



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

ESCUELA DE POSTGRADO

**DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS Y SU
RELACIÓN CON EL CRIMEN ORGANIZADO EN LAS
SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS PENALES COLEGIADOS
DE ANCASH EN EL PERIODO 2010- 2014.**

Tesis para optar el grado de maestro
en Derecho
Mención en Ciencias Penales

MIRTHA GEOVANNA CRUZ TREJO

Asesor: **Dr. ELMER ROBLES BLACIDO**

Huaraz- Ancash - Perú

2018

Nº de Registro: T0640



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,
PARA OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL REPOSITORIO
INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI.
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: Cruz Trejo Mirtha Geovanna

Código de alumno: 2013.2447.7.AC

Teléfono: 995001966

Correo electrónico: hanraewoo.mc@gmail.com

DNI o Extranjería: 43924385

2. Modalidad de trabajo de investigación:

Trabajo de investigación

Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

3. Título profesional o grado académico:

Bachiller

Título

Segunda especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS Y SU RELACIÓN CON EL CRIMEN ORGANIZADO EN LAS SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS PENALES COLEGIADOS DE ANCASH EN EL PERIODO 2010-2014

5. Facultad de:.....

6. Escuela, Carrera o Programa: Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: Robles Blácido Elmer

Teléfono:944422048

Correo electrónico: elmer_rb_30@hotmail.com

DNI o Extranjería: 31674266

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma:

D.N.I.:

43924385

FECHA:

08/11/2018

MIEMBROS DEL JURADO

Magíster Florentino Obregón Obregón Presidente

Magíster Armando Coral Rodríguez Secretario

Doctor Elmer Robles Blácido Vocal

ASESOR

Doctor Elmer Robles Blácido

Con mi amor para las personas que hicieron todo en la vida para que yo pudiera lograr mis sueños, por motivarme y darme la mano cuando sentía que el camino se terminaba; a ustedes mami y papi por siempre mi corazón y agradecimiento.

ÍNDICE

	Página
Resumen.....	vii
Abstract.....	viii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Objetivos.....	5
1.2. Hipótesis.....	6
1.3 Variables.....	7
II. MARCO TEÓRICO.....	9
2.1. Antecedentes.....	9
2.2. Bases teóricas.....	9
2.2.1. Consideraciones generales sobre la corrupción.....	9
2.2.2. Delitos cometidos por funcionario público.....	17
2.2.3. Determinación de la imputación de los delitos contra la administración pública según la teoría del dominio.....	57
2.2.4 Criminalidad organizada.....	76
2.3 Definición de términos.....	90
III. METODOLOGÍA.....	93
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	93
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico.....	94
- Población.....	94
- Muestra.....	95
3.3. Instrumentos de recolección de la información.....	96
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información.....	97

IV. RESULTADOS	98
V. DISCUSIÓN	131
VI. CONCLUSIONES	137
VII. RECOMENDACIONES	139
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	140
ANEXO.....	150

RESUMEN

La presente tesis da cuenta sobre los delitos de corrupción de funcionarios y su relación con el crimen organizado en las sentencias emitidas por juzgados penales colegiados en el contexto del distrito judicial de Ancash. La investigación correspondió a una investigación jurídica mixta dogmática empírica, en su dimensión dogmática tuvo por finalidad ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado y su dimensión empírica buscó analizar el tratamiento judicial y aplicación de parte de los fiscales anticorrupción y de los jueces penales del departamento de Ancash, usando como instrumentos la ficha y la encuesta. Los resultados del análisis de los datos de la investigación hacen entrever que la doctrina en cuanto a la responsabilidad penal es desconocida, por lo mismo, su puesta en práctica es casi nula y, consecuentemente, no contribuye para la erradicación del crimen organizado. Pero, además, la normatividad jurídica actual no responde a estas nuevas formas de criminalidad y no busca imponer penas privativas de libertad a quienes la conforman. Se concluyó que el desconocimiento de mecanismos para imputar responsabilidades trae consigo el crecimiento de la tasa de delitos cometidos por funcionarios públicos respaldados por la criminalidad organizada.

Palabras claves: delitos de corrupción de funcionarios, crimen organizado, funcionarios públicos.

ABSTRACT

The research tells about the crimes of corruption of officials and their relationship to organized crime in the judgments of collegiate criminal courts in the context of the judicial district of Ancash. The research corresponded to mixed legal investigation: dogmatic and empirical, in its dogmatic dimension had by objective extend and to study in depth about the problem of the raise research and its empirical dimension looked for analyzer the legal processing and put to effect by anticorruptible public prosecutor and specialist in criminal law judge from Ancash department, using the index card and inquiry as an instrument. The results of the analysis of research data suggests that the doctrine do about the criminal responsibility is unknown, therefore, their implementation is negligible and, therefore, does not contribute to the eradication of organized crime. In addition, the current legal regulations do not respond to these new forms of crime and not seek to impose custodial sentences to those who shape it. Therefore, the lack of mechanisms for allocating responsibilities brings the growth rate of crimes committed by public officials backed by organized crime.

Keywords: crimes of official corruption, organized crime, public official.

I. INTRODUCCIÓN

Todo trabajo de investigación obedece a una motivación y, si esa motivación es académica su eficacia es todavía mayor. Por ello, la tesis que ostento tiene doble motivación: primero cumplir con los requerimientos y/o requisitos establecidos por la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Ancash “Santiago Antúnez de Mayolo” y, segundo aportar en la discusión de un tema naciente en nuestro país.

Sobre la responsabilidad penal de los funcionarios públicos no existe discusión, menos duda al respecto; es más, sobre ella se han erigido fundamentos en el derecho penal actual y de antaño. Lo que sí es discutible es la responsabilidad penal de las organizaciones criminales.

Nuestro país aún no ha desarrollado suficientemente las teorías o bases teóricas conducentes a imputar responsabilidad penal de las organizaciones criminales y, seguramente por ello es que se sigue pensando de manera tradicional; es decir, solo en la responsabilidad penal individual y, nos resistimos a pensar de otro modo. Por lo que, su implementación no ha sido ni será pacífica en adelante; pues las discusiones y su ejecución recién se han iniciado, por lo tanto, estamos esperando que la doctrina acelere sus respuestas a los diferentes asuntos discutibles.

Pero el problema no es la simple decisión de construir la responsabilidad penal de las organizaciones criminales, sino lo más delicado es construir las bases para sustentar dicha responsabilidad. Es decir, se requiere repensar toda la estructura de la teoría del delito, que en nuestro sistema solo está diseñado para Todo trabajo

obedece a una motivación, pero si esa motivación es académica su trascendencia es aún mayor.

La evolución del Derecho Penal se caracteriza por su constante subjetivización: abandono de la idea de responsabilidad colectiva y objetiva a favor de una concepción individual, personal de la responsabilidad penal. Ese es el eje sobre la cual se ha construido y, si sigue pensando el derecho penal. En este sentido el desarrollo de las ideas individualistas durante el siglo de las Luces y su apogeo con el logro político que significó la Revolución Francesa fueron fundamentales para que, tanto en la doctrina como en la legislación, se impusiera la idea de la responsabilidad individual. En el Derecho Penal, esto significó el reconocimiento de la persona natural como la sola capaz de dirigir y controlar su comportamiento y, por tanto, de ser declarada culpable. Frente a lo antes mencionado, resulta innegable el interés que cobra en la actualidad, y en el marco de la necesaria adaptación del Derecho Penal al reto de hacer frente a la creciente criminalidad organizada, la discusión que se cierne sobre la *responsabilidad penal* que las alcanza. La opinión doctrinaria mayoritaria aún sostiene que las sanciones penales deben afectar sólo a las personas naturales y no a los entes corporativos.

La necesidad de repensar sobre la responsabilidad penal de la criminalidad organizada no es simple y llana elucubración intelectual. Su base se encuentra en la necesidad de afrontar con éxito la criminalidad organizada. El crimen de hoy es el crimen organizado, el crimen de empresa, aprovechando precisamente ese vacío en la persecución penal, máxime si este fenómeno ha avanzado ampliamente con la globalización; en consecuencia, la tarea no es tan sencilla, menos

intrascendente; sino por el contrario un largo, complejo y tortuoso camino por recorrer.

Frente a una clara evolución, apreciada en los dos últimos siglos, que ha marcado la construcción de un derecho procesal penal y de un derecho penal basado en las garantías por y para los ciudadanos, en los últimos años se asiste a movimientos que ponen de manifiesto que ese hermoso historial se ve en retroceso. Las causas de esta involución que ha hecho resurgir el indeseable concepto de derecho penal del enemigo y, en íntima conexión, del derecho procesal penal del enemigo. Pero a nadie se le escapan algunos hechos notorios de gran influencia en esta alarmante situación, como la generalización de un “efecto alarma” provocado por acontecimientos ciertamente indeseables y horribles.

Como respuesta, se ha empezado a producir otras situaciones que deben ser igualmente calificadas de indeseables, que deben ser rechazadas y repudiadas con total vigor y convicción, por cuanto suponen la instauración de un derecho penal excepcional, que deroga los principios del derecho penal liberal, del Estado de Derecho, que desconoce los derechos fundamentales y garantías consagrados en textos internacionales y constituciones, acompañado de derecho procesal penal igualmente excepcional.

Pero es innegable que las sociedades modernas están preocupadas en general por el fenómeno de la llamada criminalidad organizada, una criminalidad cualitativamente nueva, que implica tanto un aumento cuantitativo de los peligros que afectan a la paz social conocidos hasta la fecha, pero también un nivel nuevo, cualitativo, de peligro desconocido hasta ahora. En el contexto descrito más arriba, la principal respuesta que se ofrece pasa por endurecer los instrumentos

jurídicos de lucha (prevención y represión) contra esta clase de delincuencia (proceso que salpica, además, a otras clases de delincuencia y de delincuentes).

Para ello, se crean nuevos tipos penales, se elevan los marcos punitivos, y se propugna una aplicación dura de los mismos, se anticipa la intervención del derecho penal a ámbitos anteriores a la comisión de hechos penales y, en lo que se refiere al proceso penal, la instauración de reformas que tienen por objeto servir de eficaz instrumento de aplicación a lo anterior, volviéndolo adecuado a esa función y limitando derechos tan esenciales y fundamentales como la presunción de inocencia, a no autoincriminación, a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, entre otros.

Frente a los descritos formulamos los siguientes problemas de investigación: ¿Existe relación entre los delitos cometidos por funcionarios y el crimen organizado en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014?, ¿Es frecuente la manifestación del crimen organizado en los delitos de corrupción de funcionarios y su relación con el crimen organizado en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014?, ¿Existe alguna relación entre el crimen organizado nacional o transnacional y los delitos de corrupción de funcionarios en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014?, ¿Cuáles son los límites y alcances que encuadran al crimen organizado frente a los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014? y; ¿Cuál es el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial en el derecho comparado sobre crimen organizado y delitos de corrupción de

funcionarios? Las respuestas, podrán ser y son en efecto, variadas y, hasta contradictorias. Pues depende de qué ángulo o visión se le trata. Sin embargo, en el presente trabajo, buscamos explicar este fenómeno desde el plano eminentemente jurídico.

Considerando lo precedentemente indicado, es necesario reproducir los parámetros establecidos en nuestro inicial proyecto de investigación, los cuales fueron:

Los objetivos que nos trazamos al inicio de nuestro trabajo de investigación fueron los siguientes:

1.1 Objetivos

1.1.1. Objetivo General

Determinar y analizar la relación que existe entre los delitos de corrupción de funcionarios con el crimen organizado en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014.

1.1.2. Objetivos Específicos

- ❖ Determinar si es frecuente la manifestación del crimen organizado en los delitos de corrupción de funcionarios y su relación con el crimen organizado en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014.
- ❖ Determinar si existe alguna relación entre el crimen organizado nacional o transnacional y los delitos de corrupción de funcionarios en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014.

- ❖ Identificar y describir los límites y alcances que encuadran al crimen organizado frente a los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014.
- ❖ Analizar y explicar el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial en el derecho comparado sobre crimen organizado y delitos de corrupción de funcionarios.

1.2 Hipótesis

1.2.1. Hipótesis General

“Los delitos de funcionarios presentan criterios materiales adecuados que permiten establecer que existe relación con el crimen organizado, coadyuvando al dictado de pronunciamientos jurisdiccionales con fundamentaciones lógicos – normativos”.

1.2.2. Hipótesis Específicas

- ❖ No hay jurisprudencia y doctrina uniforme que fundamenta la autoría mediata por dominio de organización si existe la ausencia de individualización de los ejecutores, toda vez que son casos particulares y no muy comunes que las circunstancias a veces obligan que se realice. Así mismo no existe coherencia o relación entre el Código Penal y el Código Procesal Penal para fundamentar la autoría mediata por dominio de organización si existe la ausencia de individualización de los ejecutores, pues el proceso penal exige que previamente se individualice a los ejecutores.

❖ El porcentaje de sentencias que, adecuadamente, han fallado en causas relativas a la presencia de crimen organizado en los delitos de funcionarios en la Corte Superior de Justicia de Ancash durante el período 2010- 2014 es mínimo.

1.3 Variables

Variable Independiente (X)

X: Delitos de corrupción de Funcionario Público.

Variable Dependiente (Y):

Y: Crimen organizado.

Variable Interviniente (Z):

Z: Juzgados penales colegiados.

Como todo trabajo, esta investigación que presento debe y tiene omisiones involuntarias; es más, probablemente el ojo clínico del jurado o el lector lo pueda advertir al primer saque, que por mi inexperiencia o falta de cultura jurídica no puede oportunamente advertir. Al respecto debo señalar que la suscrita es la única responsable; es más, hago público mi compromiso de reformular más adelante o, en su defecto, mejorar las ideas que mantengan actualidad.

Operacionalización de las variables

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
VARIABLE INDEPENDIENTE (X) Delitos de corrupción de funcionarios públicos.	Teórico	Doctrina.
		Normatividad
		Mandato normativo
	Práctico	Jurisprudencia.
VARIABLE DEPENDIENTE (Y) Crimen organizado	Teórico	Doctrina
		Jurisprudencia
		Relación con el proceso penal
	Práctico	Resoluciones judiciales

II. MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes

Revisado las tesis sustentadas en la FDCCPP – UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos manifestar que la presente investigación será un aporte al entendimiento de la problemática jurídica respecto al actuar del funcionario público dentro de una organización criminal.

Pero se debe mencionar, revisado la información doctrinal al respecto, existen publicaciones, tanto a nivel de libros como de revistas especializadas nacionales y extranjeras que desarrollan el tema motivo de esta investigación; información que será tomada para la elaboración del marco teórico de la investigación.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Consideraciones generales sobre la corrupción.

El término corrupción, desde una perspectiva semántica, proviene del latín *rumpere*, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de *corrumpere*, cuyo significado es alteración, desunión, descomposición. *Corrumpere*, entonces, debería significar: “romper con”, “romper en unión de”, pero en realidad quiere decir “echar a perder, pudrir”. Por lo tanto, la expresión corromper siempre reconoce, en líneas generales, la presencia de dos partícipes en el acto, que se corresponden principalmente con dos espacios; el corruptor y el corrupto, es decir la fuerza que corrompe y

aquella persona sobre el que recae y que, en definitiva, es lo que se echa a perder, lo que se pudre.

El fenómeno de la corrupción está muy y arraigado desde la anclada existencia de la humanidad misma, en razón de que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernamente a ámbitos de ciencia política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia. El poder y corrupción se asocian cuando el primero no es considerado como un hecho regulado por el Derecho, entendiéndose a éste como un sistema normativo regulativo de conductas humanas. Por otro lado, no habría inconveniente de orden semántico que se pueda hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes “corruptos”, en el mismo sentido podría hablarse de gobernantes o congresistas corruptos. Empero, lo que sí es cierto es que en los actos o actividades de corrupción interviene siempre, por lo menos, un decisor.¹

Lord Acton decía que el “...poder tiende a corromper, y el poder absoluto corrompe absolutamente” o como decía Montesquieu “La constante expectativa demuestra que todos los hombres investidos de poder son capaces de abusar de él y de hacer su autoridad tanto como puedan”. La influencia de la corrupción ha alcanzado a todos los países del orbe, y aún la corrupción alcanza a buen número de países europeos con sistemas políticos de los convencionalmente denotados *democracias consolidadas*; aunque en sociedades menos desarrolladas, los efectos de la corrupción suelen ser más graves, que

¹ GARZÓN VALDES, Ernesto. (1997). “Acerca del concepto de corrupción”, en: Varios Autores, La corrupción política, Madrid, pp. 42-43.

en países desarrollados; en la medida en que dificulta el crecimiento económico y pone en tela de juicio la percepción de la soberanía².

La corrupción instalada como sistema en una sociedad presupone un desprecio generalizado a la que se asocia la centralización de la toma de decisiones en el Poder Ejecutivo, la falta de autonomía en el poder jurisdiccional y en el Legislativo por los dictados del Ejecutivo con argumentos que se fundan en la emergencia o eficiencia económica. Por ello, llegamos a un punto donde lo único que importa es la riqueza y el mantenimiento de las ganancias como motores del progreso social. Sus defensores creen en que aspectos de moral, de espíritu o de mística para el progreso económico sin límites hallan campo propicio para la corrupción, y se suele instalar en este modelo político en que vivimos para formar parte de la llamada criminalidad no convencional acompañada por el abuso de poder. Pero no sólo por el abuso gubernamental que pueda existir, sino también el económico, el financiero, el industrial, el bancario, el tecnológico y el científico.

El problema del fenómeno de la corrupción es esencialmente político, y su consecuencia más relevante es que desemboca en un proceso de exclusión³. Pero también –y de ahí su complejidad - que existe una relación de funcionalidad entre la corrupción y el modelo económico que se siga. Así, por ejemplo, la corrupción hace a la esencia de la sociedad capitalista actual y es especial manifestación de la crisis del sistema. Por otro lado, hay información

² MURIEL PATINO, María Victoria. (2000) *“Economía, corrupción y desarrollo”*, en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), *La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca, p. 27.

³ VIRGOLINI, E. S. Julio. (2004) *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*, Buenos Aires, p. 258.

histórica que permite fundar la sospecha de que hubo formas de criminalidad funcionales a determinadas etapas del desarrollo capitalista, tal caso de la esclavitud, la piratería, el contrabando, las guerras del mercado, el narcotráfico, etc.⁴

Didácticamente Hurtado Pozo prefiere hablar de dos tipos de corrupción: de una parte, la corrupción directa y de la otra parte, la corrupción institucionalizada. Se habla de corrupción directa cuando en los comportamientos concretos e individuales, los autores, las víctimas, el objeto y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente. Esto es posible, sobre todo, en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa. Esto se debe a que las tareas de los funcionarios y servidores de este nivel consisten básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios. En cuanto a la corrupción institucionalizada se caracteriza por su naturaleza oculta o disimulada y forma parte de la estructura institucional. Es difícil establecer un vínculo entre las causas y los efectos⁵. De igual forma, resulta interesante poner de relieve una característica de la corrupción en un sentido criminológico. En tal sentido, según Cruz Castro “En la sociedad, prácticamente, no existe ninguna persona, organización o instancia oficial que desarrolle una acción sistemática contra la corrupción, excepto, en algunas ocasiones, los medios de comunicación social colectiva. Se trata de un delito sin víctima, por esta razón difícilmente el conocimiento

⁴ SIMONETTI, José María. (1995) “*Notas sobre la corrupción*”, en: Pena y Estado, Año 01, Número 01, Buenos Aires, p.177.

⁵ HURTADO POZO, José. (1995) “*Corrupción: el caso peruano*” en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, p. 156.

de estos hechos llegará a conocimiento de las autoridades competentes mediante la denuncia común⁶.

Corrupción y administración pública

A la corrupción y su impacto en la administración pública la podemos definir como aquella desviación por parte de la administración de los poderes del Estado del correcto funcionamiento, que no es otro que el “interés público”. Puede encontrarse definiciones muy generales como la de Andrés Ibáñez que indica que la corrupción son “...aquellas formas de actividad ilegal mediante las cuales, sujetos que gestionan espacios de poder político y cuentan con capacidad de emitir decisiones de relevancia en el plano económico, prevaliéndose de esa posición, se apropian de una parte del beneficio correspondiente a quienes por su mediación contratan con la administración pública, los que, con ese coste como sobreprecio, obtienen a su vez un privilegio”⁷.

Sin embargo, la definición más utilizada por los científicos sociales –en este punto es la elaborada por el profesor de la Universidad de Harvard Joseph S. Nay; de acuerdo con su explicación la corrupción, pero siempre vinculado de alguna forma a la administración pública es una “conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales. Esta definición incluye conductas tales como el cohecho

⁶ CRUZ CASTRO, Fernando. (1995) *“La Investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos”*, en: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires, p. 80.

⁷ ANDRES IBÁÑEZ, Perfecto. (1996) *“Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial”*, en: Doctrina Penal, Buenos Aires, p. 425.

(utilización de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía), nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos (apropiación ilícita por particulares de recursos públicos)”⁸.

La *ratio* fundamental de la corrupción radica entonces en una desviación de ciertos parámetros de comportamientos. Debe destacarse también que el sustrato fáctico de la corrupción reside, fundamentalmente, en la actividad económica de la Administración y, habitualmente, en la atribución del control y aplicación de fondos públicos a cargos políticos (corrupción política) o funcionariales (corrupción funcional).⁹ La imputación hacia una persona como “corrupto” va asociado a la idea de que aquel esté en vinculación directa con la administración de los poderes del Estado, y no podría hablarse de corrupción en sentido estricto fuera del ámbito de la función pública, esto es, en términos domésticos, familiares o cotidianos: un particular persuade, a través de dinero, al presidente de un club privado para hacerlo ingresar en calidad de socio. Así las cosas, se pueden diferenciar nítidamente una corrupción que se presenta en el campo de las *acciones privadas* de la que afecta a la *administración pública*, privilegiándose a esta última como una cuestión de mayor importancia¹⁰. Al respecto, Mariano Grondona afirma “que la corrupción en el sector público es más grave que la privada, pues mientras ésta es susceptible de ser corregida por el Estado, si los mecanismos del

⁸ Citado por BERALDI, Carlos Alberto. (1995). “Control de la corrupción mediante la desregulación”, en: Pena y Estado, Año 01, Número 1, Buenos Aires, pp. 36 y 37.

⁹ CARBAJO CASCON, Fernando. (2000). “Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción” en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos, Salamanca, p. 55.

¹⁰BERALDI, Carlos Alberto. “Control de la corrupción mediante la desregulación”, cit. p.36.

Estado están infiltrados por la corrupción, el sistema queda sin apelaciones”¹¹. A esta última es la que los romanos llamaron *crimen repetundarum*, los ingleses *bribery*, los españoles *cohecho*, los portugueses *peita o soborno*, y los italianos *baratería*.

En el Perú, a través de los medios de comunicación principalmente, se conoció el “*Caso Montesinos*” donde aquel 14 de setiembre del 2000, en las pantallas de Canal N se propaló el ya famoso video en el que aparecía el ex asesor de la Alta Dirección de Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos entregando quince mil dólares al congresista Kouri. Lo que vendría después es historia conocida. Sin lugar a dudas, los límites de la corrupción en el Perú han rebasado excesivamente los niveles de racionalidad. A raíz de los hechos de corrupción sucedidos en las altas esferas del poder en el Perú, se expidió todo un “paquete legislativo” para la lucha contra la criminalidad organizada movido por un factor común: la multicitada corrupción. Así, la primera ley, la N° 27378 del 21 de diciembre del 2000, que establece beneficios de colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada y la segunda Ley, la N°27379, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares. Modificaciones sustanciales que aluden principalmente al Derecho policial, Derecho penal material y premial por colaboración eficaz: exención de pena, suspensión de la ejecución de la pena, reserva del fallo condenatorio, entre otras y el Derecho procesal penal (limitaciones de derechos).

¹¹Citado por SANDLER, Héctor Raúl. (1997) “*La corrupción legislativa*”, en: Sandler/Rajland (coord.), *Corrupción. Una sociedad bajo sospecha*, Buenos Aires, p. 167.

Existe un documento internacional llamado la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, de fecha 29 de Marzo de 1996 (Reunidos en la ciudad de Caracas), esta convención contra la corrupción también fue ratificada por la República Argentina el 17 de enero de 1997, entró en vigor definitivamente un año después de la conferencia interamericana, es decir el 6 de marzo de 1997. El Estado peruano también la aprobó mediante Resolución Legislativa 26757 de fecha 5 de marzo de 1997 y ratificada por Decreto Supremo 012-97-RE del 21 de marzo del mismo año. Se pregunta entonces: ¿Los Convenios internacionales sobre la lucha contra la corrupción en los que el Perú es firmante, y por tanto vinculante en su aplicación, son instrumentos idóneos para complementar la eficacia represiva?; y ¿Si el Derecho penal de la corrupción respeta los límites que la Convención establece?

Se puede percibir que existe una incertidumbre con respecto a la eficacia de las normas de la Convención para su aplicación dentro de un Derecho interno, pues existen dos tendencias: la primera sostiene que se apliquen directamente las normas de la Convención. La segunda, en cambio, requiere que las normas internas (principalmente el Código penal) se adecuen a la Convención, especialmente a las conductas típicas de corrupción. La segunda postura parece la más razonable. En todo caso, deben compatibilizarse las normas internas con los postulados de la Convención, más todavía cuando en el artículo VII de dicha Convención, se establece que deben incorporarse los actos de corrupción en la medida que la legislación penal interna no

contemple tales delitos: caso como el soborno internacional que no existe como modalidad típica en el Código punitivo peruano.

Cabe resaltar que el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito propuso excluir los actos de corrupción de la topología de delito político, especialmente para facilitar la extradición e igualmente el decomiso de los bienes adquiridos con dinero de origen espurio. La corrupción, tan igual a los casos conocidos como del terrorismo o “terrorismo especial”, tráfico de drogas, violación sexual, seguridad ciudadana, presentan en el campo del Derecho penal un problema en cuanto a su funcionamiento, legitimación y eficacia. Entonces cabe preguntarnos: ¿La eficacia del Derecho penal en la mayoría de veces está en función a decisiones coyunturales, temporales? ¿Cómo solucionar los múltiples problemas de la corrupción desde la óptica del Derecho penal, si la corrupción es un problema estructural, de base?

2.2.2 Delitos cometidos por funcionario público

La expresión *cohechar*, según la Real Academia española, significa “sobornar, corromper con dádivas al juez, a persona que intervenga en el juicio o a cualquier funcionario público, para que, contra justicia o derecho, haga o deje de hacer lo que se le pida”¹². Un término ligado al cohecho es la “coima” que en el siglo pasado la Real Academia española modificó el contenido con la aclaración que en la Argentina, Chile, Ecuador, Perú y Uruguay se utiliza como cohecho. Históricamente era el delito del juez que traficaba con su función y cuya comisión autorizaba la repetición del dinero

¹² DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1992). Tomo I, Madrid, p. 501.

recibido con el juez corrupto. Criminológicamente el delito de cohecho está en el centro de los delitos llamados “de guante blanco”.

Históricamente el cohecho tenía su origen, según Soler, en los abusos de ciertos funcionarios, especialmente de los que gobernaban en lugares alejados, y sobre todo la dificultad de la prueba de un acto concreto de corrupción, determinaron que por una acción genérica, dirigida contra el enriquecimiento, pudiera pedirse tanto lo que el funcionario había logrado por venta de un acto de autoridad, como lo que hubiese logrado por vía extorsiva¹³. Por eso se entendía que existían puntos de conexión entre el delito de cohecho y la concusión. Actualmente, estas figuras típicas son necesariamente autónomas, no obstante que responden a la protección de un mismo bien jurídico-penal institucionalizado (administración pública). Esto sucede en el Derecho peruano donde la figura básica del delito de cohecho está en el art. 393 y ss.; y la de concusión en el art. 382 y ss. Del Código penal.

El núcleo fundamental del delito bajo estudio reside en la obtención de un “acuerdo injusto”, momento en que se conculca el principio de imparcialidad funcional. El delito de cohecho se caracteriza por consistir en un acuerdo –o intento de acuerdo - entre un funcionario público y un particular dirigido al intercambio de prestaciones recíprocas: las dádivas o presentes, por un lado, y el acto propio del cargo, por otro¹⁴. De manera tal que el pago del particular por una conducta que el funcionario público haya realizado, no es el delito de

¹³ SOLER, Sebastián. (1992). *Derecho penal argentino*, tomo 5, (actualizado por Manuel BayalaBasombrio), Reimpresión total, Buenos Aires, p. 206.

¹⁴ RODRÍGUEZ PUERTA, M^o José. (1999) *El Delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Madrid, p. 183.

cohecho porque no obedece al “pacto”. Lo que caracteriza al injusto en examen es el compromiso venal que constituye su contenido; cuando ese pacto se perfecciona, recién ahí se consuma el ilícito penal. Por otro lado, José Peco sostenía que en “...el auténtico cohecho hay una captación de la voluntad del funcionario público sobre la base de una dádiva que muestra por modo inequívoco el apetito descompuesto de codicia”¹⁵. Concretamente, en las conductas de corrupción que sanciona el Derecho penal se puede encontrar tres estadios de gradiente: primero el agasajo, los cortes presente y el fino obsequio, segundo encontramos las acciones donde ya el funcionario, en mérito a su autoridad, exige cobros injustos; y finalmente en orden de gravedad, las acciones de sobornar o corromper al magistrado o funcionario para que, contra justicia o derecho, haga o deje lo que se le pide¹⁶.

2.2.2.1 El Cohecho en la sistemática legislativa del Perú

Por otro lado, los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano están sistemáticamente regulados en cuatro secciones. La primera: delitos cometidos por particulares; la segunda: delitos cometidos por funcionarios públicos, que en la sección IV se regula la “corrupción de funcionarios”; la tercera: delitos contra la administración de justicia. La cuarta y última contiene las disposiciones comunes referidas al concepto jurídico-penal de los funcionarios y servidores públicos aplicable a todo el capítulo XVIII.

¹⁵ PECO, José. (1953). *Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho*, en: La Ley, 71, Buenos Aires, p. 845.

¹⁶MIKKELSEN – LÖTH, Jorge Federico. (2001). *Enriquecimiento ilícito. El desafío para la ciencia jurídico penal en la sociedad actual de enfrentar a la corrupción en la administración pública*, Buenos Aires, p. 10.

Como es sabido, en el marco del Derecho peruano, los delitos de corrupción de funcionarios están inmersos dentro de un catálogo mucho más amplio que es el de los delitos contra la administración pública (Título XVIII). En tal sentido, se colige que necesariamente cualquier acto de corrupción tiene que estar en vinculación con la actividad estatal donde se desempeña el sujeto activo. Esto es, que todas las figuras delictivas situadas en el Título XVIII tienen como bien jurídico común la “correcta función pública”, y más concretamente los principios esenciales a cada una de las actividades prestadas por el Estado, dentro del marco de un Estado Social y Democrático de Derecho. De manera que si se llegara a evidenciar un comportamiento en donde se vulnerará el principio de veracidad con la consiguiente imparcialidad que ésta genera para alguna de las partes involucradas, definitivamente se está causando un perjuicio en el correcto funcionamiento de las instituciones públicas. La actividad administrativa que está al servicio de la sociedad en general no puede ser influenciada a través de bajos intereses lucrativos que están reñidos con la lealtad y la moral.

Ahora bien, ¿Cuál es el bien jurídico protegido en el delito de corrupción de funcionarios públicos? Ante todo, debemos tener en consideración que la corrupción responde a una realidad criminógena peculiar y diferente a los delitos contra la administración pública. ¿Será verdaderamente el correcto funcionamiento de las instancias de la administración pública, o el principio de imparcialidad, lo que al final de cuentas le interesa proteger al legislador? En cuanto al delito de cohecho existe una postura jurisprudencial que indica que el bien jurídico-penal es la *moralidad* y corrección que debe imperar en la

administración pública¹⁷. Empero, lo que definitivamente en la infracción penal bajo estudio se castiga –fundamentalmente– es la venalidad del funcionario o servidor público, buscando proteger jurídico-penalmente el normal funcionamiento de la administración¹⁸. Esto proviene de aquellas concepciones que entienden que el Estado es un fin en sí mismo y una afirmación de que él es un medio para el bienestar de los individuos.

