

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la
Corrupción

Los postulados de la Casación N.º 661-2016/Piura en
materia de complicidad en el delito de colusión y la teoría
de los delitos de infracción de deber

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad
en Prevención y Control de la Corrupción

Autor:

Christian Ivan Morillas Zavaleta

Asesor:

Ingrid Romina Diaz Castillo

Lima, 2021

DEDICATORIA

A mis padres, por su cariño infinito y por enseñarme que la educación es la mejor herencia. A mis maestros, por compartir conmigo su pasión por el derecho. A los funcionarios y servidores públicos del Poder Judicial y la Procuraduría Pública Ad Hoc a los Casos Odebrecht con quienes gustosamente he trabajado compartiendo la ilusión de un mejor país y una sociedad más justa. A las amistades que me han otorgado su valiosa compañía. A aquellas personas que convierten simples días en los mejores que voy conociendo.

Esto va por todos ustedes.



AGRADECIMIENTOS

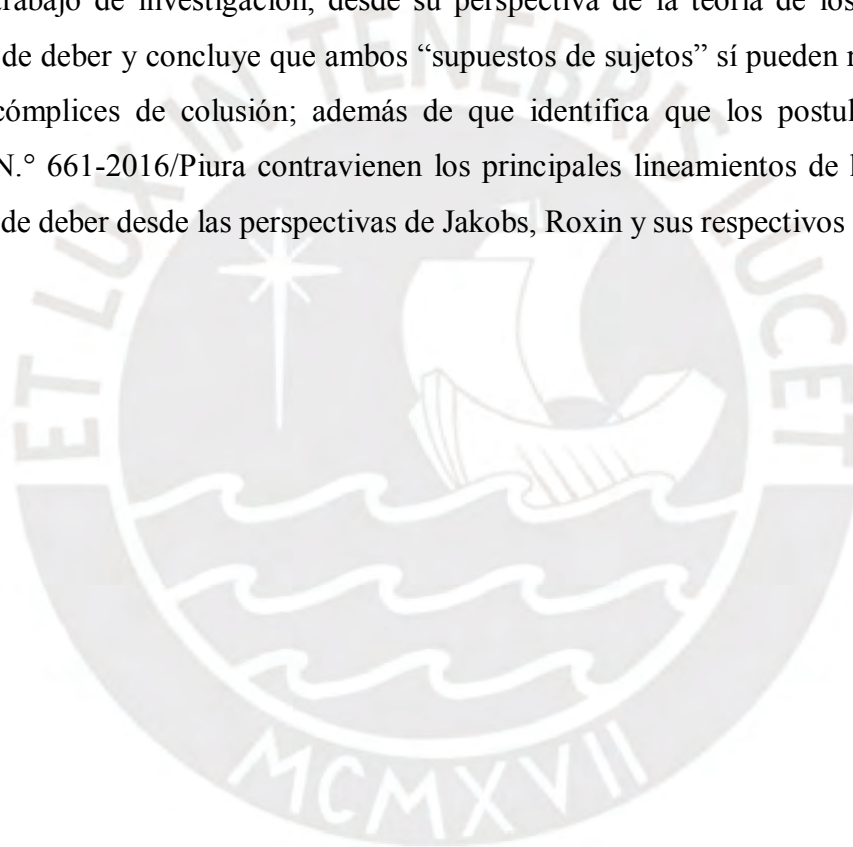
A los profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú por aportar enormemente en mi formación jurídica y, especialmente, a la Prof. Dra. Ingrid Díaz Castillo, quien con sus sabios y acertados consejos y pautas ha guiado el camino de este trabajo de investigación.

Siempre estaré enormemente agradecido por el constante apoyo.



