ético social del Derecho Penal". En: DíEZ/ROMEO/GRACIA/HIGUERA, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Ce-rezo Mir, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Introducción a la parte general del Derecho Penal español*. Madrid, 1979.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal*. 3ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (O de comisión por omisión)". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 13, Lima, 2003.
- GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte general*, Editorial Civitas, Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, René. *Derecho Penal Contemporáneo*. Inacipe, México, 2008.
- GOSSEL, Karl Heinz. *Dos estudios sobre La teoría del delito*. Editorial Temis, Bogotá, 1984.
- GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso De resistencia*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- GRACIA MARTÍN, Luis. "El finalismo como método sintético real-normativo para la Construcción de la Teoría del Delito". En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, (en línea)*. N° 06-07, 2004.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Editorial Bosch, Barcelona, 1984.
- HIRSCH, Hans Joachim. "La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en La Zeitschrift Fur Die Gesamte Strafrechtswissenschaft". En: *Derecho Penal. Obras completas*. Tomo II, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2000.
- HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2005.
- JAKOBS, Günther. "El concepto jurídico-penal de la acción". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 3, Lima, 1994.

- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Traducción de Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- JAKOBS, Günther. "La Prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad Jurídico-penal de la comisión". En: *Estudios de Derecho Penal*. Traducción de Peñaranda / Suárez / Cancio, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Editorial Bosch, Barcelona, 1981.
- KAUFMANN, Armin. *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1977.
- KINDHÄUSER, Urs. "La fidelidad del Derecho como categoría de la culpabilidad". En: *Revista Peruana de Derecho y Jurisprudencia Penal*. Nº. 1, Lima, 2000.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho Penal*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Editorial Edersa, Madrid, 1992.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. "Consideraciones sobre la ausencia del elemento subjetivo de justificación". En: *Libro homenaje a Marino Barbero Santos*. Volumen I, Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. "El Sistema del Derecho Penal en la Europa Actual". En: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*. Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
- MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal: Concepto y método*. 2ª edición, Editorial B de F, Montevideo, 2002.
- MORALES BRAND, José Luís Eloy. *Derecho Penal*. 4ª Edición, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría General del Delito*. Editorial Temis, Bogotá, 1990.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*. La Ley, Madrid, 2007.

- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. *El riesgo permitido en Derecho Penal*. Ministerio de Justicia Interior, Madrid, 1995.
- PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro. *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*. 7ª edición, Editorial Grijley, Lima, 1998.
- PEÑA CABRERA, Raúl (h) y FRANCIA ARIAS, Luis. *Delito de enriquecimiento Ilícito*. Ediciones Jurídicas, Lima, 1993.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*. Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTS, Miguel. *Cometer Delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*. Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. et ál. *Introducción al Derecho*. Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 1996.
- PUIGPELAT MARTÍ, Francesca. "Factores relevantes para la pervivencia de la dogmática jurídica". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. N° 75, Madrid, 1990.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Joseph. "Delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal. Una aproximación desde la nueva Regulación de la prevaricación Administrativa". En: *Estudios y Aplicación del nuevo Código Penal de 1995*. Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho español*. Editorial CYMYS, Barcelona, 1974.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. et ál *Manual De Derecho Penal. Parte general*. 2ª edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2000.
- REBOLLO VARGAS, Rafael. *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*. Editorial Bosch, Barcelona, 1996.
- ROCCO, Arturo. "Il Problema E Il Metodo Della Scienza Del Diritto Penale". En: *Opere giuridiche*. Roma, 1933.
- ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 3ª edición, Editorial Grijley, Lima, 2002.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*. Centro de Estudios Criminológicos, La Laguna, 1997.
- ROXIN, Claus. *Acercas del desarrollo reciente de la política criminal*. Traducido por Díaz y García Conlledo, Miguel y Pérez Manzano, Mercedes. En: *Cuadernos de Política Criminal*, N° 48, Madrid, 1992.

- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, Claus. "Acerca del fundamento penal de la tentativa". En: *Dogmática Penal y Política Criminal*. Editorial Idemsa, Lima, 1997.
- ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*. Traducción de Abanto, Editorial Idemsa, Lima, 1998.
- RUEDA MARTIN, María Ángeles. *Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 2001.
- SAN MARTÍN CASTRO, César; CARO CORIA, Dino y REAÑO PESCHEIRA, José. *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir: Aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, 2002.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Los límites de la responsabilidad penal*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*. Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "La política criminal y el sistema de Derecho Penal". En: *Anuario de Derecho Penal y Procesal Penal*. Tomo XLIV, Madrid, 1991.
- SCHÜNEMANN, Bernd. "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal". En: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. UNED, Madrid, 2001.
- SEGURA GARCÍA. "Retribución y prevención en el tratamiento legal del enfermo mental delincuente en los Estados Unidos de América: Aspectos penales y procesales de la denominada Insanity Defense". En: *Cuadernos de Política Criminal*. Nº 58, Madrid, 1996.
- SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. "El conocimiento científico del Derecho Penal". En: *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Volumen I, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001.
- SIERRA, Hugo Mario y CÁNTARO, Alejandro Salvador. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca (Argentina), 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Editorial J.M. Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Normas y acciones en Derecho Penal*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "Sobre los movimientos impulsivos y el concepto jurídico penal de la acción". En: *Estudios de Derecho Penal*. Editorial Grijley, Lima, 2004.
- STAMPA BRAUN, José María. *Introducción a la ciencia del Derecho Penal*. Editorial Trotta, Valladolid, 1953.
- TORIO LÓPEZ, Ángel. "Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de enajenación". En: *Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez – Vitoria*. Tomo II, Editorial Bosch, Barcelona, 1983.
- URQUIZO OLAECHEA, José. "Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 12, Lima, 2002.
- VALEIJE, Inmaculada. "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública". En: *Cuadernos de Política Criminal*. N° 62, Madrid, 1987.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 1997.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. 1ª edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Cuarta reimpresión de la segunda edición, Editorial Cárdenas, México, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Estructura básica del Derecho Penal*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2009.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Política criminal*. Editorial Colex, Madrid, 2001.