En el Derecho penal peruano, cabe destacar la modificatoria que introduce la Ley 28355 (04-octubre-2004) en diversos artículos del Código penal y legislación penal complementaria. En efecto, según el artículo primero de la citada Ley modifica diversos artículos del Código penal, específicamente a tres delitos: 1) Asociación ilícita, 2) Corrupción de funcionarios públicos (cohecho, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito) y 3) La Ley penal contra el Lavado de Activos. El legislador se ha mantenido fiel a la codificación de 1991 y no ha tenido en cuenta la incorporación como figura delictiva del

¹⁷DONNA, Edgardo Alberto (Dir). (2004). *Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública*, Buenos Aires, p. 390.

¹⁸SOLER, tomo 5, 1992, p. 207: "...resulta que el objeto tutelado por esta clase de infracciones es el funcionamiento normal y correcto de la administración, el cual es puesto en peligro por el solo hecho de la existencia de actos de corrupción". NÚÑEZ, Ricardo. (1992). *Tratado de Derecho Penal*, Tomo Quinto, Vol. II, Parte Especial, Córdoba, p. 97: "Todas las figuras de cohecho implican un resguardo de la administración pública frente a la venalidad de los funcionarios públicos o a la incitación en el ejercicio de sus propias funciones, incluso para cumplirlas con arreglo a su deber legal". FONTANBALESTRA, Carlos. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo VII, Buenos Aires, p. 290: "Específicamente, se tutela el normal funcionamiento y el prestigio de la administración a través de la corrección e integridad de sus empleados. Lo que aquí se castiga es la venalidad del funcionario en sus actos funcionales, con prescindencia de la naturaleza del acto en sí mismo". LAJE ANAYA, Justo/ GAVIER, Enrique Alberto. (1996). *Notas al Código penal argentino*, tomo III, Parte Especial, Córdoba, p. 142: "Las disposiciones de este capítulo protegen la administración pública frente a los actos de corrupción venal de sus funcionarios y contra los comportamientos de los particulares que atentan contra la dignidad, normalidad y corrección de las conductas funcionales de sus integrantes". MOLINARIO, Alfredo J. (1999). *Los delitos*, tomo III, (actualizado por Aguirre Obarrio), Buenos Aires, p. 354: "El bien jurídicamente protegido es la corrección e insospechabilidad de los funcionarios públicos y su decoro". DONNA, Edgardo Alberto. (2000). *Derecho Penal. Parte*

soborno internacional, es decir, los casos por ejemplo, de soborno en las transacciones internacionales de negocios y otros (Convención interamericana contra la corrupción, art. VIII¹⁹).

Especial, Tomo III, Santa Fe, p. 211, correctamente sostiene que: “De modo que se protege, además del normal funcionamiento de la administración, que los funcionarios actúen o desarrollen sus funciones sin otro aliciente que el deber, por una parte, y el sueldo que reciben del Estado”. ESTRELLA, Oscar Alberto /GODOY LEMOS, Roberto, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, tomo 3, Buenos Aires, p. 386. Por otro lado, GIL LAVEDRA, Ricardo. (1986). “*Algunas consideraciones acerca del delito de cohecho pasivo*”, en: DP, N 15 a 20, Buenos Aires, p. 710 sostiene que el correcto desenvolvimiento de la función administrativa aparece mediatamente tutelado, dado que no es necesario que el acto prometido se lleve a cabo, y que bien puede tratarse de la conducta que legalmente corresponda. No es posible que acá se vea afectado la administración, lo que se protege directamente en los capítulos es la probidad del funcionario público en el ejercicio de su cargo. CREUS, Carlos. (1997). *Derecho penal. Parte Especial*. Tomo 2, Buenos Aires, p. 270 apunta que lo que se protege es “la venalidad, aun ejercida en relación con un acto que el funcionario debe cumplir legalmente, deteriora el correcto funcionamiento administrativo y pone en peligro la normalidad de su desenvolvimiento.” Así, también, entiende la jurisprudencia argentina: “*El bien que protege este artículo es la pureza de la función pública, por lo cual es indiferente la legalidad o ilegalidad del acto del funcionario, ya que lo que interesa es su competencia para realizarlo*”, Cám. 2 Crim, Mendoza, 6 de junio 1953, JA, 1953-IV p. 347. Por otro lado, en cuanto al tema de titularidad del bien jurídico protegido en este delito, que es importante para efectos de determinar hacia quien, y a dónde va dirigido la reparación civil, la

jurisprudencia peruana ha tomado posición al respecto. Así, en el Expediente Nro. 97-191601-JP-01- Loreto se anuncia: “*En el delito de corrupción de funcionarios, el titular del bien jurídico es el Estado correspondiéndole a éste la reparación civil y no a las personas que integran los donativos al funcionario público, los que no pueden figurar como agraviados*” en: Academia de la Magistratura, Serie de Jurisprudencia, 4, Lima, p. 420. En tal línea de pensamiento, la Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, de fecha 29 de Marzo de 1996, se legisla en el artículo VI sobre supuestos de hecho de corrupción y beneficios ilícitos por razón del cargo (conductas, medios), así como de la autoría y participación (implícitamente se menciona la organización criminal), grados de desarrollo del delito, y un artículo ligado a este tema es el XII donde se prescribe que: “*Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado*”, se destaca, asimismo meros actos preparatorios y de peligro abstracto.

¹⁹ La Convención de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción, Artículo VIII Soborno transnacional, establece: “*Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores promesas o ventajas, a cambio de los que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que no hayan tipificado el delito de soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan*”.

En cuanto al delito de cohecho, la Ley 28355 respeta la clasificación tradicional, es decir, *cohecho pasivo*, (art. 393, art. 394, art. 395, y art. 396 del Código penal) constituido por la acción del funcionario o servidor público que recibe, acepta o solicita una ventaja o beneficio por la ejecución u omisión de un acto funcional. Por el otro lado, se conserva el *cohecho activo* (art. 397 y 398 del Código penal) integrado por la acción de un particular o hasta de un funcionario público que es el que ofrece, da, entrega, promete o corrompe a través de un medio corruptor que prevé la ley al funcionario o servidor público para obtener de él algún tipo de beneficio.

Clasificación de cohecho

a. Cohecho pasivo propio

El delito de cohecho pasivo propio reformulado está regulado en el art. 393²⁰ del Código Penal peruano. Veamos sus aspectos esenciales: a) En el primer párrafo del art. 393 (tipo básico) se pueden desprender en cuanto a los elementos objetivos en una conducta *antecedente* y una *subsiguiente*. En la primera, los elementos son: 1.- Solicitar donativo, promesa o cualquier otra ventaja y 2.- Aceptar donativo, promesa o cualquier otra ventaja. Lo “pasivo” del *nomen juris* está precisamente en la descripción de los verbos rectores, el funcionario público “acepta” o “recibe” que implica indudablemente una actitud receptora, nunca puede – para éste delito en particular- “exigir” ni “coaccionar” porque si no se estaría entrando al terreno típico de la concusión (art. 382 CP). Recibir implica una efectiva dación, traspaso, o entrega de: donación, promesa cualquier otra ventaja o

²⁰ Art. 393º “El funcionario o servidor público que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, ...

beneficio. Aceptar, en cambio, implica un pacto, *cerrar trato*, con alguna expectativa de recepción de algún medio corruptor, sea en forma verbal o por escrito, en forma explícita o implícita.

En el cohecho pasivo el funcionario público se limita a recepcionar lo que el cohechante activo le da, o lo acepta simplemente. En estas circunstancias el funcionario público es literalmente “comprado” por el otro, autor de cohecho activo (art. 397 CP) Por definición, el cohecho pasivo supone un convenio, explícito o implícito, propuesto por un tercero y aceptado por el funcionario o servidor público²¹, y es lo que lo diferenciaría, por ejemplo de la concusión que las cosas transitan al revés: es el funcionario público el que pretende algo del tercero, que es quien, víctima de la intimidación, es el exigido para dar o prometer un bien o beneficio patrimonial.

Los medios corruptores para este delito pueden darse de muchas formas: “donaciones”, “promesas” o cualquier otra “ventaja” o “beneficio”²². Las donaciones son la liberalidad de una persona que trasmite gratuitamente una cosa que le pertenece a favor de otra que la acepta; la promesa es la expresión de la voluntad de dar a uno o hacer por él una cosa; una ventaja podría ser: al sueldo del funcionario “sobreañadirle” al común que gozan otros. En el Código penal argentino, en cambio, los medios corruptores son más específicos: “dinero”, “promesa directa o indirectamente” o

²¹ Véase, en este sentido, DONNA. (2000). *“La oferta debe surgir del tercero, no del funcionario público”* Tomo III, p. 243.

²² En el delito de tráfico de influencias (art. 400° CP peruano) también se prevé los mismos medios corruptores: “...donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio...”.

“cualquier otra dádiva”. Cabe indicar que tanto los medios corruptores para que sean capaces de consumir formalmente el delito de cohecho tienen que tener idoneidad vinculante y suficiencia motivadora. Por consiguiente quedarán como tentativas inidóneas²³ todas aquellas conductas que teniendo significación en términos de donativos o similares no tengan relación de causalidad con el acto violatorio de su función. En cuanto a los medios corruptores, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública de Argentina, menciona textualmente como regla general: (art. 18) *“Los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere”*.

En cuanto a la modalidad subsiguiente del cohecho pasivo –una vez que el funcionario o servidor público haya aceptado o recibido cualquiera de los medios corruptores que prevé el tipo penal- ésta tendrá una finalidad

²³ Se presenta en dos casos:

- a) Cuando es ineficaz absolutamente el *medio empleado*: un medio puede ser tanto los “instrumentos” como a la “conducta” del sujeto. Ej. Una persona quiere matar a otra, y creyendo que le pone veneno a la sopa, le pone azúcar. O quien pretende causar un aborto aplicando a la mujer inyecciones analgésicas en la creencia que son idóneas.
- b) El otro caso, por la impropiedad absoluta del *objeto*: Ej. El autor dispara sobre la víctima, que está durmiendo en la cama, cuando en realidad ésta ya había fallecido. O la tentativa de aborto de una mujer no embarazada, o tentativa de hurto cuando se desconoce el consentimiento del propietario. En conclusión: el art. 17 del Código Penal peruano, no castiga esta clase de tentativa en función a que los actos ejecutivos no crean peligro alguno para el bien jurídico protegido, puesto que siendo inidóneos estos actos, la posibilidad del riesgo queda descartada desde principio.

específica: 1.- Para hacer (acción) u omitir (omisión simple) una actividad que es propia de su función “infringiendo su deber funcional” que es lo que lo va a diferenciar del cohecho pasivo impropio, o 2.- Acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes funcionales. En la primera finalidad, el acto ha de ser futuro (“...para hacer u omitir...”), no interesando para efectos consumativos que se cumpla tal finalidad. Al respecto, Soler señala, que debe existir un “...trato anterior al acto y entre aquel y el mismo debe mediar una relación de carácter interno, psicológico: el pago o la promesa han de ser recibido *para*, es decir, en consideración a una conducta futura del funcionario”²⁴. En la segunda finalidad, en cambio, el agente público ha debido ejecutar el acto infringiendo sus obligaciones funcionales. En otros términos, se trata de los casos de “pago posterior al cumplimiento del acto”. Ahora bien, debe tenerse en cuenta lo siguiente: si un funcionario público no interviene en un asunto y acepta o recibe una merced corruptiva para recomendar ese mismo asunto al colega que entiende de él, cometerá otra infracción penal (delito de tráfico de influencias), pero no cohecho pasivo. Asimismo, si el funcionario carece de facultades o competencia y aun así acepta o recibe una merced corruptiva, la conducta puede desplazarse al delito de enriquecimiento ilícito (art. 401) o a la estafa (art. 196). Este razonamiento se debe a que la misma ley lo precisa: art. 393 “...*un acto en violación de sus obligaciones (...) a consecuencia de haber faltado a ellas...*”, párrafo primero y segundo. En suma, la infracción a las

²⁴SOLER, tomo 5, *op. cit.*, p. 211.

obligaciones debe producirse a un acto determinado relativo a las funciones y facultades del agente público, que es precisamente el factor motivante para la iniciación de las maniobras corruptivas por parte del cohechante activo.

b) Lo más relevante del segundo párrafo del art. 393, producido a través de la reforma, es que el funcionario o servidor público *solicita* la oferta corruptora en forma indirecta o indirecta (delito de cohecho pasivo propio a pedido del funcionario). Solicitar significa “pretender, pedir o buscar una cosa con diligencia y cuidado” o “pedir una cosa de manera respetuosa”²⁵. En principio, la acción de “solicitar” estaba anteriormente en la fórmula originaria, pero adicionado –con el mismo marco penal- al verbo “aceptar”. Ahora se ubica como una circunstancia agravante –por mayor *desvalor* de la acción- del tipo básico del art. 393 (la pena resulta superior – ahora- al tipo básico, que es no menor de 6 ni mayor de 8 años más inhabilitación). El texto modificado admite –correctamente- que las conductas peticionarias sobornantes que realiza el funcionario público resulta ser más reprochable ético-socialmente que simplemente recibir o aceptar algún medio corruptor. Habíamos dicho que los verbos “recibir” y “aceptar” pueden ser realizados en forma directa o por persona interpuesta.

Aquí, en cambio, la solicitud implica una actitud personal por parte de quien lo hace. En esta parte el legislador ha empleado unos términos lo suficientemente firmes como para que se respete de forma obligada su

²⁵ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, tomo 2, Madrid, 1992, Pág. 1899

lenguaje (por ejemplo: *solicitar directamente*), pero, al mismo tiempo, utiliza expresiones flexibles como para que se pueda determinar su contenido y esencia en forma plural. Aquí entraría lo que el legislador peruano ha incorporado en el segundo párrafo: “...*solicita, directa o indirectamente...*”.²⁶. Esta última expresión puede interpretarse de dos maneras: puede admitirse “terceras personas” –particulares o funcionarios- en la ejecución del ilícito, o puede admitirse “solicitudes encubiertas” pero buscando la finalidad de que el cohechante activo haga la oferta –ofrecer, dar o prometer corruptora.

La primera interpretación resultará innecesaria a la luz del principio de economía legislativa, pues se entiende que, aun existiendo personas ajenas al “pacto venal” pero que colaboran o auxilian en la ejecución típica, estarían abarcadas por las reglas de la autoría y participación criminal.

En cuanto a la segunda interpretación habrá que decir, en principio, que cuando el funcionario público formula la propuesta nos apartamos del cohecho. Sin embargo, puede existir la posibilidad de ciertas actividades facilitadoras del funcionario, previa a la formulación concreta de la propuesta corruptora por parte del cohechante activo. Estas actividades facilitadoras o solicitudes indirectas para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones es denominada, según la doctrina y jurisprudencia argentina, como “puente de plata”. “Bajo este concepto –según Rimondi- quedarán comprendidas las insinuaciones o sugerencias más o menos hábiles o encubiertas, silencios y gestos sugerentes que pueda hacer el funcionario público para que la oferta corruptiva sea efectuada por el particular. Es decir que, dentro de la figura del cohecho, quedarán también atrapados los casos en lo que, previo a la propuesta del corruptor, el funcionario público tiende un “puente” de unión con éste,

²⁶ En este punto, se ha seguido en líneas generales, la redacción de la Convención de la Organización de Estados Americanos contra l' corrupción. Así, el art. VI, actos de corrupción, se establece: “1) La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a) *El requerimiento* o la aceptación, directa o *indirectamente*, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas...”

dejando de lado formalidades propias de su labor, acortando la distancia entre ambos para facilitar la conducta posterior de su interlocutor”²⁷. Se trataría, entonces, de actos preparatorios de mera expectativa realizado por el funcionario, destinada a que la otra parte inicie la ejecución del cohecho (activo). En ese sentido, lo que sanciona el legislador peruano es que la solicitud corruptora la comience el funcionario o servidor público, no importando cómo la haga –directa o indirecta, explícita o implícita-. Entonces la pregunta que surge sería: ¿habrá cohecho pasivo una vez que el funcionario hizo la solicitud y el otro no efectiviza la contra-propuesta de ofrecer, dar o prometer? La respuesta es positiva. Entonces, en el Código penal peruano puede existir cohecho pasivo (propio, impropio, y específico), sin que exista la calificación de cohecho activo. El hecho de que el funcionario público inicie las maniobras corruptivas, a través de la solicitud o pedido –que podría entenderse una actitud “activa”-, no le quita el calificado de “pasivo” en el delito de cohecho, pues aquel se caracteriza por la capacidad en la *recepción* de los objetos materiales corruptores: el funcionario público no podrá (auto) recibir ni (auto) aceptar –por más que lo haya pedido directamente- donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio si no existe *el otro* que lo haga realidad. En suma, se trata de un pedido, solicitud o sugerencia *para dejarse* corromper. Lo que sí la solicitud (pasiva del funcionario) no debe transformarse progresivamente en una “exigencia”, “obligación”, porque de ser así caería bajo uno de los verbos rectores de la concusión y entraríamos a una relación concursal²⁸.

La incorporación típica de la “solicitud” como forma agravada del cohecho pasivo trae consigo una incongruencia sistemática insalvable, porque como se ha dicho, el cohecho y la concusión –siendo ésta por tradición más grave- tienen puntos obviamente diferentes en cuanto al

²⁷ Véase, en este sentido: RIMONDI, Jorge Luis. (1999). “La doctrina del “puente de plata” en el cohecho”, en: La Ley, Buenos Aires, p. 309. Este autor (Pág. 308), sumamente crítico en la doctrina que afirma que en el cohecho la propuesta corruptora debe surgir siempre del particular: “La autoridad pública que detenta el funcionario “*per se*” lo coloca en una situación de prevalencia frente al particular. De tal modo, de surgir del primero la iniciativa de acuerdo, la voluntad del segundo se encontraría viciada por el dominio de la situación del funcionario público”.

²⁸ Así, lo ha entendido la jurisprudencia argentina: “El nombre de esta figura no solamente proviene de la consideración del sujeto del delito (el corrupto), sino de que la acción de éste consiste generalmente en una actitud pasiva: cuando el funcionario sale de esa actitud para entrar a requerir, imponer o procurar el dinero, fácilmente se penetra en el terreno de la concusión, e inclusive para ciertos autores este detalle muestra una línea divisoria entre ambas infracciones” CN Cas. Pen, sala IV, 29-8-2000, “V.C.E s/Recurso de casación”, c 1626, PJN Intranet, extraído: Donna, Edgardo Alberto (Dir.) (2004). Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública, Buenos Aires, p. 391

supuesto de hecho, pero ahora, al elevarse la pena del delito de cohecho a petición del funcionario resulta casi idéntica la penalidad en estas figuras (art. 382 no menor de 2 ni mayor de 8 años y el art. 393 –párrafo segundo- no menor de 6 ni mayor de 8 años y el art. 394 –párrafo segundo- no menor de 5 ni mayor a 8 años). Resultaría, entonces, lo mismo –a efectos penológicos- “pedir” que “exigir” por parte del sujeto activo algún tipo de beneficio económico.

c) Finalmente en el Art. 393 –tercer párrafo- del CP, y sin duda lo más destacable de la modificatoria legal es la incorporación de la figura del “cohecho pasivo propio condicionante o condicionado”. Esto es, que el funcionario o servidor público condiciona su conducta funcional, que puede ser acciones u omisiones, derivada precisamente del cargo o empleo que desempeña a la *entrega o promesa* de algún medio corruptor. Esto sería lo que ordinariamente se conoce como “me pagas y luego actúo”.

Definitivamente, constituye una agravante del cohecho pasivo simple no por la calidad del agente sino por la forma que adquiere la solicitud del funcionario para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones.

Aquí necesariamente el cohechante activo tendrá que realizar materialmente –por la exigencia típica- la entrega o simplemente prometerle algún medio corruptor. Nótese que aquí los medios corruptores resultan ser más restrictivos: sólo donativo o ventaja. Esta figura delictiva

nuevamente produce una zona gris entre el cohecho pasivo y la concusión (implícita).

b. Cohecho pasivo impropio

El delito de cohecho pasivo impropio está regulado en el Art. 394²⁹ del Código penal peruano, y lo que se reprime es la conducta del funcionario o servidor público que si bien está acorde con el ejercicio de su función, es decir no está prohibido su actuación, el origen de tal comportamiento está en una actitud forzada anteladamente por un factor corruptor que le propinó un particular o hasta otro funcionario. La impropiedad del cohecho radica en que el sujeto activo no quebranta sus obligaciones funcionales, es decir, la realización de la acción u omisión se produce dentro del marco legal y reglamentario. Es más, no interesa finalmente que el funcionario o servidor público haga o deje de hacer de acuerdo a su competencia. Este delito requiere definitivamente –como en el anterior– de un trato previo. Alcanzará con la aceptación de una promesa o con la recepción por ejemplo del dinero u otra dádiva encaminada a los objetivos establecidos en la ley. En otras palabras, se trata que los objetos corruptores: donativo, promesa o cualquier otra ventaja envilezca y desprestige la función pública. Se destaca, asimismo, en el segundo párrafo del art. 394 la figura del cohecho pasivo impropio a petición del funcionario, entonces vale lo dicho anteriormente.

²⁹Art. 394: *“El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado.... El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado....”*

Por otro lado, en el Derecho argentino, el cohecho pasivo del art. 256³⁰ del Código penal no diferencia entre la propiedad e impropiiedad de la obligación funcional, de manera que la calidad de legal o ilegal del acto resulta indiferente. Igualmente la Convención del 26 de mayo de 1997 relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las comunidades europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, al definir la corrupción pasiva en el artículo 2 dice que se da cuando “...*un funcionario público, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba ventajas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o el hecho de aceptar la promesa de tales ventajas, por cumplir o abstenerse de forma contraria a sus deberes oficiales, un acto de su función o un acto en el ejercicio de su función*”.

c. Cohecho pasivo específico

Se encuentra tipificada en el Art. 395³¹ -primer párrafo- del Código penal existiendo una delimitación del ámbito de la autoría que es casi exclusiva: Magistrados, Fiscales (éstos comprenden a todas las instancias) Peritos, Miembros del Tribunal Administrativo y el tipo comprende también otros

³⁰Art. 256.- *Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirectamente, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones*”.

³¹Art. 395. *“El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia.... El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directamente o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento....*

sujetos activos dentro del marco de la interpretación analógica. Como puede apreciarse la calidad especial del sujeto activo está enfocada aquellos que tienen conocimiento (funcional y territorial) y facultad para resolver determinadas situaciones confrontacionales, y se soslaya, por ejemplo, a otros tipos de funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública. En este contexto, ¿Será más grave el cohecho del Juez que el del Presidente de la República, Ministro o el de un Congresista? Puede decirse que estos altos funcionarios encontrarían tipificación en el cohecho pasivo del art. 393, por lo de “funcionario público” pero la pena resulta ínfima: en el primer supuesto, es no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación. En cambio, en el cohecho pasivo específico (Art. 395) que es donde debería estar el cohecho del Presidente, Ministro, etc. –y porque sería mucho más grave- la pena es no menor de seis ni mayor de quince años e inhabilitación. Definitivamente, no resulta proporcional la pena del cohecho pasivo “genérico” aún el supuesto típico más grave (Art. 393 –tercer párrafo) para los “altos funcionarios”.

La conducta típica está circunscrita, en el segundo párrafo, a que el funcionario (específico) *solicite* los medios corruptores. Se trata de un comportamiento activo y el legislador la prevé, como en todas las anteriores, como una circunstancia agravante. Sin embargo, en el art. 395 CP –primer y segundo párrafo- se destaca que la aceptación o recibimiento de los medios corruptores pueden darse “*bajo cualquier modalidad*”. Se hubiera preferido quizá una tipificación integral del

artículo 396³² –corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales- con el artículo 395 que venimos comentando en razón de que ambos responden a una misma finalidad política criminal: “cautelar los niveles de parcialidad en el ámbito de la administración de justicia”.

En todo caso, el legislador ha creído conveniente que por razones de organización, estructura y jerarquía judicial, en uno existe un mayor *desvalor* del injusto penal expresado en su condición de sujetos que conocen y están facultados para administrar justicia, y de otro lado, un menor *desvalor* del injusto expresado en su condición de sujetos que prestan apoyo o auxilio a la función jurisdiccional, cuando en realidad son los secretarios judiciales los que por su cercanía y proximidad a los litigantes, cometen inescrupulosamente malos actos, en términos de estadísticas “ocultas”, en contra de su función pública. En este sentido, en el Derecho argentino también se contempla el cohecho pasivo específico agravado por la calidad del agente receptor en el art. 257 del Código penal³³.

d. Cohecho activo genérico y específico

Mediante el cohecho activo se intenta disuadir a los particulares y también a los funcionarios públicos de facilitar o colaborar en la corrupción de la administración pública. El delito de cohecho activo genérico (propio y el impropio) y específico se encuentran tipificados, reformulados ahora, en

³²Art. 396. - “Si en el caso del artículo 395º, el agente es secretario judicial, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional o cualquier otro análogo a las anteriores.”

³³ Art. 257 Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua, el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público que sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirectamente para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia”

el Art. 397 y 398 del Código penal peruano respectivamente. En el Art. 397, párrafo primero y segundo, cualquier persona –se trata de un delito común o de sujeto activo indeterminado (“*El que...*”) que esté interesada en obtener algo del funcionario relacionado con el ejercicio de sus funciones, y para lograrlo trata de persuadirlo corrompiéndolo mediante los siempre aludidos factores corruptores: promesas o ventajas de cualquier índole.

En el Art. 398 del Código penal peruano (cohecho activo específico) los medios corruptores empleados por el cohechante activo tienen una doble especificidad: por un lado, está dirigida a determinados sujetos que administran justicia en un sentido amplio, y por otro, está dirigida a influenciar en la decisión de dichos sujetos en un asunto sometido a su conocimiento o competencia. Antes en el tipo penal se decía –con mala técnica- con el objeto de influir en la decisión de un proceso pendiente de fallo. La exigencia típica del Art. 397 y 398, según la cual, para la configuración de estos delitos, se precisa que el cohechante activo *ofrezca, de o prometa*. La acción de “dar” es entregar algo, y el verbo “prometer” resulta ser lo mismo que “ofrecer”. Ahora, las acciones pueden llevarse a cabo personalmente por el agente activo (particular o por otro funcionario o servidor público) o a través de un intermediario – persona interpuesta- del agente activo. En el texto argentino se precisa en el Art. 258 y 258 bis los verbos *dar u ofrecer y, ofrecer” u “otorgar* respectivamente. Aunque habría que precisar que el art. 398 –tercer párrafo- del Código penal peruano excluye el verbo prometer y en su

lugar ubica la expresión *corromper* que es una fórmula mucho más abarcativa que las anteriores y ubica un momento temporal de estrechez del pacto venal entre el abogado y funcionario público. Esta fórmula estaba en el texto original (art. 399 primer y segundo párrafo: “*El que trata de corromper...*”). En todo caso, el verbo corromper cumpliría mejor la función apelativa o comunicativa respecto a la ciudadanía, conciliando el lenguaje legal con el cotidiano y popular, y, sobre todo, evitaría posibles equívocos al intérprete y aplicador de la ley penal. En suma, resulta conveniente y útil la incorporación del abogado como sujeto activo no sólo en su función individual –como estaba en la versión original- sino el abogado que forma parte de un estudio de abogados.

Con este precepto, lo que el legislador quiere, es adelantar las barreras de protección penal, tratándose de un delito de mera actividad y de peligro abstracto, que se consuman instantáneamente al producirse la oferta para corromper. Basta para consumir el sólo ofrecimiento (delito instantáneo), el poner al alcance, aunque no en la mano del funcionario el regalo de algún bien (o dinero, o crédito, o comercio sexual, etc.), no siendo necesario la efectiva entrega de la cosa por parte del sujeto activo. Alcanza con tentar al funcionario o tomar algo, siendo indiferente la aptitud que éste asuma, pues el delito se consuma tanto si acepta como si se rechaza el ofrecimiento³⁴. Todas las modalidades de acción requieren de la realización de una actividad (la emisión de una declaración de voluntad o la recepción de unas dádivas, física o jurídicamente), pero no

³⁴CNCas. Pen, sala III, 11-8-99-“MP y otros/Recurso de casación”, c. 1833, PJN Intranet (extraído de DONNA (Dir.), Revista de Derecho Penal, 2004-I, p. 408.

de la obtención de un resultado lesivo. La pretensión del sujeto activo tiene que ser al menos conocida por el funcionario. Si el funcionario o servidor público aceptó la proposición corruptora, su comportamiento se tipificará como cohecho pasivo.

En líneas generales el cohecho pasivo –propio e impropio- presupone un cohecho activo, pues el funcionario o servidor público no puede cometer por sí mismo el cohecho pasivo si el cohechante activo no ha dado, ofrecido o prometido el donativo, promesa, ventaja u otro beneficio para que realice u omita actos en violación o dentro de sus obligaciones funcionales. Por el contrario, puede existir la tipificación del cohecho activo (genérico y específico) sin que concurra un cohecho pasivo (por ejemplo, el funcionario no acepta la oferta corruptora). No podrá darse el cohecho pasivo si no se da de manera necesaria el cohecho activo, pero como tipos penales independientes y no como forma de participación criminal. Ahora bien, quien ofrece o promete puede actuar, por ejemplo, inculpable –por error *juris*- sin que ello obste a la comisión del delito por parte del funcionario público, en cuanto éste reciba lo ofrecido o acepte lo prometido con las finalidades previstas por la figura delictiva. Sin embargo, un caso especial – como hemos visto- es el segundo párrafo del art. 393, y segundo párrafo del art. 394 con las indicaciones que se han anotado.

En cuanto a la subjetividad del delito de cohecho (pasivo y activo) habrá que tener en cuenta lo siguiente. En el delito de cohecho pasivo se destaca, como es sabido, un ámbito de restricción subjetivo que se vale el

legislador para direccionar la conducta típica. Así, el art. 393, párrafo primero y segundo: “...*para realizar u omitir...*”; art. 394, párrafo primero y segundo: “...*para realizar u omitir...*”. Asimismo, en el cohecho activo se precisa: art. 397 párrafo primero y segundo: “...*para que realice u omita...*”; art. 398 párrafo primero: “...*con el objeto de influir...*”. En estos casos hablamos de elementos subjetivos (específicos) del tipo o del injusto que la doctrina lo ha dividido en delitos de intención y delitos de tendencia. En todos estos delitos nos encontramos en la primera modalidad³⁵, siendo –en consecuencia- un tipo incongruente por no corresponderse la parte subjetiva de la acción con la objetiva, por exceso subjetivo. Además que debe considerarse los supuestos de *error* como elemento cancelatorio de la tipicidad subjetiva³⁶. Por otro lado, uno de los aspectos de la reforma (que sería no -reforma) es la conservación subjetiva en el art. 395 pues disipa cualquier género de dudas, precisando el ámbito interno del agente otorgándole a éste un carácter de dolo directo, pues la recepción de los medios corruptores tiene que ser “...a

³⁵Cuando se alude “con el *fin*” es igual cuando se alude “*para obtener provecho*” en el delito de hurto y robo, por ejemplo. En el delito de asociación ilícita también se prescribe “*destinada a cometer delitos*”. En otros delitos, en cambio, los elementos subjetivos ayudan a fijar el contenido preciso del injusto para descartar otros delitos, como, por ejemplo, en el delito de contra el pudor de menores (art. 176-A CP) “El que sin propósito de tener acceso carnal...”

³⁶ Véase, en este sentido: Jfed. N 1 de Mendoza, sala B, 11-12-85 “F.c/GG.C y ot. P/ Av Inf. Art. 259 del Cód. Pen –Compulsa de autos 40.107” LD textos- (extraído de DONNA, Edgardo Alberto. (2004). Revista de Derecho Penal, p. 410) “En el caso en examen, los procesados recibieron voluntaria y conscientemente no una dádiva, sino un regalo navideño, por cortesía, y en atención a las fiestas en que es práctica realizar estos regalos. No está acreditado, al menos sin duda alguna, el elemento subjetivo: dolo directo. El error ha alterado en el agente la significación jurídica presupuesta por la figura delictiva. Ricardo Levene, en Manual de Derecho Penal, Parte Especial, p. 541 dice “Es aquí necesario distinguir la dádiva de las simples atenciones que, aunque sean realizadas en consideración a su oficio, han sido impuestos por la costumbre y por ello no revisten antijuricidad”

sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia”.

