



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
“HERMILIO VALDIZÁN DE HUANUCO”**



**ESCUELA DE POST GRADO  
MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES**

**INFORME FINAL**

---

**CRITERIOS DOGMÁTICOS PARA DETERMINAR EL TÍTULO  
DE IMPUTACION DEL *EXTRANEUS* COMO CÓMPLICE EN  
EL DELITO DE COLUSIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL DE  
JUNIN, 2013-2017**

---

**TESISTA: VERUSKA LÓPEZ ARAGON**

**ASESORA: VERÓNICA CAJAS BRAVO**

**HUÁNUCO – PERÚ  
2018**

**Dedicatoria:**

*A Dios por todo su infinito amor, a mi madre, por ser mi derrotero y fuente inagotable de valentía, ejemplo de vida y amor.*

## **Agradecimiento**

A Dios y a mi madre, los pilares que sostienen mi vida y me motivan para seguir adelante.

*“Jehová es mi pastor; nada me faltará (...).  
Confortará mi alma, guíame por sendas de  
justicia por amor de su nombre(..).”*

## RESUMEN

El presente trabajo tuvo como objetivo analizar los criterios dogmáticos que utilizan los jueces y fiscales para determinar el título de imputación del extraneus como cómplice en el delito de colusión en el Distrito Judicial de Junín, durante el periodo 2013-2017. La investigación fue de tipo jurídico social y retrospectiva con un diseño no experimental, descriptivo y transversal. La población y muestra estuvo conformada por un total de 21 acusaciones fiscales, 28 sentencias de primera instancia y 19 sentencias de segunda instancia. Como instrumentos de recolección de datos se emplearon fichas hemerográficas y fichas para analizar las sentencias y acusaciones fiscales. Los resultados muestran que se ha aplicado en un 100% el criterio dogmático de la teoría de la unidad del título de imputación para determinar el título de imputación del extraneus en el delito de colusión. Por lo que se entiende que dentro de la administración de justicia se está adoptando la teoría de la unidad de la imputación para establecer el grado de intervención del extraneus en el proceso del delito de colusión., confirmando la hipótesis de esta investigación. En tal sentido, se concluye que la teoría de la unidad del título de imputación es el criterio dogmático que mejor responde a las exigencias de atribución de responsabilidad de los agentes privados que participan en el delito de colusión, porque permite que se juzgue al *extraneus* por su conducta participativa dentro del delito de colusión y no, como lo propone la teoría de la ruptura del título de imputación, por un delito subyacente o común.

**Palabras clave:** Criterios dogmáticos, imputación del extraneus, delito de colusión, teoría de la unidad del título de imputación.

## SUMMARY

The objective of this paper was to analyze the dogmatic criteria used by judges and prosecutors to determine the title of the extraneous imputation as an accomplice in the crime of collusion in the Judicial District of Junín, during the period 2013-2017. The research was of an applied and retrospective social legal type with a non-experimental, descriptive and cross-sectional design. The population and sample consisted of a total of 21 tax accusations, 28 first instance sentences and 19 second instance charges. As instruments of data collection, newspaper and index cards were used to analyze the judgments and tax accusations. The results show that the dogmatic criterion of the theory of the unit of the title of imputation has been applied in 100% to determine the title of imputation of the extraneous in the crime of collusion. So it is understood that within the administration of justice is adopting the theory of the unity of the imputation to establish the degree of intervention of the extraneous in the process of the crime of collusion, confirming the hypothesis of this investigation. In this sense, it is concluded that the theory of the unit of the title of imputation is the dogmatic criterion that best responds to the demands of attribution of responsibility of private agents involved in the crime of collusion, because it allows the extraneous to be judged by their participatory behavior within the crime of collusion and not, as proposed by the theory of the breaking of the imputation title, for an underlying or common crime.

**Keywords:** Dogmatic criteria, imputation of the extraneous, collusion crime, theory of the unit of the imputation title.

## ÍNDICE

Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento.....	iii
Resumen.....	iv
Summary.....	v
Índice.....	vi
Índice de tablas.....	viii
Índice de gráficos.....	ix
Introducción.....	x

### Capítulo I. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema.....	12
1.2. Formulación del problema.....	15
1.2.1. Problema general.....	15
1.2.2. Problemas específicos.....	15
1.3. Objetivos.....	16
1.3.1. Objetivo general.....	16
1.3.2. Objetivos específicos.....	16
1.4. Hipótesis y /o sistema de hipótesis.....	17
1.4.1. Hipótesis general.....	17
1.4.2 Hipótesis secundarias.....	17
1.5. Variables.....	18
1.6. Justificación e importancia.....	18
1.7. Viabilidad.....	21
1.8. Limitaciones.....	21

### CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de investigación.....	22
2.2. Bases teóricas.....	27
2.2.1. La teoría del dominio del hecho.....	27
2.2.2. Teoría de la unidad de título de imputación.....	50
2.2.3. Teoría de la ruptura de la imputación .....	54

2.3. Los delitos de infracción del deber.....	57
2.3.1. Bases para los delitos de infracción del deber y propuestas.....	61
2.3.2. Delito de infracción del deber. Postulados dogmáticos.....	64
2.4. Delitos especiales propios e impropios.....	80
2.5. El delito de colusión. Antecedentes legislativos.....	83
2.5.1. Los interesados como cómplices.....	101
2.6. Definiciones conceptuales.....	103
2.7. Bases epistémicos.....	107

### **CAPÍTULO III, MARCO METODOLÓGICO**

3.1 Tipo de Investigación.....	110
3.2 Diseño y esquema de investigación.....	110
3.3.Población y muestra.....	111
3.3.1. Población.....	111
3.3.2 Muestra.....	112
3.4. Instrumentos de recolección de datos.....	112
3.5. Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos.....	113

### **CAPÍTULO IV RESULTADOS**

4.1. Presentación de resultados.....	114
4.2. Contrastación con las hipótesis de investigación.....	120

### **CAPÍTULO V. DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

5.1. Discusión de resultados de la investigación.....	122
---	-----

Conclusiones.....	128
Recomendaciones.....	131
Bibliografía.....	132
Anexos.....	134

**ÍNDICE DE TABLAS**

Tabla N° 01. ....	114
Criterio dogmático aplicado a Acusaciones fiscales	
Tabla N° 02.....	116
Criterio dogmático aplicado a Sentencias de Primera Instancia	
Tabla N° 03.....	117
Criterio dogmático aplicado a Sentencias de Segunda Instancia	
Tabla N° 04.....	118
Resultados consolidados, según criterio dogmático aplicado	



## ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico N° 01.....	115
Criterio dogmático aplicado a Acusaciones fiscales	
Gráfico N° 02.....	116
Criterio dogmático aplicado a Sentencias de Primera Instancia	
Gráfico N° 03.....	117
Criterio dogmático aplicado a Sentencias de Segunda Instancia	
Gráfico N° 04.....	119
Resultados consolidados, según criterio dogmático aplicado	

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, tiene el interés de probar cuál es la teoría que actualmente se está utilizando o, cuáles son los criterios dogmáticos que sirven para la determinación del título de imputación que recae sobre el *extraneus*; es decir, a título de qué se le atribuye el delito de colusión al agente privado que no tiene el deber institucional del cual está premunido el funcionario. Para eso hemos recurrido al análisis de documentos oficiales, es decir, acusaciones fiscales y sentencias de primera y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín en el periodo de 2013-2017, las cuales han sido leídas para poder saber cuáles son los criterios dogmáticos que aplican los operadores de justicia para la determinación del título de imputación, respecto del *extraneus*.

En el primer capítulo de la tesis, desarrollamos el tema del planteamiento del problema, describiendo la realidad problemática, declaramos los objetivos de la investigación, señalando las hipótesis de trabajo. Igualmente, mencionamos cuáles son las variables de este trabajo, la justificación e importancia; así como la viabilidad y limitaciones encontradas en la investigación.

En el segundo capítulo empezamos a desarrollar propiamente las variables. La primera variable está referida a los criterios dogmáticos, la cual se encuentra dividida en diferentes temas como la teoría del dominio del hecho, la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación. La segunda variable alude al delito de colusión, donde se desarrollan los tipos de colusión simple y agravada. Todas ellas han sido analizadas con fines didácticos a fin de que puedan servir a la explicación teórica de los distintos

análisis de la intervención delictiva, como prefiere llamarla el profesor García Cavero.

El tercer capítulo muestra el abordaje metodológico, donde se menciona el tipo, diseño y esquema de investigación utilizado. De igual manera se señala cuál es la población, muestra, instrumentos de recolección de datos y las técnicas para el recojo y procesamiento de los mismos.

En el cuarto capítulo se reflejan los resultados de la investigación, donde se muestran mediante tablas y gráficos los análisis respectivos de las sentencias y acusaciones. De igual manera se contrastan los resultados con las hipótesis de la investigación. El capítulo cinco presenta la discusión de los resultados, permitiendo la contrastación de los datos obtenidos con lo que señala la teoría.

Finalmente, se presentan las conclusiones y recomendaciones; así como la bibliografía empleada para el desarrollo de todo el trabajo, el cual trata de ser una contribución al análisis de los criterios dogmáticos de atribución de responsabilidad del extraneus en el delito de colusión.

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1. Descripción del problema

Dentro de la administración del Estado peruano, en los distintos niveles de gobierno, tanto local, regional y central; se registra un fenómeno complejo que tiene incidencias políticas, económicas, sociales y jurídicas. Este fenómeno es la corrupción, la cual es considerada como un nefasto problema social que ha generado una serie de consecuencias muy perjudiciales para la sociedad peruana.

Sus efectos son muy nocivos que socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. Este fenómeno pernicioso se da en todos los países, grandes y pequeños, ricos y pobres; sin embargo, si se tiene que evaluar sus efectos nocivos, se puede decir sin temor a equivocarse que los niveles de corrupción en los países menos desarrollados el daño y perjuicio que causa a la clase social más pobre, son las más perjudiciales y dañinas.

No obstante a esta realidad, el Estado y las instituciones que lo conforman poseen mecanismos que tratan de evitar que se siga expandiendo la corrupción, es decir, que la contrarresten a fin de evitar un mayor perjuicio. Desde el punto de vista jurídico, para combatir la corrupción, el Estado ejerce su rol de *ius puniendi* a través del Derecho Penal y Procesal Penal; en este contexto se cuenta con un catálogo de delitos que presenta el Título XVIII del Código Penal, donde se encuentran tipificados los delitos contra la administración pública y, en

especial, el delito de colusión regulado en el Capítulo II, Sección II del Código Penal , el cual se encuentra relacionado con la protección del correcto proceso de selección de los participantes en el proceso de contrataciones estatales.

El delito de colusión se encuentra regulado en el artículo 384 del Código Penal. Dentro de este tipo penal, se regula la conducta tanto del funcionario como del *extraneus* , en casos de fraude y perjuicio patrimonial al Estado en un proceso de licitación o selección. El delito se consuma con la sola colusión (acuerdo debajo de la mesa) o cuando el hecho se concreta perjudicando patrimonialmente al Estado.

Por su parte, en la Dogmática del Derecho Penal, uno de los temas más importantes se relaciona con la autoría y participación, tanto en los delitos comunes como en los delitos especiales. Los delitos comunes, como su mismo nombre lo dice, son los delitos que pueden ser cometido por cualquier persona, por eso son comunes. Mientras que los delitos especiales son aquellos que son cometidos por sujetos en quienes concurren determinadas cualidades o propiedades, que el tipo penal les atribuye. Entonces, las teorías de la autoría y participación tienen la finalidad de determinar a quién se considera como autor o partícipe dentro de un delito, sea común o especial.

Pero estas teorías no han podido resolver concretamente el problema que suscita en el delito de colusión, ya que los operadores jurídicos (jueces y fiscales) del Distrito Judicial de Junín no tienen uniformidad en la elaboración de criterios dogmáticos de imputación, es decir, que dentro del proceso penal , a nivel de las acusaciones, de las sentencias de primera y segunda instancia no se sabe cuáles son los criterios dogmáticos de atribución de responsabilidad del sujeto privado (*extraneus*) dentro del delito de colusión.

Al respecto , existen dudas sobre a título de qué responde el particular contratista (*extraneus*), ya que se desconoce los criterios dogmáticos que adoptan los jueces y fiscales, si es correcto que responda a título de cómplice primario, conforme se le viene imputando en las acusaciones, en las sentencias de primera instancia y en las sentencias de vista, emitidas por el Ministerio Público, Juzgado de Juzgamiento y por las Salas de Apelaciones del Distrito Judicial de Junín, respectivamente o acaso hay que considerarlo complicidad única, atendiendo a la naturaleza del delito de colusión, conforme a las exigencias de lo estipulado en el segundo párrafo del artículo 25 del código penal, que establece: “El cómplice siempre responde en referencia del hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”. Estos son el conjunto de las preguntas que nos hemos formulado como investigadores. Entonces, lo que queremos saber es: ¿cuáles son los criterios dogmáticos que usan los operadores jurídicos del Distrito Judicial de Junín para la atribución de imputación del privado que participa, de forma necesaria, en el delito de colusión?

Todos los planteamientos anteriormente señalados nos llevan a investigar, cuáles son los criterios dogmáticos que usan los operadores jurídicos del Distrito Judicial de Junín, para la atribución de imputación del privado que participa de forma necesaria en el delito de colusión, generando reflexiones sobre esta temática que debe ser objeto de análisis en el campo del derecho.

## 1.2. Formulación del Problema:

### 1.2.1. Problema General

- ¿Cuáles son los criterios dogmáticos que utilizan los jueces y fiscales para determinar el título de imputación del *extraneus* como cómplice en el delito de colusión en el Distrito Judicial de Junín, en el periodo 2013-2017?

### 1.2.2. Problemas específicos

- ¿Se está utilizando la teoría del dominio del hecho para determinar el título de imputación en el delito de colusión del *extraneus* en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017?
- ¿Se está empleando la teoría de la ruptura del título de imputación para sustentar el título de imputación en el delito de colusión del *extraneus* en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017?
- ¿Se está haciendo uso de la teoría de la unidad del título de imputación para establecer el título de imputación en el delito de colusión del *extraneus* en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017?

### 1.3. Objetivos:

#### 1.3.1. Objetivo General

- Determinar los criterios dogmáticos que utilizan los jueces y fiscales para el establecimiento del título de imputación del *extraneus* como cómplice en el delito de colusión en el Distrito Judicial de Junín, durante el periodo 2013-2017

#### 1.3.2. Objetivos Específicos

- Establecer la aplicación de la teoría del dominio del hecho para la determinación del título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017.
- Identificar el uso de la teoría de la ruptura de la imputación para sustentar el título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017
- Determinar la aplicación de la teoría de la unidad de la imputación para fundamentar el título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017



## **1.4. Hipótesis y /o sistema de hipótesis**

### **1.4.1. Hipótesis General**

El criterio dogmático para determinar el título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión, en el Distrito Judicial de Junín, es el criterio de unidad del título de imputación.

### **1.4.2 Hipótesis secundarias**

- No se está considerando la teoría del dominio del hecho para determinar el título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y sentencias de vista del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017
- No se considera la teoría de la ruptura de la imputación para sustentar el título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y sentencias de vista del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017
- Sí se considera la teoría de la unidad del título de imputación para establecer el título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y sentencias de vista del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017

## 1.5. Variables

Variables	Dimensiones	Indicadores
Criterios dogmáticos para la atribución del título de imputación	Teoría del dominio del hecho	<p style="text-align: center;"><b>Autoría</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Dominio absoluto de la acción</li> <li>• Inexistencia de intermediario ni coacción</li> <li>• Autoría mediata</li> <li>• Autoría mediata por coacción</li> <li>• Se Induce a otro a cometer el hecho punible</li> </ul>
		<p style="text-align: center;"><b>Participación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Atribución de la responsabilidad del hecho en el grado de participación</li> <li>• Cooperación dolosa en un delito</li> <li>• Conducta de un sujeto (el partícipe) en favor de otra conducta ajena (la del autor),</li> <li>• Responsabilidad del partícipe subordinada al hecho cometido por el autor</li> <li>• Cómplice necesario</li> <li>• Complicidad material y psíquica</li> </ul>
	Teoría de la ruptura del título de imputación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El marco penal del delito determina la pena del autor, y no la del partícipe.</li> <li>• Los extraneus no responden penalmente por los delitos de corrupción a título de partícipes</li> <li>• Cada uno responde por su propio injusto</li> </ul>
	Teoría de la unidad del título de imputación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial</li> <li>• Deberes, omitidos (vulnerados) por el sujeto ejecutor</li> <li>• Delitos que nacen de una organización estatal</li> <li>• Peligrosidad de la acción para la sociedad</li> <li>• Afectación a la sociedad como corpus inmaterial</li> <li>• Delitos de infracción del deber</li> </ul>
Delito de colusión	Colusión simple	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Acuerdo entre funcionarios, para contratar con los interesados, y los particulares</li> <li>• Concertación para perjudicar económicamente a la administración pública</li> <li>• Existe el acto de concertación</li> <li>• Coincidencia de voluntades principales (funcionario y particular)</li> </ul>
	Colusión agravada	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Funcionario o servidor público con capacidad de decisión y responsabilidad</li> <li>• Funcionario o servidor público, que interviene directa o indirectamente, en cualquier etapa de adquisición o contratación pública</li> <li>• Existe un agravio al patrimonio de la administración pública, del Estado</li> <li>• Se encuentran las dos voluntades principales: la del funcionario y el particular</li> </ul>

## 1.6. Justificación e importancia

### 1.6.1. Justificación

La presente investigación adquiere su justificación desde el plano teórico y práctico. A nivel teórico se analizó la aplicación de la teoría del dominio del hecho, la teoría de la ruptura de la imputación y la teoría de la unidad del título de imputación, para determinar el título de imputación del extraneus en el delito de colusión, identificando los aspectos legales, dogmáticos y jurisprudenciales,

contrastándolos con los aspectos prácticos, identificando cuáles son los criterios dogmáticos (teorías) que en la actualidad se toman en cuenta en el Distrito Judicial de Junín a nivel de la formulación de las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y sentencias de vista, para determinar el título de imputación del particular *extraneus* en el delito de colusión como cómplice.

Asimismo, esta investigación se justifica a nivel social, ya que se determinó cuál es el fundamento dogmático por el cuál en la actual práctica fiscal y judicial se le viene considerando al *extraneus* como cómplice primario; ello teniendo en cuenta que para la configuración del tipo penal de colusión, en referencia al término “concierta con los interesados”, es necesaria la intervención de funcionario o servidor público y del interesado, quienes, a través de un acuerdo ilegal o negocio privado, persiguen defraudar al Estado.

La concertación ilegal, por tanto, importa el concurso de dos comportamientos encaminados a un mismo objetivo: se trata, pues, del encuentro de dos acciones voluntarias con el propósito de defraudar al Estado (delito de encuentro). En este marco la concertación supone que el funcionario y el interesado, se pongan de acuerdo con la finalidad de defraudar al Estado. Respecto al acuerdo bilateral la doctrina mayoritaria afirma que el delito de colusión es uno de *intervención necesaria*; más específicamente, es un *delito de encuentro*, donde se contemplan actos provenientes de distintas direcciones que se complementan entre ellos para la configuración del delito.

Por esta razón el acuerdo ilegal requiere del concurso de dos conductas, de lo contrario, el hecho corre el riesgo de quedar fuera del contexto típico del delito. Sin embargo queda en debate aun la postura minoritaria que identifica al delito de colusión como uno de *convergencia*, situación que podría establecer

algunos presupuestos de falta de adecuación de la conducta cuando se analiza la participación y el móvil de particular en el delito, a diferencia de la acción

En ese sentido, la presente investigación determinó el título de imputación que se le viene atribuyendo al contratista particular *extraneus* en el distrito judicial de Junín, y en todo caso cuál es el título de imputación que le correspondería para ser investigado y sancionado, es decir verificar si en efecto el interesado (*extraneus*) le corresponde responder a título de cómplice como se viene dando en la actualidad, analizar si el comportamiento desplegado por este se subsume en la complicidad de acuerdo a lo que prescribe el artículo 25 del Código Penal, pues la complicidad consiste en prestar auxilio a otro para la realización de su delito.

El entendimiento de la complicidad en la dogmática del derecho penal ha sido siempre de ayuda a otro (al autor) a la comisión de su delito (del autor). La complicidad debe significar (en un sentido normativo valorativo), un aporte, una contribución, que el cómplice hace a la actividad criminal del autor, por lo que es preciso determinar en la presente investigación si en el caso de los interesados (*extraneus*) en el delito de colusión estamos frente a personas que solo ayudan al funcionario público para que este cometa “su” delito de colusión o estamos más bien frente a personas que conjuntamente con el funcionario cometen el delito de colusión .

### **1.6.2. Importancia**

Respecto a la importancia, se puede señalar que la investigación fue relevante ya que permitió esclarecer qué criterios dogmáticos viene aplicando el Ministerio Público y el Poder Judicial en el Distrito Judicial de Junín para determinar el grado de participación del *extraneus* y si estos criterios aplicados determinan el grado de participación del contratista particular (*extraneus*) en el

delito de colusión al considerarlo como cómplice primario en cuanto se refiere al título de imputación es el correcto o se está vulnerando el principio de legalidad y el derecho de defensa del imputado traducido en el derecho que tiene este de conocer los cargos en su contra que comprende que se le atribuya un correcto grado de participación que sea coherente y proporcional con su actuación en el delito

Aunado a ello, mediante la presente investigación, se determinó si en las acusaciones formuladas por el Ministerio Público y las sentencias emitidas por el Poder Judicial, tanto en primera como en segunda instancia, se considera como cómplice al *extraneus* en el delito de colusión.

### **1.7. Viabilidad**

La presente investigación fue factible en el sentido teórico, práctico y metodológico, porque se contó con los recursos administrativos, financieros y bibliográficos, así como temporal y espacial para su ejecución.

### **1.8. Limitaciones**

El presente trabajo de investigación presento algunas limitaciones como el acceso a los expedientes judiciales, las cuales fueron superadas con adecuado coordinación con las autoridades correspondientes.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. Antecedentes de investigación**

Díaz Castillo, Ingrid (2016) presentó la investigación “El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano” en la Universidad de Salamanca-España. Tuvo como objetivo el establecimiento de criterios para la determinación del tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible. Entre sus conclusiones señala:

- La contratación estatal constituye la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción, según la OCDE y Transparencia Internacional. Ello se debe a la conjunción de dos factores: las grandes sumas de dinero que se invierte en los contratos del Estado y el espacio de interacción que estos propician entre el sector público y privado. Los efectos nocivos de la corrupción en este ámbito inciden en lo económico, pero también en lo político y social. Los malos manejos del dinero público generan cuantiosas pérdidas económicas para el Estado; pero al mismo tiempo, deslegitiman la labor de las autoridades públicas y recortan los derechos de los ciudadanos, que no podrán acceder a servicios públicos de calidad.
- De ello se ha derivado el análisis formal de su configuración. Si se revisa la jurisprudencia nacional, la acreditación de los delitos de colusión y negociación incompatible pasa por determinar la existencia de la concertación entre funcionario público y particular o por la presencia de actos que denoten un interés indebido. Sin embargo, nada se dice de la relación entre la conducta y el bien jurídico, situación que impide dotar de materialidad a la prohibición penal.

- La relevancia de un bien jurídico colectivo de esta naturaleza radica en la importancia de la actividad contractual estatal como mecanismo para la satisfacción de necesidades sociales a las que cada institución del Estado debe responder. Esta relevancia ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional peruano, que interpretando el artículo 76º de la Constitución ha considerado que la contratación estatal debe asegurar que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica.

Minaya Chirinos, Hugo (2015) realizó la investigación “Fundamentos para la aplicación de la prescripción especial al extraneus en delitos de colusión desleal como medida para combatir las organizaciones ilícitas para delinquir en el Perú”. Tuvo como objetivo argumentar los fundamentos jurídicos para la aplicación de la prescripción especial al extraneus en delitos de colusión desleal como medida para combatir las organizaciones ilícitas para delinquir en el Perú. La investigación fue de naturaleza teórica-doctrinaria, relacionada a dos instituciones jurídicas penales: los intraneus y los extraneus respecto a la prescripción de este último. Sus conclusiones indican que:

- La regla de la duplicación del plazo de prescripción contenida en el artículo 80º in fine del Código Penal no es clara, porque la norma: 1) Únicamente establece como presupuesto la concurrencia de un “delito” cometido por funcionario público contra el patrimonio del Estado: 2) No indica si la regla especial se aplica o no al extraneus de lo que se infiere que existen fundamentos teóricos, doctrinarios, jurisprudenciales, más que suficientes, para la aplicación de la prescripción especial al extraneus

en delitos de colusión desleal como una medida para combatir las organizaciones ilícitas que operan en el país.