ÍNDICE GENERAL

Índice general

Presentación	5
--------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO **Teoría del delito**

1. Concepto e importancia de la teoría del delito	9
2. El esquema de teoría del delito a aplicar	14
2.1. Comportamiento	16
2.2. Tipicidad.....	22
3. Imputación del comportamiento: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado	32
4. Imputación del resultado: la relación de riesgo	41
4.1. Tipo doloso.....	43
4.2. Tipo culposo	44
4.3. Antijuridicidad	49
4.4. Culpabilidad.....	56
4.5. Tentativa o consumación.....	69
4.6. Autoría y participación.....	71
4.7. Circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal	71

CAPÍTULO SEGUNDO **Objeto de protección en los delitos contra la Administración Pública**

1. Concepto de Administración Pública.....	77
--	----

2. Características.....	80
3. El funcionario público.....	80

CAPÍTULO TERCERO

Autoría y participación en los delitos contra la Administración Pública

1. Los delitos especiales: <i>delictum sui generis</i>	89
2. Aclaración terminológica: distinción entre <i>delictum sui generis</i> , delito autónomo y delito especial.....	92
3. Los indicadores de sustantividad de la doctrina del <i>delictum sui generis</i>	97
3.1. Indicador del <i>nomen iuris delicti</i>	97
3.2. Indicador de la consecuencia jurídica del delito como marco penal distinto o no dependiente de otro marco penal (indicador penológico).....	101
3.3. Indicador de la ubicación sistemática en un capítulo distinto del CP (indicador sistemático)	103
3.4. Indicador de la referencia a una determinada clase de autor (indicador criminológico).....	104
3.5. Lesión o puesta en peligro de un bien jurídico distinto (indicador teleológico)	108
4. La problemática relativa a la participación de extraños en delitos especiales	110
4.1. Las teorías individualizadoras	110
4.2. Las teorías unitarias.....	114
4.3. Las teorías mixtas.....	120
5. Valoración crítica de las teorías individualizadora, unitaria y mixta diferenciadora-unitaria. Toma de postura a favor de la teoría unitaria	123
5.1. Valoración crítica de las teorías diferenciadoras	124
5.2. Valoración crítica de las teorías unitarias	132

CAPÍTULO CUARTO

El delito de colusión ilegal

1. Tipicidad objetiva	139
-----------------------------	-----

1.1. Colusión simple	139
1.2. Colusión agravada	140
1.3. El “defraudar” en el delito de colusión simple y agravada.....	140
1.4. Concertar con los interesados.....	141
1.5. Bien jurídico penalmente tutelado.....	143
1.6. Sujeto activo	146
1.7. El tercero interesado como partícipe <i>extraneus</i> del delito.....	148
1.8. Sujeto pasivo	151
2. Tipicidad subjetiva	153
3. Antijuridicidad.....	155
4. Consumación	156
5. Tipo imperfectamente realizado: tentativa.....	158
6. Penalidad.....	159
7. Legislación comparada	159

CAPÍTULO QUINTO

El delito de peculado doloso y culposo

1. Antecedentes legislativos	163
2. Tipicidad objetiva.....	164
2.1. Modalidades del delito de peculado	166
a) Modalidad de peculado por apropiación	166
b) Modalidad de peculado por utilización	168
2.2. El perjuicio patrimonial.....	170
2.3. Precisiones del peculado culposo.....	170
2.4. Bien jurídico tutelado	171
2.5. Sujetos activo y pasivo	174
3. Tipicidad subjetiva	175
4. Tentativa y consumación.....	175
5. Penalidad.....	175

6. Legislación comparada	176
Anexo.....	178

CAPÍTULO SEXTO

El delito de malversación de caudales públicos

1. Tipicidad objetiva	187
1.1. Dinero o bienes del Estado.....	187
1.2. Relación funcional	188
1.3. Función de administrar.....	189
1.4. Dar destino definitivo diferente al establecido.....	190
1.5. Afectación al servicio o función pública encomendada.....	192
1.6. Sujeto activo	194
1.7. Sujeto pasivo	195
1.8. Bien jurídico tutelado.....	196
2. Tipicidad subjetiva	196
3. Antijuridicidad	197
4. Consumación y tentativa.....	198
5. Penalidad.....	198
6. Legislación comparada	199

CAPÍTULO SÉPTIMO

El delito de cohecho pasivo propio

1. Tipicidad objetiva	204
1.1. Comportamientos delictivos	204
1.2. Bien jurídico tutelado	209
1.3. Sujeto activo	210
1.4. Sujeto pasivo	211
2. Tipicidad subjetiva	211

3. Consumación y tentativa.....	212
4. Penalidad.....	212
5. Legislación comparada	212
Anexos.....	215

CAPÍTULO OCTAVO

El delito de cohecho pasivo impropio

1. Tipicidad objetiva.....	226
1.1. Conductas típicas.....	226
1.2. Ventaja indebida	226
1.3. Bien jurídico tutelado.....	227
1.4. Sujeto activo y pasivo.....	228
2. Tipicidad subjetiva	228
3. Consumación y tentativa.....	228
4. Penalidad.....	228
5. Legislación comparada	229
Bibliografía.....	233
Índice general.....	243