El delito de cohecho como forma de “encuentro” en los tipos pluripersonales

La doctrina ha clasificado en cuanto a los sujetos activos se refieren en: tipos unipersonales y tipos pluripersonales. En los primeros creo que no habrá mayores problemas ya que constituyen la mayoría de los tipos de la Parte Especial, es decir, aquellos que para la consumación se necesita de la intervención de un solo sujeto activo que lleva adelante la conducta típica. En cambio, los segundos –tipos pluripersonales- sí merecen especial consideración. Sus características generales son: a) varias conductas que componen el tipo penal; b) la estructura típica necesita de la intervención de dos o más personas; c) que dichas conductas formen parte del total del acontecer lesivo descrito en el tipo penal; d) que se trate de una única figura delictiva y de un mismo bien jurídico protegido (único delito); e) el reproche tendrá que ser personal, de manera que no tienen por qué correr idéntica suerte los demás intervinientes.

A los tipos pluripersonales también se le suele llamar “participación necesaria” o simplemente “codelinuencia”. La expresión participación necesaria no es del todo exacta, porque puede tratarse en el caso concreto de una coautoría y porque la cooperación en cualquiera de sus formas con otra persona no precisa haber alcanzado el grado de participación criminal³⁷.

También no faltan autores que piensan que existen tipos en que se requiere necesariamente la intervención de sujetos que actúan como partícipes necesarios y, sin embargo, son impunes, junto a otros cuya intervención también es necesaria, pero que pueden ser tanto autores como víctimas (Art. 97 Código penal argentino). Por otro lado, la expresión *codelinuencia* tampoco resulta conveniente ya que tiende más a comprender una terminología de la escuela positivista desprovista del verdadero alcance que debe tener. Así se entiende, la mejor expresión es la de tipos *pluripersonales* y a su vez éstas pueden ser de dos maneras: delitos de “convergencia” y delitos de “encuentro”.

En los primeros, las conductas se dirigen unilateralmente a un mismo fin, por Ej. Las asociaciones ilícitas. En los delitos de convergencia en virtud de la ley penal todos los intervinientes en la ejecución del hecho punible serán considerados como autores directos, coautores, según el grado de su intervención. Cabe resaltar que en estos delitos no se plantea el verdadero inconveniente de la intervención pluripersonal. Donde sí habrá que tener especial interés es en los delitos de encuentro, que existe cuando hay varias acciones que son coincidentes con la dirección volitiva, ya que esas coincidencias se impelen recíprocamente entre sí, de tal manera que el “encuentro” produce el efecto consumativo del respectivo tipo penal. En los delitos de encuentro las conductas se cruzan, dando lugar de este modo a la tipicidad, en forma tal que es necesario determinar en muchos casos cuál es el papel que juegan los distintos protagonistas. Estos delitos se caracterizan por la necesidad de que el sujeto pasivo *colabore* con el sujeto activo para

llevar adelante las exigencias típicas, por Ej. El delito de cohecho pasivo³⁸, porque para que exista como tal tiene que haber un cohechante activo, más allá de que resulte o no punible con arreglo a las demás categorías dogmáticas del delito; otro delito sería el de bigamia, entre otros.

En el Derecho alemán, los delitos de encuentro se refieren a los supuestos del favorecimiento de acciones sexuales de menores (parágrafo 180 del Código penal), donde la ley únicamente señala pena, en preceptos particulares para determinados intervinientes, mientras que deja a los demás impunes. En tales casos lo problemático en sí de la esencia de la participación o del sentido del correspondiente precepto penal se deduce que el interviniente necesario tampoco pueda ser castigado por inducción o por complicidad, aunque desborde el papel que le atribuye el tipo de que se trate. En esta línea de pensamiento, Jakobs comentando los pormenores de los delitos de encuentro, distingue varias modalidades: por un lado, en algunos delitos sólo la interacción de varias personas de distinta trascendencia social hace posible un comportamiento delictivo frente al interviniente situado en posición de inferioridad. Por otro lado, distingue en la medida en que los partícipes son del mismo rango, en la cual habrá que distinguir de nuevo varias modalidades: cuando se trata de la prohibición de lesionar a otro incluso a pesar de la colaboración del lesionado; determinadas personas no pueden ser autores de un delito; si el motivo no excluye la responsabilidad

³⁸ En contra, para el Derecho argentino: DONNA. (2000), tomo III, p. 214, quien sostiene que el delito de cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia, de codelinuencia necesaria, ya que no puede haber cohecho pasivo si no existe cohecho activo. LAJE ANAYA / GAVIER, tomo III, 1996, p. 144, indican que la recepción o la aceptación de la promesa por parte del funcionario, es *subjetivamente convergente* con el fin perseguido por el autor del cohecho activo. Existen autores que explican que se trata de un delito bilateral. Así, SOLER. (1992), tomo 5, p. 207. NÚÑEZ. (1992), tomo V, II, p. 98.

por autoría es válido también para la responsabilidad del partícipe, también la participación es impune; entre otros³⁹.

La jurisprudencia alemana propugna la punibilidad del interviniente necesario, cuando el mismo induce al hecho a la otra parte o le ayude en una “forma que sobrepase su papel”⁴⁰. Es decir, según el Tribunal Supremo de la República Federal Alemana: a) Si la intervención del sujeto pasivo *no sobrepasa* la participación que requiere el tipo, permanece impune la conducta; b) Si el sujeto pasivo *sobrepasa* la intervención prevista por el tipo, induciendo o cooperando de forma innecesaria, su conducta debe castigarse. En España, Mir Puig se aparta de este planteamiento y sostiene que si el sujeto pasivo constituye siempre el objeto de protección de la norma, su conducta ha de quedar *en todo caso impune*⁴¹.

2.2.2.2 Delito de asociación para delinquir ¿tipo penal específico o tipo agravado?

Con relación al delito de asociación para delinquir, éste aparece en la legislación mediante la utilización de causas de agravación de la pena previstas para la comisión de diversas infracciones en un grupo organizado o mediante las infracciones de mera pertenencia a una asociación ilícita, siendo un delito autónomo. La tipificación autónoma del delito de pertenencia a una organización criminal posibilita condenar a los dirigentes o integrantes de la organización sin que sea necesaria probar su participación en delitos

³⁹JAKOBS, Günther .(1997).*Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, pp. 840 y ss.

⁴⁰JESCHECK. (1981). Volumen 2, p. 969

⁴¹ MIR PUIG, Santiago. (1996). *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, p. 208.

concretos, mientras la agravación de los delitos cometidos en el marco de organizaciones se supone el plus de peligrosidad de los delitos cometidos. Como se ha expuesto acerca de la función político criminal del delito de asociación para delinquir, se supone la facilitación de la prueba y la penalización al menos por la pertenencia, una vez que se torna difícil la identificación de los integrantes de la organización y los debidos participantes en los delitos-fin de tales organizaciones. Sin embargo, su idoneidad es bastante discutible, teniendo carácter simbólico, pues prescinde de atención a muchos principios que rigen el Derecho Penal, además de muchas veces ser inaplicable, no superando las expectativas de disuasión.

Así que un camino de eventual progresión sería propugnar por una mayor especificidad, como los que condensa elementos propios de grupos mafiosos o terrorista, por ejemplo⁴². Tal tratamiento de la criminalidad organizada como una agravación de los actos delictivos ejecutados a través de la forma asociativa puede operar de dos formas: una a través de la exasperación genérica de la pena a aplicar a todo delito que se cometa de forma organizada; y otra que es más usual, mediante el incremento del castigo de determinadas figuras dotadas de una relevancia especial, como el tráfico de drogas y blanqueo de capitales⁴³. Sin embargo, a pesar de revelar una hipertrofia del principio de especialidad, suscitando en el legislador la ilusión de que la especialidad de la prohibición, por encima de la norma genérica que trataría del mismo hecho, sería dotada de eficacia al combate del desvío, facilitaría a

⁴²FABÍAN CAPARROS, Eduard .(1997). Criminalidad Organizada. En El nuevo Código Penal: Primeros Problemas de Aplicación. GUTIERREZFRANCES, Luz y otro (Coord.). Salamanca: Asociación de Estudios Penales, 1997. p. 180.

⁴³Ibit. p. 179.

la hora de justificar la intervención penal por el incremento del riesgo que se supone con relación al bien jurídico tutelado, individualizando el perfil de cada grupo.

Ambas figuras son justificables a partir de la consideración del bien jurídico que se busca tutelar. Si se trata de un bien jurídico supraindividual, hay que constatar la lesividad social que genera y buscar soluciones efectivas y globales para combatir el fenómeno, pues claro está que tal delincuencia genera serias dificultades en los sistemas de policía y de administración de justicia de los países, sobre todo en el momento de obtener pruebas, sin embargo, eso no justifica la creación de un Derecho Penal ad hoc contra esa especie de criminalidad.

Además, con la creación desmedida de cuerpos normativos para combatir esa especie de género normativo, nos podemos deparar con diversos problemas, por un lado, la igualación de todos los miembros de la asociación, es decir, sea cual fuere el rol dentro de la misma o su contribución en los delitos-fin de la organización, responde todos a nivel de autores, sin participes de ninguna clase; y por otro lado, también se podrían plantear problemas con relación al principio de non bis in idem, en aquellos casos que luego de la comisión de un delito concreto, se pretenda sancionar adicionalmente (en concurso de delitos) por la actuación como parte de una organización criminal, cuando en el tipo penal del delito-fin, exista alguna agravante específica que desvalore ya la actuación a través de la misma.

2.2.2.3 El bien jurídico protegido en el delito de peculado y el correcto funcionamiento de la administración pública.

Teniendo en cuenta que en el delito de Peculado concurren dos aspectos básicos, por una parte, el quebrantamiento al correcto ejercicio de la función pública y por otro lado, la afectación al patrimonio público, se tendría que estudiar el Peculado desde tres perspectivas axiológicas: como un delito de carácter meramente patrimonial, como un delito que se agota en el correcto funcionamiento de la administración pública o como un delito de naturaleza pluriofensiva.

Entre los autores que defienden la tesis del correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico, se encuentran NELSON SALAZAR SANCHEZ⁴⁴, quien refiere que el bien jurídico relevante es aquello que lacera las bases del sistema administrativo dentro de una configuración estricta señalada por los tipos penales *in especie*. Por ello, la perspectiva macro estima que lo protegido son las realidades normativas (correcto funcionamiento de la Administración Pública), argumento que se convierte en la piedra angular de la fundamentación penal.

Sin embargo, un sector de la doctrina basándose en la distinta naturaleza jurídica que posee el Peculado concluye que el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos radica en la infracción del deber de lealtad que dichos ciudadanos tienen respecto del patrimonio del Estado, la cual no es compartida por el autor al considerar que un Estado

⁴⁴ SALAZAR SANCHEZ. Nelson. Informe Práctico Penal. ¿Cuándo se configura el delito de Peculado? Bien Jurídico Protegido y Objeto Material del Delito. Revista Actualidad Jurídica N° 135. pp.82-84

democrático no está diseñado para restringir la libertad de los ciudadanos cuando son desleales al patrimonio del estado o a sus normas y porque la deslealtad no es un criterio o elemento normativo del Derecho Penal sin un valor axiológico propio de la ética.

El autor opina que sólo cuando se crean y/o realizan riesgos típicos contra las realidades normativas es que se ven afectados los procesos de comunicación entre el Estado y los ciudadanos, es decir, sólo cuando los caudales o efectos son lesionados o puestos en peligro, es que se lacera la correcta actividad prestacional de servicios de la Administración Pública, por cuanto se tergiversan los procesos comunicativos entre administradores y administrados.

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO⁴⁵, al respecto expresa que la *fidelidad hacia la administración pública* como bien jurídico tiene como obstáculo su incapacidad para responder a los atentados contra la administración pública realizados por particulares, quienes no tienen ese deber hacia el Estado.

En este aspecto, Luis ROCA AGAPITO⁴⁶, concibe que un punto de vista axiológico del delito de Malversación español que aquí conocemos como Peculado, es aparte del aspecto patrimonial, la cualidad de funcionario del sujeto activo y en segundo lugar su relación específica con los caudales públicos (tenencia a su cargo por razón de sus funciones).

Así, la doctrina ha enfocado el tema desde dos puntos de vista distintos: 1) por un lado están quienes se fijan en la relación que media entre el

⁴⁵ REYNA ALFARO, Luis Miguel. "El Bien Jurídico Protegido en los Delitos Contra la Administración Pública".

⁴⁶ ROCA AGAPITO, Luis. (1999). "El Delito de Malversación de Caudales Públicos". Editorial José María Bosch Editor. Barcelona – España 1999.

funcionario y la Administración, estableciendo como bien jurídico protegido para estos delitos el deber del cargo. 2) Por otro lado se encuentran quienes, aun aceptando la existencia de tales deberes, dirigen su atención a la relación que se entabla entre la Administración y los ciudadanos, fijando como bien jurídico protegido el correcto funcionamiento de la Administración, es decir, la función pública como función de administrar. Siendo así, existen dos posturas en torno al bien jurídico protegido de los delitos de funcionarios: a) *La infracción del deber de cargo*: Su tesis refiere que este delito se agota en la infracción de los deberes que tiene el funcionario para con la Administración. Se sanciona aquí la infidelidad, la deslealtad o traición del funcionario para con la Administración que ha depositado su confianza en él. b) *Los delitos de los funcionarios desde la perspectiva Administración – Ciudadano*. Si antes la teoría del deber del cargo se fijaba únicamente en la relación que une al funcionario con la Administración, ahora los autores dirigirán su mirada a las relaciones que existen entre la Administración y los ciudadanos.

OCTAVIO DE TOLEDO, citado por Luis ROCA AGAPITO⁴⁷, refiere que el concepto de Administración-Función se corresponde con el de Estado-Persona de corte totalitario que conduce en última instancia a que el objeto de tutela en estos delitos sea el Estado como persona jurídica que acoge, entre otras, la función de administrar. La infracción del deber es ahora objetiva. Las funciones públicas que realizan los funcionarios no se ejercen en beneficio de la Administración, sino que existen en beneficio de los

⁴⁷ ROCA AGAPITO, Luis. *op. cit.*, p.48

ciudadanos. La Administración Pública es un medio o instrumento dirigido al fin común y no el fin en sí mismo. Conforme a ello, este autor niega que el deber del cargo pueda considerarse como bien jurídico del peculado y cifra el bien jurídico en la función pública.

A juicio de Luis ROCA AGAPITO⁴⁸, la autoría se contrae a un determinado ámbito de personas que tienen una posición de deber, cuya infracción hace que sean castigados más gravemente que si el mismo comportamiento proviniese de un particular, añade por tanto, un plus desvalorativo. Una posición que ha tenido importante nivel de recepción en la doctrina nacional, es la que identifica como bien jurídico a la *regularidad en el ejercicio de la función pública*. Esta tesis ha sido asumida en nuestro país por el profesor Juan Portocarrero Hidalgo y Jorge Hugo Álvarez, el doctor Portocarrero Hidalgo introduce al propio prestigio de la Administración, su posición es que la intervención punitiva del Estado en esta parcela se justifica a partir de su referencia a los administrados, esto es, a los ciudadanos, de modo tal que la tutela penal en el ámbito de la Administración Pública se justifica en tanto medio de satisfacción de los intereses prestacionales que dimanen del ejercicio de la función pública.

La protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública se dirige, ya no al deber de lealtad que tienen los funcionarios y ciudadanos para con la Administración, ni al ejercicio regular de la función pública, sino al funcionamiento correcto de la Administración Pública. El funcionamiento correcto de la Administración Pública adquiere concreción

⁴⁸*Ibid.*, p.52

entonces a partir de su vinculación a los fines ulteriores de satisfacción de los intereses de la ciudadanía con sujeción a la Constitución y a la Ley.

Finalmente, están los doctrinarios que optan por un concepto Dual, calificando al Peculado como un delito pluriofensivo.

Entre ellos, el español Luis ROCA AGAPITO⁴⁹, sostiene que en la moderna doctrina ningún sector doctrinal ha defendido el carácter puramente patrimonial del delito sino más bien ha concebido su naturaleza desde una perspectiva dual. Por una parte, destacan el aspecto patrimonial, puesto que la conducta se proyecta sobre caudales o efectos públicos, y de otra parte se acepta como segundo componente la deslealtad del funcionario, en cuanto infracción de los deberes específicos de custodia y gestión de los caudales públicos que tiene el funcionario. El funcionario no sólo se apodera de lo ajeno, sino que falta a la confianza depositada en él. SUAREZ MONTES y RODRIGUEZDEVESA, citados por LUIS ROCA AGAPITO⁵⁰, refieren que el desvalor de la acción de la conducta del funcionario es un elemento integrante del contenido del injusto a la vez que el aspecto patrimonial, el bien jurídico protegido en España bajo el título de Malversación, son los intereses patrimoniales del Estado, la provincia, el municipio y en general de los entes públicos, tengan o no autonomía administrativa y de otro el desvalor de la acción ya que el autor se prevalece de sus funciones públicas.

CUAREZMATERAN, citado por Luis ROCA AGAPITO⁵¹, entiende que todo el bien jurídico es de signo patrimonial ya que lo primero que se ve afectado es la propiedad de la Administración Pública y la seguridad con que

⁴⁹ROCA AGAPITO, Luis. *Op .cit.*, pp.36-37

⁵⁰*Ibid.*,p.56

⁵¹*Ibid.*,p.58

ésta trata de preservar el patrimonio público y en segundo lugar, el normal funcionamiento de aquélla en su aspecto patrimonial. Luis ROCA AGAPITO⁵², concluye que el bien jurídico protegido sería la correcta gestión del patrimonio público destinado a la prestación de servicios públicos. Con ello se acoge, por una parte, el aspecto patrimonial y por otra, el aspecto del correcto funcionamiento de una Administración Pública prestacional.

En el ámbito nacional, FIDEL ROJAS VARGAS⁵³ desdobra el bien jurídico en dos objetos específicos: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, asegurando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos al que están obligados los funcionarios y servidores. Es interesante destacar que si bien el derecho penal toma a la administración pública como objeto de tutela en su dimensión objetiva o material, es decir, como actividad funcional, sin embargo, es el Estado como órgano global – y la diversidad de sus instituciones (dimensión subjetiva) – quien asume la titularidad de un sujeto pasivo. Se produce así el fenómeno de la integración de los dos ámbitos de la administración pública a través del derecho penal.

No obstante, puede hablarse, sin que existan problemas de contradicción lógica, de un *sujeto pasivo genérico*: el Estado y un *sujeto pasivo específico* (directo): la entidad estatal afectada o el funcionario (en determinados casos delictivos cometidos por particulares).

⁵²*Ibid.*,p.65

⁵³*Ibid.*,p. 327.

2.2.2.4 Delito de colusión desleal

Tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, en la jurisprudencia antes mencionada, el razonamiento utilizado por el juez que, partiendo de los indicios, le ha permitido llegar a la inferencia y así a la certeza requerida para vencer la presunción de inocencia y dictar una sentencia condenatoria debe tener en cuenta el objeto de la prueba que, como en todo proceso, lo constituye tanto la comisión del delito así como el nivel de participación del imputado.

En tal sentido, resulta pertinente anotar que en el delito de colusión desleal, como cualquier infracción penal, debe ser objeto de prueba de cada uno de los elementos típicos: *a)* especial condición del sujeto activo o imputado, no olvidemos que este es un delito especial propio, por lo que debe acreditarse que el imputado no solo tiene la condición de funcionario público, sino que también interviene un determinado acto jurídico en representación del Estado; *b)* concertación con el particular o intraneus, *c)* la conducta fraudulenta en perjuicio del Estado (no necesariamente patrimonial); y *d)* la naturaleza del acto jurídico (licitación, suministro, concurso de precios, etcétera) materia del delito. La entidad o suficiencia de la prueba, cuya complejidad se reconoce, debe armonizarse con la vigencia de principios constitucionales de indiscutible valor, como la presunción de inocencia, la *in dubio pro reo* y la exclusión de la prueba ilícita. Las reglas del ofrecimiento, actuación y valoración de la prueba no deben sufrir relajamiento, flexibilidad o merma alguna, así como la complejidad del tema probatorio no debe llevar a sostener el atemperamiento de la calidad y suficiencia de la prueba. La materia o el

ámbito temático que ha de probarse, por más dificultad que encierre, no debe ejecutarse con desmedro de los derechos fundamentales.

Como se ha señalado, dada la naturaleza clandestina u oculta como opera la dinámica comisiva del delito de colusión desleal y teniendo en cuenta además que el imputado es un funcionario público que, en caso de actuar en una estructura de poder organizada habrá de propender a la desaparición de las pruebas y el entorpecimiento de la investigación, la doctrina recuerda la necesidad de recurrir cada vez con más insistencia a la prueba de indicios o prueba de presunciones.⁵⁴

En tal sentido, nuestra Corte Suprema ha venido desarrollando, por medio de la jurisprudencia producida en los últimos años, una serie de conceptos y principios referidos a los indicios que tanto las partes como los jueces pueden o deben tomar en cuenta, a efectos de desarrollar la actividad probatoria en los procesos por estos delitos.

Así, el Supremo Tribunal ha establecido que la prueba del delito de colusión residiría en que un alcalde contrató una empresa para la construcción de una carretera sin respetar los convenios suscritos con el Gobierno Regional, el cual le impedía contratar con terceros⁵⁵. Considero oportuno anotar que la breve descripción que se hace en la Ejecutoria Suprema de los hechos que se consideran probados no permite determinar si en efecto se ha cumplido con los supuestos desarrollados en la Ejecutoria vinculante dictada en el RN 1912-2005, pues no se cuenta con los elementos necesarios para establecer si

⁵⁴EXTEBARRIA ZARRABEITIA, Xabier. (1997). *Fraudes y exacciones ilegales*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, p. 209.

⁵⁵Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3978-2001 del 9 de octubre de 2002.

en dicho caso en efecto ha existido multiplicidad de indicios concatenados, ni tampoco se explica adecuadamente el razonamiento utilizado para llegar a la conclusión de certeza respecto de la comisión del delito y la responsabilidad del acusado.

De igual manera, la Sala Penal de la Corte Suprema ha precisado la prueba del delito de colusión sobre la base de la entrega de productos en mal estado, pero que pese a todo llevó a los procesados a pagar con inusitada rapidez el íntegro del dinero⁵⁶, expidiendo un cheque a favor del encausado, cuando lo correcto hubiera sido girar el cheque a nombre de la empresa contratista, hecho que además se produjo cuando el producto ni siquiera había ingresado en el almacén de la entidad agraviada. A ello se agrega la falsificación de una carta de cotización de una empresa contratista que nunca fue remitida. Lo destacable de esta jurisprudencia es que fundamenta la confirmación de la condena expedida en primera instancia, en una *pluralidad concatenada de indicios relevantes*, los que demostrarían la concertación producida entre la empresa contratista y los funcionarios públicos, tales como: *a)* la entrega del producto en mal estado, que se entiende no supuso una labor de verificación y de control previo por parte de los funcionarios, más aún cuando uno era jefe de la Oficina de Abastecimiento; *b)* la rapidez en el pago del íntegro del dinero; *c)* el giro del cheque salió a nombre del encausado y no a nombre de la empresa contratista, si bien este indicio no es unívoco ni rotundo debe interpretarse junto a los demás indicios; *d)* el producto ni siquiera había ingresado en los almacenes, lo que supone que no se desarrolló un visto

⁵⁶ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1477-2004 del 1 de marzo de 2005.

bueno o la conformidad de los bienes en cuanto al estado, cantidad y calidad por parte del funcionario competente; y *e*) la falsificación de una supuesta cotización de una empresa contratista que no participó en el proceso de selección.

Por otro lado, el máximo órgano de justicia de la República ha reconocido expresamente el valor de la prueba indiciaria en el delito de colusión desleal, al confirmar la sentencia condenatoria sobre la base de diversos indicadores, tales como: *a*) en su condición de contador aceptó girar un cheque a favor de la empresa, a pesar de que nunca existió contrato, ni valoró que resultaba excepcional la forma de adquisición (pagó por adelantado sin contra entrega física del bien); *b*) pese a tener en su poder la carta fianza presentada por la citada empresa con el supuesto objetivo de garantizar la transacción, no la ejecutó en el plazo correspondiente⁵⁷; y *c*) la adquisición de las especies no tenía sustento técnico para su requerimiento por parte del supuesto usuario del servicio⁵⁸. El mismo razonamiento, al valorar una pluralidad de indicios, se observa cuando en Ejecutoria Suprema se señala que: *a*) no se tuvieron en cuenta las especificaciones técnicas y presupuestos internos; *b*) no se siguieron las sugerencias aportadas por el asesor; *c*) se ignoraron las disposiciones del Reglamento Único de Adquisiciones pese a que la empresa fue observada en la primera convocatoria por presentar precios mayores a los

⁵⁷GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y Carlos GÓMEZ PAVAJEAU. (2004). *Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 322.

⁵⁸Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 284-2003 del 13 de mayo de 2004.

del mercado; y *d*) omitir la presentación de la carta fianza de fiel cumplimiento⁵⁹.

Otros factores e indicadores de cargo tomados en cuenta por la jurisprudencia peruana para probar la colusión desleal son los siguientes: admitir en un proceso de selección el precio más alto; otorgar un adelanto fuera de contrato⁶⁰; la marginación de otros postores; la existencia del vínculo de parentesco; cuando no se cumplían las especificaciones técnicas requeridas, se efectuaron pagos sin que se produzca la entrega total de los bienes; el pago superior a lo pactado; la convocatoria al concurso público no fue publicada en el diario oficial; existió una inusual celeridad en la gestión del pago mediante un cheque a favor de la empresa beneficiada; la empresa no estuvo constituida legalmente ni se encontraba registrada como proveedor; la orden que dio el director del hospital fue verbal⁶¹; el haber suscrito un contrato con una empresa que no tenía licencia de funcionamiento, no tenía local comercial, ni se encontraba inscrita en el Registro de Proveedores⁶². En esta línea, resulta importante citar El caso del alcalde que contrató una empresa de propiedad de un regidor, siendo además que el número de Registro Único del Contribuyente con el que facturó los contratos no pertenecía a la citada empresa; se adquirieron productos de segunda como si fueran nuevos; fue una adquisición sin requerimiento técnico por parte de la unidad requirente; que

⁵⁹Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1060-2003 del 30 de junio de 2004

⁶⁰Dictamen del fiscal supremo en lo penal recaído en el Recurso de Nulidad 740-2003 del 4 de junio de 2004.

⁶¹ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1590-2005 del 2 de diciembre de 2005.

⁶² Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 144-2004 del 7 de julio de 2004.

los bienes no fueron entregados al nosocomio pese a que se abonó 80% de su costo total; y que tampoco se suscribió contrato alguno⁶³.

Por último, conviene destacar la importancia de los peritajes e informes técnicos en la acreditación del delito de colusión desleal, tanto para acreditar el perjuicio patrimonial, como si existió sobrevaluación o respecto de la naturaleza o característica de los bienes y/o servicios adquiridos. Sobre el particular, conviene precisar que resulta esencial y de significativa importancia la elaboración de informes y dictámenes periciales⁶⁴ dentro del proceso penal, ya sea como pericia contable, valorativa, económica, financiera, bromatológica, mecánica o de otro orden, siempre que se busque determinar la existencia o no del perjuicio y la precisión de la magnitud de este. En ese sentido, la pericia contable permite establecer, por ejemplo, si ha existido perjuicio o ventaja patrimonial⁶⁵ a la concreta entidad del desplazamiento patrimonial. Conviene precisar que los hallazgos o resultados de las pericias o auditorías que se formulen deben ser concretos y específicos, y evitar en todo momento ser genérico⁶⁶.

⁶³ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1590-2005 del 6 de julio de 2005.

⁶⁴ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1382-2002 del 5 de mayo de 2003.

⁶⁵ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 238-2005 del 14 de junio de 2005

⁶⁶Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 3342-2003 del 10 de noviembre de 2004.

2.2.3 Determinación de la imputación de los delitos contra la administración pública según la teoría del dominio

2.2.3.1 Determinación: delitos de dominio- delitos de infracción de un deber y delitos comunes- delitos especiales

En la determinación de la autoría y participación, son dos las formas de fundamentar el injusto penal: a través de un delito de dominio o de un delito de infracción de deber⁶⁷. La diferencia dogmática entre estos institutos no se limita a una distinción meramente formal (como si es el caso de la diferencia de los delitos comunes y especiales), sino que tras ello se encuentra una distinción de sentido material⁶⁸. A su vez, estos se subdividen en delitos comunes y delitos especiales. En los primeros, agente o autor puede ser cualquier persona. Se identifican claramente en los tipos penales, cuando el legislador los señala a través de términos anónimos⁶⁹: “el que” (v. gr. homicidio Art. N° 106 del CP). A diferencia de los delitos comunes, en los delitos especiales el tipo exige alguna cualidad o circunstancia especial en el sujeto activo⁷⁰ (v. gr. Apropiación ilícita art. 190; hurto impropio Art. N° 191 del CP).

Por último, estos se dividen en delitos especiales propios y delitos especiales impropios. En los primeros el elemento especial opera

⁶⁷JAKOBS, Günther. (1997). *Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de la 2ª ed. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, p. 718.

⁶⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. (1999). *La responsabilidad penal del administrador de Derecho de la Empresa: Criterios de imputación*. J.M. Bosch editor, Barcelona, p. 42.

⁶⁹VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2009). *Derecho Penal Parte General*. Grijley, Lima, p. 306.

⁷⁰GARCÍA CAVERO, Percy. (2003). *El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal peruano*. Ara Editores, Lima, p. 49.

fundamentando el injusto y por ende, la pena⁷¹ (v. gr. el prevaricato Art. N° 418 del CP). En los segundos, el elemento especial de autoría opera como un elemento adicional que agrava el injusto ya existente en un delito común, lo cual a diferencia del delito especial propio, aquí, ya existe un tipo común subyacente, de tal manera que si el agente no tuviera la cualidad exigida en el tipo especial, siempre podrá serle aplicarle el tipo común⁷² (v. gr. el parricidio Art. N° 107 con relación al homicidio simple art. N° 106; la concusión art. N° 382 con relación al delito de coacción Art. N° 151 del CP).

Ahora bien, la doctrina ha clasificado a los delitos contra la Administración Pública como delitos especiales. Por lo tanto, en estos, autor será aquella persona que tenga una cualidad o condición exigida por el tipo penal. No obstante, el problema surge cuando concurre un sujeto cualificado (*intranueus*) y un no cualificado (*extraneus*), en relación al diferente aporte en la ejecución de los delitos especiales. Al respecto la doctrina señala dos teorías rivales que parten todavía de la teoría del dominio del hecho: la teoría de la ruptura del título de imputación y la teoría de la unidad del título de imputación⁷³. Antes de analizar cada una de estas teorías, es menester definir en qué consiste el tópico del cual estas dos teorías parten (teoría del dominio del hecho).

⁷¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2003). Ob. cit., p. 307; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. 2ª ed. Palestra, Lima, p. 47.

⁷²Ob. cit., p. 48.

⁷³ REANOPESCHEIRA, José. (2002). *Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir, aspectos sustantivos y procesales*. Jurista Editores, Lima, , p. 272.

2.2.3.2 Teoría del dominio del hecho

Formulado por primera vez por Hegler en los primeros años del siglo pasado⁷⁴. Hegler considera ya el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o más exactamente, del sujeto del delito. Sin embargo dicho autor entiende a la figura, solo, respecto a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, esto es, imputabilidad, dolo, imprudencia y ausencias de causas de exculpación⁷⁵. Refiere, que actuará culpablemente solo aquel que tiene pleno dominio del hecho. Así, será autor solo aquella persona que haya sido señor del hecho en su concreta manifestación⁷⁶. Junto a Hegler aparece el concepto de dominio del hecho en Frank y Goldschmidt ocupándose, también, en el marco de culpabilidad⁷⁷. Posteriormente, Bruns señala que la idea básica en la teoría del dominio del hecho presupone al menos la posibilidad de dicho dominio. Este solo concurre cuando la acción es adecuada en general “para ocasionar resultados del género de lo producido”⁷⁸.