- El delito de infracción de deber no excluye la posibilidad de intervención de particulares extraneus. Aunque no sean portadores de los deberes positivos que competen al intraneus, sí tiene la obligación de no contribuir a que tal se vea quebrantado. En los deberes institucionales, aun cuando un solo interviniente (intraneus) aporte un deber, está abierta la participación a todos los intervinientes (extraneus) la posibilidad de poner en peligro una institución por lo demás inaccesible para ellos. En cuya virtud es menester la modificación del artículo 384°
- Se puede aplicar al encausado la agravante del artículo 80 del Código Penal, que establece la duplicidad del plazo de prescripción cuando el sujeto es un funcionario o servidor público y se afecte el patrimonio del Estado, pudiéndose ampliar a los partícipes extraneus en merito a la teoría de la unidad de la imputación porque pueden realizar la conducta a nivel de imputación como autor. En efecto aquí, entre otros aspectos se precisó que “los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores; para cuyo efecto se debe modificar el artículo 80° del Código Penal in fine siendo extensible el plazo de duplicidad de la prescripción a los extraneus.

Cutisaca, José Antonio (2015) presentó el trabajo de grado “Naturaleza jurídica del delito de colusión y su incidencia en la región de puno 2014-2015”, teniendo como objetivo analizar la naturaleza jurídica del delito de colusión y su



incidencia en la región Puno durante esos años. Entre sus conclusiones señala que:

- Al respecto de su naturaleza jurídica el legislador ha dividido a la colusión en simple y agravada, la simple se caracteriza con el termino defraudar y la agravada como defraudare, además lo clasifica como un delito propio que solo puede ser cometido por un funcionario y/o servidor público (intraneus), que concierte para ponerse de acuerdo con los interesado (extraneus), defraudando los deberes que el Estado le había confiado, con finalidad de proteger el normal y recto funcionamiento de la administración pública, el prestigio e intereses patrimoniales en los contratos que realiza el Estado, además, en la investigación se observa que el extraneus por Principio de Legalidad, no puede ser juzgado ni imputado como participe en el delito de colusión
- De acuerdo a los datos obtenidos de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios en la región de Puno el año 2014, el 26% de denuncias son por el delito de colusión(tengamos en cuenta que existe 22 tipos de delitos que puede recepcionar la referida fiscalía), además, el año 2015 en la región de Puno el año 2015, el 14% de denuncias son por el delito de colusión, lo que demuestra que en la región de Puno existe incidencia del delito de colusión, además, que hasta la fecha no existe sentencia alguna de los periodos 2014-2015, por el delito de colusión

Carranza Cabrera, Paula Silvia (2015) estudió los Factores inadecuados del archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión en la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios en el distrito fiscal de

Huánuco. Se planteó como objetivo establecer qué factores inadecuados del archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión en la Fiscalía Especializada en delito de Corrupción de funcionarios en el Distrito Fiscal de Huánuco 2015.

Sus conclusiones muestran que:

- Los factores inadecuados del archivo fiscal, son: la mala valoración del bien jurídico, la no realización de diligencias pertinentes en la investigación preliminar y mala valoración jurídica del peritaje. Ha quedado demostrado el uso indiscriminado del archivo fiscal, confundiéndose que cuantos más procesos archivados es una fiscalía más eficiente.
- Mala determinación en la estrategia de la investigación fiscal, como son: la falta de peritos, la forma y momento de la obtención de información y la toma de declaraciones sin antes haberse informado más sobre el hecho ilícito. Los factores inadecuados del archivo fiscal de las denuncias por peculado y colusión, generan un estado de impunidad e inseguridad jurídica.

Salcedo Campos, Roselyn y Sime Alcibiades Marquez (2009) investigaron sobre “La participación del extraneus en delitos contra la administración pública” en el Perú. Destacan entre sus conclusiones que los diversos típicos penales comprendidos en la parte especial del código penal hacen referencia a la realización del hecho punible por única persona en forma anónima y singular “el que...” No obstante ello, la comisión de un delito no puede atribuirse siempre solo de manera unitaria, siendo que en muchas oportunidades son más de uno los que confluyen voluntades criminales que llegan estructurar bandas y organizaciones criminales con el fin de facilitar la perpetración de

hechos delictivos. Surgiendo a si la figura de otros actores que aportan una determinada prestación positiva, que puede finalmente ser esencial para la realización típica.

Cuando hablamos de la participación del extraneus en delitos contra la administración pública nos referimos a que para la realización de un determinado Delito en ciertos casos se necesita la ayuda de un tercero, tercero que algunos lo denominan como un partícipe, copartícipe, ayudante autor, coautor; puesto que dicha atribución o nombre al tercero interviniente dentro del delito aún no ha sido expresamente aclarada debido a las discrepancias que se dan para poder dar una determinada pena o la pena que le debe corresponder tanto al tercero como al administrador publico siendo por tal motivo la existencia de teorías que benefician o que dan igualdad de pena al tercero y al administrador público.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. La teoría del dominio del hecho**

La elaboración de las teorías sobre la autoría y la participación ha sido uno de los logros más importantes que se han dado y generado dentro de la dogmática penal. Esto ha permitido que, con el transcurrir del tiempo, se concreticen teorías muy importantes. Pero ninguna teoría ha sido tan fundamental como la teoría del dominio del hecho, la cual fue perfeccionada por Roxín (2000)

Los antecedentes más claros de la elaboración de esta teoría la encontramos en Welzel (Berruezo, 2013), aunque que hemos dicho que quien ha logrado una elaboración sistemática y más fundada fue su discípulo Roxin. Pero vamos a analizar lo que desarrolla Roxin, habida cuenta que es el más destacado exponente, sobre este hecho.

Roxin (2000) empieza delimitando que el dominio del hecho se puede dar en tres niveles: el dominio de la propia acción, dominio de la voluntad y el dominio funcional. En el primer caso se dice que el dominio lo tiene el que ejecuta directamente la acción descrita en el tipo penal, o sea, quien tiene el dominio absoluto de la acción sin buscar intermediario ni estar coaccionado, en otras palabras, quien realiza con todos los elementos objetivos de tipo de forma directa e inmediata (sin más medio que no sea él). Se podría equiparar su accionar a la exigencia que hacía la teoría objetiva-formal según la cual solamente es autor quien realiza la acción descrita por el tipo penal (Berruezo, 2013), de igual forma es el autor directo tiene todo el dominio sobre la acción descrita en el tipo.

Según esta teoría, es autor quien tiene el dominio del hecho, el dominio de la ejecución del hecho punible. Si quien está ejecutando desiste y no se concretiza el delito, entonces, es autor; porque de él va a depender toda la ejecución del delito. El delito se ejecuta en la medida que el delito dependa, exclusivamente, del comitente.

Existen distintas formas de autor o modalidades de autoría. Para poder determinar el dominio de hecho en las distintas modalidades de autor (autor mediato, autor inmediato y coautor) es necesario recurrir a esta teoría (la teoría del dominio del hecho), pero con algunos matices fundamentales.

En el caso de la autoría mediata, se considerará autor cuando el hombre de atrás ejerce un dominio fundamental sobre la voluntad del ejecutor directo, es decir, cuando su decisión es acatada por éste (con conocimiento o sin él, como puede ser el caso de la autoría mediata por error). Según Hurtado Pozo y Prado Saldarriaga (2011), la autoría mediata por coacción se da cuando “el autor mediato coacciona al intermediario...” (p.145). O sea, que la condición necesaria para la determinación de una autoría media por coacción es que haya una

“voluntad limitada” del intermediario. Si el intermediario no tiene una voluntad limitada, entonces, no se puede dar la coacción en el actuar del intermediario, por ende, no existe responsabilidad, porque el intermediario puede actuar libremente y su acción no se encuentra condicionada o afectada por una fuerza ajena a él. A continuación, se transcribe un caso para ejemplificar este tipo de autoría.

(...) un tenista ordena a su preparador físico, bajo amenaza cierta e inminente de matarlo, de lesionar a uno de sus rivales. El tenista es, en este caso, autor mediato de lesiones; el preparador físico no es responsable si ha actuado en un estado de necesidad exculpatorio. De no ser éste el caso, se trataría de un caso de instigación. Además, si el intermediario se viera del todo privado de su voluntad, por ejemplo mediante fuerza física irresistible o incurso en alguna otra causa de ausencia de acción, no sería posible la autoría mediata, puesto que quien recurre a este medio es en efecto autor directo, ya que tiene en sus manos un verdadero instrumento y no un intermediario. (Hurtado y Prado, p.146)

Como se puede ver en este caso, es evidente que haya una serie de factores que permiten determinar cuándo estamos ante una autoría mediata, puesto que no se puede equiparar, cada uno de los casos, de forma equivalente, sino que es menester establecer los límites y cada uno de los aspectos de los hechos para que puedan ser calificados jurídicamente, de forma correcta.

Por otro lado, como se menciona en el párrafo transcrito, la atribución de responsabilidad del autor mediato se dará en la medida que el intermediario haga la acción con una voluntad restringida, ya sea por amenaza o peligro invencible a su misma persona o a otra que condiciona su acción.

Y, por último, en el caso de la coautoría, la división del “trabajo” y de funciones es lo característico, así mismo, debe haber un acuerdo previo para la ejecución del delito, o sea, dentro de la ejecución debe existir una distribución de roles, de funciones que previamente se deben haber hecho para llevarlas a cabo. Por otro lado, Roxin distingue tres tipos de delitos relacionado al modo de

ejecución, los cuales son: el delito por dominio del hecho (al cual ya hicimos mención), el delito por infracción del deber y el delito de propia mano.

Los tres primeros casos mencionados, se refieren al caso de los delitos de dominio del hecho, pero los siguientes tienen que ver con infracción del deber y del delito de propia mano.

El delito de infracción del deber es un delito especial propio (más adelante definiremos la diferencia entre delito especial propio e impropio). Se le conoce con ese nombre al delito que es realizado por un sujeto que es calificado con cualidades especiales por el tipo penal o quién tiene un deber determinado por la ley, el cual, si es incumplido, será responsable. Según los doctores Hurtado y Prado (2011), "El factor decisivo sería, más bien, el incumplimiento del deber específico que tiene el sujeto activo por el papel particular que desempeña." (p.142) Este papel que desempeña se debe a una serie de características que posee como agente activo de la relación entre él y el sujeto pasivo. Entonces, la imputación penal se hará conforme al deber que tenía que cumplir, del cual era titular, antes de la comisión del delito.

Ahora, en el caso de los delitos de propia mano, se debe tener en cuenta la naturaleza del delito, es decir, que existen delitos que solamente pueden ser realizados por el comitente, esto es, por el sujeto activo. Un ejemplo de este tipo de delitos es el de violación. En este tipo de casos, el delito es de propia mano, por eso no puede ser realizado por otro sujeto que no sea el propio comitente.

#### **2.2.1.1. La autoría y participación: Teorías y tratamiento normativo**

Una de las formas más importantes para la atribución de la responsabilidad penal es estableciendo el grado de intervención de un sujeto cuando se le imputa un hecho, es decir, que previamente se debe saber "a título

de qué” se le imputa un hecho delictivo. De esto se desprende que la atribución de la responsabilidad será delimitada por el grado de participación (en este sentido el término participación es el equivalente al de intervención), ya que conforme a ésta se podrá saber la responsabilidad que le corresponde al imputado.

El tema de la autoría y participación ha sido, desde siempre, uno de las más importantes construcciones teóricas del Derecho penal. El Derecho penal se encarga de establecer la responsabilidad penal de quien es imputado de la comisión de un delito. Sin embargo, para que pueda llevar a cabo su labor como tal, necesita que se determine el grado de participación de aquellos que intervienen en el delito. Es decir, para poder llegar a la decisión final de sancionar con una pena al responsable, se debe establecer, de forma clara y precisa, el grado de participación del agente responsable.

Ahora, a fin de que el Derecho penal pueda llevar a cabo semejante tarea es necesario que se cree todo un corpus teórico-dogmático para que se determine cuál es el grado de participación de los intervinientes en un hecho delictivo. Este corpus teórico-dogmático es lo que se denomina como Teorías de la autoría y participación. Pasaremos a dar vista a cada una de ellas. Empezaremos con la autoría para luego terminar con la participación.

### **2.2.1.2 La Autoría en la dogmática penal**

#### **A) Teorías unitarias de autor**

Las teorías que se han elaborado para poder comprender la autoría se han dividido en gran parte en dos grupos. O sea, que existen dos vertientes que tienen una visión muy disímil de a qué intervinientes en el hecho delictivo se les debe considerar como autores o no. Estas dos teorías, que engloban a cada una

de las visiones dogmáticas de la autoría, son las teorías unitarias de autor y las teorías diferenciadoras.

Para una parte de la doctrina (poco dominante actualmente) creen que autor es cualquier interviniente en el delito, es decir, que no importa el grado de participación que ha tenido el sujeto o los sujetos, sino que basta con que lo hayan causado el hecho para que sean considerados como autores. Esta visión unificada o de la unidad de la autoría, como se le conoce, rechaza cualquier distingo de los intervinientes en el hecho delictivo. Para ellos, autor sería “el campana” (persona que se encarga de avisar cuando alguien, que puede obstaculizar la comisión del delito, generalmente el de hurto o robo, se acerca), quien es considerado como el autor del delito de robo, según sea el caso. O sea, que hace imposible cualquier tipo de diferenciación entre los que actúan dentro de la comisión de un delito. Por lo tanto, no se podría anhelar una graduación de la pena para aquellos que ayudaron a la comisión de un delito y no lo ejecutaron de forma directa, material (Roxin, 2014).

El fundamento más evidente de la visión unitaria de autor tiene que ver con el progreso que había tenido, en ese tiempo, la teoría denominada de la equivalencia de condiciones. Esta teoría era la que fundamentaba la imputación objetiva de la comisión delictiva. El propulsor de esta visión fue el profesor alemán VonBuri. Según esta teoría de la imputación, todas las condiciones se equivalían entre sí, o sea, todas las causas eran iguales y tenía el mismo peso, la misma carga de responsabilidad, en la generación del hecho punible, lo cual hacía fundamental cualquier causa que lo habría generado o que había coadyuvado a su comisión. No se hacía ningún distingo ni siquiera de las causas indirectas, sino que se aceptaba cada una de ellas. Por tal motivo, todos aquellos que habrían generado alguna de las causas serían autores (Berruezo, 2013).



Tal como lo dice el profesor Berruezo (2013), “el fundamento de esta teoría [la teoría unitaria de autor] lo encontramos en la teoría de las equivalencias de condiciones (...) todas las condiciones de un resultado son equivalentes y cada una de ellas se debe considerar causa del mismo”. (pp.5-6). Entonces, como se puede ver, el fundamento de la teoría unitaria de la autoría se debía, exactamente, a la visión de la imputación objetiva. Esto es, que conforme a cómo se atribuía la responsabilidad de los autores era como deberían ser tratados cada uno de los que (supuestamente) habrían intervenido en el hecho punible.

Sin embargo, esto resulta intolerable y perjudicial para una sociedad que pregona el Estado de derecho. Según Roxin (2014: II), “... la teoría unitaria de la autoría da lugar a una intolerable ampliación de la punibilidad por la reducción de la realización típica a la causalidad, si se sigue consecuentemente su planteamiento.” (p.65). Entonces, la visión que tiene los teóricos unitarios de la autoría es la de reducir a la mera causalidad como elemento fundamental para la determinación de la autoría. Esto a Roxin (2014) le parece que no se ajusta a las actuales exigencias de los derechos y de las garantías personales que asisten al imputado, puesto que todo lo reduce a la causalidad y no se analiza, de forma razonable y proporcional, las actuaciones de los agentes responsables del delito.

Actualmente esta teoría es la menos dominante por su reduccionismo extremo y, nosotros nos permitimos agregar, por su irracionalismo a la hora de establecerse cada una de las responsabilidades de aquellos que participaron (acá el término participación está usada en su sentido convencional y no técnico) en el hecho punible.

Ahora es necesario dejar claro que esta visión doctrinaria no es dominante en los delitos culposos o imprudentes, como desean denominarlas algunos países, ni en delitos de organización criminal, donde la mayoría de las conductas que ayudan a la comisión de los delitos de organizaciones criminales están consideradas como conducta hechas por autores, puesto que en estos tipos de delitos el criterio de unidad de la autoría es dominante. Es muy fácil encontrar en los delitos de organización criminal que existen distintas modalidades de dicha conducta. El delito culposo no admite complicidad ni inducción; el delito de criminalidad organizadas admite en algunos casos (Roxin, 2014).

No obstante, a pesar de su carencia de dominio dentro de los ámbitos académicos, en materia de los delitos doloso, aún se pueden encontrar algunos países siguen utilizando el criterio unitario de autoría, como bien lo enumera Roxin. Tal como lo dice Roxin (2014) “el concepto unitario de autor rige, aparte de en Austria, sólo en Dinamarca e Italia...”. (p.66)

## **B) Teorías diferenciadoras de autor**

A diferencias de las teorías unificadoras de autor según la cual autor es cualquier interviniente, cualquier participante, sin hacer ningún distinto de tipo material o concreto; las teorías diferenciadoras, o de concepto restrictivo de autor, aceptan las diferencias que existen entre los distintos intervinientes en un hecho punible. Por consiguiente, aceptan la división tripartita de autor y así mismo la división entre autores y partícipes, es decir, que distinguen a los distintos intervinientes en: autores inmediatos, mediatos y coautores; también a los cómplices (en otras legislaciones los conocen como colaboradores) e instigadores. Las teorías que se han encargado de establecer y, sobre todo,

concretizar los grados de participación son: la teoría objetivo-material de autor, la objetivo-formal, la teoría subjetiva y la teoría del dominio del hecho. Lo importante de cada una de estas teorías es que permite un desarrollo completo de los intervinientes y permite que su análisis sea mejor y concreto. Ahora pasemos a analizar cada una de las teorías de la autoría.

### **C) La teoría objetivo-material**

Esta teoría incide en el hecho de la materialidad de los actos realizados por los intervinientes, es decir, del resultado material que realiza el agente interviniente o de los agentes intervinientes en el delito. Es una visión, por decirlo de alguna manera, causalista. Enfatiza en el aspecto causal, que genera el resultado, que será el hecho delictivo. Por eso se dice que autor sería el que genera causa del delito; mientras que los partícipes serían aquellos que solamente aportan con condiciones para la comisión delictiva. En otras palabras, autor es quien, con su aporte material, decisivo, determina la comisión delictiva. En cambio, los partícipes serán quienes harán un aporte más menguado, más tenue, que solamente facilite la comisión delictiva, más no la ejecución en sí misma.

Es muy importante señalar que este tipo de teoría engloba a otras sub-teorías que parte de la causalidad y de la materialidad del hecho delictivo.

### **D) La teoría objetivo-formal**

La segunda teoría que se trató de encarar del aspecto determinante de autor es la teoría objetivo-formal. Esta teoría ya no incidía en la materialidad de los hechos o en la causación de ellos; sino que partía del análisis de que si las conductas de los participantes (ojo, es participantes y no partícipes) se ajustan

a lo que se encuentra descrito dentro del tipo penal. Es decir, que se considerará autor a quien realice la conducta que se encuentra estipulada en la ley penal .Según Berruezo (2013), el nombre se lo debe a Birkmayer.

Por otro lado, Jakobs (1991) dice

Según la teoría objetivo-formal (ya abandonada, pero dominante en los años veinte) sólo es autor quien realiza el tipo penal de propia mano al menos en parte. Objeto de esta teoría es una sujeción (exacta, propia del Estado de Derecho) de la autoría a las descripciones típicas de la Parte Especial, abarcando el contenido de los distintos tipos legales. (p.734)

Como se ve, lo fundamental de esta teoría es la atribución de la responsabilidad a quien ejecuta (al menos en parte dice Jakobs) el tipo penal que describe la conducta punible. Por lo tanto, se entiende que será autor quien cumple con las exigencias normativas (al menos de la conducta) del tipo penal.

Pues bien, esta teoría tuvo bastante acogida en el Derecho penal alemán. Sirvió de jurisprudencia en muchos casos. Pero hay algo que debemos aclarar. Según el profesor Vera (2012), no se debe confundir que la exigencia para que el sujeto sea considerado como autor debe cumplir solamente con la conducta descrita en el tipo penal, o sea, en sus aspectos fácticos; sino que es muy importante que también se cumplan con los requisitos subjetivos, puesto que si se dice que autor es -según esta teoría- quien realiza el tipo descrito en la ley, entonces, se deduce que también debe actuar con dolo o culpa, porque el cumplimiento del tipo implica también el aspecto subjetivo y no, como creían algunos académicos, solamente el objetivo.

Sin embargo, acá se empieza a evidenciar un problema dentro de esta teoría. Ya que si se exige que autor será quien realice el tipo penal, se debe delimitar, primero, si esto engloba a todo el tipo penal o solamente a los elementos que contiene, porque se puede dar el caso de que una persona no

cometa todos los elementos del tipo, pero esto resulte suficiente para considerarlo autor del hecho punible por la realización de la conducta descrita, al menos en parte, como lo decía Jakobs. Por eso una de sus críticas se fundamenta en este punto. El profesor alemán dice

Esta solución [la que propone la teoría en estudio], en caso de realización parcial del tipo, debido a la equiparación de todos los elementos típicos, conduce a una expansión del comportamiento fundamentado de la autoría incluso hasta internarse en estadio de los actos preparatorios: todo aquél que interviene en hurto y que tiene ánimo de apropiación (¡realización de un elemento subjetivo del tipo!) se convertiría en autor, aun cuando no coopere activamente en la sustracción. (Jakobs, 1991:734)

Aunque puede ser válida esta observación, debemos disentir del profesor alemán, porque no se puede señalar, como lo hace, que la sola comisión de uno de los elementos del tipo, ya sea objetivo o subjetivo, será razón suficiente para la atribución de responsabilidad penal. Nosotros compartimos, al igual que el profesor Vera (2012), que es necesario que el agente cumpla con todo el tipo penal, en su conjunto (tipo objetivo y subjetivo). De esta forma, se evitará cualquier irracionalidad en la atribución de responsabilidad como la que parece insinuar el profesor de Bonn.

Pero una de las críticas que mayor impacto ha tenido fue la concerniente a la autoría mediata; o sea, que no soluciona el problema del hombre de atrás, el problema de la autoría mediata no tendría, en esta teoría, una solución, ya que solamente es autor quien cumple con lo estipulado en la ley. Por lo tanto, el autor de atrás quedaría completamente absuelto de tamaña responsabilidad.

## **E) La teoría subjetiva**

A diferencia de las teorías objetivo-material y objetivo formal, la teoría subjetiva sí tuvo mayor acogida y ha sido una de las pocas que ha tratado de mantenerse dentro del canon académico. Se puede decir, hoy, que junto con la teoría del dominio de hecho (teoría ampliamente aceptada y seguida por la doctrina alemana, española y latinoamericana), se mantiene como uno de los cuerpos teóricos más importantes que se hayan hecho respecto a la autoría.

Los postulados más importantes de esta teoría es la de fundamentar la autoría de los participantes en un delito por la voluntad de los agentes intervinientes. Es decir, que autor sería quien quiere actuar como autor (*animus auctoris*), mientras que partícipe sería quien actuaría con la voluntad de ser cómplice o inductor (*animus socii*). El énfasis de esta teoría es que “distinguen entre autor y partícipe, no desde su actuación en el mundo exterior, sino desde el punto de vista interno del sujeto, su lado psíquico, la voluntad, la intención, las actitudes.” (Berruezo, 2013:10). El aspecto síquico, como dice el autor, es fundamental. Todo el conjunto de elementos internos del sujeto es fundamental para que se pueda establecer el grado de participación del agente.

### **2.2.1.3. Teorías de la Participación**

Tal como hemos señalado, la autoría no es la única forma de intervención dentro del delito, sino que es una de las formas cómo se interviene en un delito. Entonces, al no ser la única forma de intervención, se abre paso para que pueda ingresar otras formas de intervención que, aunque no son tan principales e importantes como la autoría, si tienen una gran relevancia jurídica para la imputación penal.

Estas otras formas de intervención es la participación (en sentido estricto), la cual se divide en dos: la complicidad y la instigación (la cual se conoce con el nombre de inducción en otras legislaciones).

Por otro lado, es importante dar un alcance sobre la definición que se tiene de participación. Uno de los conceptos más claros que se ha dado al respecto, lo podemos encontrar en el profesor Francisco Muñoz Conde (1999), quien dice, lo siguiente sobre la participación, que “[e]s la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno.” (p.159). De esta somera definición se puede extraer algunas conclusiones importantes. La primera, es que la participación es una conducta de un sujeto (el partícipe) en favor de otra conducta ajena (la del autor), por lo tanto, la participación es accesoria, porque está supeditada a la comisión de otro hecho o conducta (el delito cometido por el autor). Segundo, que la participación solamente tiene asidero en los delitos doloso, por consiguiente, no puede haberla en los delitos imprudentes o culpables, por eso, el énfasis del profesor español en decir que la participación es la cooperación a un hecho ajeno doloso. Así mismo, se subraya que la conducta del partícipe debe ser también dolosa. No puede haber participación culposa.