RESUMEN

La presente investigación se desarrolla a partir del contraste entre los postulados, en materia de complicidad en el delito de colusión, de la Casación N.º 661-2016/Piura con los de la teoría de los delitos de infracción de deber desde las perspectivas de Jakobs, Roxin y sus respectivos seguidores. En el transcurso del trabajo se identifican -a partir de la casuística sometida a la justicia penal peruana- dos “supuestos de sujetos” -distintos a los autores de colusión y los “terceros interesados”- que podrían dar un aporte a hechos de colusión y que, según la Casación N.º 661-2016/Piura, no podrían responder a título de cómplices de colusión. Sin embargo, tales “supuestos de sujetos” son evaluados por el autor del trabajo de investigación, desde su perspectiva de la teoría de los delitos de infracción de deber y concluye que ambos “supuestos de sujetos” sí pueden responder a título de cómplices de colusión; además de que identifica que los postulados de la Casación N.º 661-2016/Piura contravienen los principales lineamientos de la teoría de infracción de deber desde las perspectivas de Jakobs, Roxin y sus respectivos seguidores.



INDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1. LOS POSTULADOS, EN CUANTO A COMPLICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN, DE LA CASACIÓN N.º 661-2016/PIURA Y DE OTROS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES.	2
1.1 LA CASACIÓN N.º 661-2016/PIURA: DESARROLLO Y APLICACIÓN DE SUS POSTULADOS EN MATERIA DE COMPLICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN.	2
1.2 CONTRASTE ENTRE EL CRITERIO -EN CUANTO A COMPLICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN- DE LA CASACIÓN N.º 661-2016/PIURA Y DE OTROS PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES: LA IDENTIFICACIÓN DE LOS DOS “SUPUESTOS DE SUJETOS”.	7
2 LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DEL DEBER COMO ELEMENTO CENTRAL PARA EL ESCLARECIMIENTO DEL PROBLEMA.	13
2.1 LA POSTURAS DE ROXIN Y JAKOBS SOBRE LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER.	14
2.1.1 LA POSTURA DE ROXIN Y SUS SEGUIDORES SOBRE LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER.	14
2.1.2 LA POSTURA DE JAKOBS Y SUS SEGUIDORES SOBRE LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER.	24
3. POSTURAS DE DISTINTOS AUTORES PERUANOS ACERCA LA POSIBILIDAD DE IMPUTAR A TÍTULO DE CÓMPLICE DE COLUSIÓN A LOS DOS SUPUESTOS DE SUJETOS IDENTIFICADOS EN EL PRESENTE TRABAJO.	28
4. CRÍTICA A LO POSTULADO POR LA CASACIÓN N.º 661-2016/PIURA A PARTIR DE LOS POSTULADOS DE LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.	30
5. PROPUESTA DE SOLUCIÓN RESPECTO A LA POTENCIAL COMPLICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN DE LOS DOS “SUPUESTOS DE SUJETOS” A PARTIR DE UN CRITERIO	31

GENERAL DE LA COMPLICIDAD EN LA TEORÍA DE LOS
DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.

CONCLUSIONES	36
RECOMENDACIONES	36
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37



INTRODUCCIÓN

La problemática que da origen al presente trabajo de investigación surge, en un primer momento, del contraste de los postulados -en cuanto a la delimitación de los sujetos que podrían tener la calidad de cómplices en el delito de colusión- de la Casación N.º 661-2016/Piura con los postulados de otros pronunciamientos de la misma Corte Suprema de Justicia de la República del Perú y órganos jurisdiccionales del Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios en la misma materia. De tal contraste, se advirtió que la Casación N.º 661-2016/Piura sostiene que solo podrán tener la calidad de cómplices del delito de colusión aquellos particulares interesados que se concertaron con el funcionario público. Esto último entra en directa contraposición con otros pronunciamientos jurisdiccionales -de la misma Corte Suprema de Justicia de la República del Perú y órganos jurisdiccionales del Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios-, donde sí se consideran cómplices del delito de colusión a sujetos que se encuentran fuera de ese grupo de personas que delimita la Casación N.º 661-2016/Piura. En síntesis, se encontró una disyuntiva de criterios en cuanto a cuáles sujetos podrían ser cómplices en el delito de colusión.