Diferente al concepto de dominio del hecho referido al concepto de culpabilidad del autor, Welzel, desde una óptica de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, otorga a la teoría del dominio un contenido distinto⁷⁹. Según este nuevo entender, el dominio

⁷⁴Fue Hegler el primero que empleó en Derecho penal la expresión “dominio del hecho”. En su monografía “Elementos del Delito” introduce en numerosos lugares el término ‘dominio del hecho’ o ‘dominio sobre el hecho’ como concepto básico de la sistemática del Derecho penal”. Vid. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 81.

⁷⁵Ídem.

⁷⁶Ídem.

⁷⁷Ibidem, p. 82.

⁷⁸Ibidem, p. 83.

⁷⁹La teoría del dominio del hecho formulada por Welzel, en 1936 surge de las determinaciones fundamentales de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que es

del hecho pasaba a ser ahora un elemento general de la autoría donde el autor se presenta como señor de un hecho: “autor es el señor del hecho”, donde él es señor sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o colabora con él, participa en el hecho, pero no es señor del hecho. En esta teoría solo es atinado hablar de autoría y participación en los tipos dolosos, ya que solo aquel que mediante una conducción consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor de la realización del tipo⁸⁰. Sin embargo, el mencionado autor no señala cuáles serían las reglas en los delitos imprudentes.

Actualmente se distinguen tres formas de manifestación de la teoría del dominio⁸¹. Dominio de la acción, en la que el autor realiza de manera personal el hecho delictivo (autoría directa). Esta forma de autoría es la que sirve como punto de referencia a la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo penal⁸². Dominio de la voluntad cuando el agente utiliza a otra persona que le sirve a aquel de instrumento para realizar la acción típica (autoría mediata) y dominio funcional donde la realización del tipo consiste

establecer el centro personal de la acción del hecho antijurídico. WELZEL, Hans. (1976). *Derecho Penal alemán. Parte General*. Trad. de la 6ª ed. Alemana de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, p. 145.

⁸⁰Este concepto, pese a ser ambiguo, es el más apto para delimitar quién es autor y quién es partícipe en los delitos dolosos, porque por más que sea a veces difícil de precisar, en cada caso quien domina realmente el acontecimiento del delito está claro que solo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado autor. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 448 y ss.

⁸¹WESSELS, Johannes. (1980). *Derecho Penal, Parte General*. Trad. de la 6ª ed. de Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, p.154; MIR PUIG, Santiago. (1983). *Derecho Penal Parte General*. 5ª ed. Reppertor Barcelona, p. 153; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ARROYO ZAPATERO, Luis/ FERRE OLIVE, Juan Carlos/SERRANO PIEDECASAS, José Ramón/GARCÍA RIVAS, Nicolás. (1999). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Editorial Praxis, Barcelona, p.289; ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 704.

⁸²Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 469.

en un reparto de funciones (división del trabajo) desde la realización de la acción típica hasta la ejecución del tipo (coautoría).

2.2.3.3 Teoría de la ruptura del título de imputación^{83/84}

Sobre la base del dominio del hecho, es autor quien tiene el dominio del hecho y es partícipe quien no lo tiene. La tesis de la ruptura del título de imputación sostiene que cuando en los delitos especiales concurren un *intraneus* y un *extraneus*, cada sujeto responde por distintos delitos. En efecto, el *intraneus* responde como autor o partícipe de un delito especial, en tanto que el *extraneus* responderá como autor o partícipe de un delito común. Los partidarios de esta teoría se apoyan en la institución dogmática de la incomunicabilidad de las circunstancias personales (art. N° 26 del CP) la cual exige que las cualidades de los tipos especiales no deba nunca servir de base para la tipicidad (y la pena) del partícipe *extraneus*⁸⁵.

A decir de esta teoría, en los delitos especiales impropios, la comisión de un determinado tipo puede generar más de una calificación jurídica, si es que las condiciones que determinan el estatus jurídico-normativo que presentan los intervinientes son disímiles; además de un diferenciado título de imputación que se les atribuya según las circunstancias, de tal manera que ante un suceso

⁸³Son partidarios de esta teoría BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. (1990). *Principios de Derecho Penal*. 4ª ed. Madrid, p. 381 y ss.; BOLDOVAPASAMAR, M. (1995). *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*. Civitas, Madrid, p. 297 y ss.

⁸⁴En la jurisprudencia también se discute la unidad o ruptura del título de imputación. En esta última línea la ejecutoria del 15 de marzo de 1994 señala que: "Estando la condición especial del sujeto activo del delito, no puede tenerse como cómplice del delito de peculado al particular, pues este no es el funcionario ni servidor público, por lo que su conducta delictiva se asimila a la de cómplice del delito de hurto en perjuicio del Estado". Ejecutoria Suprema del 15 de marzo de 1994, Exp. N° 1885-92-B. Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit. pp. 505-506.

⁸⁵ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 48.

delictivo en donde se encuentre bajo afectación un bien jurídico cuya accesibilidad para su lesión o puesta en peligro se encuentra restringida para determinados sujetos. Solo aquellas personas que tenga la condición cualificada exigida por el tipo penal para su dominio y por ende afectación (*intraneus*), le será considerada su actuación dentro del supuesto del hecho típico de carácter especial. En tanto que, si en la comisión del mismo hecho delictivo, encontramos la participación de otra u otras personas que no registren la condición cualificada que requiere el tipo (*extraneus*), su participación ya no estará encuadrada dentro del tipo especial, sino, en otro supuesto típico en donde el acceso al bien jurídico no está sujeto a ninguna cualificación especial del agente (delito común), si es que en el ordenamiento jurídico penal existiese una equivalencia con un tipo penal subyacente (delito especial impropio). Así, el caso del funcionario o servidor público que, con dominio del hecho, se apropia de caudales o efectos de la Administración Pública (cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo) con la colaboración de un tercero; el primero será autor de un delito especial (peculado art. N° 387 del CP) y el segundo, partícipe de un delito común (hurto art. N° 185 del CP). A contrario sensu, si este (*extraneus*) ostenta el dominio del hecho y aquel (*intraneus*) solo se limita a colaborar con el sujeto no cualificado. El primero (*extraneus*) responderá como autor de un delito común (hurto) y el segundo (*intraneus*) responderá como partícipe de un delito especial (peculado). Sin embargo, en los delitos especiales propios trae como consecuencias la impunidad del sujeto no cualificado. Esto en virtud a que en estos delitos no existe un tipo

penal común que podría ser cometido por cualquier persona. Dentro de esta perspectiva, tal como sucede en los delitos especiales impropios, la concurrencia del *intraneus* y *extraneus* traería consigo la imputación diferenciada. La clase de imputación dependerá de quien ostente el dominio del hecho. V.gr. si en el delito de prevaricato (art. N° 418 del CP) concurre un *intraneus* con un *extraneus* donde aquel tiene el dominio del suceso. Al obligado especial se le imputará la autoría del tipo penal especial (prevaricato), mientras que al *extraneus*, la participación de dicha figura penal. Pero como acá no existe un delito común teóricamente siempre habrá impunidad en el *extraneus*. Peor aún, cuando sea este quien tenga el dominio y no aquel, se tendría que aceptar la impunidad no solo del *extraneus*, sino que también del *intraneus*.

Como se observa, la teoría de la ruptura del título de imputación, acarrea consecuencias político-criminales nefastas (impunidad para el *extraneus* y eventualmente para el *intraneus*). Además rompe con el principio de accesoriedad de la participación, ya que se arribaría a una solución artificial de imputar al *extraneus* e *intraneus* delitos distintos, cuando en realidad se trata de un solo supuesto de hecho ilícito⁸⁶.

⁸⁶Cfr. QUINTEROS OLIVARES, Gonzalo (Director). (1999). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Pamplona, Aranzadi, p. 630 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 506; SAN MARTÍN CASTRO, C/CARO CORIA, C/REAÑOPESCHEIRA, J. Ob. cit., p. 273.

2.2.3.4 Teoría de la unidad del título de imputación^{87/88}

La teoría de la unidad del título de imputación contiene un enfoque distinto a la teoría de la ruptura del título de imputación. Para aquella teoría, si bien el *extraneus* no puede ser autor de un delito especial, si puede ser partícipe de dicho delito. Los autores en esta línea argumentan que la teoría de la incomunicabilidad de las circunstancias (art. 26 del CP peruano), lejos de impedir que el *extraneus* sea considerado como partícipe del delito especial, la fundamentan⁸⁹. En efecto, para esta teoría tanto *Intraneus* como *extraneus* responden o bien por un delito especial o bien por un delito común, todo depende de qué clase de sujeto (*intraneus* o *extraneus*) ostente el dominio del

⁸⁷Son partidarios de esta teoría entre otros, QUINTEROS OLIVARES, G. Ob. cit., pp. 630-632; GIMBERNATORDEIG, Enrique. (1966). *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Madrid, p. 276 y ss; GARCÍA CONLLEDO, M. *La autoría en el Derecho Penal*. Barcelona, PPU, 1991, pp. 166 y ss; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2000). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia p. 296; en el Perú, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit. p. 506; ABANTO VÁSQUEZ, M. Ob. cit., p.57; BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. (2002). *Manual de Derecho Penal Parte General*. 2ª ed. Santa Rosa, Lima, p. 421; REAÑOPESCHEIRA en SAN MARTÍN CASTRO, CARO CORIA, REAÑOPESCHEIRA, J. Ob. cit., p. 233.

⁸⁸En la judicatura se viene aceptando dicha teoría: “La participación de los *extraneus* en el delito de colusión fue en calidad de cómplice, asumiendo la tesis de la unidad del título de imputación, cuyo sustento reposa en el principio de accesoriedad limitada de la participación, según el cual en los supuestos de participación de un *extraneus* en un delito especial, sea propio o impropio, el sujeto no cualificado (*extraneus*) deberá responder como partícipe (cómplice o instigador) en el delito especial”. Ejecutoria Suprema del 5 de junio de 2008, R.N. N° 18-2008-Huancavelica; En otro caso: “siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipe en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general de que los partícipes como –toda persona– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico que protege la norma jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice, no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es autor, sino un simple partícipe”. Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre del 2004, R.N.N° 2976-2004. Vid. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 507.

⁸⁹ABANTO VÁSQUEZ, M. Ob. cit., pp. 50-51.

hecho, pero de ninguna manera responderán por distintos delitos cuando se trate de un mismo hecho ilícito.

Dentro de sus argumentos, dicha teoría consagra el principio de accesoriadad⁹⁰, indicando que el partícipe (*extraneus*) desarrolla una actividad que se encuentra en dependencia respecto de la del autor (*intraneus*) por lo que la participación no constituye un tipo delictivo autónomo, sino un mero concepto de referencia, cuya responsabilidad depende de determinados presupuestos del acto principal⁹¹. Esta teoría muestra cierta ventaja respecto de la primera, pues subsana las falencias político-criminales, ya que la conducta de los *extraneus* que concurren en la comisión de un delito especial no quedará impune. Así, en los delitos especiales impropios el sujeto cualificado (*intraneus*) será autor del delito especial y el no cualificado (*extraneus*) será partícipe de mismo delito. V. gr., otra vez, si un funcionario público que, con dominio del hecho, se apropia de caudales o efectos de la Administración Pública con la colaboración de un particular; el funcionario (*intraneus*) será autor del delito de peculado (art. N° 387 del CP) en tanto que el particular (*extraneus*) será partícipe del mismo delito. Al revés, si este domina el hecho (*extraneus*) y aquel (*intraneus*) solo se limita a colaborar con el sujeto no cualificado. El primero (*extraneus*) responderá en calidad de autor del delito de hurto, mientras que el segundo (*intraneus*) responderá en calidad de partícipe (instigador o cómplice) del mismo delito.

No obstante, en los delitos especiales propios, esta teoría no permitiría una adecuada protección de los bienes jurídicos; ello debido a la presunta

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 498.

existencia de supuestos de hechos dentro del cual se cometa un acto ilícito, en donde el dominio del hecho lo tenga un *extraneus* y no un *intraneus*, sin embargo, como solo se encuentra tipificado penalmente la conducta de este último, no existiendo un delito común subsidiario que permita sancionar la conducta ilegal del primero, por lo que el suceso quedaría impune en mérito del principio de legalidad⁹². Además, la teoría en estudio no tiene una respuesta eficaz sobre los comportamientos omisivos de los funcionarios o servidores públicos, siendo que en tales supuestos los *intraneus* solo responderán como partícipes –en lugar que sean considerados autores–, en tanto quienes responderían como autores serían los *extraneus* por ostentar el dominio del hecho; con lo cual –se afirma– se altera los criterios normativos que sustenta los delitos de omisión impropia, quienes pasarían a convertirse en delitos de comisión y de esta manera se procedería a una injusta imposición de penas, en donde al *intraneus* se le impondría una menor pena que al *extraneus*, por haber actuado este último como autor y aquel como partícipe⁹³.

2.2.3.5 Naturaleza jurídica de los delitos contra la administración pública: delitos de infracción de deber

Para poder imputar un delito basado en las disposiciones que venimos analizando es indispensable e imprescindible saber cuál rol en la que se encuentra el *intraneus* dentro de los denominados delitos

⁹²Cfr. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. (2004). *La participación de los extraneus en los Delitos de infracción de deber. En libro del XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*. ARA Editores, Lima, p. 437.

⁹³Ibidem, p. 436.

contra la Administración Pública. Los roles relevantes para el Derecho penal son dos: el rol general del ciudadano (*neminenlaede* negativo⁹⁴) y el rol especial (*neminenlae de positivo*⁹⁵). El primero es el denominado delito de dominio (delitos de organización) y el segundo es el denominado delito de infracción de deber (delitos institucionales). En el análisis de los delitos de dominio hay que apuntar lo siguiente: se fundamenta en el rol general de ciudadano, el que tiene como fundamento la separación de esferas de libertad de organización de los ciudadanos en la sociedad. En tal sentido, esa organización de su libertad debe tener como límite la evitación o no colisión con la esfera de la libertad de los demás (*neminenlaede*). Esta forma de ver la actuación de la persona dentro de su rol de ciudadano trae como consecuencia que solo entonces será responsable por la mala organización de su propia esfera de competencia⁹⁶. Por otro lado, en los delitos de infracción de deber existe un deber que no se respalda en la organización de la propia esfera de desarrollo social o de dominio, sino en un deber inmediato⁹⁷ que tiene el

⁹⁴Se trata de una institución que el Derecho Romano rubricó bajo el nombre de *neminenlaede* y que consiste, sencillamente, en no dañar a los demás (...), así Pufendorf señala que: "Entre los deberes absolutos o los deberes de todos frente a todos, el siguiente deber es el más importante: nadie debe ocasionar daño a los demás. Este es el deber más amplio de entre todos los deberes, el deber que atañe a todos los hombres, pero también es el que resulta más fácil de cumplir, puesto que consiste sencillamente en la omisión de una mera acción (...)". Vid. SÁNCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, Javier. (2002). *El delito de infracción de deber y la participación delictiva*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Barcelona, pp. 83-84.

⁹⁵ El hombre no solo configura el mundo externo, sino que se ve inmerso en un mundo ya configurado, condicionado por una serie de instituciones ya existentes. En esta línea, el rol que entra en juego, no es únicamente el rol de persona, sino la persona en su rol de padre, madre, tutor, administrador etc., o en su rol-nexo con los deberes positivos del Estado. V. gr., en su rol de policía (seguridad interior), juez (administración de justicia), fiscal etc., dicho rol, hace que el ciudadano sea garante de expectativas normativa, no solo, de no lesionar, sino que, además, de evitar que terceros lesionen el objeto de custodia (*neminenlae de positivo*). Así, por ejemplo, si un juez invoca pruebas inexistentes o no otorga la libertad del detenido que debió otorgar, entonces será de un delito de infracción de deber (prevaricato art. 418 del CP).

⁹⁶ JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 718 y ss.

⁹⁷ Vide SÁNCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, Javier. Ob. cit., p. 29 y ss.

sujeto activo respecto al bien jurídico. Así autor en estos delitos no solo es aquella persona que lesiona o pone en peligro el bien jurídico en virtud de una organización, sino en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta solo al titular de un determinado estatus o rol especial⁹⁸.

Ahora bien, los delitos contra la Administración Pública, son mayoritariamente, delitos de infracción de deber. En tal sentido, la autoría queda reducida a aquel que ostenta una relación inmediata con bien jurídica. Relación de no lesionar y de evitar que terceros lesionen el vínculo funcional que el autor mantiene con la administración pública. Dicho deber, no es meramente causal al daño generado⁹⁹, al contrario se trata de un deber que solo ostentan ciertos ciudadanos (deberes especiales), como es el caso del funcionario público de velar por los caudales o efectos de la administración (peculado art. N° 387 del CP) o de aquel otro funcionario, de no coludirse con terceros a efectos de no defraudar los intereses del Estado (colusión art. 384 del CP peruano). En síntesis, se trata de velar por el correcto funcionamiento de la Administración pública debido a la relación directa que existe entre el autor (funcionario o servidor público) y el bien jurídico. En lo que sigue se ahondará con más detalle.

⁹⁸ “En los delitos de infracción de deber los autores están obligados en tanto garantes, a la tutela institucionalmente asegurada de un bien, de modo que para el tipo el delito de infracción de un deber un dominio del obligado es irrelevante y ello con independencia de si ostenta o no el dominio del hecho” RUEDA MARTÍN, María Ángeles. (2002). “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 12, Lima, pp. 426-427.

⁹⁹GARCÍA CAVERO. Percy. “Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho. Una cuestión general y otra particular”. En: *Revista para el Análisis del Derecho*. p. 4.

A. Los Delitos de infracción de deber

Roxin, referente obligatorio sin duda, empleó por primera vez en el Derecho Penal la categoría de los denominados delitos de infracción de deber (*Pflichtdelikten*) en el año 1963. Según el planteamiento de dicho autor el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Dicho deber se encuentra antepuesto en el plano lógico a la norma y, por lo general, se origina en otras ramas jurídicas¹⁰⁰.

Con razón, se sostiene que en esta clase de delitos no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor –figura central de un hecho típico– debido a que la sanción se afirma sobre una persona que infringe las exigencias que tiene, que se derivan del rol social que desempeña. De esta manera, no es el dominio del hecho el criterio para definir quién es autor, sino que es la infracción de un deber extrapenal que esta lógicamente pre ordenado a la ley, ya que procede de otros ámbitos jurídicos¹⁰¹.

Ahora bien, es Jakob quien ha desarrollado una interesante aproximación a la tesis de Roxin. En Jakobs la distinción entre los delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante criterios de ámbito de competencia del autor. Según esto, la persona vive inmersa en mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de estos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia fundamenta

¹⁰⁰Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 386-387.

¹⁰¹DONNA, Edgar Alberto. (2002). “El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Número 11. Idemsa, Lima, p. 262.

precisamente la responsabilidad¹⁰². Así, establece una clasificación bipartita, a saber: Delitos de organización y delitos institucionales (lo que en el lenguaje de Roxin es delitos de dominio y delitos de infracción de deber respectivamente)¹⁰³. En esta última perspectiva, para el profesor de Bonn, la autoría en esta clase de delito se funda en la infracción de un deber vinculado a instituciones positivas¹⁰⁴, entre autor y el bien, a través de un estatus de contextos regulados, es decir a instituciones preformados y a lo sumo disponibles dentro de límites muy reducidos, como acontece justamente en los delitos de funcionario público¹⁰⁵. Este deber hace que el ciudadano sea garante del bien jurídico, esto es, que se convierte en protector de expectativas o realidades normativas¹⁰⁶.

Aquí la responsabilidad o incumbencia del autor no se define por su ámbito de organización, sino a través del estatus que fundamenta un deber especial de cuidado de un bien, cuidado especial, solidario e institucionalmente

¹⁰²CARO JHON, José Antonio. (2003). "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber". En: *Anuario de Derecho Penal. Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano*. Lima, p. 58.

¹⁰³Vide SÁNCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, Javier. Ob. cit., pp. 37-38; CARO JHON, José. Ob. cit., p. 58.

¹⁰⁴JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 266; JAKOB, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Trad. de la 1ª de Enrique Peñaranda/Carlos Suarez Gonzales/Manuel CancioMelia. (1997). Civitas, Madrid, pp. 262 y 263; JAKOB, Günther. *Sobre el normativismo de la dogmática jurídico penal*. Trd. de Manuel CancioMelia/Bernardo Feijóo Sánchez. (2003), Madrid, Civitas, pp. 131 y 132; SÁNCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, Javier. (2004). *El denominado delito de propia mano, respuesta a una situación jurisprudencial*. Dickinson, Madrid, p. 133 y ss.

¹⁰⁵Suárez Gonzales, Carlos, critica precisamente que "la falta de un criterio material en torno a los cuales son los contextos regulados preformados, y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites, constituye ciertamente una limitación para establecer un fundamento de la responsabilidad tan específico como el que propone". Vid. Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionario. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María y SUÁREZ GONZALES, Carlos. *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública*. Grijley e Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, p. 160.

¹⁰⁶JAKOBS, Günther. *Sobre el Normativismo de la Dogmática Penal Jurídico Penal*. Ob. cit., pp. 131-132.

asegurado¹⁰⁷. En virtud de que la sanción prevista en el tipo se funda en la inobservancia de un deber especial, poco importa que la infracción sea por acción o por omisión. En efecto todos los delitos de omisión impropia con deber de garante en virtud de 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 una incumbencia institucional¹⁰⁸.

B. Críticas a la teoría de infracción de deber¹⁰⁹

La teoría de los delitos de infracción de deber no está exenta de diversas críticas. En primer lugar; se afirma que de seguirse este concepto, solo existirá un desvalor de la acción, pero no un desvalor del resultado, en el sentido de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, por lo que habría un posible distanciamiento con el principio de lesividad¹¹⁰. También se ha criticado a la vaguedad de los deberes, puesto que atentarían contra un Estado de Derecho. Así, Gracia Martín refiere que en los delitos de funcionarios, no habría más que referir la infracción de deberes vagos y genéricos conceptos como “deber de fidelidad”, “deber de obediencia” o “deberes de subordinación”¹¹¹. La crítica de Gracia Martín se sintetiza en sus palabras:

¹⁰⁷JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Ob. cit., p. 266.

¹⁰⁸Ibídem, p. 267.

¹⁰⁹Son críticos de esta teoría entre otros GIMBERNATORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Madrid, 1966, p. 298; GARCÍA CONLLEDO, M. *La autoría en el Derecho Penal*. PPU, Barcelona, 1991, p. 34; GRACIA MARTÍN, Luis. (1986). *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, Vol. II, p. 47 y ss. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Corrupción y Delitos contra la Administración Pública*. En: FABIÁN CAPARROS, Eduardo. *La corrupción aspectos jurídicos y económicos*. Ratio legis, Salamanca, p. 69.

¹¹⁰Vid. SAN MARTÍN CASTRO, C/ CARO CORIA, C/REAÑOPESCHEIRA, J. Ob. cit., p. 192.

¹¹¹GRACIA MARTÍN, Luis. Ob. cit. p. 47; Demetrio Crespo, refiere que: “se ha sostenido que la infracción de injustos fundados en infracción de deber extrapenales conduciría a

“En los delitos especiales puede afirmarse y no hay que desconocer el hecho de que la infracción de un deber es un elemento del tipo. Contrariamente a lo que se sostiene por un amplio sector de la doctrina, la lesión de un deber extrapenal puede ser a lo sumo indicio de tipicidad de lo injusto especial¹¹²Por ende se trataría de una tautología. Está fuera de dudas que el funcionario que revela secretos que haya obtenido con ocasión de su cargo infringe sus obligaciones, incluso esta violación es de gravedad. Pero no se explica la esencia del delito especial. Por ende, para esta posición hay que buscar la esencia de estos delitos en otro lugar”.

Gracia Martín afirma que el autor cualificado se encuentra en una relación especial con el bien jurídico protegido. Explica este autor, que existen bienes jurídicos primarios cuya agresión está al alcance de cualquier persona. Por el contrario, hay otros bienes jurídicos que no se encuentran a disposición de cualquiera, y que cumplen sus funciones en estructuras cerradas, limitadas a los que no tienen acceso todos los individuos sino solo los sujetos cualificados. A esta relación entre estos bienes jurídicos y las personas habilitadas para agredirlos o respetarlos, Gracia Martín la llama “relación de dominio”, pues su fundamento se encuentra en la posición de poder que detentan determinados sujetos sobre determinados bienes jurídicos. Luego se pregunta acerca de cuál es la razón por la que el legislador ha restringido la autoría en los delitos especiales. La respuesta estaría dada por la estrecha relación que existe entre el autor y el bien jurídico, situación que no existe

manifestaciones de un Derecho Penal autoritario ya superado a través de los cuales se criminalizan simples infracciones administrativas, o peor aún, meros actos de infidelidad de deslealtad o traición al Estado”. Ob. cit., p.69.

¹¹²Ibídem, p. 51 y ss.

con respecto a terceras personas¹¹³. Sin embargo, el mencionado autor tergiversa los conceptos de delitos especiales y delitos de infracción de deber. De ninguna manera se pueden equiparar estos delitos. Pues mientras que la dicotomía delitos comunes/delitos especiales se basa en condicionamientos formales exigidos por el legislador, la dicotomía delitos de dominio/delitos de infracción de un deber sí recoge una diferenciación material¹¹⁴. Ahora, el núcleo de los delitos especiales lo constituye la descripción típica de los elementos personales del autor, de la acción, o bien la forma en que un determinado objeto de bien jurídico puede ser lesionado¹¹⁵. En tanto que el núcleo de los delitos de infracción de deber está constituido por un deber positivo inmediato¹¹⁶. En suma, el fundamento de la autoría, en los injustos de infracción de deber, se encuentra en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos mediante la infracción de un deber positivo, independiente de la forma ontológica con que se lleva a cabo dicha infracción.

Por último, los delitos de infracción de deber han sufrido críticas desde otra perspectiva. Así, se ha criticado su posible confrontación con el principio de legalidad¹¹⁷, sobre todo por las consecuencias a las que arriba en el tratamiento de los delitos especiales impropios. Pero, como acota García

¹¹³GRACIA MARTÍN señala que en los delitos especiales sujeto y objeto no son intercambiables. Así por ejemplo la acción típica de prevaricato judicial es dictar sentencia injusta. Pero dicha acción de agresión al bien jurídico protegido solo puede realizarla el sujeto que ostenta la cualificación de juez, porque solo él tiene acceso a ese bien jurídico. Solo un juez puede dictar sentencia injusta y por pasiva, una sentencia injusta puede ser dictada solo por un juez. Cfr. p. 49 y ss.

¹¹⁴GARCÍA CAVERO. Percy. (1999). *La responsabilidad penal del Administrador de Derecho de la Empresa: Criterios de imputación*. J.M. Bosch editor, Barcelona, p. 42.

¹¹⁵CARO JHON, José. Ob. cit., p. 62.

¹¹⁶Vid. SÁNCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, Javier. Ob. cit., p. 39; SÁNCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, Javier. (2004). *El denominado delito de propia mano, respuesta a una situación jurisprudencial*. Dickinson, Madrid, pp. 133 y ss; LESCH, H H. *Intervención Delictiva e Imputación Objetiva*. Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, p. 69.

¹¹⁷GIMBERNATORDEIG, Enrique. Ob. cit., p. 298.

Cavero, la presencia de delitos de infracción de deber dentro del Código Penal es innegable, y la diferencia de criterios de imputación respecto de los delitos de dominio es evidente y respeta mucho más el principio de legalidad que el dejar su determinación en puros criterios fácticos de imputación¹¹⁸.

C. Fundamento de la punibilidad de la infracción de deber del obligado especial

En primer lugar, en los delitos de infracción de deber el sujeto cualificado (*intraneus*) siempre va a responder en calidad de autor. El fundamento de su punibilidad es la infracción de un deber positivo. En efecto, el autor está obligado, en tanto garante, a la tutela institucionalmente asegurada de un bien, de modo que para este tipo de delito un dominio del sujeto cualificado (*intraneus*) es irrelevante; el obligado especial es siempre autor y ello con independencia de si ostenta o no el dominio del hecho¹¹⁹. En suma, el obligado especial solo es autor directo. Los delitos de infracción de deber no admiten la posibilidad de autoría mediata, tampoco la coautoría¹²⁰. Los deberes positivos son especiales, exclusivos y personalísimos. En cuanto a la naturaleza de la conducta del autor, en estos delitos, poco importa si la conducta es cometida por comisión u omisión, en la medida en que existe la infracción de deberes de protección. Por último debemos señalar que para el obligado especial el delito cometido es simplemente un delito de infracción

¹¹⁸Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *La responsabilidad penal del Administrador de Derecho de la Empresa: Criterios de Imputación*. Ob. cit., pp. 42 y 43.

¹¹⁹RUEDA MARTIN, María Ángeles. (2002). "Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Nº 12, Lima 2002, p. 426 y ss.

¹²⁰Cfr. SÁNCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, Javier. Ob. cit., pp. 201 y ss.

de deber, delito del cual no tiene sentido preguntarse si constituye un delito especial propio o impropio, pues la existencia de un tipo paralelo, en estos últimos, es absolutamente irrelevante, ya que la infracción de un deber fundamenta siempre la responsabilidad del obligado especial (*intraneus*) y no solo la agrava¹²¹.

D. Fundamento de la punibilidad de la infracción de deber del sujeto no obligado

El delito de infracción de deber no excluye la posibilidad de intervención de particulares (*extraneus*). Aunque no sean portadores de los deberes institucionales que compete al *intraneus*, sí tienen la obligación de no contribuir a que tal se vea quebrantado. En los deberes institucionales, aun cuando un solo interviniente aporte un deber, está abierta la participación a todos los intervinientes la posibilidad de poner en peligro una institución, por lo demás inaccesible para ellos, lo cual se debe a que el partícipe *extraneus* no infringe la norma contenida en el tipo, sino que lo que quebranta es la prohibición establecida en la regla de la participación¹²². Pero de ninguna manera se debe aceptar la lesión de la institución de manera mediata, ya que

¹²¹“(…) la infracción de deber fundamenta siempre la responsabilidad del obligado especial, y no solo la agrava (…) los delitos comunes que fenomenológicamente parecen corresponderse con delitos de infracción de deber (…) no son un tipo penal común subyacente de los delitos de infracción de deber. Los denominados delitos comunes subyacentes o tipo básico, ni son básicos, ni son subyacentes. Si bien es cierto que en estos delitos denominados de infracción de deber impropios el llamado delito subyacente concurre con frecuencia en concurso junto al tipo de delito de infracción de deber, no es menos cierto que esta frecuencia no es absoluta –ni relevante–, como los casos de omisión demuestran (en donde no existe un delito común subyacente alguno)”. Vid. SÁNCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, Javier. Ob. cit., p. 257.

¹²²JAKOBS, Günther. *Derecho Penal Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*. Ob. cit., p. 718.

ello, implicaría aceptar que el *extraneus*, sea portador de deberes especiales, cuando no es así. Aceptar ello implicaría atentar el principio de legalidad.

2.2.4 Criminalidad organizada

2.2.4.1 Definición de criminalidad organizada

Definir lo que se entiende por criminalidad organizada no es fácil debido a que es un concepto dependiente de contextos geopolíticos diferentes, que va transformándose con el cambio social,¹²³ pero es posible aproximarnos al mismo refiriéndonos a los rasgos que lo distinguen de la delincuencia común. Entonces podemos empezar por decir que algunos distinguen entre criminalidad organizada y crimen organizado, al entender por la primera el fenómeno de dicha delincuencia en general, y por el segundo las actividades delictivas concretas realizadas por dichos grupos¹²⁴.

Aunque se plantea que las organizaciones criminales no son obra del presente¹²⁵, la criminalidad organizada es considerada, en general, como un fenómeno relativamente nuevo, debido a su auge en los últimos años y sus nuevas formas de operar cada vez más peligrosa, sofisticada y tecnológica, que crea verdaderas empresas o redes del delito con un estricto orden y jerarquía, las cuales cuentan con grandes sumas de dinero y tienden a operar en varios Estados¹²⁶.

¹²³ANARTEBORRALLO, Enrique y FERRÉ OLIVE, Juan Carlos. (1999). “*Conjeturas sobre la criminalidad organizada*”. En: Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva, pp. 20-21; SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit., p. 104.

¹²⁴HEFENDEHL, Roland. Op. Cit., pp. 58-60.