Al respecto, señala, el profesor Muñoz (1999), in extenso, lo siguiente:

De esta definición [o sea, de la que hemos transcrito] se desprende que la participación es un concepto de referencia, ya que supone la existencia de un hecho ajeno (el del autor o coautores materiales), a cuya realización el partícipe contribuye. De aquí se deduce también que la participación no es un concepto autónomo, sino dependiente del concepto de autor y que solo en base a este puede enjuiciarse la conducta del partícipe. Es decir, el delito por el que pueden ser enjuiciados los distintos intervinientes en su realización es el mismo para todos (*unidad del título de imputación*), pero la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor (*accesoriedad de la participación*). Si no existe un hecho por lo menos típico y antijurídico, cometido por alguien como autor, no puede hablarse de participación (*accesoriedad limitada*), ya que no hay porqué castigara alguien que se limita a participar en un hecho penalmente irrelevante o lícito para su autor. (p.159)

Por lo tanto, es evidente que la participación es accesoria a la autoría, al hecho que realiza el autor, y que no puede existir sin ella. Este principio se aplica tanto al instigador como al cómplice, los cuales seguirán la suerte del autor en tanto colaborador del hecho delictivo. El instigador no puede ser sancionado si el autor, a quien estuvo induciendo a la comisión de un hecho delictivo, no ejecuta la acción que fue instigada; de igual forma, el cómplice no puede ser sancionado por el delito al cual habría apoyado pero que nunca se llegó a ejecutar. Por esta razón, es que, si el autor realiza la acción, entonces, los partícipes serán culpables por el hecho.

Por consiguiente, de lo transcrito, podemos deducir el principio de accesoriidad de la participación.

Al igual que las teorías de la autoría, la participación también ha tenido un desarrollo teórico que ha tratado de explicar las propiedades de la participación y su relevancia en el delito. Vamos a ver las teorías de la participación.

### **A) La teoría de la corrupción**

Según esta primera teoría, el partícipe respondería por haber incitado al autor a la comisión del hecho delictivo. En otras palabras, por el hecho de haberlo convertido en culpable del hecho delictivo al colaborarle en la ejecución de éste. El partícipe fundamenta la responsabilidad del autor por su actuar delictivo.

Por otro lado, el profesor Percy García Caveró (2008) dice lo siguiente: “La teoría de la corrupción debe rechazarse por fundamentar el castigo del partícipe en la corrupción personal del autor, olvidando que la participación, por definición, requiere necesariamente una intervención en el hecho



realizado por el autor.” (p.580). Efectivamente, la fundamentación de la responsabilidad del partícipe parte de la premisa de que un sujeto que se convierta en autor de un hecho delictivo, lo cual es inadmisibles.

### **B) La teoría de la causación**

Esta teoría parte de la premisa que el partícipe es sancionado por el hecho de haberse causado la lesión del bien jurídico tutelado por medio de la acción del autor. El partícipe permite con su acción que el autor pueda dañar al bien jurídico. Por lo tanto, para que se pueda configurar la figura del partícipe es muy importante que se genere el perjuicio al bien jurídico, de forma concreta.

Sin embargo, esta propuesta teórica trae consigo un problema para los delitos que carecen de un resultado concreto, como es el caso de los delitos de peligro abstracto. En estos casos no habría la posibilidad de responsabilizar al partícipe, porque no existe una lesión concreta al bien jurídico, sino solamente la puesta en peligro. Por eso esta teoría no ha sido recogida por nuestra legislación peruana.

### **C) La teoría de la participación en el injusto**

Según este planteamiento teórico, lo que se sanciona en el partícipe es la posibilidad para que otro (autor) pueda acometer el hecho delictivo. El partícipe se encargaría de colaborar a la comisión de un delito. “El injusto ajeno sería el resultado de la acción de participación. La prohibición de la participación estaría contenida en las disposiciones de la parte general, no en los tipos penales de la parte especial.” (Cavero, 2008:581). Por tal razón, lo que se sanciona es exactamente la colaboración que facilita la comisión

delictiva. En resumen: no se puede atribuir la responsabilidad penal a los partícipes de forma expresa en cada tipo penal, sino que debe ser considerado dentro de un margen general que permita calificar su conducta antijurídica por el mero hecho de apoyar o incitar a la comisión de un delito.

#### **2.2.1.4 Formas de participación**

Como ya lo hemos mencionado, la participación no es unitaria, es decir, no está delimitada por una sola forma de participación como es el caso de la complicidad, la cual es una de las formas más conocidas, sino que es solamente una de ellas. Una de las otras formas es la inducción o instigación, como se le denomina en nuestra legislación, la cual se encuentra regula en el artículo 24 del Código Penal. En el caso de la complicidad, se encuentra regulada en artículo 25. Entonces, las dos formas de participación que se regulan en nuestra legislación son esas. Tenemos un sistema binario de la responsabilidad de los partícipes.

Ahora, se debe mencionar algo que es importante para el establecimiento de la participación o de la intervención delictiva como lo principios que engloban tal categoría dogmática. El primer principio que contiene esta categoría dogmática es de la de accesoriedad. Aunque ya lo hemos mencionado más o menos, debemos decir que es un principio que permite ver, en mayor medida, el tema de la dependencia que existe entre el autor y el partícipe, pero desde el punto de vista del hecho que es realizado por el autor que compromete al partícipe. De igual forma, existen dos formas de accesoriedad que deben ser tomados en cuenta a fin de que se pueda concretar la participación del agente que coadyuva como son las accesoriedad cualitativa y cuantitativa.

La accesoriadad cualitativa exige que el hecho principal tenga un sentido delictivo. Cuándo el hecho principal adquiere el sentido delictivo que requiere la accesoriadad es un tema discutido.” (García, 2008:584) Es cierto que no se sabe exactamente cuándo estamos ante un hecho delictivo que debe constar como tal para fundamentar la imposición de responsabilidad del partícipe. Algunos, como en el caso de la teoría de la corrupción, que ya la hemos visto, creen que para que se pueda establecer dicha dependencia debe existir un completo desarrollo del hecho principal, es decir, que debe cumplir con los tres estadios de la teoría del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Esta es la propuesta de la participación total. Pero, por otro lado, existe la propuesta de la participación limitada. Esta propuesta cree que basta con la tipicidad y antijuricidad para establecer la responsabilidad del partícipe. Y por último existe la propuesta de una participación mínima que se fundamenta en que el hecho principal sea solamente típico (García, 2008). Sin embargo, a pesar de la existencia de estas propuestas, la doctrina mayoritaria se ha decantado de la participación limitada.

En cuanto a la accesoriadad cuantitativa se menciona que el hecho principal al menos debe haber empezado a ser ejecutado, es decir, que el *iter criminis* deber haber superado los actos preparatorios. En ese sentido, es posible atribuirse la responsabilidad al menos de la tentativa.

Esta exigencia resulta relevante, fundamentalmente para los partícipes que realizan actos de auxilio o facilitación del delito en fase de preparación. Este aporte por sí mismo no bastará para el castigo, siendo necesario que el autor inicie la ejecución del delito para poder sancionar penalmente al partícipe. (García, 2008:584-585).

El segundo principio es el que tiene que ver con la incomunicabilidad que también ya la hemos mencionada de volandas. El artículo 26 de nuestro Código Penal peruano establece que las circunstancias y cualidades especiales que fundamentan la responsabilidad de algunos de los intervinientes en un mismo hecho no altera ni modifica de los otros intervinientes. Es evidente que este artículo está fundamentado en el hecho de que la responsabilidad penal se da de diferente forma en las personas que han intervenido en el delito. La culpabilidad fundamenta la responsabilidad penal, entonces, son las cualidades que subyacen a esta responsabilidad la que la fundamentan.

#### **2.2.1.4.1 La inducción**

El artículo 24 del Código Penal establece que: “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, será reprimido con la pena que corresponde al autor”. Se puede advertir en este artículo que la responsabilidad que carga el inductor tiene que ver con el hecho de haber determinado a otro (el autor material del hecho) la ejecución de un delito. La inducción tiene como finalidad que otra persona acometa un hecho delictivo. Por esa razón, es fundamental que el inductor determine al autor la realización de este hecho. Si no lo logra, no será pasible de responsabilidad penal, porque el hecho principal no ha sido ejecutado. Y si eso no ocurre, no hay inducción.

La inducción se caracteriza porque el inductor hace surgir en otra persona (inducido) la idea de cometer un delito; pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque, de lo contrario, el inductor sería verdadero autor mediato (algunas veces se plantean casos límites con respecto a la inducción de menores, enfermos mentales, etc.). Otra prueba de que la realización del acto depende del autor principal (inducido) es la de que si este no

comienza la ejecución del delito (por tanto, no hay ni siquiera acto típico), no puede castigarse al inductor salvo que su comportamiento encaje dentro de una de las formas de participación intentada especialmente punible, *la provocación* (art. 4º, núm. 3) (cfr., *infra*). (Muñoz, 1999:161)

Como bien se ha leído, la inducción tiene la finalidad de crear la idea del delito en el futuro autor. El inductor busca determinar psicológicamente que la persona inducida cometa el delito. Según el profesor Muñoz (1999), la inducción, por esta razón, se caracteriza por ser directa, es decir, que el inductor determina de forma directa en la mente del inducido la comisión del delito. Lo que direcciona subjetivamente en el inducido es lo que hace responsable al inductor. La inducción puede ser de forma anónima, o sea, sin que medie alguna relación entre el inducido y el inductor o por medio de una persona encargada por este último. La inducción, como su mismo nombre lo dice, puede tener diferentes incentivos en el inducido para la comisión del delito. El inductor puede usar cualquier incentivo que se encuentre a la mano para poder “seducir” al inducido a fin de que acometa la empresa que aquél desea. O sea, que se necesita que el inducido acepte la propuesta del inductor o, como dice Muñoz (1999), la haga suya.

Además de esta característica, el profesor Muñoz (1999) dice que es necesario que la inducción sea eficaz en el sentido que sea determinante para que el inducido lleve a cabo el delito al menos hasta la parte ejecutiva. Es muy fundamental que la comisión del delito se dé por sobre la base de una inducción que sea lo suficiente socialmente aceptable, porque no puede decirse que cualquier idea o comentario equivalga a una inducción (Cavero, 2008). No se puede hablar de un delito cometido por inducción si el autor se encontraba lo

suficientemente resuelto para ejecutar el delito. Ante este caso, el inductor no es calificado como tal, porque el autor ya tenía la idea y al menos la iniciativa para ejecutar el delito. Algunos autores dicen que la única responsabilidad que podría ser atribuida al supuesto inductor es la de cómplice moral o psíquico. De esta forma, se evita la impunidad del quien ayudó psicológicamente al comitente.

Ahora, es necesario señalar que la inducción tiene un límite en cuanto a la imputación que se hace al inductor. Puesto que éste no puede responder por los excesos que pueda cometer el inducido, el ejecutor. Está claro que el inductor es responsable en cuanto del hecho al que induce, mas no de los otros hechos delictivos que comete el inducido. “Así, por ejemplo, quien induce a alguien a matar a su enemigo, responde de la muerte de este, pero no de la de otras personas.” (Muñoz, 1999:162).

Por último, la interpretación que se hace del artículo 24 del Código Penal, respecto a la imposición de la pena del delito cometido por el agente inducido, debe ser precisada. “La imposición de la pena debe ser la misma que para el autor” es una prescripción para el Juez pero teniendo en cuenta la pena concreta, la que es impuesta al autor en la sentencia, porque se puede llegar a equívocos de pensar que la imposición de la pena se refiere al marco penal, es decir, al mínimo y máximo penal que corresponde como autor (Cavero, 2008).

#### **2.2.1.4.2 La complicidad**

El artículo 25 de nuestro Código Penal establece lo siguiente:

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque lo elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

Conforme a este tenor, se entiende claramente que la complicidad consiste en la ayuda en la realización de un hecho punible. En el primer párrafo se establece, concretamente, que quien ayuda de forma determinante y suficiente para la comisión delictiva es considerado cómplice necesario o primario. En cambio, en el segundo párrafo, se regula a la complicidad secundaria o innecesaria que se concretiza por medio de cualquier ayuda que se hace a un autor determinado, pero que esa ayuda no puede ser considerado como necesaria, sino -solamente- circunstancial.

Para poder distinguir uno y otra forma de complicidad, algunos autores han establecido algunos criterios que permiten la identificación de uno u otra forma de cooperación.

Gimbenart propone recurrir al criterio de la escasez, en virtud del cual cooperación necesaria será aquella que es difícil de conseguir en relación con las circunstancias, mientras que la complicidad simple lo será la contribución que se puede conseguir fácilmente. Por su parte, Rodríguez Mourullo acude al criterio de la sustituibilidad, afirmando una cooperación necesaria solamente en los casos en los que el aporte es insustituible. (Cavero, 2008:592).

Estos dos criterios, señalados por cada uno de los autores citados, resultan importantes para la imputación de la complicidad necesaria y la simple. En el primer caso, se puede apreciar que los cómplices primarios son aquellos que no se pueden encontrar con facilidad, sino que escasean constantemente, mientras que los cómplices secundarios sí son fáciles de conseguir, puesto que no se exige algunas cualidades fundamentales que lo haga muy singular. En el segundo criterio, se evidencia la necesidad de establecer un carácter singular y muy particular del cómplice primario, porque se evidencia que es un sujeto que posee algunas características muy específicas que hacen que sea insustituible.

Por otro lado, para seguir caracterizando la actuación de los cómplices, no debemos perder de vistas las conductas que éstos realizan, puesto que las contribuciones que realizan los cómplices deben ser dentro del marco de lo penalmente relevante, ya que si no los son esas conductas quedarán como socialmente permitidas o “neutrales”. Las conductas que se encuadran dentro de lo socialmente permitido no pueden constituir como conductas de colaboración en el delito, sino que son simplemente manifestaciones adecuadas, conforme al Derecho.

Las conductas que realizan los cómplices son aquellas que contravienen cualquier aprobación social, porque tienen la finalidad de perjudicar a las relaciones sociales con la comisión delictiva. La conducta relevante del cómplice se mide por esta desaprobación social.

Otro aspecto fundamental de la complicidad, como fenómenos delictivos, es de las dos modalidades en las que se puede manifestar, o sea, en las dos formas que pueden hacerse efectiva la comisión delictiva. La complicidad, como se sabe, puede ser de dos tipos: material y psíquica. La complicidad material tiene que ver con la provisión de medios materiales a fin de que el autor pueda ejecutar la conducta delictiva. En cambio, la complicidad psíquica se relaciona con las provisiones de ideas, de aportes intelectuales o informaciones relevantes que faciliten la comisión delictiva.

Ahora, resumiendo las ideas que hemos desarrollado, debemos hacer nuestra la definición que sobre cómplice tiene Muñoz (1999).

Cómplice sería el que con su contribución no decide el sí y el cómo de la realización del hecho, sino solo favorece o facilita que se realice. En todo caso, hay que admitir una zona imprecisa que justifica las vacilaciones de la



jurisprudencia y la doctrina. Desde el punto de vista práctico, sería preferible el criterio seguido por otras legislaciones de convertir la atenuación de la pena para el cómplice en *facultativa*, dejando al arbitrio del tribunal que rebaje o no la pena. En el fondo es lo que hace la jurisprudencia, calificando de complicidad aquellas contribuciones a la realización del delito que, por su menor entidad criminal, considera que deben ser castigadas más levemente que las de autoría en general. (p. 163)

En este aspecto es evidente que el profesor español se adhiere a la posición de la autoría del dominio del hecho, porque parte de la idea de que el cómplice no tiene la potestad, la capacidad de poder decidir sobre el “sí” o el “cómo”.

Pero mención aparte merece el último párrafo del artículo 25 del Código Penal, puesto que es una modificación nueva que se hizo en el año 2016 en la que se incluye, de forma directa, la teoría de la infracción del deber de Roxin en los delitos especiales o, mejor dicho, en los delitos de infracción del deber, pero asumiendo, como se puede entender de la lectura de dicho artículo, la teoría específica de la unidad del título de imputación. Por lo que se comprende que, tanto en los delitos como los de peculado o de los de colusión, la imputación será de autores para los *intraneus* como de cómplices para los *extraneus*. De esta manera se deja zanjado un problema que venía y generaba, hasta hace unos años, problemas de interpretación.

El profesor Salinas Siccha (2016) dice lo siguientes sobre esta modificación:

Situación que sin duda recuperará con la atinada modificación del artículo 25 del Código Penal. Allí se ha incorporado la teoría de infracción del deber de Roxin, asumiendo en consecuencia, el principio de unidad del título de imputación. Esto significa que si la en la comisión de un [delito de] peculado o delito de colusión participan funcionario obligados y

particulares o extraños a la administración pública, los primeros responderán a título de autores y los particulares responderán por el mismo delito a título de cómplices. (...)

Como ya lo hemos dicho, con esta modificatoria se toma partido por el principio de la unidad del título de imputación en los delitos especiales. De tal manera que ya no se permite que haya una serie de perjuicios que se pueden generar por la permisón de la utilización de teorías diversas como es el caso de la ruptura del título de imputación, la cual ya hemos hecho mención.

### **2.2.2. Teoría de la unidad de título de imputación**

Esta teoría sirve como criterio de imputación para la atribución de la responsabilidad penal a los partícipes dentro de un delito especial. Los delitos especiales pueden ser de dos tipos: delitos especiales propios y los impropios. La característica fundamental del delito especial propio es que la comisión del delito puede ser solamente hecha por el sujeto activo que se encuentran descrito en el tipo penal, es decir, el que cumple una serie de condiciones, cualidades jurídico-penales, para cometer el delito especial. Por ejemplo, tenemos el caso del delito de prevaricato, el cual solamente lo puede cometer el juez o quien tenga la condición de tal, puesto que no puede ser cometido por alguien que no ostente dicha condición.

Como señala Abanto Vásquez, “la calidad del autor fundamenta el injusto penal; por lo tanto no existe un tipo penal común similar que pueda aplicarse al sujeto en el caso de que éste no reuniera la cualidad por el tipo especial”. (p.48) En este tipo de delitos lo determinante son las cualidades del sujeto activo, mas no las acciones que realiza, porque la exigencia es meramente formal, o sea, que solamente puede ser autor quien se encuentra denominado en el tipo especial.

Por otra parte, existen delitos especiales impropios, que son los delitos que se caracterizan por agravar una situación, o en algunos casos atenuarla, como es el caso del delito de asesinato para lo cual el agente no solamente debe matar al sujeto pasivo (el titular del bien jurídico la vida), sino que debe cumplir con alguna de las exigencias que el tipo penal del artículo 108 que el Código Penal exige. De igual forma, tenemos el caso del hurto agravado o el robo agravado para lo cual el agente comitente debe cumplir una serie de conductas a parte de la acción de sustraer un bien ajeno, como es el caso del hurto agravado, o de privar del uso de un bien a alguien por medio de violencia pero que a la vez, también, se tiene que cumplir con una serie de condiciones que agravando la situación.

No se debe olvidar que la teoría de la unidad del título de imputación se refiere a aquellos intervinientes, que son *extraneus*, del delito especial que coadyuvan a éste en la realización del hecho punible. Por lo tanto, el objetivo de esta teoría es demostrar que, en el caso de delitos especiales propios, como es el delito de colusión; puede haber la participación del *extraneus*. O sea, que aquel que participe en un delito especial propio (como el de colusión) en calidad *extraneus* tendrá la calidad de partícipe, es decir, se le aplicará dicha imputación de cómplice. La condición para que el *extraneus* sea considerado como partícipe es que quien infrinja con el deber funcional sea el *intraneus*. Sólo en este caso, si y sólo si, será considerado como partícipe, el *extraneus*, del delito, el cual cometió el autor. Y viceversa: si el dominio del hecho lo tiene el *extraneus*, entonces, se procesará por la comisión de un delito común, mas no por el delito especial y el *intraneus*, el funcionario, será calificado como cómplice del delito común, pero -tal como lo establece esta teoría- en ningún caso habrá la ruptura de la imputación. Por eso el nombre de unidad de la imputación.

Según Salazar (2015), respecto a la unidad de la imputación, tanto en la comisión del delito por parte del funcionario como la cometida por el partícipe se dará que:

La Concurrencia de un funcionario público y un particular en la comisión del delito de infracción del deber, trae consigo dos alternativas: a) el funcionario público será autor, si el dominio del hecho pertenece a la esfera de la competencia, mientras que el particular será partícipe del mismo delito; b) de ser el *extraneus* quien tiene el control del hecho, será este el autor, y el funcionario el partícipe, pero siempre del mismo delito. (p.11)

Como se entiende del párrafo transcrito, siempre se será o bien autor o cómplice del mismo delito, jamás de otro delito. Por lo que, la unidad de la imputación en la comisión de un hecho punible se mantiene. Así mismo, se respeta el principio de la accesoriedad, por la cual solamente hay cómplice si hay autor. (Salazar, 2015)

Sin embargo, esta teoría también tiene falencias que la hacen pasible de dejar impune algunos casos. El caso de la omisión es una de ellas: cuando un funcionario no tiene la voluntad de hacerse cargo de la tutela de los bienes que se encuentran bajo su custodia teniendo como consecuencia que un particular se apropie de ellos. Eso no sería previsto por esta posición teórica. Ya que, para ésta, no habría la posibilidad de atribuir la responsabilidad de autor al funcionario, sino que éste quedaría como cómplice, mientras que el partícipe tendría la calidad de autor. Esto sucede porque esta visión teórica enfatiza en el punto del dominio del hecho, lo cual -a todas luces- contradice los fundamentos teóricos de la dogmática penal; es decir, que le quita el carácter de garante al funcionario que debe hacerse cargo de la protección de los bienes que se encuentran en su poder (Salazar, 2015).

Otra crítica a esta posición dogmática tiene que ver con la comisión de los delitos especiales propios, los cuales -como se dijo- solamente pueden ser

cometidos por los agentes que se encuentran determinados en el tipo penal, es decir, que tienen la calidad establecida de sujeto activo en el tipo penal. Como vimos, una de las características de la unidad de la imputación es que al ser condición importante que solamente se imputará o bien el delito especial (especial impropio o propio) cuando el funcionario tenga el dominio del hecho o en su defecto el particular cuando éste lo tenga, existe la mayor probabilidad de generar impunidad en el caso de los delitos especiales propios, ya que, si el dominio del hecho lo tiene el particular, entonces, el funcionario como el particular quedarán impunes de la comisión del delito, porque no puede haber dominio del hecho de los delitos que son propiamente especiales, la conducta resultará atípica (Salazar, 2015).

Dentro de la jurisprudencia nacional, existen dos recursos de nulidad que han tomado partido por esta teoría. La primera de ella es el R.N.N°2103-2012-Lima, la cual dice lo siguiente: “Se ha llegado a asumir, de forma mayoritaria, la teoría de la unidad de la imputación, esto es, que los autores: funcionario o servidores públicos (intrañei), como los partícipes: terceros interesados (extrañei), van a responder penalmente por el mismo hecho.” En esta primera sentencia se toma partido por la teoría de la unidad del título de imputación en los delitos especiales al decir que los autores y los partícipes de un delito especial son atribuidos por el mismo tipo penal. Tal como se ve, la teoría del título de imputación ha sido asumida por la Corte Suprema como el mejor mecanismo teórico que permite determinar el grado de intervención de aquellos agentes que participaron en la comisión delictiva.

La misma sentencia dice lo siguiente: “La participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento

delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo *nomen iuris* delictivo.” Como se puede observar en esta jurisprudencia se ha dado razón a la teoría de la unidad del título de imputación para la atribución de responsabilidad del delito de infracción del deber. Entonces, la consigna es que la atribución de la responsabilidad de los intervinientes se hace conforme a dicha teoría, por lo que siempre un interviniente ajeno al deber tendrá que ser sancionado con la comisión del delito en el que participó.

Pero bueno, esto son aspectos y críticas que exceden el interés del presente trabajo, puesto que lo único que quisimos desarrollar eran las consideraciones dogmáticas de esta teoría en la atribución de la responsabilidad penal del *extraneus* en los delitos especiales.

Ahora se desarrollará la segunda teoría que se ha encargado de desarrollar los aspectos dogmáticos de atribución de responsabilidad de los particulares en los delitos especiales.

### **2.2.3. Teoría de la ruptura de la imputación**

Según esta teoría, solamente puede cometer los delitos especiales quienes se encuentran calificados como tales por la ley penal o, en otras palabras, la comisión del delito tanto de infracción del deber como de dominio solamente serán realizadas por el sujeto que tiene como en el primer caso la condición de funcionario o como en el segundo quien tiene el control sobre los hechos delictivos. Por lo tanto, los *extraneus* que ingresen al delito no podrán ser calificados como tales, es decir, en calidad de cómplices o instigadores del *intraneus*, sino que tendrá que imputárseles la comisión de delitos comunes en su actuar. De igual forma, los funcionarios no podrán ser calificados como cómplices cuando el particular acomete el delito.