En un segundo momento, y ya delimitando la problemática que se describió en el anterior párrafo, se identificaron dos supuestos de sujetos que son bastante frecuentes en la casuística del delito de colusión. El problema está en que, de seguir los postulados de la Casación N.º 661-2016/Piura, ambos supuestos de sujetos no podrían ser pasibles de una condena a título de cómplice de colusión. Sin embargo, si observamos otros pronunciamientos jurisdiccionales -de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú y del Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios-, se advierte que sí se han considerado cómplices del delito de colusión a ambos supuestos de sujetos antes aludidos. Así pues, nuevamente hay una bifurcación de criterios que arrojan resultados completamente distintos al momento de determinar si se puede condenar a título de cómplice a tales dos supuestos de sujetos.

En vista a tales disyuntivas de criterios sobre los dos supuestos de sujetos que son bastante frecuentes en la casuística del delito de colusión, es que en este trabajo de investigación se hace una evaluación crítica a los postulados en materia de complicidad de la Casación N.º 661-2016/Piura y se finaliza proponiendo un criterio sustentado en dogmática -específicamente en la teoría de infracción de deber de Roxin- acerca de si tales dos supuestos de sujetos pueden o no ser considerados cómplices del delito de colusión.

1. LOS POSTULADOS, EN CUANTO A COMPLICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN, DE LA CASACIÓN N.º 661-2016/PIURA Y DE OTROS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES

Tal y como mencionamos en la introducción, el presente trabajo de investigación parte del contraste del criterio -en cuanto a quiénes pueden ser cómplices del delito de colusión- de la Casación N.º 661-2016/Piura con otros pronunciamientos jurisdiccionales de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú y del Sistema Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios. Además, también mencionamos que el criterio de la Casación N.º 661-2016/Piura llevaría a la imposibilidad de condenar a título cómplice de delito de colusión a dos supuestos de sujetos que son bastante frecuentes en la casuística del delito de colusión.

En tal sentido, en este apartado del trabajo tiene por objetivo ilustrar tal contraste de criterios y cómo es que los postulados de la Casación N.º 661-2016/Piura llevan a la imposibilidad de condenar a título cómplice de delito de colusión a dos supuestos de sujetos que son bastante frecuentes en la casuística del delito de colusión.

1.1 LA CASACIÓN N.º 661-2016/PIURA: DESARROLLO Y APLICACIÓN DE SUS POSTULADOS EN MATERIA DE COMPLICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN

Como primer paso, haremos un breve recuento de la Casación 661-2016/Piura. El caso de origen a tal causa gira en torno a la obra denominada “Ampliación y mejoramiento del Sistema Integral de Agua Potable y Alcantarillado de los Asentamientos Humanos del Sector Noroeste de Castilla”. Luego del proceso de selección, se adjudicó tal obra al consorcio H&B. En tal marco es que se dieron ciertas irregularidades a favor de tal consorcio, dentro de las mismas se detallan dos que son relevantes para el presente trabajo: i) que en las bases se expresó que no se iban a efectuar adelantos -con lo que se desincentivó la participación de otros potenciales postores, logrando que solo se presente el consorcio H&B-, aunque ya luego de la firma del contrato se firmó una adenda permitiendo el adelanto a tal empresa; y, ii) se exigía la acreditación de un técnico automotriz, por lo que la empresa H&B presentó en su propuesta a un técnico automotriz, cuyo el título era sido falso. Ello fue puesto de conocimiento de la gerencia de administración y finanzas, pero aún así se suscribió el contrato. Así, se presentó una carta fianza

otorgada por el consorcio H&B y emitida por COOPEX, pero tal carta fianza no habría reunido los requisitos necesarios, lo que no hubiese permitido a la entidad - en caso de reclamo o demanda- ejecutarla.