¹²⁵GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías. *La policía judicial en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007, p. 280.

¹²⁶DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. Cit., pp. 268-269.

Entre las notas características de la delincuencia organizada, se tiene la de ser un entramado que dispone de gran cantidad tanto de medios personales como materiales, lo cual redundaría en facilitar su actuar delictivo. Se trata de grupos o pluralidad de por lo menos tres personas, que realizan actividades delictivas utilizando una estructura de tipo empresarial, profesional o propia de los negocios¹²⁷. Frente a esto, se admiten diferencias entre las bandas y la criminalidad organizada, por cuanto en las bandas es el autor quien determina primaria y fundamentalmente el delito, y en la criminalidad organizada es el cliente; las bandas tienen una existencia más corta, las organizaciones criminales son más duraderas, estables y persistentes; la estructura, jerarquía, cohesión, planificación y logística de las organizaciones criminales son más fuertes que la de las bandas; además, el ámbito local es propio de las bandas, mientras que la internacionalización es la tendencia de los grupos de criminalidad organizada¹²⁸.

No obstante, debido a las complejas, variadas y cambiantes relaciones entre las bandas y la criminalidad organizada, es difícil establecer diferencias tajantes, pues “en muchos casos, las bandas ejercen de minoristas del comercio ilegal que controla el grupo criminal organizado o bien prestan cierto apoyo logístico o personal, puntual o sistemático”¹²⁹.

Ahora, en cuanto al manejo que hacen de enormes capitales, esto las lleva a disponer de la última tecnología del mercado y a hacer un uso consciente de una infraestructura de comunicación radial, telefónica, informática y de transporte internacional, convirtiéndose en redes delincuenciales sofisticadas

¹²⁷HEFENDEHL, Roland. Op. Cit., pp. 59-60.

¹²⁸ANARTEBORRALLO, Enrique y FERRÉ OLIVE, Juan Carlos. Op. Cit., pp. 21-23.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 24.

y complejas, que además cuentan con una estructura jerarquizada y estratificada, donde se produce una división del trabajo entre sus miembros, facilitándoles tanto la protección a sus dirigentes como el disolver la responsabilidad penal individual en el seno de la organización¹³⁰.

Asimismo, los miembros de la organización criminal no sólo actúan en secreto, sino que tratan de desaparecer las huellas del delito, lo que dificulta enormemente la investigación penal y la obtención de pruebas de cargo. Para destruir cualquier posible evidencia de sus ilícitos y evitar ser descubiertos emplean cualquier método por lesivo que sea, como amenazas, extorsiones, chantajes, secuestros, lesiones e incluso la muerte contra quienes puedan develar sus actividades¹³¹. Ésta es una característica que va unida al potencial empleo de la violencia indiscriminada para mantener su posición dominante en el conjunto de la criminalidad, controlando la parcela delincencial de la que obtienen sus ganancias con el uso ilegal de la fuerza, para protegerse de la competencia y asegurar sus intereses en el negocio de los bienes ilícitos.¹³² Igualmente, el empeño de la organización criminal con frecuencia estará también en escapar a la acción de la justicia y la legalidad por medio de la corrupción, tanto en el sector público como privado, de personas que tienen puestos de responsabilidad en el sistema o en sociedades influyentes.¹³³

Así, por el manejo de enormes sumas de dinero pueden persuadir a funcionarios, empresarios e individuos con capacidad de influir en la toma de importantes decisiones, para que las mismas no entorpezcan su actividad

¹³⁰ DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. Cit., pp. 273-274.

¹³¹ HEFENDEHL, Roland. Op. Cit., p. 59.

¹³² DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. Cit., pp. 275-276.

¹³³ HEFENDEHL, Roland. Op. Cit., p. 59.

delictiva o para que la favorezcan. Ese mismo poder económico puede generar distorsiones en la vida política, económica y social de un Estado, como Posibles problemas económicos, por la estimulación de la economía sumergida, que pueden generarse en el mercado financiero de un Estado por la entrada de importantes inyecciones de capital, que en su origen proceden de conductas ilícitas, pero que han sido sometidos a un blanqueo de capitales; [...] lo más frecuente es que se produzca una mezcla de actividades legales e ilegales en la misma organización criminal y delictiva¹³⁴.

Por último, otro de los rasgos del crimen organizado es su tendencia a diversificar su actividad delictiva y a expandirse más allá de las fronteras de un Estado. En cuanto a la diversificación, las bandas de delincuencia organizada no suelen dedicarse a una única actividad delictiva, sino que aprovechan su poderío para extenderse como empresas del delito a varios ámbitos de la economía, como por ejemplo elaboración y tráfico de estupefacientes, tráfico ilegal de personas, de todo tipo de armas o de especies animales protegidas, contrabando, falsificaciones, terrorismo, blanqueo de capitales, contribución a la corrupción, extorsión a cambio de protección y comercio con el producto del delito¹³⁵.

Y en cuanto a la expansión de sus fronteras, se presentan dos fenómenos: el primero es la internacionalización, que es cuando una banda del crimen organizado se instala en varios países para realizar sus actividades ilegales, buscando además lugares donde la presión policial sea menor, favoreciendo la impunidad de sus conductas. El segundo es la transnacionalización, que

¹³⁴ DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. Cit., p. 277.

¹³⁵ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto. Op. Cit., p. 103.

consiste en la cooperación entre diversas bandas del crimen organizado para facilitar la ejecución de algunas de las conductas delictivas, en las que no compiten entre sí sino que se prestan ayuda para perpetuarlas y asegurar su producto¹³⁶.

2.2.4.2 La Corrupción de funcionario en el contexto de la criminalidad organizada.

A. Algunas notas con relación a la criminalidad organizada.

Hemos visto las dificultades que plantean la intervención de un sujeto o varios sujetos cuando la estructura típica necesariamente exige tal “colaboración” para la respectiva consumación. Ahora nos enfrentamos con el siguiente inconveniente: cuando todas esas intervenciones se realizan en un contexto donde existe una estructura jerarquizada, con férreas normas de funcionamiento interno, donde el poder decisorio recae en su cúpula, que tiene además una multitud de medios y sujetos dispuestos para llevar a cabo sus fines no necesariamente lícitos, sino que lindan con lo delictivo, cumpliendo simplemente las órdenes dictadas desde arriba.

Sabido es que la distinción entre autoría y participación se complica gravemente cuando el delito es cometido ya no por varias personas cada uno con distinto grado de intervención en su realización delictiva, sino que esas mismas personas son integrantes de grupos u organizaciones en cuyo seno se han diseñado planes conjuntos o han decidido la realización de acciones delictivas. En consecuencia la palabra “organización” resulta esencial en toda

¹³⁶ DEL POZO PÉREZ, Marta. Op. Cit., pp. 278-279.

definición del llamado crimen organizado¹³⁷. Empero, organización no significa necesariamente cierta ordenación jerárquica de sus integrantes, ni una clara delimitación de funciones y competencia interna en un esquema rigurosamente estructurado. Es decir, puede darse el caso que dichas normas y estructura organizativa no sean tan rígidas, sino que existe, más o menos, un grupo de individuos que se juntaron sobre la base de un reparto de roles y tareas, y que se elija a uno de ellos como su jefe o cerebro de grupo, seguramente por su capacidad y destreza técnica, con lo cual se plantea el discutido tema del “jefe de la banda” y su responsabilidad jurídico-penal en hechos ilícitos que cometan sus subordinados. Debe quedar fuera de la concepción de “criminalidad organizada” el concepto de “banda” que sería un grado menos en la organización.

Las Conclusiones del IX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, en el listado de delitos figuran diecinueve modalidades de la delincuencia organizada, entre ellos figura el soborno y cohecho de funcionarios público, soborno y cohecho de funcionarios de partidos políticos y soborno y cohecho de representante elegidos¹³⁸. Existe, entonces, una criminalidad organizada para realizar delitos de cohecho, o mejor, asociaciones ilícitas para el soborno. En este sentido, en el contexto peruano la mencionada Ley 28355 también modificada la redacción del delito de asociación ilícita (art. 317 del Código penal)

¹³⁷ Es innegable el parentesco que existe entre las nociones próximas de delito de cuello blanco, económico o corporativo con el crimen organizado. Este parentesco ya estaba en el pensamiento de su fundador, Edwin SUTHERLAND, quien había señalado que, en el fondo, delito de cuello blanco siempre era crimen organizado (Así, VIRGOLINI, 2004, p. 187).

¹³⁸ En este sentido: BAIGÚN, David. . (2000). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Buenos Aires, p. 12.

sancionando ahora al que “...*forma parte de una organización...*”, cuando antes sólo se mencionaba el hecho de “...*ser miembro de la agrupación*”.

Siguiendo en el Derecho peruano, cobra relevancia la temática de la criminalidad organizada en el ámbito funcional, pues la aplicación de algunas de las “Leyes anticorrupción” tienen como presupuesto la existencia, precisamente de una criminalidad organizada que se gestan “desde el Estado”, por parte de sus integrantes (sobre todo la legislación anticorrupción apunta aquellos funcionarios públicos que tienen la prerrogativa de acusación constitucional). En tal orden de ideas, por ejemplo, la Ley 27378 lleva como título “*Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada*”. Asimismo, el art. 1 de la referida Ley tiene su ámbito de aplicación en la medida que sean: “*1) Perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de éstos*”. En otro contexto, la Ley 27379 establece que las medidas limitativas previstas en la Ley podrán dictarse, entre otros casos: (art. 1 numeral 1) a delitos perpetrados “...*por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su realización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos...*”.

Reitera la misma Ley (art. 1 numeral 2) que “...*siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminalidad*”.

B. Las Vías de imputación individual utilizables para imputar comportamientos en el marco de la criminalidad organizada

Como es sabido, Perú se adscribe en el sistema de imputación penal exclusivamente individualista propio de las concepciones dogmáticas del injusto personal, y esto, obviamente imposibilita la imputación como la respectiva aplicación de la pena directamente a “organizaciones criminales”. Sin embargo, habrá que tener en cuenta lo siguiente: el conocimiento dogmático del Derecho vigente es presupuesto necesario para su acertada reforma. Antes de recurrir a modificaciones legislativas, la dogmática, que es el punto de partida y el límite máximo de interpretación intentará todo tipo de soluciones en el marco de su propia ley. Sólo así se comprobará con rigor que si no hay otra solución, con frecuencia se preferirá la reforma legislativa. Pero no pretendo ésta última solución, porque la dogmática jurídico-penal y el Derecho positivo contemplan algunas posibilidades de imputaciones individuales. Una de las opciones se encuentra tipificada como infracción penal, que es la asociación ilícita, pero también enfrentaría con la siguiente dificultad: que las vías de imputación individual –ya sea desde la Parte General o Parte Especial- ponen el acento en aquel sujeto –o sujetos- que está situado jerárquicamente por encima de todo el personal por tener el control máximo de la organización. El problema se presenta porque no será el único miembro –por la pluralidad de personas que existen al interior de una organización o asociación criminal- que responderá penalmente por los delitos cometidos.

En suma, las vías de imputación individual utilizables en la criminalidad organizada son: a) En el ámbito de la autoría delictiva (dolosa) se ha pretendido el uso de las fórmulas de la *coautoría*¹³⁹, por la concurrencia de varias personas en forma inmediata y mediata, para situaciones de responsabilidad de las decisiones al interior de un grupo. Muñoz Conde dice que dentro de la coautoría debe distinguirse entre coautoría ejecutiva, total o parcial, y coautoría en la que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución del delito. Si el fundamento de la coautoría – agrega el autor- es el llamado dominio funcional del hecho, lo importante no es ya o solamente la intervención en la ejecución del delito, sino el control o dominio del hecho que un individuo tenga, aunque no esté presente en la ejecución. “Solo así pueden calificarse también como autores de un delito, por ejemplo, no sólo al jefe y dirigentes de la banda que asuman funciones de decisión, dirección u organización estrechamente relacionadas con o que son parte integrantes fundamental de la realización del delito, sino también a los miembros de la misma que, sin intervenir en la ejecución, realizan durante la misma tareas de apoyo,

¹³⁹ Así, JESCHECK, Hans-Heinrich. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, p. 611. JAKOBS, 1997, p. 784: “Solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación de una unidad que abarque diversas aportaciones ejecutivas”. RIGHI, Esteban / FERNÁNDEZ, Alberto. (1996). *Derecho Penal, La ley, El delito, El proceso y la pena*, Buenos Aires, p. 303. Como es sabido, la coautoría se rige por el principio de imputación recíproca, y sus requisitos son: decisión común (aporte subjetivo del hecho) que determina la conexión de las partes del hecho llevadas a cabo por distintas personas, es otras palabras, el acuerdo de voluntades. Luego tenemos la realización común (aporte objetivo del hecho) que se fundamenta en el principio de trabajo, que a su vez fundamenta en dos aspectos: a) plan común, y b) contribución objetiva a la realización del hecho. Además, cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás formándose un todo unitario, realizando en la etapa de los actos de ejecución. Así, el art. 23º del CP peruano estatuye: “*losque tomaran parte en la ejecución...*”.

vigilancia o Transporte”¹⁴⁰. A mi entender, no veo que esta alternativa de imputación sea la más adecuada, porque según la propia definición de la coautoría funcional, los que dan las órdenes y el ejecutor directo ni siquiera se conocen y en modo alguno se hallan entrelazados sus comportamientos. La orden sólo tiene una única finalidad: desencadenar la acción típica.

Por otro lado, en estructuras verticales se recurre, generalmente a la calificación jurídica de la *autoría mediata* del superior jerárquico¹⁴¹. Efectivamente, la doctrina penal ha ventilado determinados supuestos donde el instrumento (humano) es dominado por la voluntad de un “hombre de arriba” ubicado en un aparato organizado de poder¹⁴². Esta forma de autoría

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco; “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial”, en: DONNA (Dir.), Revista de Derecho Penal, 2001-2, Buenos Aires, ¿pp. 761 y 762?

¹⁴¹ ROXIN, Claus. (1998). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid-Barcelona, p. 257 y ss. El mismo: “*Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados*”, traducción de Carlos Elbert, en: Doctrina Penal, 1985, Buenos Aires, p. 402. MAURACH, Reinhart/ GÖSSEL, Karl Heinz/ ZIPF, Heinz. (1995). *Derecho Penal. Parte General*, 2, traducción de Jorge Bofill Genzsch, Buenos Aires, p. 355. STRATENWERTH, 1999, Pág. 242. HIRSCH, Hans Joachim; “*Acerca de los límites de la autoría mediata*”, traducción de Esteban Sola Reche y Michele Klein, en: Derecho Penal, Obras Completas, tomo I, Buenos Aires, p. 210 Este autor se muestra cauteloso y afirma que puede admitirse la autoría mediata en estos supuestos cuando “...el autor inmediato no puede, en virtud de la orden dictada, formar una decisión psíquicamente libre sobre su acción (...) si éstos no concurren, el autor inmediato es quien domina la realización de la acción y no quien le manda. Cuestión aparte –agrega el autor- es la de en qué medida podría ser apreciado un supuesto de coautoría”. AMBOS, Kai/ GRAMMER, Christoph; “*La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann. Una cuestión de dominio de hecho por organización*”, traducción de Eugenio Sarabay, en: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, N 16, Buenos Aires, 2003, p. 168. SANCINETTI, Marcelo; *Teoría de delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscrito al disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, p. 713. El mismo: *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires, 1988, p. 29. BACIGALUPO, Enrique; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, p. 510. RUSCONI, Maximiliano A., en: Baigún /Zaffaroni/Terragni, *Código Penal y normas complementarias*, 2, Buenos Aires, 2002, p. 163. En forma implícita: ABOSO, Gustavo E.; “*Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder y el principio de responsabilidad en las sentencias del Tribunal Supremo Alemán (Busdesgerichtshof)*” en: La Ley, 1999-B, Buenos Aires, p. 563.

¹⁴² En este sentido: AMBOS, Kai; “*Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*”, en: Themis, N°37, Lima, 1998, Pág.188 afirma que “Las empresas no son criminales per se,

mediata ya no responde sobre situaciones donde el “hombre de adelante” actúa sobre la base de engaño o coacción, que en muchas ocasiones obra de forma plenamente responsable (autor directo), sino que ahora será sobre la base de la fungibilidad del ejecutor material y sobre la dirección (dominio) de la organización.

Los órganos decisores dentro de una organización criminal son los denominados “autores de escritorio” o “autores de despacho” que en sí mismo no colaboran en la ejecución (o durante la ejecución) del hecho punible, pero tienen propiamente el dominio del suceso típico, porque al disponer de la organización, cuentan también con la posibilidad de convertir las órdenes del “aparato” en la ejecución del hecho”¹⁴³. Dichos aparatos pueden ser de organización estatal o no estatal¹⁴⁴. En la cadena de mandos de esta forma operativa supone que la responsabilidad se hace mayor cuando se acerca gradualmente a la fuente de poder, e inversamente menor cuando se aproxima al ejecutor material del hecho.

También es posible encontrar la doctrina de autoría mediata en aparatos organizados de poder en la práctica judicial¹⁴⁵. El máximo exponente de la

sino que lo que persiguen ante todo es la obtención legal de beneficios financieros. Puede suceder que la comisión de delitos se convierta en un fenómeno acompañante de cierta estrategia de mercado”. Prosigue el autor que “Si la situación es diversa, es decir, si las “actitudes criminales” son mayoritarias, se tratará de organizaciones criminales, con lo que estaremos en el ámbito del “crimen organizado de modo similar a la mafia”, y por tanto en el grupo de casos aquí analizados. (Pág.189).

¹⁴³ Véase, en este sentido, STRATENWERTH, 1999, p. 315.

¹⁴⁴ Así, STRATENWERTH, 1999, p. 242 indica que el “...aparato de poder, sin embargo, no debe tener necesariamente carácter estatal; incluso, dentro de un sindicato de delinquentes se puede dar un dominio comparable en la organización”.

¹⁴⁵ En Argentina, cobró importancia, para los juzgamientos de los militares de las Juntas Militares que gobernaron dicho país entre los años 1976 y 1983, Kai Ambos cita la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, que advierte lo siguiente: “Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo (...). En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema

teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder lo es Claus Roxin, quien esbozó una revolucionaria tesis en este campo, como consecuencia del gobierno nacional socialista alemán en el año de 1963. Adolf Eichmann, era un alto funcionario nazi que planificó y puso en marcha actos de exterminio ejecutados materialmente por otros¹⁴⁶.

Eichmann no cooperó ni al principio ni al final del hecho delictivo, más bien su intervención se limitó a pertenecer a eslabones “intermedios” de los mandos decisorios de la organización. Es decir, dicho sujeto con sus manos no hacía nada, no mataba a nadie, se trataba del “burócrata” o “autor de

sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues, aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria (...). El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que la integran” (citado por REYNA ALFARO, Luis Miguel. (2002). *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Parte Especial*, Lima, p. 145-146).

Asimismo, existe la siguiente ejecutoria: “*Es posible considerar como autor de un delito a quien, si bien no ha ejecutado directamente la figura típica correspondiente, ha mantenido total o parcialmente el dominio final de los acontecimientos mediante la utilización de una estructura organizada de poder, no siendo imprescindible que se halle en la cúspide de la estructura de poder, bastando la realización de su parte de conducta aun en una relación de subordinación- que tienda a mantener en funcionamiento la mencionada organización*”, Extraída de: DONNA/ DE LA FUENTE/ MAIZA/ PIÑA. (2003). *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, Buenos Aires, p. 456.

¹⁴⁶ El fundamento del dominio de la voluntad de las instancias superiores de Eichmann, también puede encontrarse en su defensa realizada por su abogado: “el defensor de Eichmann señalaba a su favor que, de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataron a Heydrich. Aquí estriba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor...” (ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, cit., p. 271).

Pero también se le aplicó, en Alemania, para los casos del “Consejo Nacional de Defensa”. Se trata aquí del caso de los soldados de fronteras de la República Democrática Alemana que disparaban contra las personas que querían huir a la República Federal, o que los mataban colocando minas antipersonales. El BGH consideró a los guardas de fronteras como autores de un delito de homicidio (BGHSt 39, 31; 40, 232), pero condenó también a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la República Democrática Alemana, a los que consideró responsables de las órdenes de matar, como autores mediatos.

despacho” que fue juzgado y condenado como autor de los delitos de asesinato. Lo característico de la autoría mediata, para esta hipótesis, es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio en la decisión. Roxin explica que la fundamentación de la autoría mediata radica en el denominado “dominio de la voluntad”, porque, a diferencia del dominio de la acción, el autor mediato no tiene un dominio caracterizado en la ejecución inmediata y directa de una acción, sino “en el poder de la voluntad conductora”.

En el terreno de la participación criminal se ha admitido la figura de la *inducción*¹⁴⁷ del superior jerárquico sobre sus dependientes, porque entienden que éstos últimos –que son ejecutores directos- en la mayoría de situaciones tienen o mantienen una cuota de responsabilidad de dominio autónomo de los sucesos, porque poseen, entre otras cosas, el sistema de información. En línea se ubica, Donna, quien sostiene lo siguiente: “Pues bien, esta persona situada detrás de un autor libre tiene a nuestro juicio nombre y apellido, esto es, un inductor. Decirle a este sujeto autor es ampliar desmedida y peligrosamente el campo de la autoría, en desmedro de conceptos que están firmes y legalmente reconocidos”¹⁴⁸. El mismo autor anota que “...no es posible aceptar la teoría

¹⁴⁷ Según el art. 24º del CP peruano, es instigador “...*quien determina a otro a cometer el hecho*”. Por lo tanto, se necesita dos elementos: a) Objetivamente la causación imputable, mediante un influjo psíquico suficiente intensidad en otro, con relación a los medios puede ser mediante consejos, una solicitud, una provocación, etc. b) Subjetivamente, que dicha causación sea dolosa. Aquí, se discute los casos del “agente provocador” que es aquel instigador que sólo quiere que el hecho principal sólo llegue al grado de tentativa. Es preciso que el inducido realice un tipo doloso de autoría. No puede ser objeto idóneo de la instigación el que ya estaba decidido a cometer el hecho concreto. El instigador responde en la medida que el hecho principal concuerde con su dolo. El hecho al que se instiga debe ser consumado o, cuando menos, constituir una tentativa. La instigación puede cometerse en la modalidad de co instigación y la instigación accesoria. Tienen la misma penalidad el autor e instigador.

¹⁴⁸DONNA, Edgardo Alberto. (2002). *Autoría y participación criminal*, Buenos Aires, p. 80

del autor detrás del autor o que pueda existir un autor detrás de un autor que decidió libremente su acción”¹⁴⁹. Asimismo, autores como Herzberg y Köhler, entienden que en los casos de dominio organizativo los delitos cometidos por los ejecutores deben imputarse a los que se encuentren en las altas esferas del poder a título de inducción. La crítica incide en que el concepto de inducción, exige muchas veces una relación directa entre inductor e inducido que no se da en este tipo de situaciones, pues es evidente que quien da la orden es quien, en última instancia, domina el suceso delictivo. También Malamud Goti sostiene que como “...sucedáneo de la autoría mediata puede construirse la responsabilidad de los funcionarios superiores como instigadores. Pero este procedimiento exige, una vez más, la existencia de dolo de los agentes, conforme al principio de accesoriedad”¹⁵⁰. Siguiendo con los partícipes, también se ha acudido a la fórmula de la *complicidad*¹⁵¹ especialmente la primaria (cooperación necesaria), de los directivos o jefes en los hechos delictivos cometidos por los subordinados.

¹⁴⁹DONNA, *op. cit.*, p. 79

¹⁵⁰MALAMUDGOTI, Jaime. (1983). *Política criminal de la empresa. Cuestiones / Alternativas*, Buenos Aires, p. 39.

¹⁵¹ La complicidad criminal tiene dos clases: la complicidad primaria y secundaria. En la primera pasa centralmente por delimitar dos cuestiones: a) Cuándo se está frente a una complicidad primaria y cuándo a una coautoría. b) Cuándo se dice que la “colaboración” o “auxilio” es causal para la realización del hecho principal, o simplemente no es necesario. En la primera cuestión, el art. 25 del CP peruano describe “...sin el cual no se hubiere perpetrado”, lo que está describiendo es que la conducta del cómplice primario, en cuanto a su aporte, tiene que evaluarse a través de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Según ésta teoría, es causa de un resultado penalmente relevante (*conditio sine quanon*) toda condición que no pueda ser eliminada mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto. Para algunos autores, basta con que la conducta esté dirigida a favorecer o facilitar el hecho principal, que tenga una mínima conexión con la ejecución de éste. Para otros, por el contrario, se requerirá además una eficacia causal concreta de esa conducta en el resultado. LÓPEZ PEREGRIN, M^a Carmen; *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, p. 223 acota que la “Sola la aplicación de los criterios de imputación objetiva a la participación permite extender a este ámbito las garantías que se derivan de la aceptación de la norma penal como norma de motivación, dirigida a la prevención a través de la prohibición de conductas peligrosas”. La conducta del cómplice, en términos de imputación objetiva, no puede ser catalogada objetivamente

2.3 Definición de términos¹⁵²

Criminalidad organizada. - Es un fenómeno sociológico creciente, que va evolucionando de forma paralela a la sociedad postindustrial, siendo preocupante para nuestra sociedad actual; sus riesgos son extraordinarios no sólo para la propia seguridad de los ciudadanos sino para el conjunto del Estado de Derecho. Este tipo de delincuencia es un fenómeno relativamente nuevo y que presenta importantes diferencias respecto a las ya conocidas formas tradicionales de llevar a cabo los ilícitos.

- **Delito.** -Es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de la penalidad.¹⁵³ Es todo acto típico antijurídico imputable, culpable, sancionado con una pena y

como peligrosa *ex ante*, porque, como es sabido, para decidir la peligrosidad de la conducta se le suele recurrir al juicio de adecuación. Se olvidan que, si bien la causalidad es un requisito indispensable para ésta temática, no es el único el requisito objetivo para imputar un resultado. Se tiene que plantearse la diferencia entre el ámbito ontológico y el normativo de la relación causal. En la complicidad primaria, el auxilio o colaboración del sujeto tiene que desarrollarse (siguiendo para ello a la accesoriedad cuantitativa, la secuencia del *itercriminis* externo), en la fase de los actos preparatorios, porque si se realiza en la etapa de ejecución, los aportes del cómplice se confundirían con los aportes de los coautores, claro uno “ayuda” y cambio, el otro “ejecuta”, pero en ambos casos será esencial, y en la práctica será difícil separarlos. MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1996, pp. 406 y 407 sostiene que la cooperación necesaria del art. 28, b CP español debe tener lugar en la fase preparatoria o, si es simultánea a la ejecución del hecho, no ha de constituir una parte esencial del plan global de realización del mismo, pues de otro modo daría lugar a la auténtica coautoría del art. 28, primer párrafo CP español. La cooperación necesaria durante la fase ejecutiva será, pues, excepcional, ya que su carácter necesario la erigirá en principio en coautoría en sentido estricto. En cambio, no existe ninguna dificultad para que la “complicidad” del art. 29 CP, pueda prestarse tanto mediante anteriores (preparatorios) como simultáneos...” En la complicidad secundaria, se entiende que en la complicidad secundaria, el aporte puede hacerse en la fase de los actos preparatorios, como en los actos ejecutivos, ya que su aporte no es esencial para efectos del plan total de cara a realizar el tipo penal. Así, por ejemplo, en la segunda parte el artículo 25 del CP peruano establece que la complicidad secundaria: “*de cualquier otro modo*”. Esto se corrobora por Ej. en el CP español, (art. 29) que estatuye: “*Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos*”.

¹⁵² Ver. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, disponible en sitio web: <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html>, fecha de acceso 30 de julio del 2013.

¹⁵³ MARCONEMORELLO, Juan. “Diccionario Jurídico Penal y Ciencias Auxiliares”. 1995. p. 697.

conforme a las condiciones objetivas de punibilidad.¹⁵⁴ Es la violación de un deber hacia la sociedad o los individuos, exigible en sí y útil al mantenimiento del orden político, de un deber cuyo cumplimiento no puede ser asegurado más que por la sanción penal y cuya infracción puede ser valorada por la justicia humana.¹⁵⁵

- **Funcionario público.** - No es idéntico, aunque sí sea semejante, al manejado en el Derecho administrativo, laboral o constitucional. Como la tarea del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos, su concepto tendrá que estar vinculado con el bien jurídico “funcionamiento de la administración pública” en el sentido de que sea considerado “funcionario público” todo aquél que tenga una posición especial en relación con tal funcionamiento; o sea que ejerza una “función pública” y que haya “accedido” a ella de cualquier forma legítima.

- **Garantismo.** - El garantismo es una corriente jurídica que parte del reconocimiento de los derechos fundamentales de los individuos y de su efectiva protección y tutela. Para ello, es prioritario el reconocimiento y enunciado explícito de tales derechos fundamentales en la Constitución, y la creación de instituciones y procedimientos que permitan una efectiva protección del conjunto de prerrogativas de los individuos que se plasman en los derechos civiles, políticos y sociales. Las “garantías” son justamente las técnicas coercitivas que permiten controlar y neutralizar el poder y el derecho ilegítimo.

¹⁵⁴MARCONEMORELLO. Ob. Cit. p. 698.

¹⁵⁵MARCONEMORELLO. Ob. Cit. Pág. 699.

- **Proceso penal.** - Desde el punto de vista objetivo, externo y estático - cuando se analiza ese instrumento estatal en conjunto y en sus distintas fases- el proceso penal puede definirse como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Corresponde a una investigación jurídica Mixta¹⁵⁶: **Dogmática- Empírica**, en su **dimensión dogmática** tiene por finalidad ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el crimen organizado y su relación con los delitos de corrupción de funcionarios y su **dimensión empírica** busca analizar el tratamiento judicial y aplicación de parte de los fiscales anticorrupción y de los jueces penales del departamento de Ancash respecto de la relación entre los delitos de corrupción con el crimen organizado, por ello en base a la unidad de análisis se podrá determinar los problemas y sus consecuencias jurídicas.

3.1.2 Tipo de diseño

Corresponde a la denominada **no experimental**¹⁵⁷, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no poseerá grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

3.1.3. Diseño general

Se emplea el diseño **transversal**¹⁵⁸, cuya finalidad es recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito es

¹⁵⁶SOLIS ESPINOZA, Alejandro. (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima, p. 54 y ss.

¹⁵⁷ ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

¹⁵⁸HERNANDEZSAMPIERI, Roberto y otros (2010). *Metodología de la Investigación*, Editorial McGrawHill, Mexico, p. 151.

describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado temporalmente para el periodo 2010-2014.

3.1.4. Diseño específico

Se empleó el diseño **correlacional**¹⁵⁹, toda vez que se describe relaciones entre dos o más variables, categorías o conceptos en un determinado momento, ya sea en términos correlacionales o en función de la relación causa-efecto.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

- Población

A. Universo físico

La delimitación geográfica estuvo constituida por la jurisdicción de los juzgados penales colegiados de Ancash.

B. Universo Social

La Población o Universo accesible estuvo conformado por 100 abogados penalistas hábiles inscritos en el Colegio de Abogados de Ancash y 30 magistrados (jueces penales); así como de 150 Carpetas Fiscales y Expedientes Judiciales.

$N = 280$ (Magistrado, Abogados, Expedientes)

Donde:

$N_1 = 30$ ---- Jueces penales.

$N_2 = 100$ ---- Abogados Penalistas

$N_3 = 150$ ---- Expedientes Judiciales y Carpetas Fiscales.

¹⁵⁹ Ibíd. p. 155

C. Universo Temporal

El periodo de estudio corresponde a los años 2010-2014.

- Muestra

- A. **Tipo:** No Probabilística¹⁶⁰
- B. **Técnica muestral:** Intencional¹⁶¹
- C. **Marco muestral:** Jueces penales, abogados litigantes en casos penales, carpetas fiscales y expediente Judiciales.
- D. **Tamaño muestral**¹⁶²: Se trabajó con lo siguiente:
 - **Personas:** 18 magistrados (jueces penales) y 60 abogados penalistas.
 - **Documentos:** 90 Expedientes judiciales y carpetas fiscales.