De esto se puede colegir que un mismo hecho puede ser evaluado por distintos tipos penales: para el caso del *intraneus*, un delito especial, el del deber especial que no debió infringir; mientras que *alextraneus* se le achacará un delito común. Así mismo, se elimina cualquier tipo de accesoriedad a los delitos especiales.

El fundamento, o los fundamentos, sobre los que se basa esta teoría son dos: a) la incomunicabilidad de las circunstancias (art. 26 del Código Penal); b) en la naturaleza jurídica del delito de infracción del deber (propio o impropio). El primer fundamento señala que es imposible que haya un “traslado” de las cualidades y circunstancia al *extraneus*, al particular, del tipo penal porque eso generaría un perjuicio al principio de legalidad y “la responsabilidad por el hecho propio”. Eso es lo que se denomina como incomunicabilidad. Por lo tanto, se debe hacer una diferenciación en la comisión del delito: los particulares sólo serán autores de los delitos comunes, mientras que los *intraneus* lo serán de los delitos de infracción del deber.

En el segundo aspecto, el rango o de imputación de los delitos de infracción del deber solamente llegan a la responsabilidad de determinados sujetos, mas no a particulares. “... los tipos penales especiales (delitos de infracción del deber), solamente irradian su campo de acción sobre los *intraneus*, mas no respecto de los particulares”. (Salazar, 2015:11-78). Como lo habíamos dicho, el rango de punibilidad, de imputación de los delitos especiales (de los delitos propios especiales, ya que en los impropios hay la posibilidad de que se les analice desde otra perspectiva) solamente pueden ser dentro de determinados sujetos, por lo tanto, no se les puede atribuir ninguna responsabilidad por los delitos especiales a quienes no se encuentran comprendidos dentro del tipo penal.

La ruptura de la imputación se da en la comisión de los delitos especiales de la siguiente forma. Primero, puede ocurrir que un funcionario tenga a su cargo el cuidado y la custodia de determinados bienes. Sin embargo, decide apropiarse de ellos con la ayuda de un particular. En este caso el funcionario será calificado como autor del delito de peculado (art. 387 del CP), mientras que el particular será calificado como partícipe en el delito de apropiación ilícita (art. 190 del CP). Segundo, también se puede dar en el caso del parricidio. Si un padre quiere matar a su hijo y para eso requiere la ayuda de alguien, entonces, él será calificado como autor del delito de parricidio, mientras que el ayudante será imputado como cómplice del delito de homicidio simple. Sea como fuere, cada uno de los imputados recibirá un tratamiento diferente. Es ahí donde nace la ruptura del título de imputación. Por consiguiente, se establece la responsabilidad de cada uno en distintos delitos, los cuales no tienen ninguna conexión, salvo el mismo hecho.

Esto es válido para los delitos de infracción del deber impropios. Pero para el caso de los delitos especiales propios, la aplicación es distinta, y esta es una de sus falencias como teoría. Por ejemplo, en el caso que un particular redacte una sentencia, que debería ser redactada por un juez, y que se consuma como delito de prevaricato, entonces, el funcionario será imputado como autor de dicho delito, mientras que el particular será partícipe de él, o sea, que la condición de sujeto activo, de agente especial en dicho delito, no fundamenta el tipo penal, sino el injusto.

En el caso de la jurisprudencia, el Acuerdo Plenario N°03-2016/CJ-116 señala que la teoría de la ruptura del título de imputación del delito se ha fundamentado “recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26 del Código Penal, estimando que dicha disposición legal



consagraría la exigencia de impedir que la imputación del *extraneus* se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducírsele hacia un delito común. Así mismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del *intraneus* al *extraneus*.” Como se puede ver, el fundamento que recoge el acuerdo plenario para no establecer el mismo título de imputación de la comisión de un delito a un interviniente externo en un delito de infracción del deber es la incomunicabilidad de las circunstancias personales que se recoge en el artículo 26 del Código Penal. De esta forma, según esta teoría, y algo que ya lo habíamos señalado en los fundamentos de ella, se encuentra justificada la ruptura del título de imputación.

En otro punto, el mismo Acuerdo Plenario establece que no se puede trasladar las condiciones particulares del *intraneus* al *extraneus*, porque esto implicaría una violación del principio de legalidad y responsabilidad penal, por eso es imposible establecer ese traslado de las condiciones particulares. En esto se fundamenta esta posición teórica.

### **2.3 Los delitos de infracción del deber**

Hemos cumplido en desarrollar la forma de atribuir la responsabilidad de los intervinientes en un delito sobre la base de la teoría del dominio del hecho.

Sin embargo, si vemos todas las funciones, es decir, las distintas actividades que realizan los sujetos dentro de la sociedad, nos percataremos que no se agotan en las actividades privadas (aquellos actos que se ejercen de forma irregular en el sentido que afectan el correcto funcionamiento de la sociedad por un mal ejercicio de la libertad que les ha sido asignado a cada uno de los sujetos) o, como dice el profesor Jakobs, en delitos “en virtud de la responsabilidad por organización”, sino que también se incluyen aquellas actividades que se encuentran relacionadas a una organización determinada, con instituciones, las cuales tienen una función determinada, no estandarizada, en el sentido que es aplicable a todos (esta afirmación será aclarada más adelante porque no todos los delitos especiales son de infracción del deber). Ante estos supuestos, los delitos se denominan de infracción del deber o, también tomando una definición del doctor Jakobs, “delitos en virtud de la responsabilidad institucional”.

Pero antes de pasar a un análisis pormenorizado de los postulados directos de este tipo de delitos, debemos comprender cómo se han ido formando cada uno de estos delitos dentro de la sociedad, es decir, cómo nació la concepción o cuáles son los fundamentos por los cuales se establece este interés en regular los comportamientos que vincula una esfera con otra, o sea, un ámbito de organización personas con otro.

Los delitos de infracción del deber tienen una característica muy peculiar que es, justamente, la de establecer una serie de condiciones necesarias, deberes, que deben ser omitidos por el sujeto ejecutor, que deben ser vulnerados, para que se atribuya la responsabilidad correspondiente por la comisión del delito. Entonces, es dentro de la organización estatal, o sea, de la comunidad a nivel de funciones concretas, que tienen lugar este tipo de deberes fundamentales.

El profesor Berruezo (2013) ha señalado que este tipo de delitos tienen la característica de nacer de una organización estatal muy bien establecida, es decir, nacen de la violación de las funciones que se han organizado por medio de las distintas instituciones que conforman y direccionan el cuerpo social. Además, encuentra que tal proposición “comunitaria” fue concebida por el filósofo alemán Hegel.

El filósofo alemán parte, especialmente en su concepción del Estado, de presupuesto filosóficos-políticos propios del llamado comunitarismo, concepción que por oposición al liberalismo político, se caracteriza, sintéticamente, por dos aspectos: primero, por situar como prius axiológico esencial no en los intereses del ciudadano sino en los del todo social, el Estado o la comunidad, estableciendo como fin del Estado y el derecho a la identidad y cohesión de la comunidad; segundo, por asumir la moral colectiva como esencia de la identidad, y por ello, como cemento aglutinador de la comunidad, postulando entonces, una fusión entre derecho y moral, tanto en la fundamentación de las normas como en las formas de su acatamiento. (Berruezo, 2013:224)

Es evidente que la visión del filósofo alemán es fundamental para que se pueda concretar el comunitarismo o la visión por la cual lo fundamental es la organización social y estatal de la vida en comunidad. Lo más característico es que la proscripción del delito es porque él afecta al todo social a su mantenimiento como cuerpo organizado de la comunidad.

Si vamos a Hegel, en él lo relevante del delito es su lesividad, que no viene dada por el daño material que produce a un determinado bien, sino por su capacidad de poner en duda la validez del derecho mismo: el delito lesiona la cosa universal lo que se asocia a una peligrosidad de la acción para la sociedad, cuyo grado de dependerá tanto de la propia magnitud del delito como del grado

de representación y conciencia de la validez de las leyes dentro de esa sociedad. (Berruezo, 2013:224-225)

Entonces, la representación que tenemos de la sociedad, del todo orgánico y social, es lo que determina la gravedad del delito, porque la afectación que hace éste a él es que genera un estado de zozobra en los ciudadanos por la magnitud del daño generado. No vemos en el delito un daño concreto e individual (referido al sujeto, al individuo, como lo ve la tendencia liberal), sino que es una afectación a la sociedad como *corpus* inmaterial, es un perjuicio al todo social, al todo universal, como dice Hegel.

El pensamiento liberal postula, por el contrario, que la peligrosidad del delito se debe a que afecta los bienes que han sido asignados a los sujetos, a los individuos. Entonces, el fundamento de la protección es la de poder proteger bienes jurídicos que se encuentran distribuidos a cada uno de los moradores de una determinada sociedad. En cambio, la visión hegeliana y comunitaria parte de la necesidad de proteger el todos social, la validez de la forma de vida que ha sido constituida por una normatividad.

De un pensamiento igual es Jakobs (1991), seguidor del pensamiento de Hegel, quien dice que la afectación del delito se debe a una traición de la “vigencia de la norma”, de una traición a la norma como patrón de conducta, como organizadora de la sociedad y de su estructura. La expectativa, según él, es conforme a que el comportamiento de los sujetos, de los moradores de la sociedad, sean dirigidos por el patrón establecido en la norma, pero que es “traicionado” por el que delinque, puesto que “comunica” que el patrón de conducta establecido por la norma no le basta, no es conforme a su forma de ver el mundo, por lo tanto, por medio de delito, quiere que su “visión del mundo” se acepte o comunique.

Resumiendo: la importancia y pertinencia de este desarrollo filosófico se debe al carácter trascendental que tiene esta visión para poder concretar los denominados delitos de infracción del deber. Puesto que lo que antes se pensaba respecto a la imposición de las penas y las sanciones es la protección de los bienes jurídico y de los intereses personales o individuales a la hora del establecimiento de las responsabilidades correspondientes, o sea, de la pena. En otras palabras, lo que ha caracterizado al delito es que afectaba bien jurídicos individuales o específicos, entonces, la importancia que tenía los teóricos del derecho -a la hora de establecer cada uno de los delitos- se fundamentaba en la delimitación primaria del bien jurídico que se protegía, tal como ya lo hemos mencionado arriba, respecto a la visión meramente liberal de la imposición de las sanciones.

Por su parte, contra esta posición reinante, y que de alguna forma pertenece a una determinada visión ideológica (el liberalismo, por ejemplo), se opuso la visión social del delito, la visión orgánica, como afectación del todo social, de la vida en comunidad y de la nación, que ya no se fundamentaba en la atribución de responsabilidad si es que se afecta un bien jurídico determinado, sino que bastaba con la infracción, con el incumplimiento, de un deber determinado, el cual terminaba afectando a la organización social en su conjunto. Esta visión del delito es que se fundamental en los planteamientos de Hegel (Berruezo, 2013).

### **2.3.1 Bases para los delitos de infracción del deber y propuestas teóricas**

Las sociedades se organizan por medio de instituciones, es decir, por medio de patrones de conductas que son necesarias para el mantenimiento y funcionamiento normal de la sociedad. “Las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre

que da forma a la interacción human.” (North, 2006:13). Efectivamente, las instituciones son reglas de juego que sobre la base de ellas podemos organizarnos y actuar eficientemente en cada contacto social. Cada uno de los individuos nos encontramos entramados en toda una gama de normas que permiten actuar concretamente en ellas. Si queremos tener resultados concretos (en el sentido de que tengamos un respaldo de los demás sujetos a respetar nuestro actuar), debemos hacerlo dentro del entramado normativo de las instituciones. Porque de ellas derivan cada uno de los efectos que queremos obtener en las acciones que emprendemos comunitariamente, socialmente. Son las normas, las instituciones, las que nos permiten hacer efectivos nuestros derechos.

De todo esto es muy evidente que las instituciones organizan nuestra existencia, aunque muchas veces no seamos conscientes de ello. Son tan generales y básicas las normas que debemos seguir que ya ni siquiera nos preguntamos sobre su vigencia o validez, sino que simplemente la cumplimos. De esa forma, el deber interiorizado por nosotros hace que actuemos conforme a la norma social, empezándose a crear una fidelidad al orden social y su organización como tal (Berruezo, 2013).

Sin embargo, es inevitable que muchas veces haya un individuo o alguno de ellos que “traicione” el orden establecido, por lo que su conducta ya no se encausa en el orden establecido socialmente. Estos sujetos actúan vulnerando los deberes que representan el mantenimiento de lo social. Como ya lo hemos visto, el bien jurídico, para esta posición social del delito, el hecho punible no genera un menoscabo en los bienes jurídicos de los sujetos, de los individuos,

sino que es todo un “desafío”, una traición, a la organización estatal y comunitaria, es un incumplimiento de un deber.

El injusto es primariamente desvalor (subjetivo) de acción, no desvalor de resultado: el delito es lesión de deber, no lesión de bienes jurídicos. Pero también la vigencia espiritual del derecho, entendido éste como expresión de la ética social de la comunidad. Expresado de otra forma, mientras que el desvalor resultado es un daño a un bien, el desvalor del acto se concibe como un daño a la vigencia del valor. (Berruezo, 2013:231)

Entonces, para desvalorar una acción no debemos ver tanto en las consecuencias que genera (como puede ser el perjuicio de algún bien jurídico), sino en el incumplimiento del deber mismo. La desaprobación es a la acción por no respetar el deber jurídico que fundamenta y organiza el orden social. Por esta razón, este tipo de delitos se denominan de infracción del deber, puesto que incumplen un deber determinado. Gallas, citado por Berruezo (2013), dice lo siguiente: “la búsqueda de un objeto lesionable *in concreto*, de un lesionado como portador de ese objeto, conlleva el peligro de una concepción material o individualista limitadora del contenido del injusto.” (p.226) Es evidente que el fundamento de un delito que carezca de un bien concreto y determinado materialmente no se base en esto sino en la infracción de un deber específico y que se encuentra regulado en un patrón de conducta.

Como ya se dijo al inicio, existe una gran diferencia entre los delitos que derivan de un dominio del hecho general. Es decir, que nace del manejo que tienen el autor sobre los hechos que lleva a cabo para la ejecución completa del delito y aquellos que derivan ya no de un manejo completo de las actividades o etapas de ejecución de un hecho delictivo, sino del incumplimiento de un deber

que se fue determinado institucionalmente. Estos delitos se denominan de infracción del deber.

### **2.3.2 Delito de infracción del deber. Postulados dogmáticos.**

Para poder entender este tipo de delitos se va a desarrollar dos líneas de pensamiento como son los postulados de los profesores Claus Roxin y Günther Jakobs, quienes tienen propuestas interesantes respecto a los delitos de infracción del deber. Empezaremos por Roxin.

#### **2.3.2.1. Claus Roxin:**

El autor que mejor ha analizado estos aspectos es el profesor alemán Claus Roxin, quien en el año 1963 publicó el libro intitulado *Autoría y dominio del hecho*, donde desarrolla de forma dogmática los delitos que ya no nacen del ejercicio de un dominio del hecho, sino de la infracción de un deber extrapenal.

Para este autor, la característica más evidente de este tipo de delitos es que solamente puede ser cometidos por personas determinadas, por aquellas que ostentan la calidad que el tipo legal específico y que por ende tiene el deber específico de respetarlo (Berruezo, 2013). Pero el deber que se afecta no es un deber penal, sino extrapenal, que se encuentran en las otras normas del ordenamiento jurídico.

(...) [E]l elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados, pero que sí es necesaria para la realización del tipo. Se trata de deberes que están antepuestos en el plano lógico de la norma y que por lo general se originan en otras ramas jurídicas. (Berruezo, 2013: 232)



Entonces, el requisito para que se pueda cometer este tipo de delitos es la infracción de un deber que se encuentra extrapenalmente constituido. Un ejemplo que pone el mismo profesor Roxin señala cómo se constituye el problema de los deberes especiales.

Dos sujetos que han de administrar conjuntamente un patrimonio. Ambos conciben el plan embolarse los caudales a su cargo. En la ejecución, la transacción decisiva la lleva a cabo uno solo de los administradores, mientras que el otro sólo llega a actuar en la fase preparatoria a favorecer el plan. Aquí no se da una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio del hecho. No obstante, ambos tienen que ser autores de administración desleal. Pues también el que objetivamente se limita a auxiliar infringe el deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos, que le incumbe, infligiéndose así un perjuicio a aquel por cuyos intereses tenía que velar. (Claus Roxin, citado por Berruezo, 2013:232-233)

En este ejemplo se evidencia que el deber funcional que tienen determinadas personas, hace que exista un compromiso completo, porque no solamente uno debe ser sancionado si no cumple con sus deberes de administración, sino que esos deberes también incluyen a los de cuidado. Los administradores se encuentran comprometidos con la protección del bien y, por ende, con la función de evitar cualquier tipo de perjuicio. La forma de intervención externa, es decir, cómo actúa cada parte dentro del delito resulta irrelevante, porque no se tiene en cuenta estos aspectos. El hecho de que se origine el incumplimiento del deber es lo que se sanciona.

Sin embargo, hay que afinar un poco los conceptos. Porque si bien es cierto que el delito de infracción del deber sólo lo pueden cometer determinados sujetos, también es cierto que este aspecto no es absoluto, sino que se tiene que analizar qué tipo de delito especial es; o sea, que se debe saber si es un delito especial propio o impropio. Cuando un delito es propio, la comisión de él va a depender de la exigencia del tipo penal, es decir, que solamente podrá ser realizado si el incumplimiento del deber lo hace quien se encuentra señalado en el tipo penal. “[E]l elemento especial de la autoría opera fundamentando la pena, p. ej., la prevaricación sólo es posible por parte de las personas indicadas en el En cambio, en el caso del impropio lo único que se hace es agravar la pena si quien lo realiza incumple con la norma penal.

No obstante, los delitos de infracción del deber son aquellos que quien los realiza se encuentra determinado por la ley penal. Los delitos contra la administración pública, por ejemplo, son delitos de infracción del deber, porque la fundamentación de la autoría se basa en la designación que hace la norma del funcionario en cada uno de los tipos penales. Los funcionarios deben lealtad a la administración pública en general, puesto que su designación como tales les exige que cumplan con los deberes que cada una de las instituciones contiene.

Por su parte, el profesor Jakobs (1991) dice que lo caracteriza a los delitos de infracción del deber es que en ellos el sujeto obligado, con el deber especial, se encuentra al cuidado de un determinado bien, que se encuentra establecido institucionalmente, por lo que su actuar no se reduce a una omisión, a un no hacer; sino que debe custodiar el bien que le ha sido delegado como padre, tutor o funcionario, debe cumplir con funciones netamente positivas, porque su posición así lo ha determinado, así lo ha determinado la institución

cuyo deber él tiene. Entonces, es el “status” que la ley le ha conferido como tal lo que determina su responsabilidad institucionalmente.

En los delitos de infracción de deber no se suele distinguir entre comisión y omisión. Todos los delitos de omisión impropia con deber de garante en virtud de la responsabilidad institucional son delitos de infracción de deber, al igual que todos los delitos de comisión que son cometidos por personas que a la vez son garantes, en virtud de incumbencia institucional. (Jakobs, 1991:267)

Como se puede leer, hay una función tanto de omisión como de comisión en el agente que ostenta el status exigido por la ley. Por esa razón, no puede haber un distingo entre uno y otro aspecto, la responsabilidad puede derivar tanto de uno como del otro.

El profesor español Robles (2003) señala lo siguiente, respecto al pensamiento de Jakobs sobre los delitos de infracción del deber:

Los delitos de infracción del deber (...) atienden a la lógica de la solidaridad, siendo la misión del Derecho penal la de garantizar la vinculación de las esferas de organización. Mientras que en los delitos de dominio las expectativas se defraudan mediante la arrogación de una esfera de organización ajena, en los delitos de infracción de un deber la expectativa se defrauda con el incumplimiento de un deber institucional. (p.227)

Es el deber institucional lo que fundamenta la imputación y el injusto, porque recordemos que en el caso de Roxin solamente había una finalidad formal, es decir, la infracción del deber servía para determinación de la autoría o de la participación, según sea el caso; en cambio, en Jakobs sirve para la fundamentación de la imputación, porque el incumplimiento del deber es fundamental para el establecimiento de la responsabilidad penal.

Empero, queremos hacer una pequeña aclaración respecto a la explicación que ha hecho el profesor español. El profesor menciona, en su definición, que en los delitos de dominio la expectativa, que se defrauda, es mediante “la arrogación de una esfera de organización ajena”. Puede ser que alguien haya pensado que el término correcto era irrogación y no arrogación, porque irrogar equivale a dañar, perjudicar. Por lo que lo más lógico habría sido decir algo así como que en los delitos de dominio lo que se defrauda es “la expectativa mediante la irrogación de una esfera de organización ajena”. Pero ese no es el sentido que se le debe dar o el que al menos se entiende en la teoría del funcionalismo.

Por su puesto que se perjudica a la esfera ajena con los delitos de dominio, pero debemos tener en cuenta que el profesor alemán (Jakobs) entiende que los delitos se caracterizan por ser intromisiones en la administración de los espacios de organización individual. ¿Qué quiere decir esto? Que con el delito se obstaculiza el ejercicio de libertad ajena. Jakobs toma esta idea de Kant para quien el delito es el obstáculo a la libertad ajena y a la vez la coacción (o sea, la pena) es el obstáculo del obstáculo de la libertad ajena. Entonces, cuando se menciona al obstáculo, por parte de quien delinque, se afirma que éste afecta la libertad de otro y así mismo se adjudica la potestad de administrar la libertad de quien padece el delito, en el caso de los delitos de dominio, claro está. Por eso, Jakobs habla de *heteroadministración* que equivale al delito, porque el que lo acomete administra la libertad ajena o al menos trata de hacerlo; a contrario sensu, la autoadministración sería la libertad. Por esa razón, se dice que cuando uno comete un delito de dominio se arroga, más propiamente (y también claro irroga), la organización de la libertad ajena.

Es necesario ahora hacer una pequeña aclaración sobre el aspecto fundamental de los delitos de infracción del deber que son, justamente, el aspecto de los sujetos que se encuentran obligados y aquellos que no se encuentran. El obligado con el deber especial que hemos señalado es, justamente, el *intra-neus* o *intra-nei*, como se le conoce en la doctrina comparada. Se dice que este sujeto que se encuentra sometido a un determinado deber responde ante cualquier vulneración de él. Entonces, el deber fundamenta su responsabilidad, puesto que el sujeto que se encuentra supeditado a aquél y es el deber que ante su infracción genera responsabilidad en quien se encuentra obligado a respetarlo. Esa fundamentación de la responsabilidad penal es determinante.

Por otro lado, existen grupos de personas que no se encuentran sometidas a tal deber. O sea, que su conducta no se encuentra supeditada al cumplimiento de un determinado deber, sino que sus obligaciones son más generales.

La sanción para el sujeto sobre quien no recae un deber institucional pero que interviene en el ilícito junto con alguien que sí está obligado es la cuestión que mayores conflictos genera y que todavía no parece completamente resuelta entre quienes adhieren a la teoría de los delitos de infracción del deber. (Torres, 2010:SN)

La infracción del deber, como su mismo nombre lo dice, se aplica a aquellos agentes que se encuentran totalmente obligados para cumplir una determinada conducta, pero no para aquellos que no se encuentran obligados, sin embargo, es muy recurrente que ante la comisión de un delito de infracción del deber se vea inmiscuido un sujeto que no tenga la calidad de funcionario o

de obligado con el deber principal. Ante esta intervención de un agente no obligado, la doctrina establece una serie de mecanismos para solucionar el problema. El más aplicado es que en esta situación se le debe aplicar la responsabilidad como agente cómplice, porque está coadyuvando a la comisión del delito.

Ahora, para concluir se debe decir que los delitos de infracción del deber se fundamentan en la infracción de deberes que se encuentran institucionalmente establecidos. Deberes como el cuidado de los hijos, el cuidado de los bienes que a uno se le ha encargado como administrador del Estado, como ciudadano que debe socorrer a alguien que se encuentra en peligro, etc., es el deber lo que fundamenta es la responsabilidad penal del comitente.

### **2.3.2.2 Gunther Jakobs**

Entre los nuevos propulsores de una teoría de infracción del deber para mejor comprensión de este fenómeno, podemos encontrar al profesor de la Universidad de Bonn Gunther Jakobs, quien en los últimos años ha hecho una propuesta especial sobre los delitos de infracción del deber.

Para Jakobs la distinción entre delitos de infracción del deber y de dominio se da en el ámbito de organización que realiza un determinado sujeto. O, para ser más específicos, en el ámbito de competencia. Es en este punto donde él pone el énfasis para que pueda concretar su desarrollo dogmático.

El ámbito de organización se da de forma general en la sociedad y también puede ser dado de forma específica. Cuando mencionamos que el ámbito de organización es de forma general nos estamos refiriendo a esos comportamientos que incluyen a todos, que comprometen a todos como seres humanos. Los seres humanos, dice Jakobs (1991), vivimos en un mundo constituido, en un mundo que ya se encuentra conformado y cuya conformación nos compromete a que actuemos de determinada manera. Es allí donde emanar los deberes que tenemos desde un punto de vista general y específico.