Tal casación desarrolla su apartado “C. complicidad en el delito de colusión” desde el fundamento décimo octavo, hasta el vigésimo primero. Pasaremos a sintetizar brevemente lo que expresó nuestra Corte Suprema de la República en cada uno de sus fundamentos sobre la complicidad en el delito de colusión:

- Fundamento décimo octavo: Expresan que para determinar jurídicamente cómo se manifiesta la complicidad en el delito de colusión, es necesario primero recordar los postulados en materia de complicidad que ya ha dado la Corte Suprema en la Casación N.º 367-2011/Lambayeque. A partir de esta última resolución nombrada, explican que la diferencia entre complicidad primaria y secundaria radica en el tipo de aporte prestado por el cómplice. Así pues, serán considerados actos de complicidad primaria cuando el aporte sea esencial para que el autor pueda cometer el delito -y cita el ejemplo de una persona que otorga armas a una banda de asaltantes-; mientras que, serán de complicidad secundaria, aquellos aportes no esenciales para la comisión del delito.
- Fundamento décimo noveno: Basándose en una cita al autor García Cavero, explican que las acciones que pueda realizar un sujeto a fin de ser considerado cómplice, ya sea primario o secundario, solo pueden ser realizadas antes o durante la comisión del delito, pero nunca después.
- Fundamento vigésimo: Ratifican la postura sostenida en el fundamento jurídico vigésimo octavo de la Casación N.º 841-2015/Ayacucho¹, en cuanto a sostener que la participación de un tercero en un delito de infracción de deber depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la

¹ Es materia de esta casación el delito de negociación incompatible y en su fundamento vigésimo se expresa textualmente lo siguiente: “El delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial -normativizado-, que sólo puede ser infringido por el destinatario del mismo: el funcionario público a cargo de un proceso de contratación o de adquisición.

La participación de un tercero en un delito de infracción depende, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica. Es el caso de los denominados delitos de participación necesaria, que exigen para su configuración la presencia de dos intervinientes: el obligado especial y el *extraneus*. Como es el delito de peculado para un tercero, que requiere de la intervención del funcionario público que administra un sector del erario público y el particular que es destinatario de esos fondos.”

redacción típica. Aquí acotan que el delito de colusión es un delito de participación necesaria, por lo que se exige, para su configuración, de la presencia de dos intervinientes: de un lado, la intervención del funcionario público con deberes especiales (intraeus); y, de otro lado, la participación del interesado (extraeus: sujetos sin deberes especiales).

- Fundamento vigésimo primero: Se explica que, bajo la línea de argumentos precedentes, en el delito de colusión solo podrá ser cómplice aquel que designe el propio tipo penal, es decir, solo podrá ser cómplice el o los interesados que conciertan con los funcionarios públicos. Además, explicitan que no podrá haber complicidad fuera de la citada esfera que abarca al particular interesado que concertó con el funcionario público.

Además, es pertinente apuntar que la Corte Suprema en este caso, calificó los hechos como delito de colusión simple y no de colusión agravada -como se había contemplado en sedes de instancia-. La razón de ello es que no hubo acreditación de la defraudación exigida para la configuración del tipo agravado.

Tras el esbozo de tales fundamentos generales sobre la complicidad en el delito de colusión, la Corte Suprema aplica tales preceptos para resolver situaciones jurídicas de quienes habrían sido condenados por el delito de colusión en segunda instancia:

- Respecto a Tulio Ulixes Vignolo Farfán (fundamentos vigésimo tercero y vigésimo cuarto): Este funcionario Sub Gerente de Tesorería fue condenado en sede de segunda instancia como autor del delito de colusión agravada. Sin embargo, la Corte Suprema, le absuelve del delito de colusión bajo el argumento de que los hechos imputados a él -irregularidades en el control de las cartas fianzas otorgadas por el consorcio ganador y emitidas por COOPEX- no encajan en la configuración típica del delito de colusión. Y ello, por cuanto su cargo funcional no le permitió intervenir en la contratación pública. Además, la Corte Suprema refuerza su postura afirmando que el actuar de tal procesado habría sido posterior a la emisión de las bases o a la firma del contrato o su adenda.
- Respecto a Luis Neptalí Olivares Antón (fundamentos vigésimo quinto y vigésimo sexto): Este funcionario Gerente de Administración y Finanzas fue condenado en segunda instancia como cómplice de secundario del delito de colusión agravada. Sin embargo, la Corte Suprema, le absuelve del delito de

colusión bajo el argumento de que los hechos imputados a él -irregularidades en la función de clasificar y revisar la documentación contable e intervenir en el otorgamiento de adelanto al consorcio H&B, a pesar de tener conocimiento de que esto no estaba establecido en el contrato de ejecución de obra- no encajan en la configuración típica del delito de colusión. Y ello, por cuanto, pese a ser funcionario de la Municipalidad Distrital de Castilla, no participó en razón de su cargo en un acto colusorio. Además, la Corte Suprema refuerza su postura afirmando que el actuar de tal procesado habría sido posterior a la emisión de la adenda que permitía el adelanto en cuestión.