¹⁶⁰ A veces el muestreo probabilístico resulta excesivamente costoso y se acude a métodos no probabilísticos, aun siendo conscientes de que no sirven para realizar generalizaciones (estimaciones inferenciales sobre la población), pues no se tiene certeza de que la muestra extraída sea representativa, ya que no todos los sujetos de la población tienen la misma probabilidad de ser elegidos. En general se seleccionan a los sujetos siguiendo determinados criterios procurando, en la medida de lo posible, que la muestra sea representativa.

¹⁶¹ Este tipo de muestreo se caracteriza por un esfuerzo deliberado de obtener muestras "representativas" mediante la inclusión en la muestra de grupos supuestamente típicos. También puede ser que el investigador seleccione directa e intencionadamente los individuos de la población. El caso más frecuente de este procedimiento es el utilizar como muestra los individuos a los que se tiene fácil acceso.

¹⁶² La cantidad de sujetos o elementos es arbitraria y no existe criterios metodológicos para la inclusión o exclusión. El investigador fija o establece el tamaño de muestra. El tamaño de la muestra en una investigación probabilística si se fija a través de Fórmulas estadísticas más no del diseño estadístico que sirva para poder contrastar la hipótesis de investigación. (ROBLES TREJO, Luis , Ob. cit. p. 134 y ss)

El tamaño de la muestra se determinó, teniendo en cuenta la “TABLA DE ADDISON-WESLEY Y LONGMAN.

TAMAÑO DE LA POBLACIÓN	TAMAÑO DE LA MUESTRA
30	18
100	60
150	90

En consecuencia, la muestra estuvo conformada por 18 jueces penales; 60 abogados penalistas y 90 expedientes judiciales y carpetas fiscales.

E. Unidad de análisis

- Personas (Jueces penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash y Abogados penalistas que litigan en los juzgados penales) y objetos (carpetas fiscales y expedientes judiciales relacionados a los casos en los que haya pluralidad de agentes y se pueda desprender de ellos la figura de crimen organizado).
- Doctrina y jurisprudencia penal.

3.3 Instrumentos de recolección de la información

- a) Las fichas textuales y de resumen** nos han servido para realizar la revisión bibliográfica. También se aplicó la **ficha de análisis** de contenido para realizar el estudio de las sentencias judiciales, doctrina y jurisprudencias.
- b) La encuesta** aplicada nos ha permitido captar la opinión de los profesionales del derecho.
- c) Los cuadros estadísticos y gráficos** nos han permitido sistematizar los datos tabulados.

3.4 Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

El procesamiento de la información teórica lo hemos realizado mediante la transcripción textual del material bibliográfico de los especialistas mediante citas bibliográficas y su correspondiente comentario. El análisis de los cuadros estadísticos lo hemos llevado a cabo enfatizando lo predominante o prevalente de cada uno de los ítems de la Encuesta, de acuerdo a la estructura porcentual correspondiente. Se realizó el estudio de las sentencias judiciales y jurisprudencias determinando cuáles son los criterios jurídicos para su dictamen.

IV. RESULTADOS

4.1.- Sobre el resultado de encuesta a abogados y magistrados respecto a la posibilidad de sustentar la relación entre delitos de corrupción de funcionarios y el crimen organizado

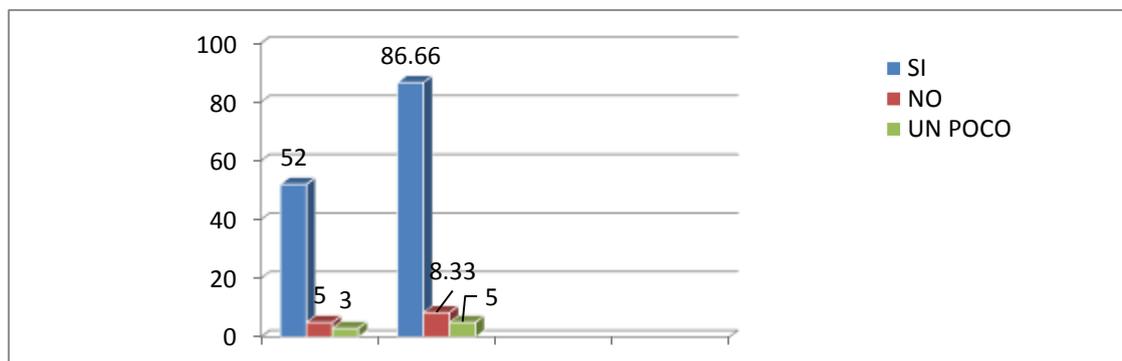
a) Encuesta a los abogados penalistas litigantes

1.- ¿A su criterio existen indicios e informaciones que la criminalidad organizada guarda relación con la comisión de delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos?

CUADRO N° 01

RESPUESTA	N	%
SI	52	86.66
NO	05	08.33
UN POCO	03	5
TOTAL	60	100

Fuente. Encuesta.



Interpretación

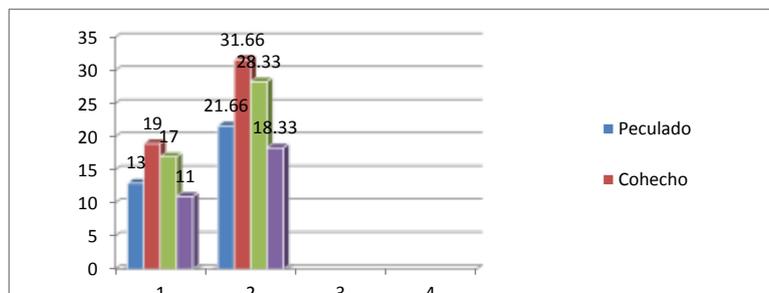
De la pregunta: ¿A su criterio existen indicios e informaciones que la criminalidad organizada guarda relación con la comisión de delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos? Se tuvo el siguiente resultado: El 86.66% señala que sí, el 08.33% señaló que no y el 5% precisó que algunas veces. De estos resultados podemos concluir que la gran mayoría de los encuestados tienen la percepción que el crimen organizado tiene relación en actividades ilícitas.

2.- ¿Qué delitos de corrupción de funcionarios son los más cometidos en conjunto con funcionarios públicos y las organizaciones criminales, según la información que posee?

CUADRO N° 02

RESPUESTA	N°	%
Peculado	13	21.66
Cohecho	19	31.66
Colusión	17	28.33
Asociación para delinquir	11	18.33
TOTAL	60	100

Fuente. Encuesta.



Interpretación.

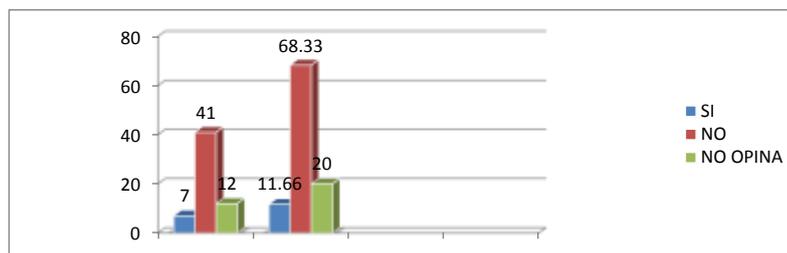
A la pregunta: ¿Qué delitos de corrupción de funcionarios son los más cometidos en conjunto con funcionarios públicos y las organizaciones criminales, según la información que posee? Se tuvo el siguiente resultado: El 21.66% señala que es usado el Peculado, el 31.66% señaló que es el Cohecho, el 28.33% que es la colusión y solo el 18.33% precisó que es la Asociación Ilícita para Delinquir. De estos resultados podemos concluir que la gran mayoría de los encuestados tienen la percepción de la participación del crimen organizado en actividades ilícitas de cohecho y colusión.

3.- ¿Conoce Ud. algún hecho ilícito donde han participado funcionarios públicos y el crimen organizado y éstos han recibido sanciones de carácter penal?

CUADRO N° 03

RESPUESTA	N°	%
SI	07	11.66
NO	41	68.33
NO OPINA	12	20
TOTAL	60	100

Fuente. Encuesta.



Interpretación.

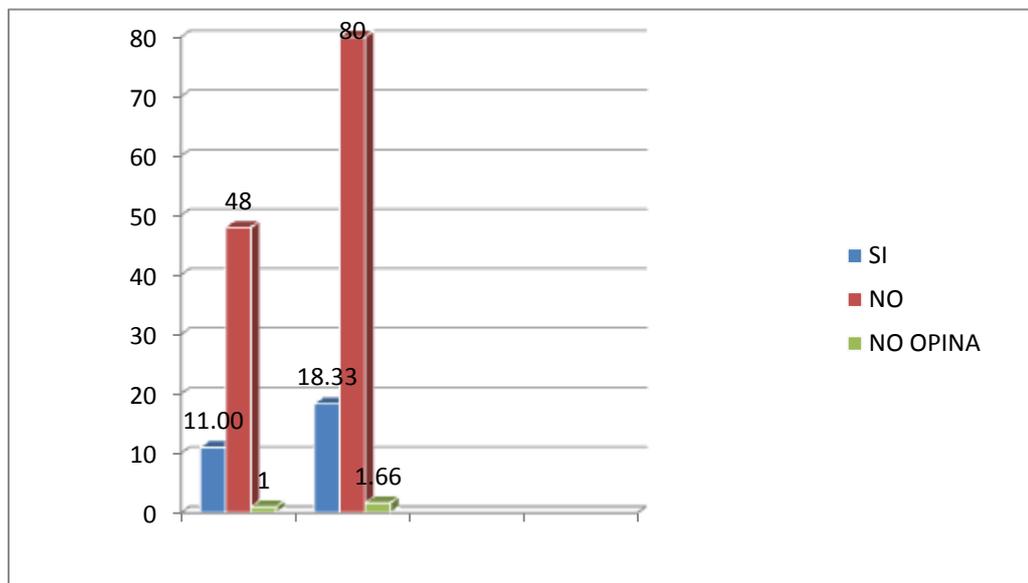
A la pregunta: ¿Conoce usted algún hecho ilícito donde han participado funcionarios públicos y el crimen organizado y éstos han recibido sanciones de carácter penal? Se tuvo el siguiente resultado: Que si el 11.66%, en cambio el 68.33%, señala que no hay ninguna sanción y el 20% precisa que no opina. De estos resultados podemos inferir que, según la percepción mayoritaria, que los funcionarios públicos y el crimen organizado están exentos de responsabilidad penal; es más, no han merecido ninguna sanción, por lo que se supone siguen actuando en la impunidad más absoluta.

4.- ¿Conoce los fundamentos jurídicos penales que son aplicables a los funcionarios públicos de comprobarse su participación en actividades criminales?

CUADRO N° 04

RESPUESTA	N°	%
SI	11	18.33
NO	48	80
NO OPINA	01	1.66
TOTAL	60	100

Fuente. Encuesta.



Interpretación.

A la pregunta: ¿Conoce los fundamentos jurídicos penales que son aplicables a los funcionarios públicos de comprobarse su participación en actividades criminales?

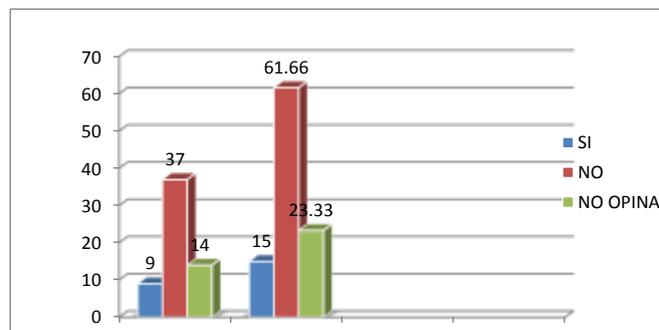
Se tuvo el siguiente resultado: El 18.33% señala que sí, el 80% precisa que no y el 1.66% señala que no opina al respecto. De estos resultados podemos inferir que la mayoría no conoce los fundamentos jurídicos penales que son aplicables a los funcionarios públicos de comprobarse su participación.

5.- ¿Existe a su criterio fundamentos jurídico penales para imputar responsabilidad penal a las organizaciones criminales en delitos de corrupción de funcionarios?

CUADRO N° 05

RESPUESTA	N°	%
SI	09	15
NO	37	61.66
NO OPINA	14	23.33
TOTAL	60	100

Fuente. Encuesta.



Interpretación.

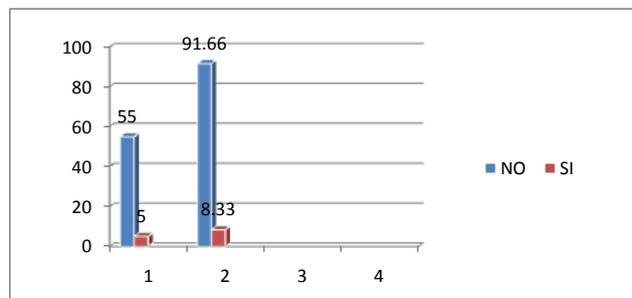
A la pregunta: ¿Existe a su criterio fundamento jurídico penal para imputar responsabilidad penal a las organizaciones criminales en delitos de corrupción de funcionarios? Se tuvo el siguiente resultado: El 15% precisa que sí; el 61.66% señala que no y, el 23.33% hace saber que no opina al respecto. De estos resultados podemos inferir que, según la percepción mayoritaria de los abogados encuestados, no existen fundamentos jurídico penales para imputar responsabilidad penal a las organizaciones criminales en delitos de corrupción de funcionarios.

6.- ¿Según su parecer “el imputado por delitos de corrupción de funcionarios con relación al crimen organizado debería sentir todo el castigo de la ley” debiendo ser recluso en un establecimiento penal?

CUADRO N° 06

RESPUESTA	N°	%
SI	55	91.66
NO	5	8.33
TOTAL	60	100

Fuente encuesta.



Fuente encuesta.

Interpretación.

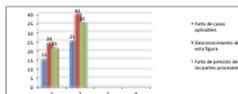
A la pregunta: ¿Según su parecer “el imputado por delitos de corrupción de funcionarios con relación al crimen organizado debería sentir todo el castigo de la ley” debiendo ser recluso en un establecimiento penal? Se tuvo el siguiente resultado: El 91.66% precisa que sí; el 8.33% señala que no. De estos resultados podemos inferir que la mayoría de los abogados encuestados, considera que el imputado por delitos de corrupción de funcionarios con relación al crimen organizado debería sentir todo el castigo de la ley, debiendo ser recluso en un establecimiento penal.

7.- ¿Cuál cree Ud. que es la causa por la cual no se aplica penas privativas de la libertad efectivas a funcionarios públicos y extraneus?

CUADRO N° 07

RESPUESTA	N°	%
Falta de casos aplicables	15	25
Desconocimiento de esta figura	24	40
Falta de petición de las partes procesales	21	35
TOTAL	60	100

Fuente encuesta.



Fuente. Encuesta

Interpretación.

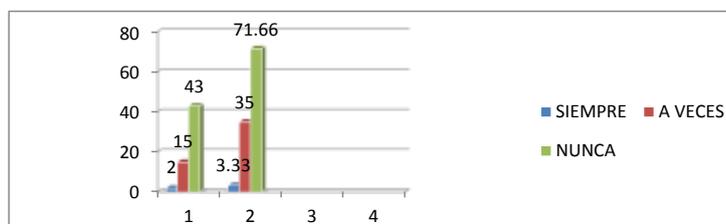
A la pregunta: ¿Cuál cree Ud. que es la causa por la cual no se aplica penas privativas de la libertad efectivas a funcionarios públicos y extraneus? Se tuvo el siguiente resultado: El 25% precisa que por falta de casos aplicables; el 40% señala que por desconocimiento de esta figura y el 35% por falta de petición de las partes procesales. De estos resultados podemos inferir que la mayoría de los abogados encuestados, opina que es por desconocimiento de esta figura.

8.- ¿Ha sido parte Ud. de algún programa de capacitación referente al tema del crimen organizado y su relación con los delitos de corrupción que, haya sido auspiciado por el Ministerio de Justicia, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura u otra entidad análoga?

CUADRO N° 08

RESPUESTA	N°	%
SIEMPRE	02	3.33
A VECES	15	35
NUNCA	43	71.66
TOTAL	60	100

Fuente encuesta.



Fuente. encuesta

Interpretación.

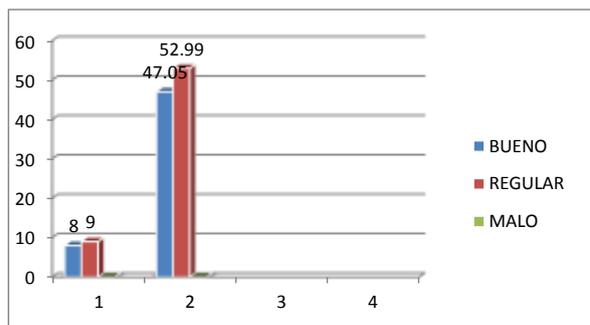
A la pregunta: ¿Ha sido parte UD de algún programa de capacitación referente al tema del crimen organizado y su relación con los delitos de corrupción que, haya sido auspiciado por el Ministerio de Justicia, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura u otra entidad análoga? Se tuvo el siguiente resultado: El 3.33% precisa que sí; el 35% señala que a veces y el 71.66% que no. De estos resultados podemos inferir que la mayoría de los abogados encuestados, no ha sido parte de algún programa de capacitación referente al tema del crimen organizado y su relación con los delitos de corrupción.

9.- Si su respuesta anterior es afirmativa, ¿según su parecer, dicho programa ha sido?:

CUADRO N° 09

RESPUESTA	N°	%
BUENO	8	47.05
REGULAR	9	52.99
MALO	0	0
TOTAL	17	100

Fuente encuesta.



Fuente. encuesta

Interpretación.

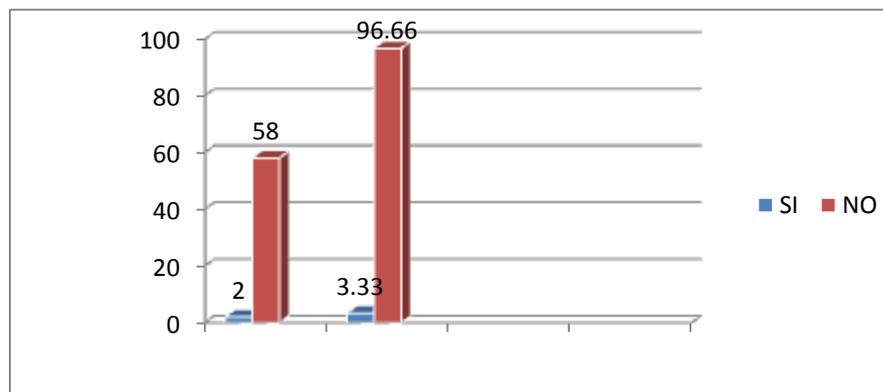
A la pregunta: ¿Si su respuesta anterior es afirmativa, ¿según su parecer, dicho programa ha sido? Se tuvo el siguiente resultado: El 47.05% precisa que fue bueno; el 52.99% señala que fue regular y el 00% que fue malo. De estos resultados podemos inferir que los abogados encuestados consideran que la capacitación referente al tema del crimen organizado y su relación con los delitos de corrupción ha sido buena.

10.- ¿Cree Ud. que existe o ha existido en nuestro medio una adecuada y preferente difusión sobre la criminalidad organizada a cargo de las entidades competentes y que ésta, alcance a los operadores jurídicos?

CUADRO N° 10

RESPUESTA	N°	%
SI	02	3.33
NO	58	96.66
TOTAL	60	100

Fuente encuesta.



Fuente encuesta

Interpretación.

A la pregunta: ¿Cree Ud. que existe o ha existido en nuestro medio una adecuada y preferente difusión sobre la criminalidad organizada a cargo de las entidades competentes y que ésta, alcance a los operadores jurídicos?

Se tuvo el siguiente resultado: El 3.33% precisa que sí; el 96.66% señala que no. De estos resultados podemos inferir que la mayoría de los abogados encuestados considera que no ha existido en nuestro medio una adecuada y preferente difusión sobre la criminalidad organizada a cargo de las entidades competentes.

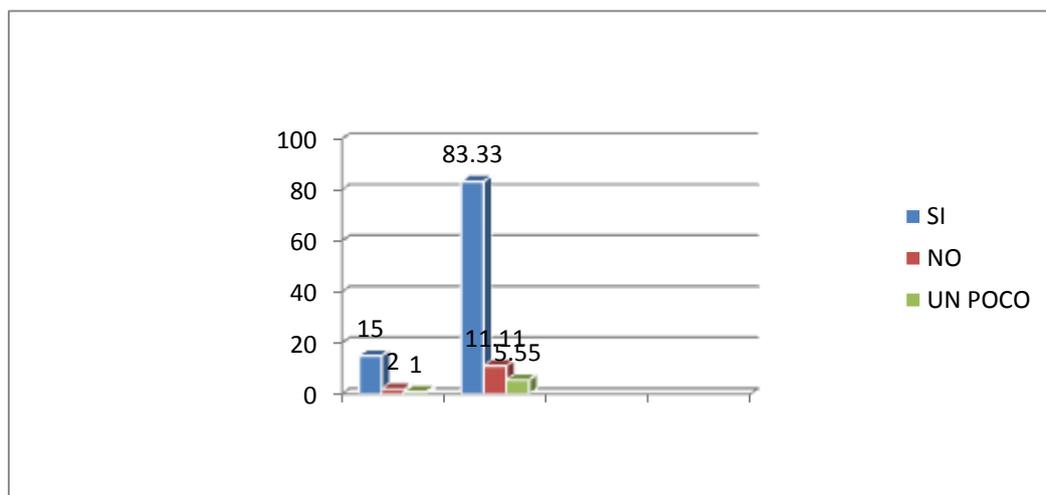
b) Encuesta a los magistrados de los juzgados penales

1.- ¿A su criterio existen indicios e informaciones que la criminalidad organizada guarda relación con la comisión de delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos?

CUADRO N° 01

RESPUESTA	N	%
SI	15	83.33
NO	02	11.11
UN POCO	01	5.55
TOTAL	18	100

Fuente encuesta.



Fuente encuesta

Interpretación.

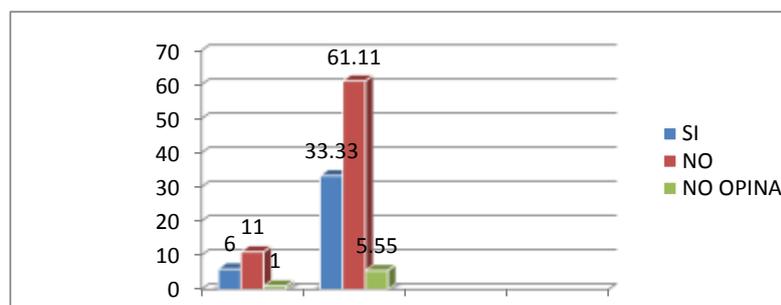
De la pregunta: ¿A su criterio existen indicios e informaciones que la criminalidad organizada guarda relación con la comisión de delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos? Se tuvo el siguiente resultado: El 83.33% señala que sí, el 11.11% señaló que no y el 5.55% precisó que algunas veces. De estos resultados podemos concluir que la gran mayoría de los encuestados tienen la percepción que el crimen organizado tiene relación en actividades ilícitas.

2.- ¿Existe a su criterio fundamentos jurídico penales para imputar responsabilidad penal a las organizaciones criminales en delitos de corrupción de funcionarios?

CUADRO N° 02

RESPUESTA	N°	%
SI	06	33.33
NO	11	61.11
NO OPINA	01	5.55
TOTAL	18	100

Fuente. encuesta.



Fuente. encuesta

Interpretación.

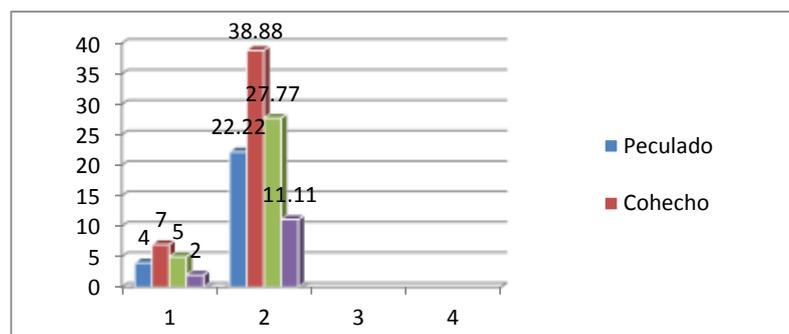
A la pregunta: ¿Existe a su criterio fundamentos jurídico penales para imputar responsabilidad penal a las organizaciones criminales en delitos de corrupción de funcionarios? Se tuvo el siguiente resultado: El 33.33% precisa que sí; el 61.11% señala que no y, el 5.55% hace saber que no opina al respecto. De estos resultados podemos inferir que, según la percepción mayoritaria de los magistrados encuestados, no existen fundamentos jurídico penales para imputar responsabilidad penal a las organizaciones criminales en delitos de corrupción de funcionarios.

3.- ¿Qué delito de corrupción de funcionarios es el más cometidos en conjunto con funcionarios públicos y las organizaciones criminales, según la información que posee?

CUADRO N° 03

RESPUESTA	N°	%
Peculado	04	22.22
Cohecho	07	38.88
Colusión	05	27.77
Asociación para delinquir	02	11.11
TOTAL	18	100

Fuente. encuesta.



Interpretación.

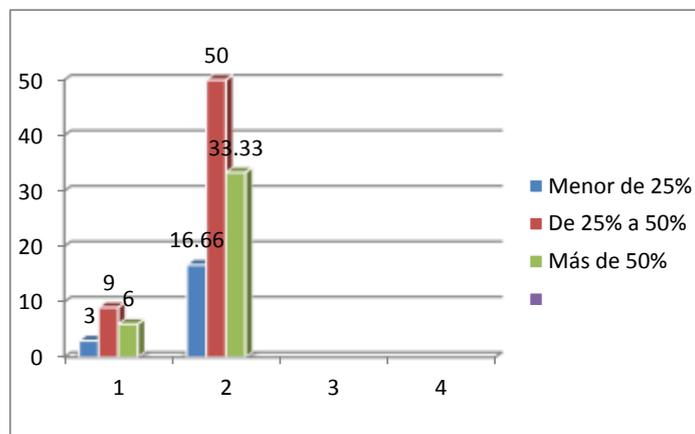
A la pregunta: ¿Qué delitos de corrupción de funcionarios son los más cometidos en conjunto con funcionarios públicos y las organizaciones criminales, según la información que posee? Se tuvo el siguiente resultado: El 22.22% señala que es usado el Peculado, el 38.88% señaló que es el Cohecho, el 27.77% que es la colusión y solo el 11.11% precisó que es la Asociación Ilícita para Delinquir. De estos resultados podemos concluir que la gran mayoría de los encuestados tienen la percepción de la participación del crimen organizado en actividades ilícitas de cohecho y colusión.

4.- ¿Qué porcentaje representan los casos sobre delitos de corrupción de funcionarios, que UD. ha tramitado en su despacho, entre los años 2010 – 2014?

CUADRO N° 04

RESPUESTA	N°	%
Menor de 25%	03	16.66
De 25% a 50%	09	50
Más de 50%	06	33.33
TOTAL	18	100

Fuente encuesta.



Interpretación.

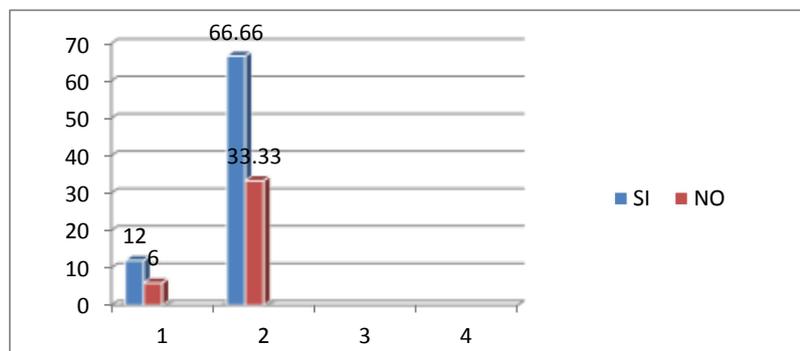
A la pregunta: ¿Qué porcentaje representan los casos sobre delitos de corrupción de funcionarios, que UD. ha tramitado en su despacho, entre los años 2010 – 2014? Se tuvo el siguiente resultado: El 16.66% señala que es menor a 25%, el 50% señaló que es 25% a 50 % y el 33.33% que es mayor al 50%. De estos resultados podemos concluir que la gran mayoría de los encuestados tienen la percepción que el porcentaje de los casos que se han tramitado en los despachos de los juzgados penales, entre los años 2010- 2014 es entre 25% y 50%.

5.- ¿Según su parecer “el imputado por delitos de corrupción de funcionarios con relación al crimen organizado debería sentir todo el castigo de la ley” debiendo ser recluso en un establecimiento penal?

CUADRO N° 05

RESPUESTA	N°	%
SI	12	66.66
NO	6	33.33
TOTAL	18	100

Fuente encuesta.



Fuente. encuesta

Interpretación.

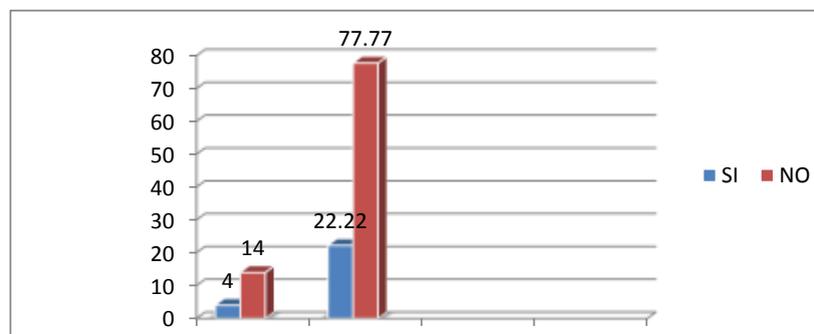
A la pregunta: ¿Según su parecer “el imputado por delitos de corrupción de funcionarios con relación al crimen organizado debería sentir todo el castigo de la ley” debiendo ser recluso en un establecimiento penal? Se tuvo el siguiente resultado: El 66.66% precisa que sí; el 33.33% señala que no. De estos resultados podemos inferir que la mayoría de los magistrados encuestados, considera que el imputado por delitos de corrupción de funcionarios con relación al crimen organizado debería sentir todo el castigo de la ley, debiendo ser recluso en un establecimiento penal.

6.- ¿Ha sentenciado Ud. algún hecho ilícito donde hayan participado en conjunto funcionarios públicos y el crimen organizado?

CUADRO N° 06

RESPUESTA	N°	%
SI	04	22.22
NO	14	77.77
TOTAL	18	100

Fuente encuesta.



Fuente encuesta

Interpretación.

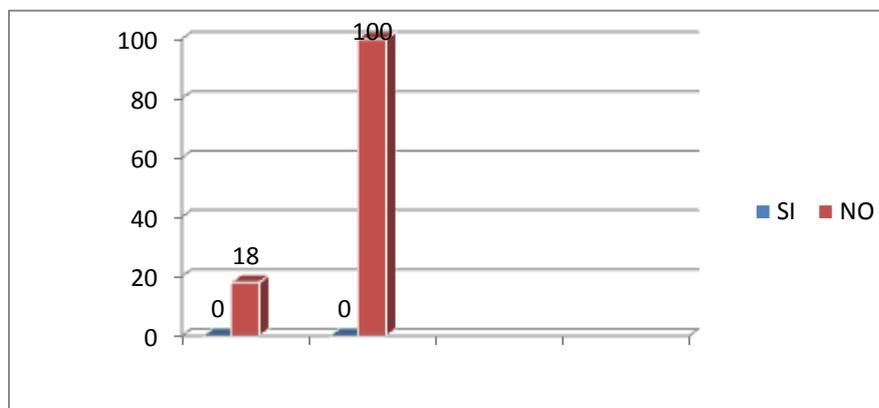
A la pregunta: ¿Ha sentenciado Ud. algún hecho ilícito donde hayan participado en conjunto funcionarios públicos y el crimen organizado? Se tuvo el siguiente resultado: El 22.22% precisa que sí; el 77.77% señala que no. De estos resultados podemos inferir que, según la percepción mayoritaria de los magistrados encuestados, no es común sentenciar hechos ilícitos donde hayan participado en conjunto funcionarios públicos y el crimen organizado.

7.- ¿Entre los casos que Ud. ha resuelto con sentencias condenatorias, ha impuesto pena a algún representante de la criminalidad organizada?