Entonces, el mundo nos compromete, desde el primer momento, a que actuemos de una forma determinada, porque es parte de la vida en sociedad. Al ser esta una situación general y específica, los seres humanos no podemos sustraernos de esos deberes si lo que queremos es cuestionar a toda la sociedad en sí misma.

O sea, que por un lado tenemos deberes meramente negativos, es decir, de no hacer; y por otro, deberes que implican la actuación y el compromiso de quien ostenta tal deber, es decir, es un deber positivo, que exige la comisión de una conducta. Por eso es necesario recurrir a la explicación que hace sobre este aspecto en los deberes positivos y negativos, los cuales permiten adentrarnos en ellos.

Para comprender su pensamiento, respecto a este punto, debemos profundizar un poco en los denominados deberes positivos y negativos.

### **2.3.2.2.1 Los deberes positivos y negativos**

Se dice que un deber es la imposición de una determinada conducta a un sujeto determinado o a un conjunto de sujetos. En ese sentido, el deber es una obligación que debe ser cumplida por parte de quien se encuentra obligado con dicho deber. El deber se encarga de establecer una relación de poder donde el destinatario de él tiene que cumplir con la conducta a la cual se encuentra sujeto. Por eso, el deber es fundamental para poder establecer las conductas que se esperan para entablar las relaciones humanas.

Ahora, el deber tiene como correlato a la obediencia, lo que implica asumir como propio una orden, como motivo dado por uno mismo a el deber que uno está asumiendo. Por esta razón, el acreedor puede exigir una conducta, el cumplimiento de un deber, al deudor. El deudor se encuentra sometido a la exigencia del acreedor por un acuerdo hecho entre ellos, pero que a la vez es avalado por la ley. De lo que se entiende que su obligación se justifica por dos razones: la primera, el consentimiento de quien se encuentra obligado, es decir, del reconocimiento del deber como patrón de conducta; y segundo, por la imposición coercitiva que genera la ley.

Pero volvamos a la idea del deber. El deber es una conducta deseada, es decir, es un comportamiento que se espera que alguien lo haga por la razón de que se encuentra ordenada. Por lo tanto, un deber se funda en la conveniencia de su imposición. El deber no puede ser arbitrario. Sólo es deber aquello que es conveniente para todos y que a la vez el destinatario -como lo dijimos- haga suyo el deber, de tal forma que lo toma como un patrón de conducta, porque no sólo beneficia a los demás que no ejecutan el deber, sino que también se incluye, entre los beneficiarios, a él mismo.



Por otro lado, se ha dicho -y con razón- que entre los deberes que más importancia tenemos, nosotros los hombres en sociedad, se encuentran los deberes que se fundan en la no realización de una conducta, esto es, en omisiones. Las omisiones son conductas que no se fundan en una acción, sino en un dejar hacer, en una omisión. La prohibición de una conducta, o sea, su motivación para que se la evite es que, si es ella se ejerce, se puede generar un daño.

Los deberes, como lo hemos visto, son conductas condicionadas, es decir, que deben cumplirse para producir un determinado efecto pero que tiene repercusión fundamental en los derechos de los demás. Sin el cumplimiento de los deberes, nos podríamos destruir. Por esa razón, los deberes son fundamentales para el ejercicio de los derechos y, sobre todo, para garantizar que una sociedad pueda ir hacia delante. Entonces, para eso, es necesario que se reconozcan varios deberes, de distintas índoles, para poder consolidar las finalidades de la sociedad.

Dicho esto, pasaremos a analizar los deberes positivos y negativos, los cuales fueron resultado del desarrollo de las sociedades.

Empezando por el último, diremos que son que se fundamentan en la no comisión de ciertas conductas, es decir, que debe haber una abstención por parte del obligado de no realizar una determinada conducta. Los deberes negativos se fundamentan, como su mismo nombre lo dice, en negar una conducta porque se considera lesiva. El típico caso de esta categoría de deberes se puede encontrar, históricamente, en las sentencias de los romanos como fue el caso de Ulpiano, quien decía de forma imperativa: *alteruma no laedere*. Esta sentencia que significa algo más o menos como no hacer daño a nadie pertenece

una más general que se denominó como la *tria iura praecepta*. O sea, que era muy fundamental que se respetara los derechos de los demás por medio de la abstención, por medio de la omisión. El profesor español, discípulo de Jakobs, Sánchez-Vera (2015) decía sobre los deberes negativos lo siguiente:

La institución negativa [el deber negativo] a la que me estoy refiriendo es conocida desde el Derecho Romano, y se resume en la sentencia “no dañar a nadie” (“neminem laedere”). Que esta institución debe ser garantizada por el Derecho Penal es tan obvio como que ninguna Sociedad puede renunciar a ella, al menos, sin dejar de ser precisamente eso: Sociedad y no “estado de natural” en donde reina la guerra de todos contra todos. (p.445)

Es evidente que el deber negativo de no dañar a los demás es de tal importancia que de ella depende que la sociedad se mantenga y pueda ser organizada de forma tranquila y pacífica. Así mismo, el autor habla, claramente, de institución cuando se refiere a la abstención de una conducta que se reputa peligrosa o perjudicial. Por lo que se entiende que el autor citado usa el concepto de institución en el sentido de reglas de juego que las sociedades convienen para poder lograr determinados fines. Los fines, se entiende, son la vida, la libertad, la seguridad individual, etc., todo aquello que nos permita desarrollar nuestras potencialidades como seres humanos. Por eso, aclara el profesor Sánchez-Vera (2015), estos deberes deben ser mantenidos. Si no es así, lo que se quiere es volver al “estado de naturaleza” en el cual, al no haber ningún fin ni finalidad colectiva, no existen reglas de juego que limiten la actividad de cada uno. En consecuencia: se matan los unos a los otros.

Más adelante, el profesor Sánchez-Vera reafirma esta posición citando a los filósofos clásico del idealismo alemán como Kant y Hegel y también incluye al filósofo pesimista Schopenhauer.

Este principio aparece recogido en los sistemas iusfilosóficos más destacados: para Kant, se trata de no inmiscuirse en las “esferas de libertad” ajenas; en la Filosofía del Derecho de Hegel, la máxima se concreta en el conocido “respeta a los demás como personas”; y para Schopenhauer “el deber jurídico ante los demás es: “¡no dañes!”; por citar solamente algunas de las formulaciones de este principio. (Sánchez-Vera, 2015:445-446).

Como se puede ver, siempre la finalidad de la institución negativa es la evitar dañar a alguien de forma injusta, esto es, arbitraria. Puesto que pueden existir situaciones donde se puede dañar a alguien, pero que se hace de forma legítima y que obedece al reconocimiento de un derecho como es el caso de la legítima defensa. En este tipo de situaciones donde se presenta una agresión ilegítima, por parte de alguien, el ordenamiento jurídico nos reconoce la facultad de realizar conductas que se encuentran prohibidas pero que son necesarias para proteger un bien fundamental como la vida, la libertad o la integridad física. Entonces, lo que se sí se encuentra proscrita es la lesión ilegítima, la que se fundamenta en el mero capricho y en la arbitrariedad. Todo esto deriva del hecho de que es necesario que se respete el derecho de los demás a no ser dañados tanto en su integridad como a las propiedades que este contiene, o sea, en los bienes que le han sido conferido como sus derechos o los bienes materiales que fueron obtenidos por su propio esfuerzo.

En resumen, se puede decir que los deberes negativos, en sentido general, son de no ocasionar daño a nadie, ya que es el fundamento de la sociabilidad y de la posibilidad de la convivencia entre los moradores de una misma sociedad. Por lo tanto, los deberes negativos tienen la función de ordenar que no se acometan conductas que son perjudiciales para la sociedad como la dañar a los demás, de la forma que sea.

En cambio, como correlato de estos deberes que son medulares para poder organizar cualquier sociedad basada en el respeto y la solidaridad, es necesario que se incluyan otros deberes que no se funden exclusivamente en el hecho de abstenerse de hacer una conducta, sino que se mande realizar una conducta en beneficio de alguien o algo que pertenece a alguien. Estos deberes se denominan deberes positivos.

Los deberes positivos poseen una característica fundamental que es la de ser un mandato de comisión, es decir, de acción. Para poder respetarlos es necesario que se hagan determinadas conductas porque existe una norma que la ha ordenado. La institucionalidad, por ejemplo, es generadora de este tipo de deberes. Los deberes positivos de cuidado, *verbi gratia*, son necesarios para mantener a los hijos dentro de la familia, la cual es una institución. Como ya lo hemos dicho, las instituciones son las reglas que nos hemos impuesto, como sociedad, para lograr determinados fines que puedan beneficiar a todos o a la mayoría de los moradores de una sociedad.

Es evidente que existen otros deberes que se complementan en la sociedad, como es el caso de los deberes de solidaridad. Los deberes de auxilio, por ejemplo, cuando alguien que se encuentra en peligro, son determinante para la práctica de la institución de la solidaridad. En todos estos casos se encuentran

una serie de comportamientos que deben ser cumplidos a cabalidad porque son órdenes que se les dan a los ciudadanos para poder organizar con mayor eficiencia una sociedad. Estas órdenes se basan en la institucionalidad, por lo tanto, se convierten en legítimas dichas conductas, es decir, que deben ser cumplidas por todos.

El profesor Sánchez-Vera, quien es una de las mayores autoridades en el tema de los delitos de infracción del deber y, sobre todo, en los deberes negativos y positivos, ha dicho que los mismos autores que han defendido el derecho a no ser dañado o el deber, para ser más específico y más exacto, de no dañar han considerado que a la par de estos deberes de no hacer le corresponde los deberes de hacer, o sea, los deberes positivos.

(...) Por ejemplo, Hegel (...), Pufendorf o Schopenhauer reconocieron además de la institución negativa unos deberes positivos, que no se agotan en la prohibición de dañar del *neminem laedere*, sino que imponen jurídicamente que se edifique un mundo en común, una prestación de ayuda y fomento. Especialmente siguiendo a Schopenhauer pueden ser distintos dos grandes grupos de estos deberes positivos, los deberes familiares y estatales. “Quien tiene un hijo” -dice Schopenhauer- “se encuentra obligado a sustentarlo hasta que él sea capaz de sustentarse por sí mismo (...). En efecto, mediante la simple no prestación de ayuda, es decir, una omisión, se lesionaría o incluso se le causaría la muerte.” También habla Schopenhauer de los “deberes positivos del Estado” para “su propio sostenimiento”. (Sánchez-Vera, 2015:447-449).

Entonces, los deberes que nos ayudan a sustentar una determinada sociedad son los deberes positivos, o sea, de acción, de comisión. Las instituciones positivas nos comprometen a un trabajo en equipo, a que podamos

actuar conjuntamente en intereses de otros, en intereses de personas que son distintas a nosotras. El caso del padre que cuida el hijo, usado por Schopenhauer en el ejemplo, deja muy bien establecido este criterio, porque al ser uno padre de alguien, tiene la obligación de velar por su salud, por su bienestar, por que nada le pase. De igual forma, el hecho que nos encontremos en un mundo donde la mayoría de cosas estén ya constituidas hace que nos comprometamos con dicho mundo. Por eso, no podemos dejar de actuar conforme a ese orden establecido. El hecho de ser personas hace que nos comprometamos a realizar ciertos comportamientos en beneficio de los demás, porque son medulares para resolver nuestras necesidades.

En consecuencia: existen deberes que direccionan nuestro comportamiento, pero no solamente en el sentido de respetar los derechos de unos (no dañar), sino que debemos cumplir con ciertas funciones para el mantenimiento de la organización social.

Otro ejemplo que se encuentra relacionado con los deberes positivos es el deber de lealtad del funcionario hacia la administración pública, el cual debe ser cumplido a cabalidad porque es en beneficio de la sociedad que haya una administración pública eficiente y sobre todo que los funcionarios, que la integran, sean respetuosos de los mandatos y prerrogativas que les han sido conferido porque es en pro de los administrados, de los ciudadanos, que se les ha sido otorgado tales poderes de administración. Este tipo de deberes fundamentales y especiales los deben cumplir todos los funcionarios en el ejercicio de sus funciones. Por eso se denomina delitos especial.

El injusto de colusión es un típico injusto funcional, es decir, constituye un delito especial que pertenece a la categoría de los delitos de infracción del

deber, que sólo pueden ser realizados por quienes reúnen una determinada cualidad especial exigida por el tipo penal. (Castillo, 2017:62)

Y efectivamente los delitos contra la administración pública nacen por la infracción de un deber especial o para ser más exactos por el incumplimiento de deberes positivos, los cuales se les ordena por las prerrogativas de las cuales se encuentra premunidos. En el R.N. N°1050-2011 se ha establecido lo siguiente “Los delitos de infracción del deber se fundamentan -como en el caso de autos-en deberes positivos, por lo que no interesa si el agente tiene el dominio o no de una situación, sino que ha incumplido con el deber positivo que tiene, dada su calidad de funcionario público.” De nuevo se menciona el aspecto de los deberes positivos que son constitutivos en las acciones y actividades de los funcionarios. Porque los delitos que pueden cometer ellos no se fundamentan en el dominio del hecho, sino en la infracción de un deber especial, de un deber que se determina por medio de una institución.

Entonces, redondeando lo que hemos desarrollado hasta aquí, diremos que los deberes negativos son obligaciones de cualquier ciudadano, esto hay que tenerlos como regla general, porque la excepción lo encontramos en los deberes de auxilio, que son deberes positivos, el cual debe ser realizado por cualquiera; mientras que los deberes positivos se les encargan a determinadas personas, a personas que se encuentran reconocidas por una función en específico, como es el caso de los funcionarios, quienes deben realizar su conducta conforme a todo el aparato normativo administrativo, o sea, son deberes que se encuentran reconocidos por la administración y que muchas veces nacen de mandatos extrapenales, como lo dijo Roxin.

Por eso, en los delitos contra la administración pública lo que se sanciona es la infracción de un deber especial, que se encuentra reconocido a nivel institucional.

En este sentido, hemos fundamentado cuál sería los basamentos sobre los que se erige el sistema de responsabilidad penal por el incumplimiento de las funciones especiales que son construidas por las instituciones con la finalidad de poder ingresar al tema de los deberes especiales y generales o para ser más exactos los deberes positivos y negativos. La finalidad es que entendiendo este tipo de deberes se puede comprender mejor los delitos contra la administración pública.

Ahora, vamos a analizar las dos teorías que se han formado de acuerdo a la teoría de la infracción del deber. O sea, son las teorías que se relacionan a que si hay una comisión de un delito de infracción del deber especial pero que además incluya una conducta de un agente que no se encuentre comprometido a respetar dicho deber, entonces, ¿cuál es condición de intervención delictiva que se le debe dar a dichos sujetos? Ante esta pregunta, existen dos teorías que tratan de resolver dicho problema. La primera de ellas es la denominada teoría de la unidad en el título de imputación; y la segunda es la de la ruptura en el título de imputación del delito.

#### **2.4. Delitos especiales propios e impropios**

Como ya lo habíamos dicho, los delitos de infracción del deber, que son delitos especiales, se pueden dividir en propios como en impropios. “Los propios son aquellos en los cuales concurren los requisitos señalados anteriormente: calificación y calidad singular de un sujeto activo, vinculación estrecha con el bien jurídico estrecha con el bien jurídico, deberes especiales de salvaguarda y



fomento de dicho bien objeto de tutela penal, conducta típica restrictiva, y quebrantamiento o violación de dichos deberes". (Rojas, 2007:76-77) Esto es lo que hace que un delito sea especial propio. Puesto que todo se fundamenta en el sujeto activo que es cualificado como tal en el tipo penal. Es el tipo penal lo que determina la culpabilidad del comitente. Y no la conducta que realiza a pesar de ser importante.

Por su parte, el delito especial impropio es una conducta que puede, en principio, ser realizado por cualquiera, pero que lo acomete alguien que tienen una cualidad especial (Rojas, 2007). O sea, son situaciones en las cuales se agravan las penas por las condiciones especiales de un agente como es el caso del delito de tráfico de influencias, el cual, en principio, puede ser cometido por cualquiera, pero que si cometido por un funcionario sí tiene calidad agravada, por lo tanto, la pena será mayor en estos casos.

Ahora, mención aparte debe hacerse para la inclusión que hace el profesor Rojas (2007) de los delitos especiales propios funcionales.

Los delitos especiales propios de función, entre los que destacan por su sistematización, abundancia e importancia, los delitos contra la administración pública, son tales tanto por la calidad de los funcionarios y servidores públicos que lesionan con sus actos u omisiones el bien jurídico y vulneran la vigencia de la norma, como por el manifiesto quebrantamiento de los roles (conjunto de deberes institucionales asumidos), siendo esto último lo que en realidad hace especial, distinto a los comunes, al delito funcional, que viene a constituirse así en una violación de deberes de función y de confianza... (p.78)

Estos delitos propios de función son muy perjudiciales, porque afectan la condición propia de la organización social. El Estado se encuentra organizado

de una forma determinada, institucionalmente, organizado, por lo que esas reglas con las cuales se organizan deben ser respetadas y, sobre todo, vigiladas por los funcionarios. Por eso, el delito especial propio de función es un quebrantamiento de estas reglas que proscriben tales conductas.

Al respecto, el profesor Rojas (2007) dice lo siguiente, citando a Sánchez Vera:

En palabras de Sánchez-Vera Gómez-Trelles, los delitos especiales propios o de infracción del deber son aquellos que tienen como presupuesto una previa e inicial vinculación institucional positiva (de fomento y ayuda) entre autor y bien jurídico, a diferencia de los delitos comunes o de dominio del hecho, en los cuales la vinculación entre autor y bien jurídico se produce recién con el comportamiento delictivo, de modo tal que si el delito no se hubiera producido no habría existido vinculación. (pp.78-79)

La vinculación que se produce entre los sujetos o de esferas de intereses se debe a que existen instituciones positivas. Son positivas en el sentido de que ordena la realización de una conducta determinada. Todo esto ya lo hemos explicado en los deberes positivos y negativos, así que no tiene mucha importancia redundar en el tema.

Por su parte, Rueda (2013) dice lo siguiente, sobre los delitos especiales propios de función:

En los delitos especiales propios la especial cualidad del sujeto activo fundamenta la existencia del delito, de modo que sólo se incluyen en el tipo, como autores, algunas personas especialmente caracterizadas (por ejemplo, en los delitos que ahora nos interesan el funcionario público o autoridad). Los delitos especiales impropios se caracterizan porque pueden ser cometidos por cualquiera, pero las propiedades del autor exigidas por el tipo suponen una agravación de la pena. Precisamente, es en el ámbito de los delitos especiales impropios donde se ha planteado la conveniencia o no de romper el título de imputación y al respecto han surgido posturas y argumentos. (pp.144-145)

Como vemos, la definición que hace de ambas figuras el autor citado se corresponde a lo que ya fue expresado por el profesor Fidel Rojas. Los delitos especiales impropios tienen la característica de fundar una agravación de la pena en contra de quien comete el delito especificado en el tipo penal. Generalmente, como ya lo hemos dicho, se da cuando un funcionario quien incumple con la prohibición que se encuentra, de forma indirecta, en el tipo penal.

## **2.5. El Delito de Colusión. Antecedentes legislativos**

El delito de colusión tiene sus antecedentes en la regulación del artículo 344 del Código Penal de 1924 (denominado, también, Código de Maúrtua en honor a su redactor). Según Rojas Vargas (2007), el delito tiene antecedentes internacionales en el delito de colusión regulado en las legislaciones española y argentina.

En cuanto a la denominación, las otras legislaciones les han puesto nombres muy distintos al que se regula en nuestra normatividad. En España, este delito se denomina bajo el nombre de “fraudes contra el Estado”; en Colombia, el delito de colusión lleva el nombre de “celebración indebida de contrato”. Podemos seguir enumerando los distintos nombres que recibe, sin embargo, eso no es propósito de los anteces. No obstante, esta diversidad de nombres, la protección que realizan esas normas parece muy claro. Trata de proteger el correcto manejo de los recursos del Estado para celebrar contrataciones con los particulares-postores, así mismo, busca que haya un correcto manejo de los intereses de la administración pública ante este tipo de actuaciones (Rojas, 2007).

Ahora, volviendo al análisis que se hacía de este delito en nuestra normatividad, debemos recordar que la redacción del artículo 344 del Código

Penal del 1924 era de la siguiente forma (sentencia casatoria N°661-2016 – Piura)

El funcionario o servidor público que en los contratos, suministros, licitaciones, subastas o en cualquier otra operación semejante, en que interviniere, por razón de su cargo o por comisión especial, defraudare al Estado o a empresas del Estado o a sociedades de economía mixta o de organismos sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenciones, ajustes, liquidaciones o suministros, sufrirá prisión no mayor de seis años, e inhabilitación especial conforme a los incisos 1,2 y 3 del artículo 27, por tiempo no menor de cinco años.

En este artículo se puede evidenciar el interés que tiene por tratar de proteger, en todos los aspectos, a la correcta administración de los bienes que se contratan en las distintas entidades del estado, incluso, en empresas estatales. Como se sabe, actualmente, el artículo que regula el delito de colusión (art. 384 del Código Penal) ha cambiado la denominación de empresa estatal por entidad u organismo del Estado, quitándole ese aspecto estricto de señalar solamente a las empresas estatales para agregar a cualquier organismo estatal que realice algún contrato con los proveedores privados.

Por otro lado, el original artículo 384° del Código Penal de 1991 fue modificado en su contenido por la Ley N° 29703, del 10 de junio de 2011, la cual fue derogada en parte. Ahora, el delito de colusión ha sido finalmente modificado por la Ley N° 29758, del 21 de julio de 2011. Desde esta modificación, podemos hablar de colusión simple y colusión agravada. El contenido del tipo penal, luego de la modificación introducida por la Ley N° 30111 del 26 de noviembre de 2013, es el siguiente:

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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado 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 y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Actualmente, la denominación es de colusión ilegal. Algo que fue criticado por la Corte Suprema en el sentido que la locución “colusión ilegal” es redundante, innecesaria y confusa, porque permite la posibilidad de que haya “colusiones legales”, lo cual -dice nuestra Corte- es absurda.

Sin embargo, no solamente la Corte ha criticado este *nomen iuris*, esta denominación; sino que también fue criticada por algunos doctrinarios. Uno de ellos es el profesor Abanto (2001), quien dice que esta denominación es innecesaria, por lo que debe establecerse otra denominación que evidencie el carácter delictivo de la acción.

En cuanto al *nomen iuris* de este delito, se ha impuesto en nuestro medio el término “colusión ilegal” en razón de la conducta del funcionario. Sin embargo,

si tenemos en cuenta que, debida las características, de la función pública, el funcionario no debe nunca coludirse con los privados, resulta repetitivo decir “colusión ilegal”. El mismo argumento es más descriptivo de la conducta ilícita el elemento “fraude”, si bien, a diferencia de las defraudaciones comunes (de las que también puede ser víctima la administración pública), aquí ella se produce en el marco del desempeño de la actividad funcional. (Abanto, 201:262).

Estas críticas terminológicas, muy a pesar de las respetables opiniones que vienen tanto de la Corte como del profesor Abanto, no nos parecen tan relevantes, porque lo importante de la norma es que sancione la conducta de defraudar al Estado por medio daño potencial o el daño efectivo (patrimonial) que éste puede generar.

Ahora, volviendo al tema del tipo penal de colusión, se puede ver que el tipo penal de colusión engloba tanto a la colusión simple, la cual se consuma con la colusión, vale decir, la concertación entre el (los) funcionario(s) y el (los) tercero(s) interesado(s) en la celebración del contrato con la entidad estatal, que pueda tener un daño potencial, es decir, que haya la seguridad de generarse un perjuicio material al patrimonio público; y por otro lado a la colusión agravada, la cual exige un perjuicio patrimonial al Estado o a la entidad que lo representa.

Esta última ha generado una serie de problemas, porque inicialmente se abrió la posibilidad de que haya impunidad respecto a la responsabilidad penal. Por lo que hubo la necesidad de modificar esta norma. Es decir, que hubo la necesidad de incluir la agravante y así mismo el delito de colusión simple, porque de esa forma se sanciona al simple acuerdo como al acuerdo ilegal que perjudica patrimonialmente al Estado. (sentencia casatoria N°661-2016 –Piura).

De este modo, con el objeto de resolver esta problemática generada por los sucesivos e inmediatos cambios en la ley, la Fiscalía de la Nación interpuso

una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N°29703, solicitando, en uno de sus extremos, que se emita sentencia interpretativa reductora suprimiendo la frase 'patrimonialmente' del delito de colusión. (Pariona, 2017:22)

La inconstitucionalidad de esta norma tuvo la finalidad de evitar que exista una serie de impunidades en la aplicación e interpretación de la norma. Tal como lo hemos citado, dicha demanda tuvo el objetivo de declarar la inconstitucionalidad del término "patrimonialmente" que había agregado con la Ley N° 29703. Esto hizo que se declarara la inconstitucionalidad del adverbio "patrimonialmente" para que sea eliminado. De esta forma, se creó la posibilidad de que actualmente se modifique la norma que regula el delito de colusión y adquiriera la forma que actualmente posee, como lo hemos mencionado.

Ahora pasaremos a analizar el bien jurídico y la protección que se hace por medio de la prohibición de tal conducta.

### **A) Bien jurídico**

Cuando estamos ante un delito contra la administración pública, como es el caso del delito de colusión, es inevitable que el bien jurídico que este tipo de delitos se desprende de la sola lectura del título. Porque es muy obvio que los delitos que se encuentran en el Código Penal son divididos de acuerdo a los bienes jurídicos que tutelan, por ende, si el delito es contra la administración pública, entonces, se entiende que se tutela el correcto funcionamiento de la administración pública, el cual es el bien jurídico general que se encuentra protegido por el delito de colusión. Este es el bien jurídico genérico.

Sin embargo, el doctor Pariona (2017) señala que así mismo como hay un bien jurídico general también hay bienes específicos. "Los bienes jurídicos

específicos son la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad con las que los funcionarios y servidores públicos deben representar los intereses del Estado en el ejercicio de sus funciones públicas.” (Pariona, 2017:25) Entonces se entiende que la protección que se hace por medio de la proscripción de la conducta de la colusión es para evitar que exista un perjuicio a la legalidad, la probidad, la lealtad y la imparcialidad en el funcionamiento de la administración pública en general.

Según el profesor Rojas Vargas (2007), el delito de colusión tiene un rango de protección muy amplia, es decir, que es muy variado el número de bienes jurídicos que protege esta prohibición de la comisión delictiva. Para empezar, se protege: a) el patrimonio del Estado; b) la intangibilidad de los roles de la administración pública; c) el aseguramiento de los deberes de lealtad institucional. Todos estos bienes jurídicos serían los que se protegen en el delito de colusión.

El patrimonio del Estado es primordial, ya que se usan los recursos (crematísticos, en especial) para el pago de los servicios y bienes que proveen los particulares a la institución que realiza. Dentro de la colusión se perjudica al Estado en su patrimonio, porque se le perjudica económicamente, es decir, que hay una afectación al patrimonio, al dinero con que el Estado adquiere los bienes y servicios.

En el caso del segundo bien jurídico, se trata de proteger el correcto cumplimiento de los roles de la administración pública. La administración funciona de forma concreta para que se realicen una serie de objetivos que se encuentran establecidos, previamente, por las leyes que regulan la administración.



La lealtad en los funcionarios también es un bien muy importante dentro de la administración pública, porque debe respetarse, debe existir respeto de los funcionarios de las normas administrativas, que regulan la función administrativa. Todos estos bienes jurídicos específicos son de gran importancia, porque permite que se proteja todos los intereses de la administración pública.

No obstante, es visión propia de los delitos contra la administración pública, hay autores que proponen, como lo señala Pariona (2017), que el bien jurídico que protegería serán los intereses de los particulares en el marco de una leal y libre competencia, libre en el sentido de no afectada de intereses bajo la manga.

Esta opinión nos parece muy apresurada y, sobre todo, asistemática, porque es evidente que los delitos se enmarcan dentro de la protección determinada de un bien jurídico, como es el caso del correcto funcionamiento de la administración pública. Algo que no sucede en esta propuesta, por consiguiente, la prohibición de la colusión no tendría como fin proteger a los particulares (esto es lo secundario) sino a la correcta administración de los bienes públicos. Puesto que eso es lo que se defrauda con la colusión entre el funcionario y el privado.

Obviamente, los intereses de los particulares también se encuentran vulnerados, porque a ellos les interesa que la administración pública actúe con lealtad, sin embargo, esto no fundamenta, de ninguna manera, que el bien jurídico sea el interés de ellos, porque los delitos se determinan de forma sistemática, o sea, con una organización coherente y ordenada y el delito de colusión se encuentra dentro de los delitos contra la administración pública. Es la administración pública o la correcta administración de ella lo que fundamenta el injusto.

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte Suprema no ha tenido una opinión homogénea, una opinión uniforme, sino que las opiniones son distintas. Por ejemplo, en un primer caso se dijo que el bien jurídico es la actuación conforme al cargo que uno ostenta; y, en uno segundo, la aseguración de la imagen institucional (Pariona, 2017). “El primero busca evitar a toda costa aquella conducta desleal del funcionario o servidor público orientada a la producción de menoscabo en los procesos de contratación pública u operaciones de cargo del Estado...” (Pariona, 2017:27). Y en el caso del segundo se “pretende cautelar la imagen o correcto desarrollo de la administración pública, que se ve afectada cuando el funcionario infringe los deberes de lealtad, probidad e imparcialidad que debe observar en la gestión de la función pública” (Pariona, 2017:27).

## **B) El Tipo Penal de Colusión**

Dentro del desarrollo del delito de colusión se encuentran muchos aspectos importantes que deben ser abordados tanto por abogados como fiscales.

El delito de colusión es un delito contra la administración pública, porque afecta al corrector funcionamiento de la administración pública. Esto es lo que lo caracteriza, al igual que los otros delitos que se encuentran dentro del Código Penal.

Comentando el original texto del tipo penal 384 que en el plano político-criminal eran dos las particularidades del tipo penal de colusión que llamaban especialmente la atención. Por un lado, el aligeramiento de sus elementos constitutivos, en la medida en que la realización del tipo penal no requiere constatar un acto de corrupción del funcionario que decide o realiza la contratación o adquisición estatal, sino solamente una concertación con los

interesados perjudicial para el Estado. O sea, que se manifiesta como un delito de peligro, porque se consolida con el solo acuerdo que existe entre el particular y el funcionario, quien se encuentra a cargo de administrar los bienes y servicios de la entidad.

Por otro lado, la severidad de la pena prevista en el tipo penal, cuyo marco penal máximo alcanza los quince años de pena privativa de libertad. Ambas particularidades evidencian que el legislador penal ha privilegiado la eficacia de la persecución penal en este ámbito de la criminalidad, lo que encuentra explicación en la especial sensibilidad de las contrataciones y adquisiciones estatales frente a actos de corrupción debido a las grandes cantidades de dinero que se manejan en este rubro del gasto público.

En la sentencia casatoria N°661-2016 se ha establecido que el delito de colusión tiene como comportamiento típico la de defraudar al Estado, más específicamente, a la administración pública. La defraudación se produce por el acuerdo ilegal, colusión, que hacen los funcionarios y los interesados para defraudar tanto a la administración pública, ya que no se cumple con las exigencias normativas, de presupuesto y de estándares de calidad, y así mismo la afectación a los intereses de los interesados que se presentaron en el proceso de selección, o sea, los otros participantes que acudieron al proceso de otorgamiento de la buena pro.

Debemos agregar que el tipo penal de colusión ha sido modificada constantemente a medida que ha pasado el tiempo. Pero lo más resaltante de este tipo de delitos es que se ha agregado dos modalidades de colusión. La primera es la clásica o simple que se consuma con el simple acuerdo. O sea, que bastará con que se descubra antes de que exista una defraudación concreta, patrimonial, al erario o la administración pública. En cambio en el caso

de la colusión agravada es necesario que haya un perjuicio económico y patrimonial dentro de la administración pública.

Aparte de citado detalle también hay que tener en cuenta que la colusión simple tiene como verbo rector al término “concertar”, en cambio, la colusión agravada tiene como verbo rector al término “defraudare”, pero que agrega el adverbio “patrimonialmente”, el cual enfatiza en el daño material: a la economía, a los bienes, etc. Aspectos que sin duda deben tomarse en cuenta para analizar dogmáticamente cada una de estas figuras delictivas creadas por la Ley N° 29758, la cual tuvo como base el texto sustitutorio de fecha 6 de julio de 2011 de diversos proyectos de ley. Proyectos que no propusieron tal forma de redacción del tipo penal 384°.

### **C) Modalidades del delito de colusión**

El delito de colusión se encuentra regulado en el artículo 384 del Código Penal:

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estados, según ley...”

“El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley...”

**c.1.- Colusión simple.** El delito de colusión simple es una de las primeras modalidades que sobre este delito se ha establecido. Sin embargo, como ya lo dijimos, esta es la visión clásica que se ha dado de este delito.

Actualmente, existe una modalidad más de dicho delito que se consolida con el perjuicio patrimonial que se hace al Estado, a la administración pública. O sea, que es la modalidad más usual en la comisión del delito de colusión.

La idea del delito de colusión como tal, es decir, como comportamiento colusorio tiene la característica de ser un acuerdo que existe entre algunos funcionarios, que tienen el suficiente poder para contratar con los interesados, y los particulares, quienes participan en el proceso de selección. Por eso la conducta fundamental y necesaria para su configuración es la colusión, la concertación entre dichas personas.

“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, siendo un delito de peligro (en relación con el perjuicio patrimonial efectivo) y de mera actividad donde no es posible la tentativa, pues antes de la ‘concertación’ no habría aparentemente nada; que el delito se consuma con la simple ‘Colusión’ o sea con el acto de concertación, sin necesidad de que la administración pública sufra un efectivo perjuicio patrimonial, ni que se verifique materialmente la obtención de ventaja del funcionario” (Ejecutoria Suprema, R. N. N° 1512-2005-Cusco- Sala Penal Permanente.)

Repetimos: la conducta que se imputa en esta modalidad del delito de colusión es la simple concertación con los particulares que desean hacerse con el otorgamiento de la buena pro para contratar con el Estado. En esta modalidad no se verifica el perjuicio económico, sino que basta con la simple puesta en peligro del fraude al Estado que se concreta con la simple colusión o concertación con lo particulares.

Ahora, como esta conducta lo realiza, principalmente, un funcionario se dice que es un delito especial propio, porque la calidad del agente debe ser conforme a lo establecido en la ley. “El delito de colusión ilegal es un delito especial propio cuya configuración típica se fundamenta en la competencia

del funcionario público de participar en un proceso de contratación estatal...” (Castillo, 2017:145).

Si se puede definir a esta modalidad del delito de colusión, se debe decir que su configuración se logra con la concertación entre los interesados, que son los particulares, con los funcionarios o servidores públicos, quienes están a cargo del proceso de selección. “La concertación ilegal, por tanto, importa el concurso de dos comportamientos encaminados a un mismo objetivo: se trata, puesto, del encuentro de dos acciones voluntarias con el propósito de defraudar al Estado (delito de encuentro).” (Pariona, 2017:42-43). Es muy importante que estas dos voluntades estén presentes en la concertación, habida cuenta que este es un delito de encuentro, o sea, que es necesario que se encuentren las dos voluntades principales como son la del funcionario y el particular. Según la doctrina, a este tipo de delitos, es decir los delitos de encuentro, se les denomina también delito de participación necesaria, porque es importante que concurra la conducta de otro sujeto para que se pueda concretar el tipo penal, sino ocurre esto, se deja el delito como atípico.

Para finalizar, en la sentencia de la Corte Suprema N°2108-2009-Callao se ha señalado que “el particular participa del injusto típico como partícipe necesario -se trata de un delito de encuentro- y, por ende, debe ser objeto de imputación, pues sin ellos, en tanto realicen un aporte al hecho común, sería impracticable la tipicidad del delito.” Entonces, el encuentro dentro de la composición del tipo penal de colusión es muy necesario, puesto que, sin él, se declarará la atipicidad del hecho punible.

**c.2.- Colusión agravada.** El delito de colusión, tal como lo hemos

definido, se caracteriza por ser tanto de mero peligro, es decir, que el posible peligro que genera el acuerdo puede ser sancionado, como de perjuicio concreto, esto es, cuando hay un perjuicio e el patrimonio de la administración pública.

La colusión agravada implica, justamente, en eso. La conducta de los sujetos intervinientes debe estar orientada al perjuicio económico es exigencia de la colusión simple. Sin embargo, en la colusión agravada no basta con este aspecto, sino que debe existir un agravio al patrimonio de la administración pública, del Estado. La colusión agravada, como su mismo nombre lo dice, es más perjudicial, porque afecta al patrimonio del Estado de forma económica.

Podemos definir la colusión agravada como el hecho punible que se configura cuando el agente siempre, en su condición y razón del cargo de funcionario o servidor público, al intervenir directa o indirectamente, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado, esto es, causare perjuicio efectivo al patrimonio estatal. Por lo que la conducta de la concertación no puede estar solamente circunscrita a los aspectos colusorios o de mero peligro, sino que además tiene que haber un perjuicio material concreto que afecte patrimonialmente al Estado.

La tipicidad objetiva del delito de colusión tanto simple como agravada presenta diversos elementos que hacen de las figuras delictivas de estructura compleja. Las diferencias entre una y otra tienen que ver con dos aspectos. Primero, sobre el verbo rector que, como ya hemos mencionado, en la simple es el término concertar, es decir, acordar con los particulares sobre los beneficios que éstos van a tener respecto al otorgamiento de la buena pro. Mientras que

en la otra modalidad de colusión lo que se enfatiza es el perjuicio económico o patrimonial que se genera al Estado por medio del acuerdo entre el funcionario y los particulares.

El profesor Pariona (2017) dice lo siguiente a este aspecto:

El verbo rector es la 'defraudación' entendida como la generación de perjuicio material, concreto efectivo al patrimonio del Estado. En ese sentido, se trata de un delito resultado lesivo donde el desvalor de la acción, esto es, la concertación idónea, no es suficiente para configurar el delito, pues la modalidad agravada exige el desvalor de resultado, que es la efectiva lesión al patrimonio del Estado. (p.90)

En conclusión, el delito de colusión agravada es un delito de resultado a diferencia del delito de colusión simple que es un delito de puesta en peligro o de riesgo. Para comprender su contenido es necesario analizar cada uno de los elementos de la tipicidad objetiva, siempre cuidando en hacer la diferencia en los aspectos indicados:

#### **D) Elementos típicos del delito de colusión**

**Concertar con los interesados:** Uno de los elementos, es la concertación con los interesados. Los interesados, como ya lo dijimos, son los interesados que buscan coludirse con los funcionarios. Para eso necesitan contactarlos, buscarlos y, de esa forma, proponerles las ventajas y beneficios que pueden obtener ambos con la futura defraudación al Estado.

La concertación implica ponerse de acuerdo con los interesados, en un marco subprepticio, esto es, oculto y extraoficial con los particulares, y no permitido por la Ley, lo que determina un alejamiento del agente respecto a la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informa la actuación administrativa. (Salinas, 2016:319)



Como se puede ver, el acuerdo entre ambos es subrepticio, es decir, oculto, furtivo, el cual le permite a los interesados concertar con los funcionario de forma efectiva y garantizando que no serán afectados sus los intereses de ambas partes. El profesor Salinas (2016), a quien ya hemos citado, dice lo siguiente:

Para poder considerar defraudatoria la actuación de un funcionario o servidor público en la celebración o ejecución de un contrato con un particular, resulta necesario que acuerde con el particular la imposición de condiciones contractuales menos ventajosas para el Estado de las que se podría haber alcanzado en ese momento mediante una labor de negociación. Por consiguiente, las ventajas recaen sobre el particular que participa en la comisión delictiva. La determinación del carácter desventajoso de las condiciones contractuales no puede hacerse desligada del concreto momento de la negociación, así como de la posición contractual del Estado. (p.319)

Al respecto debemos decir que no es necesario que haya un perjuicio para el Estado para que haya delito, como lo propone el profesor, porque en muchos casos la contratación con el privado puede implicar una ventaja para el Estado en la medida que el particular puede estar cumpliendo con todas las exigencias señaladas en el proceso de selección. La sanción viene porque se defrauda a la administración pública, al Estado, en la medida que no se cumple con el proceso regular para el otorgamiento de la buena pro, porque se da las ventajas a los privados violando las normas que regulan dicho otorgamiento. En este caso, lo que se viola es el procedimiento normal para el otorgamiento de la buena pro. En ese sentido se defrauda al Estado.

Ahora, volviendo a la concertación con los interesados, no se debe olvidar que este tipo de pactos implican una serie de actos o de acuerdos. “La concertación del agente público con los interesados implica un amplio margen de pactos ilícitos, componendas o arreglos en perjuicio evidente de los intereses

estatales en juego.” (Salinas, 2016:320). Estos acuerdos pueden ser de diversas índoles. Sin embargo, el denominador común que tienen entre ellos es que defrauden al Estado, que lo perjudiquen. “Se puede concertar mediante diversas modalidades confabulatorias, para presentar, por ejemplo, precios simulados - sobrevaluados o subvaluados-, admitir calidades inferiores a las requeribles, o derivar directamente de las operaciones ventajas o intereses particulares o para otros fines.” (Salinas, 2016:320). Entonces, el muy amplio las propuestas que se pueden poner bajo la mesa. No obstante, como ya lo dijimos, no es una necesidad que existan acuerdo que impliquen una desventaja material para el Estado, porque puede haber el caso de que esos acuerdo no son perjudiciales, ya que se cumplen con las condiciones señaladas por las bases o los documentos que determinan la inversión y el precio por los bienes y servicio; sino que la conducta que se pena es la defraudación en base al acuerdo, que trata de no cumplir con el procedimiento imparcial y regular que se debe hacer en todas las contrataciones públicas.

Sin embargo, el profesor Salinas (2016) insiste en que para que haya un acto colusorio debe existir perjuicio necesariamente para el Estado. Al respecto dice:

En consecuencia, no se trata de castigar cualquier concertación, sino únicamente las que buscan perjudicar o las que perjudican o traen consecuencias económicas nocivas para el Estado, ya sea, por lo general, porque se paga más por un producto de una determinada calidad o porque se paga un precio determinado por un bien de menor calidad, habiendo concierto entre las partes. “Lo cuestionable en la conducta de cualquier funcionario público es el acuerdo confabulatorio, ilegal y doloso con el interesado para obtener un provecho en perjuicio del Estado” (Ejecutoria suprema, R. N. N° 732-2007-Piura- Segunda Sala Penal Transitoria.).

Tal como se lee, sigue enfatizando en ese punto sin ponerse a analizar que lo que dice es para la colusión agravada y no para la simple, donde haya

una concertación meramente que tiene la finalidad de defraudar al Estado con el no cumplimiento que regulan el correcto funcionamiento de la contratación pública.

**Sujeto activo:** El sujeto activo, es decir, aquél que puede realizar la conducta descrita en el artículo 384 del Código Penal es solamente el funcionario. Pero no cualquier funcionario. El funcionario debe tener a su cargo las decisiones determinantes para otorgarles la buena pro o las prerrogativas necesarias para la obtención de la ventaja. Por esta razón, este delito es especial, porque solamente lo puede realizar un sujeto determinado.

Los funcionarios que no tienen la calidad de funcionario que tiene la decisión de poder actuar dentro de los beneficios para otorgar a los agentes privado, serán imputados como cómplices del delito de colusión, pero no como autores.

El profesor Abanto (2001) dice lo siguiente:

El sujeto activo es un 'funcionario público' con la función específica de participar en los contratos, suministros o licitaciones en los cuales comete el delito, tanto en el momento de la contratación como en el de la ejecución y ampliación, lo cual deberá determinarse con ayuda de las leyes administrativas que regulen las actividades públicas. (p.262)

En efecto, solo pueden ser agentes del delito de colusión aquellas personas que tienen la condición de funcionarios o servidores públicos. Pero ello no basta, es necesario que aquellos tengan dentro de sus atribuciones funcionales el deber específico de participar en cualquiera de las etapas de las adquisiciones o contrataciones de bienes, obras, servicios o concesiones representando al Estado. Incluso el agente puede tener el deber de supervisar que las adquisiciones o contrataciones se lleven con total normalidad y

transparencia. En el hecho concreto, debe verificarse la relación o vinculación funcional del agente con el objeto material del delito. Si no se verifica la relación funcional, el delito no se configurará.

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

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

**El sujeto pasivo:** El sujeto pasivo del delito de colusión es el Estado. La afectación que genera el concierto entre el (los) funcionario(s) y el (los) interesado(s) tiene como finalidad la de defraudar al Estado, por ende, el perjuicio recae sobre los bienes e intereses del Estado, por lo que al ser el afectado directo del delito, se convierte en el sujeto pasivo.

Se puede afectar de forma concreta a una institución como puede ser el caso de la institución que se está haciendo cargo de un proceso de contratación pero, como ya lo hemos visto, ella representa al Estado, por lo que la afectación recae sobre el Estado a través de la institución.

### **2.5.1.- Los interesados como cómplices**

Hemos dicho que las personas que actúan dentro del delito de colusión son distintas. Por un lado, tenemos a los funcionarios que tienen a cargo, a su responsabilidad, la función de velar por el correcto procedimiento de otorgamiento de la buena pro, de la concesión. Y por otro lado tenemos a los interesados privados, es decir, a las personas que no se encuentran vinculadas a la administración pública, pero que tienen interés en que puedan ser beneficiadas con la contratación pública.

El delito de colusión, que se encuentra regulado en el artículo 384 del Código Penal, señala, como ya lo hemos visto, que para que exista colusión que defraude a los intereses de la administración pública tiene que haber un acuerdo ilegal entre el funcionario y los interesados. Este acuerdo debe tener como finalidad la defraudación de la administración pública.

Por lo tanto, la conducta que realizan los agentes privados es complementaria, subsidiaria, pero necesaria, ya que permite que haya un acuerdo que garantice la consumación del delito. Como lo hemos señalado, si este acuerdo no se lleva a cabo, entonces, no puede haber delito y, por consiguiente, la conducta resulta atípica.

Los interesados responden a título de cómplices por esta conducta. No pueden ser imputados como autores de él, porque no tiene la calidad que exige el tipo penal de colusión (art. 384), es decir, no tienen una relación funcional, por ende, y acá va la segunda razón, no pueden infringir el deber de tutelar y cautelar la administración pública (Salinas, 2016). Por tales razones, no pueden ser imputados como autores, sino que solamente podrán responder en calidad de cómplices.

Esta forma de ver la complicidad del agente privado es la que permite

determinar que su intervención implica una acción punible. Entonces, se entiende que la participación de los agentes privados es necesaria, como ya lo habíamos escrito líneas arriba.

En la misma línea, Abanto Vásquez enseña que los particulares intervinientes son partícipes necesarios, cuya conducta por sí sola o sea por el mero hecho de ser la contraparte en la colusión, es impune; 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. (Salinas, 2016:335)

Como se puede leer del párrafo transcrito, se entiende que la actividad delictiva de los interesados (léase: privados) se concreta si su aporte a la comisión delictiva es fundamental e importante, o sea, como la de un cómplice que ayuda a la consumación del delito.

Sin embargo, el profesor Salinas (2016) señala que solamente serán autores aquellos que tienen una función muy particular dentro de la administración pública que le permita determinar el beneficio al interesado. Si no tiene esa calidad, habrá cometido solamente el delito de cohecho pasivo, si es que ha solicitado alguna ventaja, condicionando su comportamiento. Aquellos que no ostenten la calidad exigida por el tipo penal, serán considerados cómplices. En el caso de los interesados, como ya lo dijimos, se les imputará en calidad de cómplices. Pero la imposición de la pena será menor porque ellos no han infringido un deber especial, como sí lo hace el autor. El autor al tener mayor responsabilidad por la sujeción de su conducta a un deber especial será sancionado con una pena mayor que la del cómplice que no tiene dicha calidad, tal como señala el profesor Salinas (2016).

Por su parte, el doctor Castillo Alva (2017) señala lo siguiente sobre la complicidad en el delito de colusión:

No es necesario que los cómplices reúnan y cumplan con las exigencias típicas del delito de colusión (v.gr., concertar), dado que si se les imputa conductas accesorias como partícipes, no se puede exigir la comisión taxativa de los verbos rectores del tipo penal, lo que es de exclusiva atribución del autor del hecho. (pp. 540:541)

Como se puede ver, el autor citado adopta una posición minimalista respecto a la intervención delictiva de los cómplices, ya que, si se toma en cuenta que los cómplices cumplen la función de ayudar a concretar el tipo penal del delito de colusión, no se les exige que cumplan con al menos los verbos rectores que exige dicho tipo penal. Esto a nosotros nos parece totalmente innecesario, ya que el verbo es claro, es decir, que el tipo penal dice “concertar”, lo cual se exige que haya una conducta de ambas partes para poder defraudar al Estado. La defraudación se hace por medio del acuerdo. No se puede decir que el autor sí debe cumplir con concertar y el cómplice limitarse a algo mínimo en cuanto a su intervención cuando se olvida que tal intervención es necesaria para que se pueda consolidar el tipo penal de colusión.

Entonces, concluyendo con esto, se verá, claramente, que los interesados tienen la condición de cómplices primarios, por lo tanto, la imputación que se les da, como intervinientes necesarios del delito de colusión, es de cómplices.