CUADRO N° 07

RESPUESTA	N°	%
SI	00	00
NO	18	100.00
TOTAL	18	100

Fuente encuesta.



Fuente encuesta

Interpretación.

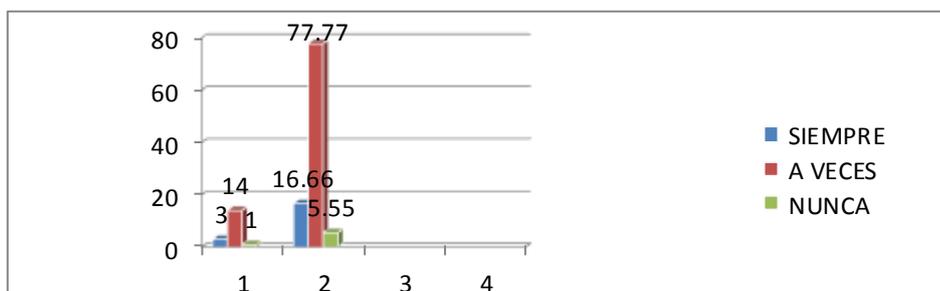
A la pregunta: ¿Entre los casos que Ud. ha resuelto con sentencias condenatorias, ha impuesto pena a algún representante de la criminalidad organizada? Se tuvo el siguiente resultado: El 00% precisa que sí; el 100% señala que no. De estos resultados podemos inferir que, según la percepción mayoritaria de los magistrados encuestados, en las sentencias condenatorias, no es común imponer pena a algún representante de la criminalidad organizada.

8.- ¿Ha sido parte UD de algún programa de capacitación referente al tema del crimen organizado y su relación con los delitos de corrupción que, haya sido auspiciado por el Ministerio de Justicia, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura u otra entidad análoga?

CUADRO N° 08

RESPUESTA	N°	%
SIEMPRE	03	16.66
A VECES	15	77.77
NUNCA	01	5.55
TOTAL	18	100

Fuente encuesta.



Fuente. encuesta

Interpretación.

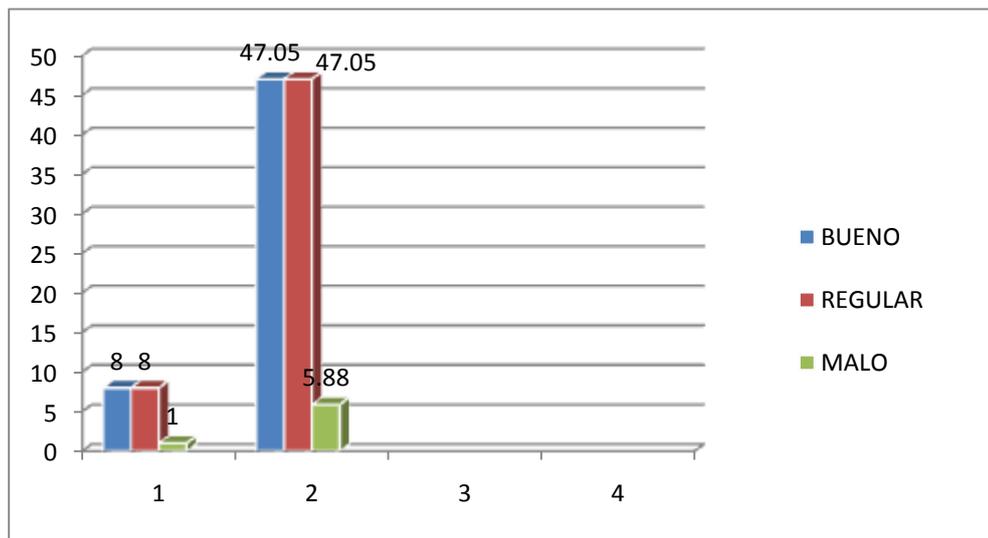
A la pregunta: ¿Ha sido parte UD de algún programa de capacitación referente al tema del crimen organizado y su relación con los delitos de corrupción que, haya sido auspiciado por el Ministerio de Justicia, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura u otra entidad análoga? Se tuvo el siguiente resultado: El 16.66% precisa que sí; el 77.77% señala que a veces y el 5.55 que no. De estos resultados podemos inferir que la mayoría de los magistrados encuestados, ha sido parte de algún programa de capacitación referente al tema del crimen organizado y su relación con los delitos de corrupción.

9.- Si su respuesta anterior es afirmativa, ¿según su parecer, dicho programa ha sido?:

CUADRO N° 09

RESPUESTA	N°	%
BUENO	8	47.05
REGULAR	8	47.05
MALO	1	5.88
TOTAL	17	100

Fuente encuesta.



Fuente. encuesta

Interpretación.

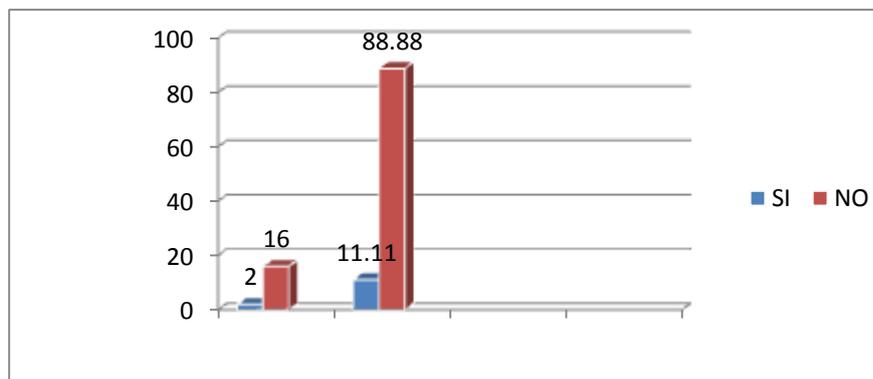
A la pregunta: ¿Si su respuesta anterior es afirmativa, ¿según su parecer, dicho programa ha sido? Se tuvo el siguiente resultado: El 47.05% precisa que fue bueno; el 47.05% señala que fue regular y el 5.88% que fue malo. De estos resultados podemos inferir que la mayoría de los magistrados encuestados considera que la capacitación referente al tema del crimen organizado y su relación con los delitos de corrupción ha sido buena.

10.- ¿Cree Ud. que existe o ha existido en nuestro medio una adecuada y preferente difusión sobre la criminalidad organizada a cargo de las entidades competentes y que ésta, alcance a los operadores de justicia?

CUADRO N° 10

RESPUESTA	N°	%
SI	02	11.11
NO	16	88.88
TOTAL	18	100

Fuente Encuesta.



Fuente. Encuesta

INTERPRETACIÓN.

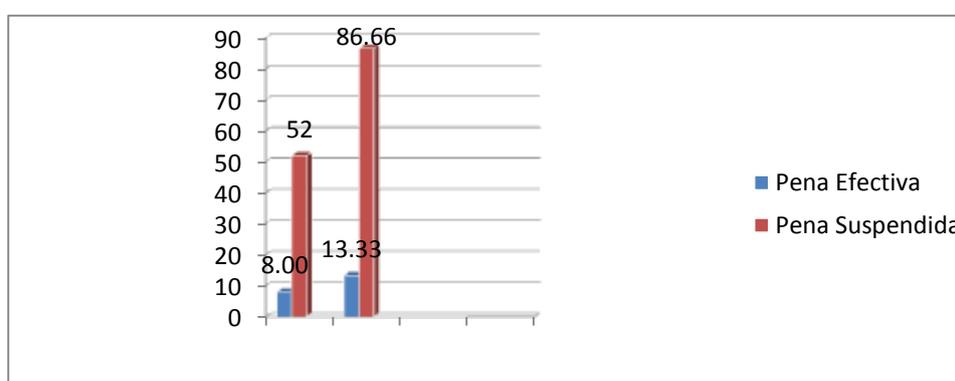
A la pregunta: ¿Cree Ud. que existe o ha existido en nuestro medio una adecuada y preferente difusión sobre la criminalidad organizada a cargo de las entidades competentes y que ésta, alcance a los operadores de justicia? Se tuvo el siguiente resultado: El 11.11% precisa que sí; el 88.88% señala que no. De estos resultados podemos inferir que la mayoría de los magistrados encuestados considera que no ha existido en nuestro medio una adecuada y preferente difusión sobre la criminalidad organizada a cargo de las entidades competentes.

4.2. Sobre la verificación directa a las sentencias sobre los delitos de corrupción de funcionarios y su relación con el crimen organizado, emitidas por los juzgados penales colegiados de la Corte Superior de Ancash en los años 2010- 2014.

a) Sentencias condenatorias por los delitos de corrupción de funcionarios.

Sentencias condenatorias por los delitos de corrupción de funcionarios.		
PENA EFECTIVA	08	13.33%
PENA SUSPENDIDA	52	86.66%
TOTAL	60	100%

Fuente: Revisión directa.



Fuente: Revisión directa.

Interpretación.

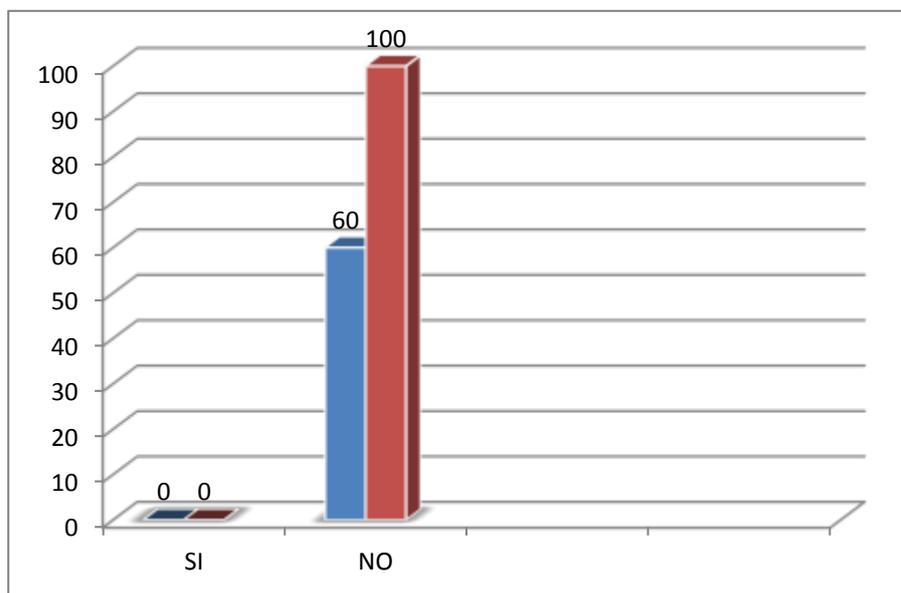
Para mejor corroborar nuestras hipótesis, se pasó a verificar las sentencias emitidas por los Juzgados Penales Colegiados de Huaraz en el periodo comprendido por los años 2010- 2014. De dicha verificación, se tuvo de 60 sentencias condenatorias emitidas, que: 08 fueron de pena efectiva de la libertad representando el 13.33%, y, que 52 de ellas fueron por una sentencia de pena suspendida, representando el 86.66%.

De esta verificación, se puede concluir que un porcentaje mayoritario de las sentencias, solo imponen pena suspendida.

b) Referencias al crimen organizado en las sentencias condenatorias por los delitos de corrupción de funcionarios.

Referencias al crimen organizado en las sentencias condenatorias por los delitos de corrupción de funcionarios.		
SI	0	0%
NO	90	100%
TOTAL	90	100%

Fuente: Revisión directa.



Fuente: Revisión directa.

Interpretación.

De 90 sentencias revisadas de manera directa, se tiene que 00sentencias condenatorias por delitos de Corrupción de Funcionarios, hacen referencia al crimen organizado, en cambio, 100% de sentencias condenatorias, no hacen ninguna alusión.

De ello podemos concluir que la gran mayoría, no hacen ninguna mención o alusión al Crimen Organizado cuando se emiten sentencias condenatorias por los delitos de Corrupción de Funcionarios.

c) Análisis de expedientes judiciales y carpetas fiscales que han sido Objeto de Estudio.

En esta parte se ha tenido en cuenta estudiar 90 expedientes y carpetas de Delitos de Corrupción de Funcionarios con relación al Crimen Organizado tramitados en los juzgados penales colegiados de la Corte Superior de Justicia de Ancash y la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos De Corrupción de Funcionarios (60 expedientes de la Corte Superior de Justicia de Ancash, 30 carpetas dela Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos De Corrupción), los mismos que se han elegido a través de una muestra probabilística:

1. Corte Suprema de Justicia de la República¹⁶³

Recurso de nulidad: 1348- 2012.

- a.** Procesados: Christian Abraham Castro Arquíñigo y otros
- b.** Delito: Malversación de Fondos
- c.** Agravado : Gobierno Regional de Ancash.
- d.** Fecha: 24 de enero de 2013.

Resumen. La imputación concreta contra los acusados Christian Abraham Castro Arquíñigo, Germán Alejandro Martínez Cisneros, Desiderio Beltrán Broncano, Walter Gerardo Rocha Choccos, Simeón Máximo Quispe Balsuzarri y Raúl Enrique Bianchi Calderón fue haber derivado dinero de las obras del Gobierno regional de Ancash para efectuar “Spots Publicitarios” en diferentes medios de comunicación escritos, televisivos y radiales, entre los meses de mayo a noviembre de mil siete, para cubrir la publicidad de apoyo brindado a los

¹⁶³Recurso de Nulidad. Expediente 1348- 2012, de fecha 24 de enero 2013.

damnificados por el terremoto de la ciudad de Ica; si bien el dictamen pericial contable estableció que el Gobierno Regional efectuó a terceros pagos por conceptos de spots publicitarios (ascendentes a 11, 928 nuevos soles), y que estos fueron cubiertos con la fuente de financiamiento del canon y sobrecanon minero (destinados a la realización de obras de infraestructura), no se estableció que obras o servicios habrían sido afectados al gastar dichos fondos, es decir, no se precisó el perjuicio, que es un elemento objetivo cuya ausencia incide en un juicio negativo de tipicidad del delito de malversación de fondos. Por estos fundamentos **Declararon NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil cincuenta y tres, del dos de setiembre de dos mil once, que absuelve a Christian Abraham Castro Arquñigo, Germán Alejandro Martínez Cisneros, Desiderio Beltrán Broncano, Walter Gerardo Rocha Choccos, Simeón Máximo Quispe Balsuzarri y Raúl Enrique Bianchi Calderón de la acusación fiscal formulada por delito contra la administración pública- malversación de fondos- en agravio del Gobierno Regional de Ancash; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

2. Corte Suprema de Justicia Sala Penal Transitoria Permanente¹⁶⁴

Recurso de nulidad: 2052- 2012.

- a. Juzgado: Segundo Juzgado Penal Liquidador**
- b. Exp. N°: 01273-2008**
- c. Juez: Gómez Carranza Beatriz**
- d. Secretario: López Mantilla José**
- e. Delito: Colusión**
- f. Agravado: Municipalidad Distrital de Pira.**

¹⁶⁴ Recurso de nulidad, Exp 2052- 2012 Corte Suprema de Justicia Sala Penal Transitoria Permanente.

g. Imputado: Saturnino Lucio Castillo León y otros

Resumen. El acusado Saturnino Lucio Castillo León, en su condición de alcalde de la Municipalidad Provincial de Pira, dispuso la creación de una Comisión Especial con la finalidad de realizar el proceso de adjudicación directa selectiva para la selección de la empresa que ejecute el proyecto “Construcción de la Microrepresa de Winchus Quishuar”, y con su coacusado Alberto Domínguez López dieron como ganador a la empresa constructora JLS.A.C. representada por la imputada Liz Vilcapuma Flores, proceso que se habría efectuado sin observar los requisitos formales de contratación, además a la firma del primer adelanto no se habría otorgado la carta fianza, ni tampoco se firmó el contrato de ejecución de obra; que estos determinan que los citados funcionarios públicos se habrían coludido y /o concertado con la representante de la empresa ganadora, para beneficiarse con dinero de la referida Municipalidad. Por tales fundamentos **Declararon HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas 919, del siete de diciembre de dos mil once, en el extremo que condenó a Saturnino Lucio Castillo León como autor del delito contra la administración pública- peculado en agravio de la Municipalidad de Pira; **reformándola ABSOLVIERON** a Saturnino Lucio Castillo León del delito contra la administración pública- peculado en agravio de la Municipalidad de Pira; así mismo declaró **NO HABER NULIDAD** en la misma sentencia en el extremo que condeno a Saturnino Lucio Castillo León y Alberto Clemente Domínguez López como autores del delito contra la administración pública- Colusión Desleal, en agravio de la Municipalidad de Pira, y le impusieron al primero de ellos cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años y, al segundo,

tres años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años; y fijo en diez mil nuevos soles el monto de reparación civil que deberá cancelar los citados sentenciados en forma solidaria a favor de la entidad agraviada.

3. Juzgado Unipersonal de la Provincia de Huaraz¹⁶⁵

- a. Juzgado: Juzgado Penal Unipersonal
- b. Exp. N°: 01587-2011
- c. Especialista: Edgar Henostroza Valverde
- d. Delito: Peculado doloso por apropiación
- e. Agraviado: Municipalidad Distrital de Huaraz.
- f. Imputado: Camacho Shapiama Karin Melina y otros.

Resumen: Que la acusada Karin Melina Camacho Shapiama, se desempeñaba en el Consejo Educativo Municipal CEM y que Hamilton Guzmán Macedo apoyaba en la digitalización de las planillas, quien se ha declarado responsable de los cargos imputados acogiendo a la conclusión anticipada de juicio, además al declarar refiere que fue un acuerdo el de afectar las planillas de otras personas, proporcionar sus cuentas corrientes o de otras personas para hacerse pago de sus remuneraciones, así como el de sus coacusadas Milagros y Magaly, así como de su coacusado Wilder Oswal, dicho que concurda por cuanto se ingresaron resoluciones existentes de otras personas pero con cuentas corrientes de los acusados, familiares o allegados a ellos mismos, afectando el presupuesto destinado para el pago de otros conceptos y de otras personas; justificando la acusada su conducta en el hecho de que ella recibía órdenes del señor Juan

¹⁶⁵Exp. N° 01587-2011 Juzgado Unipersonal de la Provincia de Huaraz

Gutiérrez Mellado, quien le proporcionaba el folder para digitar planillas; sin embargo era la única persona que contaba con usuario y clave de acceso al SUP. Infringiendo por ello con su conducta su deber de custodiar los bienes de propiedad del Estado. Respecto al acusado Wilder Oswal debía consolidar información referente a la adquisición de bienes y servicios requeridos por las instituciones educativas. Por lo que, con fecha 28 de noviembre de 2013, se **IMPONENDO a CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD** a Karin Melina Camacho Shapiama y **TRES AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD** contra Wilder Oswal Chávez Rodríguez suspendida en su ejecución por el plazo de dos años en ambos casos. Y **FIJA: TRES MIL NUEVOS SOLES** como monto de reparación civil en forma solidaria.

4. Juzgado Unipersonal de la Provincia de Bolognesi¹⁶⁶

- a.** Juzgado: Juzgado Penal Unipersonal
- b.** Exp. N°: 013-2014- JPUB
- c.** Juez:Luís Enrique Chira Ascurra
- d.** Especialista: Gonzales Collas DaysyYenny
- e.** Delito: Peculado doloso y malversación de fondos
- f.** Agraviado: Municipalidad Distrital de Pacllon.
- g.** Imputado: Adhemir Carrera Padilla,Gisela Damazo Laurente y otros.

Resumen: Formula acusación en contra de Adhemir Carrera Padilla, como presunto autor del delito contra la administración pública en la modalidad de peculado doloso por apropiación y malversación de fondos, delito previsto en el primer párrafo del artículo 387° y el artículo 389° primer párrafo así mismo contra

¹⁶⁶ Exp. N° 013-2014- JPUB Juzgado Unipersonal de la Provincia de Bolognesi

Miguel Ángel Ríos Salcedo, Mayer Jhon Ibarra Esteban y Gisela Damazo Laurente, como presuntos cómplices primarios de la comisión del delito contra la administración pública en su modalidad de peculado doloso por apropiación tipificado en el primer párrafo del artículo 387° y el artículo 389° del Código Penal; en agravio de la Municipalidad distrital de Pacllón Provincia de Bolognesi-Ancash. Por lo que la decisión judicial determina **CITesea JUICIO ORAL** en la presente causa penal para el día **QUINCE DE OCTUBRE DE DOS MIL CATORCE** a horas **CUATRO DE LA TARDE**.

5. Juzgado Penal de Investigación Preparatoria¹⁶⁷

- a. Juzgado: Juzgado de Investigación Preparatoria- Huari.
- b. Exp. N°: 0308-2012
- c. Fiscalía: 3^{ra} Fiscalía Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios del DJA.
- d. Juez: Aparicio Alvarado Rolando
- e. Especialista: Miriam del Rosario Sánchez Ramírez
- f. Delito: Peculado, colusión y otros.
- g. Agravado: Municipalidad Distrital de San Marcos.
- h. Imputado : Loarte Rodríguez Marco Felix, Hernán Italo Basurto de la

Cruz y otros.

Resumen: Mediante informe de verificación de denuncia La Municipalidad Distrital de Huari comunicó a la Gerencia Zonal Norte de fecha 28 de agosto de 2008, comunicó a la Gerencia de Sistemas Informáticos (GCSI), la detención de indicios sobre irregularidades durante el periodo 2007- 2008, con sus 97 anexos,

¹⁶⁷ Exp. N° 0308-2012 Juzgado Penal de Investigación Preparatoria.

documentos que determinan el perjuicio económico causado al Estado por la suma de S/. 206 500.00 nuevos soles. Determinándose **PROGRAMESE** fecha y hora para la realización de la **Audiencia Preliminar de Control Mixto (Sobreseimiento y acusación)** para el día **MARTES ONCE DE NOVIEMBRE** del año dos mil catorce a horas nueve de la mañana.

6. Juzgado Penal de Investigación Preparatoria¹⁶⁸

- a.** Juzgado: Juzgado de Investigación Preparatoria- Chiquián.
- b.** Exp. N°: 0136-2013
- c.** Fiscalía: 4^{ta} Fiscalía Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios del DJA.
- d.** Carpeta Fiscal: 2013-160
- e.** Juez: Zulma Condori Quispe
- f.** Especialista: Gerardo Ramos Cano
- g.** Delito: Peculado doloso.
- h.** Agraviado: Municipalidad Distrital de Huallanca.
- i.** Imputado: Jorge Jaramillo Rubino, Jaime Wilfredo Rodríguez Gerónimo y otros.

Resumen: La Municipalidad distrital de Huallanca ejecutó en el año 2012 nueve proyectos: Creación de local multiuso de bramadero en la comunidad campesina de Sagrado Corazón de Jesús de Utupampa, Construcción de trocha carrozable del cruce Siete Lenguas y otros, Reparación del tractor oruga D-140 HP de propiedad de la municipalidad, Construcción de camal municipal, Adquisición de módulos de 600 W de energía fotovoltaica en las instalaciones educativas de Huancayoc,

¹⁶⁸Carpeta Fiscal N° 2013-160 Juzgado Penal de Investigación Preparatoria.

Utupampa, 3 de mayo del Llacuash, Galanioc y Chiuruco, Mejoramiento de los servicios de baños termales de Asulma, Adquisición de cercos eléctricos en las comunidades del distrito de Huallanca para el mejoramiento de la calidad genética de ganado vacuno y de Lidia del distrito. En la gestión y ejecución de estos proyectos, los funcionarios de la entidad habrían incurrido en una serie de irregularidades, que, analizadas en forma conjunta, nos conllevan a establecer la comisión de ilícitos penales. Por lo que el Fiscal a cargo del caso solicita **Mandato de Prisión Preventiva** contra los imputados. Y mediante Resolución número dos, de fecha 10 de octubre de 2014, **CITese** a los sujetos procesales, para el día **DOCE DE NOVIEMBRE** del presente año a las tres de la tarde para la realización de la **AUDIENCIA DE COMPARECENCIA RESTRICTIVA**.

7. Juzgado Penal de Investigación Preparatoria¹⁶⁹

- a. Juzgado: Juzgado de Investigación Preparatoria
- b. Exp. N°: 036-2014
- c. Fiscalía: 3^{era} Fiscalía Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios del DJA.
- d. Carpeta Fiscal: 2012- 423
- e. Delito: Peculado doloso y otros.
- f. Agraviado: Municipalidad Distrital de San Marcos.
- g. Imputado: José Luís Ramos Ganoza y otros.

Resumen: Conforme se advierte de la Disposición N°06 de fecha 20 de mayo de 2014, se incorpora al proceso una cantidad mayor de imputados, se advierte además que se requiere la declaración de todos los imputados para no privarlos de

¹⁶⁹ Exp. N° 036-2014 Juzgado Penal de Investigación Preparatoria.

su derecho a la defensa, asimismo de las declaraciones llevadas a cabo se desprende la necesidad de solicitar a la Municipalidad Distrital de San Marcos, todos los requerimientos de pagos realizados por la Gerencia de Acondicionamiento y Desarrollo Urbano en el año 2011, ello con la finalidad de determinar responsabilidades en cada caso concreto.

Por lo que mediante disposición Fiscal N°07, de fecha 20 de julio, se **DECLARA COMPLEJALA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**, en los seguidos contra Washintong Aliaga Marin, Ludbic Leonic Cabrera Albornoz, por la comisión de delito contra la administración pública en la modalidad de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales; asimismo en calidad de coautores contra Eleuterio Dionicio Mejía Chávez, José Luís Ramos Ganoza, Juan Carlos Marin Silva, Oscar Nemesio Ugarte Salazar, Washintong Aliaga Marin, Isaias Tolentino Vega y Luis Castro Maguiña y en calidad de cómplice primario Ludbic Leonic Cabrera Albornoz y Marco Antonio Cardoza Garbozo, por la comisión de delito contra la administración pública en la modalidad de Peculado Doloso; del mismo modo en calidad de coautores, contra Washintong Aliaga Marin y Ludbic Leonic Cabrera Albornoz, por el delito contra la fe pública en la modalidad de falsificación de documentos, en agravio de la Municipalidad Distrital de San Marcos. Del mismo modo como autores contra Jesús Ravelo Sánchez, Cesar Augusto López Rebaza, Esther Hinostraza Camposano, Isaias Tolentino Vega, Cira Adela Guillen Chalco, Juan Carlos Marin Silva y Nemesio Salazar Ugarte y como cómplice extraneus a Silvia Victoriana Chávez Dávila por la presunta comisión del delito contra la Administración pública, en la modalidad de peculado por apropiación para tercero, en agravio de la Municipalidad de San Marcos.

8. Fiscalía Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios¹⁷⁰

- a.** Fiscalía: 3^{era} Fiscalía Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios del DJA.
- b.** Carpeta Fiscal: 2014- 255
- c.** Delito : Colusión agravada y otros.
- d.** Agraviado: Gobierno Regional de Ancash.
- e.** Imputado: Leoncio Benito Mauricio Chuy otros.

Resumen: De acuerdo a la noticia criminal se tiene como investigados a: Leoncio Benito Mauricio Chu, Lolo Arturo Luna Rojas, Betty Chavela Villalón Angeles y Edgar Waldemar Luna Villalón; asimismo por la modalidad de ejecución de los hechos materia de investigación (contrataciones sistemáticas de bienes y servicios por montos iguales o inferiores a las 3 UIT del año 2014) no se descarta la participación de más funcionarios y servidores del Gobierno Regional de Ancash (a nivel de sus distintas gerencias y sub gerencias, los cuales son considerados áreas usuarias, así como la participación de más proveedores de bienes y servicios que han actuado en la contratación de bienes y servicios a favor del Gobierno Regional de Ancash durante el año 2014). **DECLARA COMPLEJA LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR** seguida contra: Leoncio Benito Mauricio Chu, como presunto autor de la comisión de delitos contra la administración pública- delitos cometidos por funcionarios públicos- en las modalidades de **COLUSION AGRAVADA Y PECULADO DOLOSO POR APROPIACION;** y contra Lolo Arturo Luna Rojas, Betty Chavela Villalón Ángeles y Edgar

¹⁷⁰Carpeta Fiscal N° 2014- 255Fiscalía Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios.

Waldemar Luna Villalón en condición de **COMPLICES PRIMARIOS**; y contra los que resulten responsables.

APRECIACIÓN

Como se puede apreciar, de estos 08 casos concretos elegidos al azar, tramitados en el Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash y en la Fiscalía Corporativa Especializada en Delito de Corrupción de Funcionarios del DJA, durante los años 2010 al 2014, se presenta tres casos en que los Jueces fallan con sentencia condenatoria suspendida, dos de ellas son declaradas complejas, y tres de ellos presentan fechas para realización de audiencias. Del análisis de estos procesos estamos en condiciones de poder afirmar que en todos ellos el afectado ha sido el Estado; y que han actuado en la realización del ilícito más de dos personas, que las penas impuestas no superan los cuatro años ni son efectivos, así como que la reparación civil no supera los tres mil nuevos soles y es al mismo tiempo pagada de manera solidaria. Por otro lado, se ha podido determinar que el trámite de los procesos es demasiado extenso y falta de investigación adecuada, lo cual provoca que los fiscales al llegar a la etapa de acusación pidan sobreseimiento o presenten acusación mixta y/o las sentencias sean suspendidas; al mismo tiempo que no se logre la finalidad que es la persecución del delito y que el monto de la reparación civil debe estar en función a la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados, debiendo existir proporcionalidad entre estos y el monto que se fija, y que la indemnización cumple la función resarcitoria y reparadora.

V. DISCUSIÓN

La presente tesis aborda los delitos de corrupción de funcionarios y su relación con el crimen organizado en el contexto de los juzgados penales colegiados de Ancash. La legislación peruana penal tradicional aún no desarrolla suficientemente las teorías o bases teóricas conducentes a imputar responsabilidad penal a las organizaciones criminales y, seguramente por ello es que se sigue pensando de manera tradicional; es decir, solo en la responsabilidad penal individual. Por lo que, su implementación no es pacífica en adelante; pues las discusiones y su ejecución recién se han iniciado, por lo tanto, se espera que la doctrina acelere sus respuestas a los diferentes asuntos discutibles. En este marco, el propósito de esta investigación es demostrar la relación existente entre los delitos de corrupción de funcionarios y el crimen organizado en el análisis de los datos obtenidos mediante encuesta y revisión de expedientes se concluye que el crimen organizado tiene relación con la comisión de delitos de corrupción de funcionarios. Empero, las encuestas y sentencias revelaron la falta de punibilidad a la actividad del crimen organizado, del mismo modo el desconocimiento de jueces, fiscales y abogados. Por consiguiente, no es la simple decisión de construir la responsabilidad penal de las organizaciones criminales, sino lo más delicado es construir las bases para sustentar dicha responsabilidad. Es decir, se requiere repensar toda la estructura de la teoría del delito.

Como es sabido, Perú se adscribe en el sistema de imputación penal exclusivamente individualista propio de las concepciones dogmáticas del injusto personal, y esto, obviamente imposibilita la imputación como la respectiva aplicación de la pena directamente a “organizaciones criminales”. Sin embargo,

habrá que tener en cuenta lo siguiente: el conocimiento dogmático del Derecho vigente es presupuesto necesario para su acertada reforma. Antes de recurrir a modificaciones legislativas, la dogmática, que es el punto de partida y el límite máximo de interpretación intentará todo tipo de soluciones en el marco de su propia ley. Sólo así se comprobará con rigor que, si no hay otra solución, con frecuencia se preferirá la reforma legislativa. Pero no pretendo ésta última solución, porque la dogmática jurídico-penal y el Derecho positivo contemplan algunas posibilidades de imputaciones individuales. Una de las opciones se encuentra tipificada como infracción penal, que es la asociación ilícita, pero también enfrentaría con la siguiente dificultad: que las vías de imputación individual –ya sea desde la Parte General o Parte Especial- ponen el acento en aquel sujeto –o sujetos- que está situado jerárquicamente por encima de todo el personal por tener el control máximo de la organización. El problema se presenta porque no será el único miembro –por la pluralidad de personas que existen al interior de una organización o asociación criminal- que responderá penalmente por los delitos cometidos.