## **2.6. Definiciones conceptuales**

**Acusación fiscal:** Contenido de escrito acusatorio que el promotor de justicia presenta al juez o tribunal eclesiástico competente ejercitando la acción criminal para que sea impuesta la pena (ad poenam infringendam). (DJE, 2015)

**Autor:** El sujeto activo del delito; y el que coopera a su realización como cómplice o autor moral. | El creador de alguna cosa. | Quien realiza una obra literaria, artística o científica. | Causa de algún hecho. | Causante o persona de quien procede el derecho de otro. | Antiguamente se dijo por actor (demandante en lo civil o acusador en lo penal). (Cabanellas, 2006:45)

**Autor material:** El que perpetra efectivamente un delito, con la ejecución de los actos externos que concretan el ataque a una persona o a un bien u otra lesión jurídica punible. En especial, se habla del autor material en los casos de desdoblamiento o dualidad por existir un autor intelectual (v.). (Cabanellas, 2006:45)

**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 “indirectamente” 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.

**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.

**Cómplice necesario:** Concepto penal que surge de la codelincuencia (v.) cuando el ejecutor material del hecho punible recibe la cooperación imprescindible o útil de otro para la perpetración del delito. Este otro es el denominado cómplice necesario por algunos penalistas y que el codificador no



vacila en calificar de autor (v.) en la fórmula, dentro del Cód. Pen. esp., que establece esa equiparación personal y en la condena para "los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado". Tales el caso del que conduce el vehículo desde el cual se ametralla a la víctima al pasar ante ella. (Cabanellas, 2006:85-86)

**Cómplice secundario:** En antítesis con la voz precedente, el que coopera en la ejecución de un delito con actos anteriores o simultáneos que complementan el hecho punible, pero sin el substrato de imprescindibles para completar la infracción. Se está sin más ante el cómplice (v.) por antonomasia. Complot Confabulación de dos o más personas contra otra u otras; también la maquinación que se urde para ruina ajena o ataque contra alguno. Componedor La persona que, a petición de las partes interesadas, libremente sometidas a su resolución arbitral, determina amigablemente un litigio o un conflicto que puede originar un pleito. (Cabanellas, 2006:86)

**Imputación:** Atribución de una culpa a un agente capaz normalmente. I Cargo, acusación, cosa imputada. (Cabanellas, 2006:231)

**Imputable:** Capaz penalmente. I Individuo a quien cabe atribuirle un delito por la conciencia, libertad, voluntad y lucidez con que ha obrado. (V. IMPUTACIÓN.). (Cabanellas, 2006:231)

**Intraneus:** Persona que interviene en un delito especial y reúne la condición personal exigida por el tipo penal para ser autor de dicho delito. (DJE, 2015)

**Extraneus:** Pen. Persona que interviene en un delito especial y no reúne la condición personal exigida por el tipo para ser autor de dicho delito. (DJE, 2015)

**Colusión:** Convenio, contrato, inteligencia entre dos o más personas,

hecha en forma fraudulenta y secreta, con objeto de engañar o perjudicar a un tercero. Todo acto o contrato hecho por colusión es nulo. (Cabanellas, 2006:81)

**Motivación:** Exposición de las razones o fundamentos en que se basa una decisión. (DJE, 2015)

**Motivación de las sentencias:** Exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva consistente en el deber del juzgador de aportar razones que sirven de fundamento a la decisión adoptada para la resolución de la controversia, constituyendo una garantía frente a la arbitrariedad. (DJE, 2015)

**Principio de legalidad:** Principio jurídico que sustenta el Estado de Derecho, en virtud del cual los poderes públicos están sometido a la ley y el derecho. (DJE, 2015)

**Principio de legalidad penal:** Principio según el cual no puede castigarse una acción u omisión si no está prevista como delito en la ley. Nullun crimen sine lege. (DJE, 2015)

**Sentencias de Primera Instancia:** Las que devienen de los órganos de primera instancia, por su competencia y jurisdicción.

**Sentencias de Segunda Instancia:** En sentido jurídico estricto, la segunda instancia hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo -segunda instancia- debe prevalecer sobre el primero.

**Teoría del dominio del hecho:** Teoría de la autoría, la cual establece que es autor quien tiene el dominio del hecho, es decir, quien maneja todos los aspectos del delito y por ende puede decidir sobre su ejecución o no. En consecuencia, quien no tiene tal dominio del hecho será considerado partícipe.

**Teoría de la infracción del deber:** Teoría de la autoría según la cual es

autor quien infringe el deber especial o general que se la conferido.

**Teoría de la ruptura del título de imputación:** Teoría que deriva de la teoría de infracción del deber en cuya virtud cuando hay un sujeto que interviene en un delito especial en calidad de extraneus, es decir, de agente que no cumple con las exigencias legales establecidas para el delito especial, será sancionado como partícipe del delito especial.

**Teoría de la unidad del título de la imputación:** Teoría que se deriva de la teoría de la infracción del deber según la cual cuando alguien en calidad de extraneus interfiere en un delito especial será sancionado no como partícipe del delito especial sino por la comisión de un delito subyacente, que será de dominio, es decir, que no se necesita ninguna cualidad especial para acometerlo. En conclusión: no puede ser procesado por un delito especial, porque no reúne las características que se encuentran establecidas en la ley penal.

**Sentencia de vista:** Sentencia emitida por una Sala de Segunda Instancia.

**Sentencia condenatoria:** Sentencia en la que se establece la responsabilidad de alguien que ha sido sometido a un proceso penal.

## **2.7. Bases epistémicas**

La ciencia jurídica se define como el conjunto de normas de obligatorio cumplimiento que organizan una determinada sociedad. Sobre la base de esto, es que se erige la epistemología jurídica que se preocupa del análisis de la producción de dichas normas, ver si estas normas tienen un contenido científico o al menos que respondan a las mínimas exigencias de la ciencia.

Considerando las bases epistémicas en esta investigación, se puede señalar que la atribución de un hecho a un sujeto como su obra (imputación) es

anterior a la explicación del fenómeno en términos causales. El principio de imputación era el modo que utilizaban las sociedades primitivas para comprender el mundo. No solo recurrían a este modo de comprensión para explicar sus relaciones sociales (Kelsen, 1960: 86), sino que la manera como concebían dichas relaciones servía para explicar los fenómenos naturales, constituyendo una interpretación socio-normativa de la naturaleza, en la cual el pensamiento causal no formaba parte de esta manera de comprender el mundo.

El primer análisis de la imputación en el ámbito de la filosofía se encuentra en La ética nicomáquea de Aristóteles. Los aportes hechos por el racionalismo y el idealismo han imbuido a la doctrina penal de conceptos, categorías, principios, etc., cuyo objetivo ha sido siempre el de dotar al Derecho penal de una mayor racionalidad a la hora de resolver conflictos. Uno de esos conceptos, o para ser más exactos, una de las teorías que ha desarrollado la filosofía penal de aquel período, fue la de la imputación.

La mayor herencia que ha dejado la dogmática jurídico-penal positivista ha sido la teoría del delito, cuyas categorías de análisis, si bien han sido dotadas de contenido diverso con el transcurrir de distintas corrientes del pensamiento, se han mantenido hasta la actualidad. A partir del último tercio del siglo pasado, han proliferado en la dogmática jurídico-penal alemana diversas teorías, que, si bien son minoritarias, adoptan la perspectiva de la imputación.

En este marco del desarrollo de la epistemología jurídico penal, también se han desarrollado teorías o dogmática penal sobre el dominio del hecho, que es uno de los aspectos de la presente investigación; sobre este tópico, hay una aceptación importante en la dogmática jurídico penal en general, del criterio denominado «dominio del hecho», considerado por algunos como una tesis final-objetiva (Sentencias, Confr. SSTS de 25-5-1969; 5-3-1970; 9-11-1983; 27-3-

1983; especialmente la STS 20-10- 1993. Claramente contraria a la teoría subjetiva es la STS de 23-11-1993.), por otros como una de las especies de teorías material-objetivas, que tiene su centro de gravedad en la planificación llevada a cabo para lograr el fin criminoso y en la ejecución delictiva, realizada esta conforme a dicha pre ordenación.

## **CAPÍTULO III**

# **METODOLOGÍA**

### **3.1 Tipo de Investigación**

La presente investigación es de tipo aplicada - jurídico social, ya que se encarga del estudio de la funcionalidad del derecho objetivo en la realidad social. Mientras que en los estudios de dogmática jurídica se investiga “lo que los humanos dicen que hacen con el derecho”, en estas investigaciones se analiza “lo que los hombres hacen prácticamente con el derecho” (Witker, 1995, p.4).

De esta manera, se analizaron un conjunto de teorías jurídicas penales y procesales en relación a la complicidad del *extraneus* en el delito de colusión que se desarrollan en la práctica procesal.

Asimismo, esta investigación es retrospectiva ya que es aquella en la que el investigador indaga sobre hechos o fenómenos ocurridos en el pasado, reconstruyendo los acontecimientos y explicando su desarrollo, fundamentando su significado en el contexto del que ha surgido (Sánchez Carlessi, 2006). En este sentido, se analizaron documentos oficiales (acusaciones fiscales, sentencias de primera y segunda instancia) del Distrito Judicial de Junín entre el intervalo de los años 2013-2017.

### **3.2 Diseño y esquema de investigación**

El diseño de investigación es no experimental, descriptivo - transeccional (Hernandez, Fernandez, & Baptista, 2014). Es no experimental, ya que no se realizó manipulación de variables. Descriptivo porque utilizó el método de análisis para determinar los criterios dogmáticos para considerar el título de

imputación del *extraneus* como cómplice en el delito de colusión en el Distrito Judicial de Junín, 2013-2017, cuyo resultado permitió ordenar, agrupar, sistematizar las unidades de análisis; y transeccional porque se desarrolló en un momento dado.

Se utilizó un diseño descriptivo:

M: Ox: Observación y análisis de la variable “x”

Criterios dogmáticos que utilizan los jueces y fiscales

Oy: Observación y análisis de la variable “y”

Título de imputación del *extraneus* como cómplice en el delito de colusión

Dónde: M representa a la muestra y O representa la información relevante de las variables de investigación.

### **3.3. Población y muestra**

#### **3.3.1. Población**

La población es finita, ya que los elementos en su totalidad son identificables por el investigador (Arias, 2006). Estuvo constituida por acusaciones fiscales, sentencias de primera y segunda instancia, distribuidas de la siguiente manera:

- 28 sentencias de primera instancia
- 19 sentencias de segunda instancia
- 21 acusaciones fiscales

### 3.3.2 Muestra

Se aplicó el muestreo no probabilístico (Castro, 2003), donde la elección de la muestra para el estudio dependió del criterio específico del investigador. El autor citado señala que si la población es pequeña, entonces la población es igual a la muestra. En esta investigación se consideraron las mismas cantidades señaladas en la población:

- 28 sentencias condenatorias de los juzgados unipersonales y colegiados de juzgamiento del distrito judicial de Junín.
- 19 sentencias de vista de las Salas Penales de Apelaciones del distrito judicial de Junín.
- 21 acusaciones fiscales

### 3.4. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

En el proceso de investigación se aplicó las siguientes técnicas e instrumentos para recojo de datos:

- **La técnica del fichaje.**- Esta técnica permitió acopiar datos teóricos o dogmáticos penales tanto en el Derecho Penal y las teorías procesales generados sobre la participación del *extraneus* en el delito de colusión. Estos datos fueron acopiados de material bibliográfico, hemerográficos y páginas web. Su instrumentación se operativizó mediante fichas de registro y fichas de contenido.
- **La técnica de análisis documental,** en este caso se aplicó dicha técnica de interpretación sistemática, instrumentada por fichas de interpretación de las normas jurídicas, se interpretaron los artículos relacionados al delito de Colusión. Se utilizó como instrumento la ficha



de matriz de análisis para interpretar los datos que se recolectaron para la realización de la presente investigación.

### **3.5. Técnicas para el recojo, procesamiento y presentación de datos**

En el presente trabajo se utilizó, como técnica de recojo: la observación de carácter estructurado, las fichas de observación y asimismo el Análisis Documental, definido éste como aquel conjunto de operaciones encaminadas a representar un documento y su contenido bajo una forma diferente de su forma original, con la finalidad de extraer interpretaciones sobre el tema a investigar; el mismo que se utilizó básicamente para analizar los documentos objeto de este estudio.

El procesamiento de la información obtenida se fundamentó en lo planteado por Tamayo (1997) quien expone que una vez recopilado los datos para este fin es necesario procesarlo, es decir, elaborarlos matemáticamente, ya que la cuantificación y su tratamiento estadístico permite llegar a conclusiones.

Para el tratamiento de los datos se empleó la estadística descriptiva cuyos parámetros aplicados fueron: Frecuencia absoluta ( $f_i$ ) y frecuencia porcentual ( $h_i\%$ ). Se construyó una base de datos en el programa Microsoft Excel de Windows 1997-2003 que fueron procesados en tablas y gráficos para su análisis respectivo.

## CAPÍTULO IV

### PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

#### 4.1. Presentación de resultados

En este capítulo se analizan los resultados finales respecto a la determinación del título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión, es decir, se da respuesta a las preguntas respecto a cuál es el criterio dogmático de imputación que se usó para establecer la responsabilidad de aquellos intervinientes en el delito de colusión. El trabajo realizado fue el siguiente:

1) Se realizó el análisis de 68 documentos oficiales (21 acusaciones fiscales, 28 sentencias de primera y 19 segunda instancia) del Distrito Judicial de Junín entre el intervalo de los años 2013-2017. Los procesos realizados y analizados fueron los siguientes:

#### A) Análisis de documentos sobre acusaciones fiscales

Los resultados, para las acusaciones fiscales, fueron las siguientes:

**Tabla Nº 01**

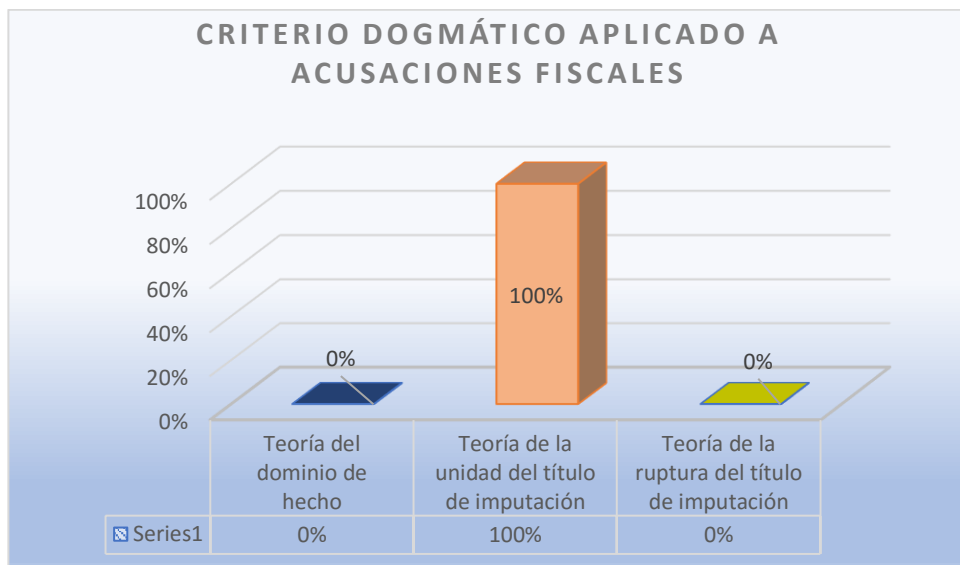
Criterio dogmático aplicado a Acusaciones fiscales en delitos de colusión

Documento analizado	Criterio Dogmático Aplicado					
	Teoría del dominio de hecho		Teoría de la unidad del título de imputación		Teoría de la ruptura del título de imputación	
	fi	hi	fi	hi	fi	hi
21 Acusaciones fiscales	0	0%	21	100%	0%	0
<b>TOTAL</b>	0%		100%		0%	

Fuente: Ficha de análisis de las sentencias y acusaciones fiscales

Elaboración: Tesista

**Gráfico N° 01.**  
Criterio dogmático aplicado a Acusaciones fiscales en delito de colusión



Fuente: Ficha de análisis de las sentencias y acusaciones fiscales  
Elaboración: Tesista

Como puede apreciarse en el gráfico N° 01, de las 21 acusaciones fiscales analizadas, que representan el 100%, no se encontraron evidencias que dichas acusaciones estuviesen fundamentadas en las teorías del dominio de hecho o de ruptura del título de imputación, donde se obtuvo el 0% en ambos casos. Por otro lado, la totalidad de acusaciones fiscales para determinar el título de imputación del *extraneus* en delito de colusión (100%) fueron realizadas en base a la teoría de la unidad del título de imputación.

## B) Análisis de las sentencias de primera instancia

**Tabla Nº 02.**

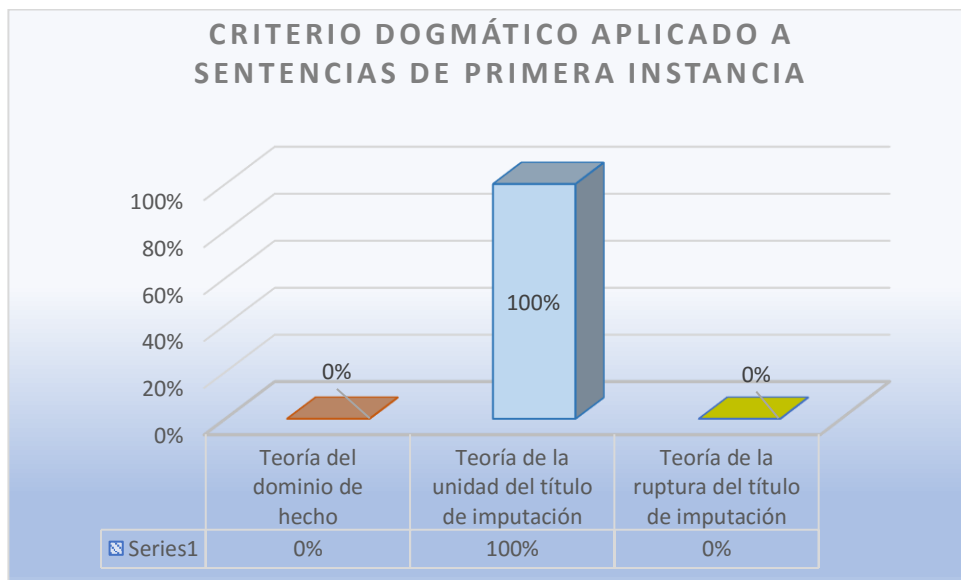
Criterio dogmático aplicado a Sentencias de Primera Instancia en delitos de colusión

Documento analizado	Criterio Dogmático Aplicado					
	Teoría del dominio de hecho		Teoría de la unidad del título de imputación		Teoría de la ruptura del título de imputación	
	Fi	hi	fi	hi	fi	Hi
28 Sentencias de Primera Instancia	0	0%	28	100%	0%	0
<b>TOTAL</b>	0%		100%		0%	

Fuente: Ficha de análisis de las sentencias y acusaciones fiscales  
Elaboración: Tesista

**Gráfico Nº 02.**

Criterio dogmático aplicado a Sentencias de Primera Instancia en delitos de colusión



Fuente: Ficha de análisis de las sentencias y acusaciones fiscales  
Elaboración: Tesista

El gráfico Nº 02, relacionado con el criterio dogmático aplicado a Sentencias de Primera Instancia en delitos de colusión, muestra que de las 28 sentencias analizadas, que representan el 100%, no se aprecian evidencias que

dichas sentencias hayan sido emitidas fundamentadas en las teorías del dominio de hecho o de ruptura del título de imputación, donde se obtuvo el 0% en ambos casos. Por otro lado, la totalidad de Sentencias de Primera Instancia (100%) fueron realizadas en base a la teoría de la unidad del título de imputación.

### C) Análisis de las Sentencias de Segunda Instancia

**Tabla Nº 03.**

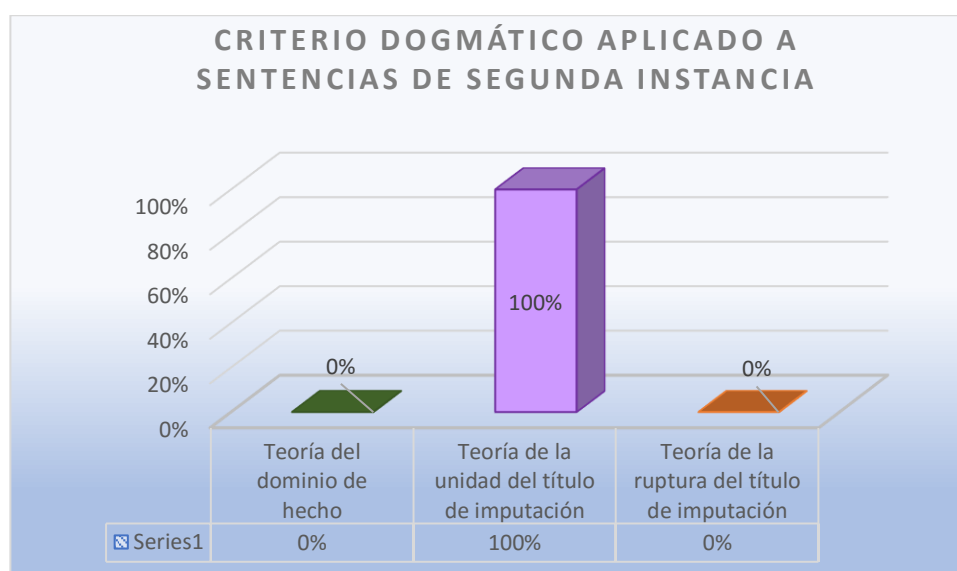
Criterio dogmático aplicado a Sentencias de Segunda Instancia en delitos de colusión

Documento analizado	Criterio Dogmático Aplicado					
	Teoría del dominio de hecho		Teoría de la unidad del título de imputación		Teoría de la ruptura del título de imputación	
	fi	hi	Fi	hi	fi	hi
19 Sentencias de Segunda Instancia	0	0%	19	100%	0%	0
<b>TOTAL</b>	0%		100%		0%	

Fuente: Ficha de análisis de las sentencias y acusaciones fiscales  
Elaboración: Tesista

**Gráfico Nº 03.**

Criterio dogmático aplicado a Sentencias de Segunda Instancia



Fuente: Ficha de análisis de las sentencias y acusaciones fiscales  
Elaboración: Tesista

El gráfico N° 03, relacionado con el criterio dogmático aplicado a Sentencias de Segunda Instancia, muestra que de las 19 sentencias analizadas, que representan el 100%, no se aprecian evidencias que dichas sentencias hayan sido emitidas fundamentadas en las teorías del dominio de hecho o de ruptura del título de imputación, donde se obtuvo el 0% en ambos casos. Por otro lado, la totalidad de Sentencias de Segunda Instancia para determinar el título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión (100%) fueron realizadas en base a la teoría de la unidad del título de imputación.

Los resultados de las tres tablas y gráficos anteriormente mostrados, permiten visualizar que tanto para las acusaciones fiscales como para las sentencias de primera y segunda instancia, existe un predominio absoluto de la teoría del título de imputación. A continuación, se presenta un la tabla N° 4 que consolida los resultados obtenidos:

**Tabla N° 04.**

Resultados consolidados, según criterio dogmático aplicado

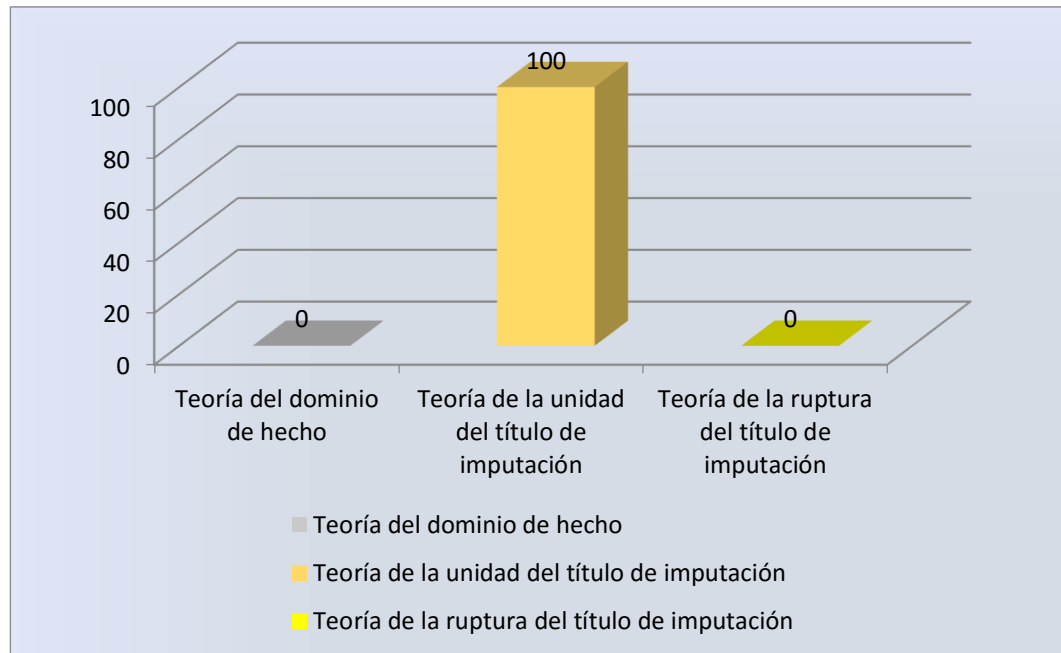
Documento analizado	Criterio Dogmático Aplicado					
	Teoría del dominio de hecho		Teoría de la unidad del título de imputación		Teoría de la ruptura del título de imputación	
	fi	Hi	fi	hi	fi	hi
21 Acusaciones fiscales	0	0	21	30.9%	0	0
28 Sentencias de Primera Instancia	0	0	28	41.1%	0	0
19 Sentencias de Segunda Instancia	0	0	19	28%	0	0
	0	0	68	100	0	0
<b>TOTAL</b>	0%		100%		0%	

Fuente: Ficha de análisis de las sentencias y acusaciones fiscales

Elaboración: Tesista

**Gráfico N° 04.**

Resultados consolidados, según criterio dogmático aplicado



Fuente: Ficha de análisis de las sentencias y acusaciones fiscales  
 Elaboración: Tesista

Como se puede observar en el gráfico 04, los resultados muestran que se ha aplicado en un 100% el criterio dogmático de la teoría de la unidad del título de imputación para determinar el título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión. Por lo que se entiende que dentro de la administración de justicia (se utiliza este término en sentido amplio para englobar también la actividad del Ministerio Público y no solamente la actividad del Poder Judicial) se está adoptando la teoría de la unidad de la imputación para establecer el grado de intervención del *extraneus* en el proceso del delito de colusión.

Sin embargo, se debe aclarar que cada uno de los documentos iniciales no contiene de forma expresa, es decir, explícita la toma de postura de la teoría de la unidad del título de imputación, sino que eso se deduce del tratamiento que se da al *extraneus* en el delito de colusión cuando se le atribuye el grado de

participación de cómplice del mismo delito de colusión, o sea, que no se hace ninguna diferenciación.

#### **4.2. Contrastación con las hipótesis de investigación**

De lo hasta aquí desarrollado a lo largo de la presente investigación, con la información doctrinaria expuesta y la información estadística presentada anteriormente, proveniente de la ficha de análisis de las sentencias y acusaciones fiscales del Distrito Judicial de Junín entre el intervalo de los años 2013-2017, se ha podido demostrar la hipótesis general planteada al inicio del presente trabajo como respuesta tentativa a esta investigación:

**Hipótesis general:** El criterio dogmático para la determinación del título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión, en el Distrito Judicial de Junín, es el criterio de unidad del título de imputación.

Los resultados muestran que en los 68 documentos oficiales analizados, en un 100%, existe un predominio de la teoría del título de imputación para las acusaciones fiscales (30.9%), sentencias de primera instancia (41.1%) y sentencias de segunda instancia (28%) con relación a los delitos de colusión.

Con relación a las hipótesis secundarias, se encuentra

- No se está considerando la teoría del dominio del hecho para determinar el título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y sentencias de segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017.

Los resultados permiten confirmar esta hipótesis, ya que se obtuvo un 0% de acusaciones fiscales, sentencias de primera y segunda instancia,



fundamentadas en este criterio dogmático para determinar el título de imputación del *extraneus* en delitos de colusión.

- No se está utilizando la teoría de la ruptura de la imputación para sustentar el título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y sentencias de segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017.

En concordancia con los resultados obtenidos para la teoría del dominio de hecho, los resultados encontrados en la investigación demuestran que en un 0% los jueces no aplican este criterio dogmático para los delitos de colusión.

- Sí se está utilizando la teoría de la unidad del título de imputación para establecer el título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017.

Los resultados evidencian que existe en un 100% el uso de este criterio dogmático para determinar el título de imputación del *extraneus* en los delitos de colusión.

## CAPÍTULO V

### DISCUSIÓN DE RESULTADOS

#### 5.1. Discusión de resultados de la investigación

En este capítulo se discutirán los resultados encontrados, considerando los planteamientos de diversas teorías que sustentan los criterios dogmáticos que son fundamento central de este trabajo.

Con relación al uso de la teoría del dominio del hecho para determinar el título de imputación del *extraneus* en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancias y sentencias de vista del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017, los resultados de esta investigación muestran una ausencia de los criterios de esta teoría. La teoría del dominio del hecho, tal como lo señala Roxín (2000) es una teoría que postula que la atribución de los títulos de imputación se da por quién tiene el dominio del hecho, es decir, que el sujeto que tiene el dominio del hecho delictivo es quien es considerado autor, quien tiene el control del desarrollo causal del delito.

Por lo tanto, solamente serán autores aquellos que tienen los medios necesarios y, así mismo, el aparato organizativo que le permita decidir sobre la correcta determinación del delito. O sea, de poder decir sí o no a la ejecución del hecho punible. Los demás que no tengan la disposición de los medios y del manejo determinante de éstos, serán considerados como cómplices, pero no como autores, porque para ser tal debe contar con el dominio del hecho.

Es también importante señalar que de los documentos analizados, es decir, acusaciones, sentencias de primera y segunda instancia, se desprende que no hay una determinación de la imputación del partícipe del delito de colusión por medio del criterio dogmático del dominio del hecho.

Cabe resaltar que el delito de colusión se caracteriza porque el sujeto activo es un funcionario, o sea, es un delito especial propio. El funcionario tiene a su cargo un determinado deber funcional. Pero así mismo se exige que su actuar esté determinado por la participación de un agente externo, de un privado, quien se encargará de coludirse con él para salir beneficiado con el otorgamiento de la buena pro, violando las normas que rigen el otorgamiento de las licitaciones públicas (Ley y reglamento de contrataciones y adquisiciones con el Estado).

En la sentencia casatoria N°661-2016 –PIURA se ha establecido que el delito de colusión tiene como comportamiento típico la de defraudar al Estado, más específicamente, a la administración pública. La defraudación se produce por el acuerdo ilegal, colusión, que hacen los funcionarios y los interesados para defraudar tanto a la administración pública, ya que no se cumple con las exigencias normativas, de presupuesto y de estándares de calidad, y así mismo la afectación a los intereses de los interesados que se presentaron en el proceso de selección, o sea, los otros participantes que acudieron al proceso de otorgamiento de la buena pro.

El partícipe en el delito de colusión se encarga de coludirse con el funcionario. Su participación, según el artículo 384 del Código Penal, es necesaria puesto que debe haber un acuerdo subrepticio, ilegal, con él para defraudar a la administración pública a fin de que se determine el delito, pero si no hay este acuerdo, no puede imputarse ninguna conducta. El comportamiento será simplemente atípico.

La razón de que, en los documentos analizados, no haya una determinación de la imputación del partícipe del delito de colusión por medio del criterio dogmático del dominio del hecho, se funda en que el delito de colusión, como ya se ha advertido, es un delito especial propio de infracción del deber, por

lo que la comisión del delito, para empezar, del funcionario es con la infracción del deber de lealtad que éste tiene hacia la administración pública. Pero en el caso del partícipe, no puede aplicársele el dominio del hecho, porque el partícipe no lo tiene, sino que, según esta teoría, los que no tenga el dominio del hecho en un acto delictivo, serán considerados como cómplices o inductores, pero no como autores. Por consiguiente, no puede haber una atribución del título de imputación del *extraneus* de la teoría del dominio del hecho en los delitos especiales como el delito de colusión, porque al tratarse de un delito especial propio lo que se sanciona es la infracción del deber y no el dominio del hecho.

En otro orden de ideas, considerando el uso de la teoría de la ruptura del título de imputación para determinar el título de imputación en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancias y sentencias de vista del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017, pudo encontrarse en la investigación que la teoría de la ruptura de la imputación preconiza que cuando se trata de atribuir la responsabilidad a un agente externo (*extraneus*) en la comisión de un delito de infracción del deber, entonces, no se le podrá imputar el delito cometido por el sujeto activo, autor; sino que se le atribuirá la responsabilidad de un delito subyacente, que debe ser común, es decir, cometido por cualquiera, si es que lo hubiera, o sea, si está previsto y penal por el Código Penal.

Los planteamientos de Sánchez Vera (1999), en correspondencia con lo argumentado por Roxín (2000) manifiestan que en los delitos de infracción del deber no puede haber complicidad de aquellos que no cuentan con las condiciones y cualidades señaladas por la norma que regula el delito. No se puede imputar dicho delito a quien no reúne las condiciones señaladas por la ley. Por eso se le debe achacar la comisión de un delito común, tanto a nivel de

complicidad o de autor. Para que pueda ser imputable un *extranei* en la participación de un delito de infracción del deber, es necesario que exista, como lo hemos dicho, un delito secundario, subyacente, que permita su imputación como partícipe o como autor. Si no existe dicho delito común, no se podrá imputar nada al *extranei* del delito de infracción del deber.

El delito de colusión, que se encuentra regulado en el artículo 384 del Código Penal, señala como conducta típica a la colusión que hace el funcionario, que tiene el rol de administrar los medios y los mecanismos para la concreción de las concesiones y otorgamientos de la buena pro; y el particular o los particulares, quienes se presentan para el proceso de selección.

Por lo tanto, la comisión del delito de colusión lleva consigo el encuentro de dos comportamientos: la actitud del funcionario y del particular con el que se colude. La colusión necesita de estos dos comportamientos para que pueda configurarse como tal. Bajo esta óptica se pueden interpretar los resultados de esta investigación ya que se entiende que la imputación que se hace al partícipe es sobre la base del delito de colusión y no de un delito común, o sea, que el cómplice necesario, el privado que se colude con el funcionario, es responsable por el delito de colusión, pero en grado de cómplice. Por esa razón no se puede fundamentar el título de imputación del *extranei* desde los criterios dogmáticos de la ruptura del título de imputación.

Los resultados de la investigación muestran que se está utilizando la teoría de la unidad de la imputación para determinar el título de imputación en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancias y sentencias de vista del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017. Estos resultados concuerdan con los planteamientos de Salazar (2015) ya que la teoría de la unidad del título de imputación parte de la premisa que un delito

de infracción del deber no puede generar dos títulos de imputación para los distintos intervinientes en él, es decir, que todos los intervinientes en la actividad delictiva deben ser imputados sobre base del tipo penal que sanciona al funcionario público, que infringió su deber funcional. Por lo tanto, el comitente (el intraneí) debe tener un *extraneus*, alguien que le ayude a la comisión delictiva, quien a la misma vez será sancionado por el mismo delito del funcionario, pero como partícipe.

En el delito de colusión se estipula que la participación del agente privado es fundamental, necesaria, para la comisión delictiva. El artículo que regula el delito de colusión establece que para que exista la consumación de él se debe concretar el acuerdo subrepticio, furtivo, entre el funcionario y el agente privado; solamente de esta forma se produce el hecho punible.

En las acusaciones y sentencias de primera y segunda instancia de El Distrito Judicial de Junín han atribuido la calidad de cómplice en los delitos de colusión a los *extraneus*. Por lo tanto, se comprende que el criterio dogmático que se ha estado usando para establecer el título de imputación es el de la unidad, porque en ningún momento se les ha imputado otro delito común, como se encuentra en la propuesta de la teoría de la ruptura del título de imputación. Por lo tanto, la teoría de la unidad de la imputación es el criterio dogmático que se ha estado utilizando por lo que los operadores jurídicos tanto en las acusaciones y sentencias de primera y segunda instancia para establecer el título de imputación de los *extraneus*.

Finalmente, puede determinarse que el criterio dogmático, para determinar el título de imputación del *extraneus* como cómplice en el delito de colusión, es la unidad del título de imputación, porque es la que mejor cumple con el objetivo de atribución de responsabilidad, del *extraneus*, que es partícipe

del delito de colusión. Entonces, los operadores judiciales (jueces y fiscales) del Distrito Judicial de Junín han adoptado esta teoría porque incluyen al *extraneus* como cómplice del delito de colusión. Además, porque de esa forma se evita que pueda haber posibilidades de generar impunidad en la administración de justicia.

## CONCLUSIONES

- El delito de colusión es un delito especial propio de infracción del deber que tiene la característica de que para su configuración debe concurrir una participación necesaria con el agente privado (*extraneus*).
- La teoría de la unidad del título de imputación es el criterio que mejor responde a las exigencias de atribución de responsabilidad de los agentes privados que participan en el delito de colusión, porque permite que se juzgue al *extraneus* por su conducta participativa dentro del delito de colusión y no, como lo propone la teoría de la ruptura del título de imputación, por un delito subyacente o común.
- El delito de colusión es un delito de participación necesaria que tiene su fundamento en la necesidad de que haya un acuerdo entre el funcionario y el interesado privado, quien será el partícipe necesario para la configuración delictiva. Si no existe este acuerdo, es decir, este pacto ilegal, entre los dos sujetos, entonces, la conducta será atípica y no tendrá relevancia penal.
- El criterio de atribución del título de imputación del delito de colusión en las acusaciones y sentencias de primera como de segunda instancia del Distrito Judicial de Junín se fundamenta en que el tipo penal, que se regula en el artículo 384 del Código Penal, no admite que haya una diferenciación respecto a calificación jurídica del hecho delictivo, sino que cada uno de los intervinientes deben ser imputados por el mismo delito.
- El criterio de la ruptura del título de imputación es una elaboración insuficiente, porque puede permitirse que exista impunidad en la imposición de penas a los responsables, ya que, si en un delito especial



no contiene un delito subyacente que lo acompañe, entonces, se dejará sin sancionar a los *extraneus* procesados. Así mismo, actualmente nuestra sociedad vive un problema muy latente con la corrupción y este tipo de teoría se podría prestar para beneficiar a algunos sujetos, puesto que permite declarar atípicas las conductas de algunos que no puedan ser sancionados por un delito común que acompañe al delito especial.

- El artículo 26 del Código Penal no establece de forma legal la postura de la ruptura del título de imputación del *extraneus* en los delitos especiales, sino que su fundamento se refiere a las consecuencias penales que derivan de la misma norma, o sea, que se refiere a las diferencias de las penas que se impondrán a cada uno de los intervinientes en el delito o también a los beneficios que por las condiciones especiales que señala la norma tienen.
- El artículo 25 del Código Penal, actualmente modificado, ha establecido que a quien participa en un delito, cuyas exigencias especiales están determinadas por la ley, no impide que sea imputado por dicho delito, aunque no reúna las condiciones señaladas por la ley. Por lo que se entiende que, a nivel legislativo, que es la fuente más importante de nuestro sistema jurídico y normativo, se ha adoptado la teoría de la unidad del título de imputación.
- La solución propuesta por el profesor Percy García Caveró vendría solamente con la determinación de que si el delito es especial y de dominio o especial y de infracción del deber. Es decir, que la solución de aplicar una u otra teoría (la teoría de la unidad de la imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación) se adoptará conforme a determinar, previamente, si el delito es de dominio o de infracción del deber, o sea, si

el criterio de imputación es éste, entonces, se adoptará por una u otra teoría, es decir, si es de demonio entonces será la teoría de unidad del título de imputación, pero si es de infracción del deber se aplicará la teoría de la ruptura del título de imputación. Esta propuesta nos parece muy artificiosa, porque a cada momento tendríamos la obligación de determinar si el delito especial tiene como criterio de imputación el dominio del hecho o la infracción del deber.

## RECOMENDACIONES

- Se recomienda hacer más acuerdos plenarios sobre los problemas de la autoría y participación, puesto que este tipo de problemas es de los más complicados y difíciles de resolver.
- Se recomienda que de una vez se haga los acuerdos plenarios sobre la interpretación del artículo 25 del Código Penal. En especial de la modificatoria que fue incluida en el año 2016.
- Para futuros investigadores, se recomienda seguir profundizando en estos resultados, considerando sentencias de este último año, para establecer comparaciones con esta investigación, y así verificar si sigue aplicándose el criterio dogmático de la unidad del título de imputación para el delito de colusión en este tiempo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abanto, M. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra editores.

Arias, Fidias (2006). *El proyecto de investigación: Introducción a la metodología científica*. (5º. ed.) Caracas - Venezuela: Episteme.

Arismendiz, Eliu. (2015). La problemática de la participación del extraneus en el delito de colusión ilegal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 71, 131-147.

Berruezo, R. (2013). *Autoría y participación desde una visión normativa*. Argentina: B de f.

Castillo, J. (2017). *El delito de colusión*. Lima: Instituto Pacífico.

Castro, M. (2003). *El proyecto de investigación y su esquema de elaboración*. (2ª.ed.). Caracas: Uypal.

Carranza Cabrera, Paula Silvia (2015) Factores inadecuados del archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión en la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios en el distrito fiscal de Huánuco.

Cutisaca, José Antonio (2015) "Naturaleza jurídica del delito de colusión y su incidencia en la región de puno 2014-2015" Descargado de <http://repositorio.uancv.edu.pe/handle/UANCV/576>

Cáceres (2008). *Hábeas corpus contra el auto apertorio de instrucción*. Lima: Grijley.

Díaz Castillo, Ingrid (2016) "El tipo de injusto de los delitos de colusión y negociación incompatible en el ordenamiento jurídico peruano" en la Universidad de Salamanca-España. Descargado de [https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/131865/1/DDPG\\_DiazCastilloI\\_Tipoinjustodelitoscolusion.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/131865/1/DDPG_DiazCastilloI_Tipoinjustodelitoscolusion.pdf)

García, P. (2008). *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Lima: Grijley.

García, P.(2009). Université de Fribourg. Lima: Derecho penal, anuario. Obtenido de:[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2009\\_05.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf)

Kelsen, Hans (1960). *Reine Rechtslehre*. 2. Auflage, Wien, Franz Deuticke.

Robles, R. (2003). *La participación en el delito: fundamento y límites*. Madrid: Marcial Pons.

Roxin, Claus (2000) *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Editorial Marcial Pons, 7 Edición, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Págs. 58-70.

Salcedo Campos, Roselyn y Sime Alcibiades Marquez (2009) La participación del extraneus en delitos contra la administración pública. Descargado de <http://repositorio.uss.edu.pe/handle/uss/1868>

Maier, J. (2000). Derecho Procesal argentino. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Mendoza, C. (2012). *La necesidad de una imputación concreta en el desarrollo del proceso penal cognitivo*. Arequipa: San Bernardo.

Minaya Chirinos, Hugo (2015) “Fundamentos para la aplicación de la prescripción especial al extraneus en delitos de colusión desleal como medida para combatir las organizaciones ilícitas para delinquir en el Perú”. Descargado de <http://repositorio.uancv.edu.pe/handle/UANCV/286>

Muñoz, F. (1999). *La teoría del delito*. Colombia: Themis.

Nino, C.S. (2013). *Introducción al análisis del Derecho*. España: Ariel.

North, D. (1993). *Cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica.

Jakobs, G. (1991). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos de la pena y teoría de la imputación*. Barcelona: Marcial Pons.

Rojas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grijley.

Roxin, C. (2014). *Derecho Penal. Parte general*. España: Civitas

Pariona. R. (2017). El delito de colusión. Lima: Instituto Pacífico.

Salazar, N. (2015). Imputación objetiva y participación de los extraneus en los delitos de infracción del deber. *Gaceta penal & procesal penal*. 70, 11-78

Salinas, R. (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley y Iustitia

Sánchez Carlessi H. y Reyes Meza C. (2006). Metodología y diseños en investigación científica. Edit. Visión Universitaria. Lima – Perú. pp.222.

Sánchez, R. (2010). Más sobre el principio de imputación necesaria. Lima: Gaceta Jurídica.

Sánchez Vera, J. (1996) *Plichtdelikt und Beteiligung*. Berlín

Vera, Y. (2015). *Autoría y participación*. [Versión electrónica]. Cuba: Universidad de la Habana, Editorial UNIJURIS, Unión Nacional de Juristas. Obtenido de: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/6.%20VERA%2C%20Yan%20-%20Autor%20y%20Participaci%C3%B3n.pdf>

Witker, Jorge. La investigación jurídica. México D.F.: McGraw-Hill, 1995

# ANEXOS



## MATRIZ DE CONSISTENCIA

### TÍTULO: CRITERIOS DOGMÁTICOS PARA DETERMINAR EL TÍTULO DE IMPUTACION DEL EXTRANEUS COMO CÓMPLICE EN EL DELITO DE COLUSIÓN EN EL DISTRITO JUDICIAL DE JUNÍN, 2013-2017

Problemas	Objetivos	Hipótesis	Variables	Dimensiones	Indicadores	METODO	TECNICAS E INSTR
¿Cuáles son los criterios dogmáticos que utilizan los jueces y fiscales para determinar el título de imputación del extraneus como cómplice en el delito de colusión en el Distrito Judicial de Junín, en el periodo 2013-2017?	Determinar los criterios dogmáticos que utilizan los jueces y fiscales para determinar el título de imputación del extraneus como cómplice en el delito de colusión en el Distrito Judicial de Junín, durante el periodo 2013-2017	El criterio dogmático para la determinación del título de imputación del extraneus en el delito de colusión, en el Distrito Judicial de Junín, es el criterio de unidad del título de imputación.	Criterios dogmáticos para la atribución del título de imputación	Teoría del dominio del hecho	<p style="text-align: center;"><b>Autoría</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Dominio absoluto de la acción</li> <li>• Inexistencia de intermediario ni coacción</li> <li>• Autoría mediata</li> <li>• Autoría mediata por coacción</li> <li>• Se Induce a otro a cometer el hecho punible</li> </ul>	<p><b>Tipo:</b> Jurídico social Retrospectiva</p> <p><b>Diseño:</b> descriptivo y transeccional</p> <p><b>Población:</b> 68 acusaciones fiscales, sentencias de primera y segunda instancia</p> <p><b>Muestra:</b> -28 sentencias de primera instancia. -19 sentencias de segunda instancia. -21 acusaciones fiscales.</p>	<p><b>Técnicas:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Fichaje</li> <li>- Interpretación de normas jurídicas</li> <li>- Observación documental</li> </ul> <p><b>Instrumentos</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Fichas de contenido</li> <li>-Ficha de análisis de sentencias y acusaciones fiscales</li> </ul>
-¿Se está utilizando la teoría del dominio del hecho para determinar el título de imputación en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017?	-Establecer la aplicación de la teoría del dominio del hecho para determinar el título de imputación del extraneus en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017.	-No se está considerando la teoría del dominio del hecho para determinar el título de imputación del extraneus en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y sentencias de vista del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017			<p style="text-align: center;"><b>Participación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Atribución de la responsabilidad del hecho en el grado de participación</li> <li>• Cooperación dolosa en un delito</li> <li>• Conducta de un sujeto (el partícipe) en favor de otra conducta ajena (la del autor),</li> <li>• Responsabilidad del partícipe subordinada al hecho cometido por el autor</li> <li>• Cómplice necesario</li> <li>• Complicidad material y psíquica</li> </ul>		
-¿Se está utilizando la teoría de la ruptura del título de imputación para sustentar el título de imputación en el delito de colusión del extraneus en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017?	-Identificar el uso de la teoría de la ruptura de la imputación para sustentar el título de imputación del extraneus en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017	-No se está utilizando la teoría de la ruptura de la imputación para sustentar el título de imputación del extraneus en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y sentencias de vista del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017			Teoría de la ruptura del título de imputación		
-¿Se está empleando la teoría de la unidad del título de imputación para establecer el título de imputación en el delito de colusión del extraneus en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017?	-Determinar la aplicación de la teoría de la unidad de la imputación para establecer el título de imputación del extraneus en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y segunda instancia del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017	-Sí se está utilizando la teoría de la unidad del título de imputación para establecer el título de imputación del extraneus en el delito de colusión en las acusaciones fiscales, sentencias de primera instancia y sentencias de vista del Distrito Judicial de Junín, en el periodo del 2013-2017		Teoría de la unidad del título de imputación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• La pena al partícipe se determina a partir del marco penal del delito especial</li> <li>• Deberes, omitidos (vulnerados) por el sujeto ejecutor</li> <li>• Delitos que nacen de una organización estatal</li> <li>• Peligrosidad de la acción para la sociedad</li> <li>• Afectación a la sociedad como corpus inmaterial</li> <li>• Delitos de infracción del deber</li> </ul>		
				Colusión simple	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Acuerdo entre funcionarios, para contratar con los interesados, y los particulares</li> <li>• Concertación para perjudicar económicamente a la administración pública</li> <li>• Existe el acto de concertación</li> <li>• Coincidencia de voluntades principales (funcionario y particular)</li> </ul>		
				Colusión agravada	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Funcionario o servidor público con capacidad de decisión y responsabilidad</li> <li>• Funcionario o servidor público, que interviene directa o indirectamente, en cualquier etapa de adquisición o contratación pública</li> <li>• Existe un agravio al patrimonio de la administración pública, del Estado</li> <li>• Se encuentran las dos voluntades principales: la del funcionario y el particular</li> </ul>		