Lo argumentado en el marco teórico se sustenta con la contrastación entre las hipótesis y las encuestas realizadas a jueces penales y abogados litigantes. En cuanto a la hipótesis general: “Los delitos de funcionarios presentan criterios materiales adecuados que permiten establecer que existe relación con el crimen organizado, coadyuvando al dictado de pronunciamientos jurisdiccionales con fundamentaciones lógicas – normativos”. El resultado de las encuestas a abogados y magistrados respecto a la posibilidad de sustentar la relación entre delitos de corrupción de funcionarios y el crimen organizado ante la pregunta.: ¿A su criterio

existen indicios e informaciones que la criminalidad organizada guarda relación con la comisión de delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos?, El 86.66% de los abogados señala que sí, del mismo modo la pregunta realizada a los señores magistrados da como resultado el 83.33%. De lo que concluimos que la gran mayoría de los encuestados tienen la percepción que el crimen organizado tiene relación en actividades ilícitas.

A la pregunta: ¿Conoce usted algún hecho ilícito donde han participado funcionarios públicos y el crimen organizado y éstos han recibido sanciones de carácter penal? Se tuvo el siguiente resultado: El 68.33%, señala que no hay ninguna sanción. Según la percepción mayoritaria, los funcionarios públicos y el crimen organizado están exentos de responsabilidad penal; es más, no han merecido ninguna sanción, por lo que se supone siguen actuando en la impunidad más absoluta.

A la pregunta: ¿Qué porcentaje representan los casos sobre delitos de corrupción de funcionarios, que UD. ha tramitado en su despacho, entre los años 2010 – 2014? Se tuvo el siguiente resultado: El 50% señaló que es 25% a 50 %. De estos resultados podemos concluir que la gran mayoría de los encuestados tienen la percepción que el porcentaje de los casos que se han tramitado en los despachos de los juzgados penales, entre los años 2010- 2014 es entre 25% y 50%. De lo que se advierte la vasta existencia de procesos en los que los investigados y acusados son Funcionarios Públicos cabiendo la posibilidad que de ese 25% a 50% de los procesos tengan relación con la criminalidad organizada.

En cuanto a la Primera hipótesis específica: “No hay jurisprudencia y doctrina uniforme que fundamenta la responsabilidad penal atribuida a la

criminalidad organizada. Así mismo no existen fundamentos jurídicos Penales para fundamentar la responsabilidad penal si existe relación entre los delitos de corrupción de funcionarios y el crimen organizado, pues el proceso penal exige que previamente se individualice a los ejecutores”.

A la pregunta: ¿Existe a su criterio fundamentos jurídico penales para imputar responsabilidad penal a las organizaciones criminales en delitos de corrupción de funcionarios? realizada a los abogados, el 61.66% señala que no. Del mismo modo de la encuesta dirigida a los magistrados lo señala el 61.11%. De estos resultados podemos inferir que, según la percepción mayoritaria de los encuestados, no existen fundamentos jurídicos penales para imputar responsabilidad penal a las organizaciones criminales en delitos de corrupción de funcionarios.

A la pregunta: ¿Conoce los fundamentos jurídicos penales que son aplicables a los funcionarios públicos de comprobarse su participación en actividades criminales? El 80% precisa que no. De lo que resulta que la mayoría no conoce los fundamentos jurídicos penales que son aplicables a los funcionarios públicos de comprobarse su participación. A

la pregunta: ¿Según su parecer “el imputado por delitos de corrupción de funcionarios con relación al crimen organizado debería sentir todo el castigo de la ley” debiendo ser recluido en un establecimiento penal? El 91.66% precisa que sí. De lo que se infiere que los delitos de corrupción de funcionarios que se cometan en el ámbito de la criminalidad organizada queda impune.

A la pregunta: ¿Cuál cree Ud. que es la causa por la cual no se aplica penas privativas de la libertad efectivas a funcionarios públicos y extraneus? El 40%

señala que por desconocimiento de esta figura y el 35% por falta de petición de las partes procesales. De lo que colegimos que, opina que es por desconocimiento y falta de petición de las partes procesales para incorporarlas al proceso.

A la pregunta: ¿Según su parecer “el imputado por delitos de corrupción de funcionarios con relación al crimen organizado debería sentir todo el castigo de la ley” debiendo ser recluso en un establecimiento penal? Se tuvo el siguiente resultado: El 66.66% de jueces precisa que sí. De estos resultados podemos inferir que la mayoría de los magistrados encuestados, considera que el imputado por delitos de corrupción de funcionarios con relación al crimen organizado debería sentir todo el castigo de la ley, debiendo ser recluso en un establecimiento penal.

En cuanto a la segunda hipótesis específica: “El porcentaje de sentencias que, adecuadamente, han fallado en causas relativas a la presencia de crimen organizado en los delitos de funcionarios en la Corte Superior de Justicia de Ancash durante el período 2010- 2014 es mínimo”.

De la encuesta realizada a los magistrados penalistas ante la pregunta ¿Entre los casos que Ud. ha resuelto con sentencias condenatorias, ha impuesto pena a algún representante de la criminalidad organizada? El 100% señala que no. De estos resultados se infiere que, según la percepción mayoritaria de los magistrados encuestados, en las sentencias condenatorias, no es común imponer pena a algún representante de la criminalidad organizada.

Para mejor corroborar la hipótesis, se pasó a verificar las 60 sentencias emitidas por los Juzgados Penales Colegiados de Huaraz en el periodo comprendido por los años 2010- 2014. De dicha verificación, se tuvo de 60 sentencias condenatorias emitidas, que 52 de ellas fueron por una sentencia de pena suspendida,

representando el 86.66%. De lo que se colige que un porcentaje mayoritario de las sentencias, solo imponen pena suspendida.

Del mismo modo el 100% de sentencias condenatorias, no hacen ninguna alusión.

De lo que se observa que ninguna hace alusión al Crimen Organizado cuando se emiten sentencias condenatorias por los delitos de Corrupción de Funcionarios. A la pregunta: ¿Ha sentenciado Ud. algún hecho ilícito donde hayan participado en conjunto funcionarios públicos y el crimen organizado? Se tuvo el siguiente resultado: El 77.77% señala que no.

De estos resultados podemos inferir que, según la percepción mayoritaria de los magistrados encuestados, no es común sentenciar hechos ilícitos donde hayan participado en conjunto funcionarios públicos y el crimen organizado. De los delitos tratados, se aprecia ante la pregunta ¿Qué delitos de corrupción de funcionarios son los más cometidos en conjunto con funcionarios públicos y las organizaciones criminales, según la información que posee? De los abogados encuestados el 21.66% señala que es usado el Peculado, el 31.66% señaló que es el Cohecho, el 28.33% que es la colusión y solo el 18.33% precisó que es malversación de fondos.

De lo preguntado a los magistrados se tuvo que el 22.22% señala que es usado el Peculado, el 38.88% señaló que es el Cohecho, el 27.77% que es la colusión y solo el 11.11% precisó que es malversación de fondos. De ambos resultados podemos concluir que la gran mayoría de los encuestados tienen la percepción de la participación del crimen organizado en actividades ilícitas de cohecho y colusión.

VI. CONCLUSIONES

1. Existe suficiente evidencia de la relación entre el crimen organizado y los delitos de corrupción de funcionarios; debido a que los funcionarios públicos tienen injerencia directa o indirecta con la finalidad de defraudar al Estado.
2. La criminalidad organizada es un problema actual y latente que enfrenta el Estado y, por ende, también el derecho penal. Su peligrosidad, su alcance y su capacidad de influir son enormes, incluso ponen en peligro la subsistencia del Estado.
3. La relación entre el crimen organizado y los delitos de corrupción de funcionarios se da a través de la criminalidad organizada como sujeto activo del delito y, por ende, como responsable penal, circunscribiéndose a aquellos delitos que generalmente se produzcan por funcionarios públicos. Siendo el delito de cohecho uno de los delitos que con más frecuencia se tramita ante los Juzgado Penales de Huaraz.
4. El fenómeno del incremento del delito de corrupción de funcionarios, no sólo es consecuencia de problemas jurídicos, sino se amplía a otros hechos o fenómenos; tales como: económicos, sociales, etc. Además, entre los límites que revisten la lucha contra el crimen organizado se tiene que los magistrados integrantes de los Juzgados Penales y las Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Ancash, tienen un limitado conocimiento de los alcances y manifestaciones de la criminalidad organizada. Se debe agregar que, los abogados y magistrados tienen conocimientos limitados de la figura de la criminalidad organizada y, si

algunos lo conocen, solo se han quedado en el plano teórico, faltando lógicamente su aplicación en casos concretos.

5. Existe a la fecha una preocupación del Estado por enfrentar la criminalidad organizada. A nivel normativo existe normas especiales para enfrentarla; sin embargo, a nivel jurisprudencial aún existen problemas de uniformidad que coadyuve al combate al fenómeno criminal. Así mismo, no existe numerosa evidencia del actuar de la criminalidad organizada transnacional en nuestra región.

VII. RECOMENDACIONES

1. Estar preparados para encauzar el cambio hacia la generación de instituciones sólidas y democráticas que puedan ser catalizadoras de esfuerzos conjuntos para trabajar las causas estructurales que subyacen la conflictividad. Es así que el rol de la sociedad civil en la construcción de paz aparece como una estrategia consistente y sostenible para la transformación de conflictos.
2. Formar una comisión revisora del Código Penal, para estudiar, proponer y preparar el proyecto de ley para incluir la responsabilidad de la criminalidad organizada en nuestro país.
3. Generar un movimiento dentro de los Colegios de Abogados del Perú, las facultades de derecho de las universidades públicas y privadas, respecto a la necesidad de fundamentar la responsabilidad penal de la criminalidad organizada. Para ello, deben jugar un papel fundamental las facultades de derecho de las universidades públicas o privadas, el colegio de abogados y las instituciones como el Poder Judicial y el Ministerio Público.
4. Es importante que los magistrados y abogados, tengan la conciencia de ir actualizándose respecto a temas problemáticos, como el crimen organizado. De lo contrario, estaríamos en la misma rutina e indiferencia, entendiendo el actuar jurisdiccional en un acto puramente mecánico.
5. Proponer un proyecto de ley respecto a la necesidad de responsabilizar penalmente a la criminalidad organizada, el mismo que debe ser presentado al Congreso de la República.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VASQUEZ MANUEL. (2003). “*Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*”. 2ª ed. Lima: Palestra.
- AMBOS, KAI. (1998). “*Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones*”. Lima: Themis N°37.
- ANARTE BORRALLLO, ENRIQUE Y FERRÉ OLIVE, JUAN CARLOS. (1999). “*Conjeturas sobre la criminalidad organizada*”. En: *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva.
- ANDRES IBÁÑEZ, PERFECTO. (1996). “*Corrupción: necesidad, posibilidades y límites de la respuesta judicial*”. Buenos Aires.
- BACIGALUPO, ENRIQUE. (1996). “*Derecho Penal. Parte General*”, Buenos Aires.
- BAIGÚN, DAVID (2000). “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*”. (Ensayo de un nuevo modelo teórico). Buenos Aires.
- BERALDI, CARLOS ALBERTO. (1995). “*Control de la corrupción mediante la desregulación*”. *Pena y Estado*, Año 01, Número 1. Buenos Aires.
- BOLDOVA PASAMAR, M. (1995). “*La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*”. Civitas. Madrid.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS MIGUEL. (2002). “*Manual de Derecho Penal Parte General*”. (2ª ed.). Lima: Santa Rosa.

- CAPARROS, EDUARDO. (2000). *“La corrupción aspectos jurídicos y económicos”*. Salamanca: Ratio Legis.
- CARBAJO CASCON, FERNANDO. (2000). “Aspectos jurídico-mercantiles de la corrupción” en: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.) *La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca.
- CARO JHON, JOSÉ ANTONIO. (2003). *“Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”*. En: Anuario de Derecho Penal. Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano. Lima.
- CREUS, CARLOS. (1997). *“Derecho penal. Parte Especial”*. Tomo 2. Buenos Aires.
- CRUZ CASTRO, FERNANDO. (1995). *“La Investigación y persecución de la corrupción. Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos”*. En: Pena y Estado, Año 01 - Número 01, Buenos Aires.
- DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN. (2001). *“Criminalidad organizada”*. Barcelona: Editora J.M. Bosch.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (1992). Tomo I. Madrid.
- DONNA, EDGARDO ALBERTO. (2002). *“Autoría y participación criminal”*. Buenos Aires.
- DONNA, EDGAR ALBERTO. (2002). *“El concepto dogmático de funcionario público en el Código Penal del Perú”*. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Número 11. Idemsa. Lima.

- DONNA, EDGARDO ALBERTO. (2004). “*Revista de Derecho Penal, Delitos contra la administración pública*”. Buenos Aires.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Disponible en:
URL:<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html>.
- FABÍAN CAPARROS, EDUARDO. (1997). “*Criminalidad Organizada. En El nuevo Código Penal: Primeros Problemas de Aplicación*”. GUTIÉRREZ FRANCÉS, Luz y otro (Coord.). Salamanca: Asociación de Estudios Penales.
- FERNÁNDEZ, ALBERTO. (1996). “*Derecho Penal, La ley, El delito, El proceso y la pena*”. Buenos Aires.
- FERRAJOLI, LUIGI. (2000). “*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*”. Madrid: Editora Trotta.
- FERRAJOLI, LUIGI. (2001). “*Los fundamentos de los derechos fundamentales*”. Madrid: Editora Trotta.
- FIORAVANTI, MAURIZIO. (1996). “*Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*”. Madrid: Editora Trotta.
- FONTANBALESTRA, CARLOS. (1993). “*Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*”. Tomo VII. Buenos Aires.
- GARCÍA CAVERO, PERCY. (2003). “*El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal peruano*”. Lima. Ara Editores.
- GARCÍA CAVERO, PERCY. (1999). “*La responsabilidad penal del administrador de Derecho de la Empresa: Criterios de imputación*”. Barcelona: J.M. Bosch.

- GARCÍA CONLLEDO, M. (1991). *“La autoría en el Derecho Penal”*.
Barcelona: PPU.
- GARCÍA RIVAS, NICOLÁS. (1999). *“Lecciones de Derecho Penal Parte General”*. Barcelona: Editorial Praxis.
- GARZÓN VALDES, ERNESTO. (1997). *“Acerca del concepto de corrupción”*, En: Varios Autores, *La corrupción política*. Madrid.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. (1996). *“Autor y cómplice en Derecho Penal”*. Madrid.
- GONZÁLEZ MONGUÍ, PABLO ELÍAS. (2007). *“La policía judicial en el sistema penal acusatorio”*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- GRACIA MARTÍN, LUIS. (1986). *“El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza”*; Vol. II.
- GÓMEZ DE LIAÑO, FONSECA HERRERO. (2004). *“Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación”*. Madrid: Editorial Colex.
- GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO Y GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS. (2004). *“Delitos contra la administración pública de conformidad con el Código Penal del 2000”*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GONZÁLEZ MONGUÍ, PABLO ELÍAS. (2007). *“La policía judicial en el sistema penal acusatorio”*. Bogotá: Editorial McGrawHill.
- GRANADOS PÉREZ, CARLOS. (2001). *“Instrumentos procesales en la lucha contra el crimen organizado: agente encubierto, entrega vigilada, el arrepentido, protección de testigos, posición de la*

jurisprudencia”. En: Cuadernos de derecho judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Número 2.

- HASSEMER, WINFRIED. (1997). “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada” En: Ciencias Penales [Seriada en línea] Disponible en URL: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/guarig12.htm>.
- HEFENDEHL, ROLAND. (2004). “*¿La criminalidad organizada como fundamento de un derecho penal de enemigo o de autor?*”. En: Derecho Penal y Criminología. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Volumen 25, Número 75.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO Y OTROS. (2010). “*Metodología de la Investigación*”. México: Editorial McGrawHill.
- HURTADO POZO, JOSÉ. (1995). “*Corrupción: el caso peruano*”. En: Pena y Estado, Año 01 - Número 01. Buenos Aires.
- JAKOBS, GÜNTHER. (1997). “*Derecho Penal*”. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid.
- JAKOB, GÜNTHER. (2003). “*Sobre el normativismo de la dogmática jurídico penal*”. Trd. de Manuel Cancio Melia/Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH. (1993). “*Tratado de Derecho Penal*”. Parte General. Trd. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada.

- LESCH, H. HEIKO. (1995). *“Intervención Delictiva e Imputación Objetiva”*.
Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la
Universidad de Externado de Colombia. Bogotá.
- MALAMUD GOTI, JAIME. (1983). *“Política criminal de la empresa”*.
Cuestiones / Alternativas. Buenos Aires.
- MARCONE MORELLO, JUAN. (1995). *“Diccionario Jurídico Penal y
Ciencias Auxiliares”*. AFA Editores S.A. Tomo 3. Lima.
- MIKKELSEN LÖTH, JORGE FEDERICO. (2001). *“Enriquecimiento ilícito.
El desafío para la ciencia jurídico penal en la sociedad actual de
enfrentar a la corrupción en la administración pública”*. Buenos Aires.
- MIR PUIG, SANTIAGO. (1983). *“Derecho Penal Parte General”*.
Reppertor (5ta ed.). Barcelona.
- MONTOYA, MARIO DANIEL. (1994). *“Informantes y técnicas de
investigación encubiertas: análisis constitucional y procesal penal”*.
Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc S.R.L.
- MORENO CATENA, VÍCTOR Y CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN.
(2004). *“Derecho Procesal Penal”*. Valencia: Tirant lo Blanch. (2da
Ed.).
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y GARCÍA ARÁN, MERCEDES. (2002).
“Derecho Penal, Parte General”. Valencia: Tirant lo Blanch (5ta ed.).
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. (1999). *“La búsqueda de la verdad en el
proceso penal”*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi.

- MURIEL PATINO, MARÍA VICTORIA. (2000). *“Economía, corrupción y desarrollo”*. En: Eduardo Fabián Caparrós (Coord.), *La Corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*. Salamanca.
- NÚÑEZ, RICARDO. (1992). *“Tratado de Derecho Penal”*, Tomo Quinto. Vol. II Parte Especial. Córdoba: Lerner.
- QUINTEROS OLIVARES, GONZALO. (1999). *“Manual de Derecho Penal Parte General”*. Pamplona: Aranzadi.
- PECO, JOSÉ. (1953). *“Imperfecciones técnicas en el delito de cohecho”*. En: La Ley. Número 71. Buenos Aires.
- PÉREZ ARROYO, MIGUEL. (2010). *“Derecho penal y derecho procesal penal contemporáneo”*. Lima: Fondo Editorial INPECCP.
- RAMOS NÚÑEZ, CARLOS. (2010). *“Cómo Hacer una Tesis de Derecho”*. Lima: Gaceta Jurídica.
- REAÑO PESCHEIRA, JOSÉ. (2002). *“Delitos de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir, aspectos sustantivos y procesales”*. Lima: Jurista Editores.
- REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL. (2002). *“Manual de Derecho Penal Económico”*. Parte General y Parte Especial. Lima; 2002.
- REYNA ALFARO, LUIS MIGUEL. (2009). *“Delitos contra la administración pública: el bien jurídico protegido”*. Lima: Juristas Editores.
- RIGHI, ESTEBAN y FERNÁNDEZ, ALBERTO. (1996). *“Derecho penal, la ley, el delito, el proceso y la pena”*. Buenos Aires.

- ROBLES TREJO, LUIS Y OTROS. (2012). “*Fundamentos de la Investigación científica y Jurídica*”. Lima: Editorial Fecatt.
- ROCA AGAPITO, LUIS. (1999). “*El delito de malversación de caudales públicos*”. Barcelona: José María Bosch Editor.
- RODRÍGUEZ PUERTA, MARÍA JOSÉ. (1997). “*El Delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*”. Madrid: Arazandi.
- ROXIN, CLAUS. (1998). “*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*”. Trd. de Joaquín Cuello Contreras y Serrano Gonzáles de Murillo. Madrid.
- RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES. (2002). “*Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración Pública*”. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 12; Lima.
- SALAZAR SANCHEZ. NELSON. (2004). “*Dogmática actual de la autoría y la participación*”. Lima: IDEMSA.
- SALAZAR SÁNCHEZ, NELSON. (2004). “*La participación de los extraneus en los Delitos de infracción de deber*”. En libro del XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología. Lima: ARA Editores.
- SÁNCHEZ-VERA GOMES-TRELLES, JAVIER. (2002). “*El delito de infracción de deber y la participación delictiva*”. Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas.

- SÁNCHEZ-VERA GOMES- TRELLES, JAVIER. (2004). *“El denominado delito de propia mano, respuesta a una situación jurisprudencial”*. Madrid: Dikinson; 2004.
- SANDLER, HÉCTOR RAÚL. (1997). “La corrupción legislativa”. En: Sandler/Rajland (coord.) *Corrupción. una sociedad bajo sospecha*. Buenos Aires.
- SANSÓ –RUBERT, DANIEL. (2005). *“La internacionalización de la delincuencia organizada: análisis del fenómeno”*. En: UNISCI - *Discusión Papers* [Seriada en línea], (9): [20 paginas]. Disponible en: URL:<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=76700905>.
- SIMONETTI, JOSÉ MARÍA. (1995). *“Notas sobre la corrupción. En: Pena y Estado”*. Año 01, Número 01. Buenos Aires.
- SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA y SUÁREZ GONZALES, CARLOS. (2001). *“La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública”*. Lima: Grijley e Instituto Peruano de Ciencias Penales.
- SOLER, SEBASTIÁN. (1992). *“Derecho penal argentino”*. Tomo 5. Reimpresión total. Buenos Aire: Depalma.
- SOLIS ESPINOZA, ALEJANDRO. (1991). *“Metodología de la Investigación Jurídico Social”*. Lima: Princeliness.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN. (2008). *“Los estragos de la lucha contra la criminalidad organizada en el sistema penal: el caso colombiano”*.

En: Revista de Derecho Penal. Montevideo. Número 17. Montevideo:
Fundación de Cultura Universitaria.

- TAMAYO HERRERA, JOSÉ. (1998). *“Cómo hacer la tesis en Derecho”*.
Lima: Editorial Cerpar.
- VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE. (2009). *“Derecho Penal Parte
General”*. Lima: Grijley.
- VIRGOLINI, E. S. JULIO. (2004). *“Crímenes excelentes”*. Delitos de cuello
blanco, crimen organizado y corrupción. Buenos Aires: Editores del
puerto.
- WELZEL, HANS. (1976). *“Derecho Penal alemán”*. Parte General. Trad. de
la 6ª ed. Alemana de Conrado A. Finzi. Depalma, Buenos Aires.
- ZELAYARAN DURAND, MAURO. (2000). *“Metodología de la
Investigación Jurídica”*. Lima: Ediciones Jurídicas.

ANEXO

ANEXO 01: CUESTIONARIO DIRIGIDO A LOS ABOGADOS



Universidad Nacional
"Santiago Antúnez de Mayolo"
ESCUELA DE POSTGRADO



ENCUESTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES ABOGADOS DE HUARAZ

INTRODUCCIÓN: La presente, tiene por finalidad recabar información importante; la misma, posibilitará la realización de una tesis a nivel de Postgrado, sobre el tema de Delitos de Corrupción de Funcionarios y su Relación con el Crimen Organizado; el mismo que tiene carácter de anónimo y sus fines son estrictamente académicos. Su aporte Señor (a) (ita) abogado será, en tal sentido, sumamente valioso.

- 1.- ¿ A su criterio existen indicios e informaciones que la criminalidad organizada guarda relación con la comisión de delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos?
 - a) Sí
 - b) No
 - c) Un poco

- 2.- ¿Qué delitos de corrupción de funcionarios son los más cometidos en conjunto con funcionarios públicos y las organizaciones criminales, según la información que posee?
 - a) Peculado
 - b) Cohecho
 - c) Colusión

d) Asociación ilícita para delinquir

3.- ¿Conoce Ud. Algún hecho ilícito donde han participado funcionarios públicos y el crimen organizado y éstos han recibido sanciones de carácter penal?

- a) Sí
- b) No
- c) No opina

4.- ¿Conoce los fundamentos jurídicos penales que son aplicables a los funcionarios públicos de comprobarse su participación en actividades criminales?

- a) Sí
- b) No
- c) No opina

5.- ¿Existe a su criterio fundamentos jurídico penales para imputar responsabilidad penal a las organizaciones criminales en delitos de corrupción de funcionarios?

- a) Sí
- b) No
- c) No opina

6.- ¿Según su parecer “el imputado por delitos de corrupción de funcionarios con relación al crimen organizado debería sentir todo el castigo de la ley” debiendo ser recluso en un establecimiento penal?

- a) Sí
- b) No

7.- ¿Cuál cree Ud. que es la causa por la cual no se aplica penas privativas de la libertad efectivas a funcionarios públicos y extraneus?

- a) Falta de casos aplicables
- b) Desconocimiento de esta figura
- c) Falta de petición de las partes procesales

8.- ¿Ha sido parte UD de algún programa de capacitación referente al tema del crimen organizado y su relación con los delitos de corrupción; que, haya sido auspiciado por el Ministerio de Justicia, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura u otra entidad análoga?

- a) Siempre
- b) A veces
- c) Nunca

9.- Si su respuesta anterior es afirmativa, ¿según su parecer, dicho programa ha sido?

- a) Bueno
- b) Malo
- c) Regular

10.- ¿Cree Ud. que existe o ha existido en nuestro medio una adecuada y preferente difusión sobre la criminalidad organizada a cargo de las entidades competentes y que ésta, alcance a los operadores de derecho?

- a) Sí
- b) No

ANEXO 02: CUESTIONARIO DIRIGIDO A LOS JUECES



Universidad Nacional
"Santiago Antúnez de Mayolo"
ESCUELA DE POSTGRADO



ENCUESTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES JUECES ESPECIALIZADOS EN LO PENAL DE LA PROVINCIA DE HUARAZ

INTRODUCCIÓN: La presente, tiene por finalidad recabar información importante; la misma, posibilitará la realización de una tesis a nivel de Postgrado. Tiene el carácter de anónimo y sus fines son estrictamente académicos. Su aporte Señor Juez será, en tal sentido, sumamente valioso.

- 1.- ¿ A su criterio existen indicios e informaciones que la criminalidad organizada guarda relación con la comisión de delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos?
 - a) Sí
 - b) No
 - c) Un poco

- 2.- ¿Existe a su criterio fundamentos jurídico penales para imputar responsabilidad penal a las organizaciones criminales en delitos de corrupción de funcionarios?
 - a) Sí
 - b) No

c) No opina

3.- ¿Qué delito de corrupción de funcionarios es el más cometido en conjunto con funcionarios públicos y las organizaciones criminales, según la información que posee?

a) Peculado

b) Cohecho

c) Colusión

d) Asociación ilícita para delinquir

4.- ¿Qué porcentaje representan los casos sobre delitos de corrupción de funcionarios, que UD. ha tramitado en su despacho, entre los años 2010 – 2014?

a) Menor de 25%

b) De 25% a 50%

c) Más de 50%

5.- ¿Según su parecer “el imputado por delitos de corrupción de funcionarios con relación al crimen organizado debería sentir todo el castigo de la ley” debiendo ser recluido en un establecimiento penal?

a) Sí

b) No

6.- ¿Ha sentenciado Ud. algún hecho ilícito donde hayan participado en conjunto funcionarios públicos y el crimen organizado?

a) Sí

b) No

7.- ¿Entre los casos que Ud. ha resuelto con sentencias condenatorias, ha impuesto pena a algún representante de la criminalidad organizada?

- a) Sí
- b) No

8.- ¿Ha sido parte UD de algún programa de capacitación referente al tema del crimen organizado y su relación con los delitos de corrupción; que, haya sido auspiciado por el Ministerio de Justicia, el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura u otra entidad análoga?

- a) Siempre
- b) A veces
- c) Nunca

9.- Si su respuesta anterior es afirmativa, ¿según su parecer, dicho programa ha sido?

- a) Bueno
- b) Malo
- c) Regular

10.- ¿Cree Ud. que existe o ha existido en nuestro medio una adecuada y preferente difusión sobre la criminalidad organizada a cargo de las entidades competentes y que ésta, alcance a los operadores de derecho?

- a) Sí
- b) No

ANEXO 03: MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS Y SU RELACIÓN CON EL CRIMEN ORGANIZADO EN LAS SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS PENALES COLEGIADOS DE ANCASH EN EL PERIODO 2010- 2014

Problema general y problemas específicos	Objetivo general y objetivos específicos	Hipótesis general e hipótesis específicas	Variables e indicadores	Aspectos metodológico	Aspectos metodológico	Población y muestra de estudio
<p>Problema general ¿Existe relación entre los delitos cometidos por funcionarios y el crimen organizado en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010-2014?</p> <p>Problemas específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> • ¿Es frecuente la manifestación del crimen organizado en los delitos de corrupción de funcionarios y su relación con el crimen organizado en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014? • ¿Existe alguna relación entre el crimen organizado nacional o transnacional y los delitos de corrupción de funcionarios en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010-2014? • ¿Cuáles son los límites y alcances que encuadran al crimen organizado frente a los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014? • ¿Cuál es el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial en el derecho comparado sobre crimen organizado y delitos de corrupción de funcionarios? 	<p>Objetivo general Determinar y analizar la relación que existe entre los delitos de corrupción de funcionarios con el crimen organizado en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014.</p> <p>Objetivos específicos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Determinar si es frecuente la manifestación del crimen organizado en los delitos de corrupción de funcionarios y su relación con el crimen organizado en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash periodo 2010- 2014. • Determinar si existe relación entre el crimen organizado nacional o transnacional y los delitos de corrupción de funcionarios en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014. • Identificar y describir los límites y alcances que encuadran al crimen organizado frente a los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos en las sentencias de los juzgados penales colegiados de Ancash en el periodo 2010- 2014. • Analizar y explicar el tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial en el derecho comparado sobre crimen organizado y delitos de corrupción de funcionarios. 	<p>Hipótesis general “Los delitos de funcionarios presentan criterios materiales adecuados que permiten establecer que existe relación con el crimen organizado, coadyuvando al dictado de pronunciamientos jurisdiccionales con fundamentaciones lógicas – normativas”.</p> <p>Hipótesis específicas</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ No hay jurisprudencia y doctrina uniforme que fundamenta la autoría mediata por dominio de organización si existe la ausencia de individualización de los ejecutores, toda vez que son casos particulares y no muy comunes que las circunstancias a veces obligan que se realice. Así mismo no existe coherencia o relación entre el Código Penal y el Código Procesal Penal para fundamentar la autoría mediata por dominio de organización si existe la ausencia de individualización de los ejecutores, pues el proceso penal exige que previamente se individualice a los ejecutores. ❖ El porcentaje de sentencias que, adecuadamente, han fallado en causas relativas a la presencia de crimen organizado en los delitos de funcionarios en la Corte Superior de Justicia de Ancash durante el período 2010- 2014 es mínimo. 	<p>Variable independiente X: Delitos de corrupción de Funcionario Público. INDICADORES:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Doctrina. • Normatividad. • Jurisprudencia. • Mandato normativo. <p>Variable dependiente Y: Crimen organizado. INDICADORES:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Doctrina. • Resoluciones judiciales. • Jurisprudencias. • Relaciones con el proceso. <p>Variable Interviniente Z: Juzgados penales</p>	<p>Alcance de estudio: Tipo de investigación: Mixta: Dogmática- Empírica Tipo de diseño: No Experimental Diseño General: Transversal Diseño específico: Correlacional</p>	<p>Métodos Generales: Inductivo Deductivo Sintético Analítico Histórico Dialectico Métodos específicos: Hermenéutico Dogmático Sociológico Funcional Argumentación jurídica Técnicas de investigación: El fichaje Técnicas teóricas: El fichaje Técnicas de campo La encuesta Análisis de contenido</p>	<p>Población 30 jueces penales 100 abogados penales 150 expediente judiciales Muestra 18 jueces penales 60 Abogados penales, 90 expedientes y carpetas Tipo de muestra No probabilística Intencional Tamaño muestral: 168 Personas: 78 (18 Jueces y 60 abogados) Documentos: 90 Expediente Judiciales y carpetas fiscales. Marco muestral: Jueces penales, abogados penales relacionados a los delitos de corrupción de funcionarios. Unidad de análisis: Personas (Jueces penales y abogados) y objetos (expediente judiciales y carpetas fiscales)</p>