- Respecto a Pablo Javier Girón Gómez (fundamentos vigésimo séptimo a vigésimo noveno): Este funcionario Gerente de Asesoría Legal fue condenado en segunda instancia como autor del delito de colusión agravada. Sin embargo, la Corte Suprema, le absuelve del delito de colusión bajo el argumento de que los hechos imputados a él -intervención fundamental para la concesión de la adenda al contrato de ejecución, ya que emitió un informe que sirvió como sustento para la suscripción de la adenda que permitía un adelanto a la empresa H&B- no se subsume en el tipo penal de colusión. Y ello, por cuanto su cargo funcional no le permitió intervenir en la contratación pública. Además, la Corte Suprema refuerza su postura afirmando que el actuar de tal procesado habría sido posterior a la emisión de las bases o a la firma del contrato. Así también, se menciona que el informe imputado a este procesado no influyó en la decisión de brindar el adelanto cuestionado, pues se advierte que el informe se emitió un día después de que mediante memorándum se ordenara proceder con el trámite para brindar el adelanto de dinero solicitado.
- Respecto a Luis Alberto Granda Tume (fundamento trigésimo sexto a trigésimo octavo): Este procesado que tuvo la calidad de “coordinador de obra” -contratado mediante contrato de consultoría para que coordine acciones con las diferentes entidades estatales, así como para hacer seguimiento de informe y coordinaciones con el supervisor de obra y además realizó un informe donde opina favorablemente al pago de adelanto a favor de H&B- fue condenado en segunda instancia como cómplice secundario del delito de colusión agravada. Sin embargo, la Corte Suprema, le absuelve del delito de colusión bajo el argumento de que los hechos imputados a él no se

subsumen en el tipo penal de colusión, ya que solo podrá ser cómplice de colusión aquel particular que concierta con el funcionario público. Además, la Corte Suprema refuerza su postura afirmando que el informe imputado a él fue emitido en fecha posterior a la emisión de las bases y posterior a un memorándum que permitía brindar el adelanto; es decir, su aporte habría sido posterior a la materialización del delito y que no tuvieron mayor implicancia a efectos de brindar el adelanto cuestionado.

En consecuencia, en la parte resolutive de la Casación N.º 661-2016/Piura -entre otros puntos- se casó la sentencia condenatoria de segunda instancia en cuanto a los cuatro procesados recientemente mencionados y, en consecuencia, les absolvieron del delito de colusión. También agregamos -a manera de aclaración- que se casó de oficio la sentencia de vista respecto a Edwar Fernando Barboza Nieto -quien habría sido el particular interesado que se concertó con los funcionarios públicos-, a quien le variaron su condena de cómplice primario de colusión agravada, a cómplice primario de colusión simple.

De todo lo descrito en este sub apartado dedicado a la Casación N.º 661-2016/Piura, debemos hacer unas conclusiones sobre sus postulados, ya que estas serán de importancia para lo que continúa en este trabajo de investigación:

- Según esta casación, solo podrán responder a título de autor del delito de colusión aquellos funcionarios públicos que cumplan con la cualificación especial exigida por tal tipo penal.
- Según esta casación, solo podrán responder a título de cómplices de delito de colusión, el o los particulares que se conciertan con el o los funcionarios públicos; y, ello, a razón de que en un delito que es, a la vez, de infracción de deber y de participación necesaria, solo se puede condenar al cómplice específicamente contemplado en la redacción típica. Así también, se explicita que otros particulares distintos a estos, no pueden responder a título de cómplices de colusión. Afianza toda esta postura en el fundamento jurídico vigésimo octavo de la Casación N.º 841-2015.
- Esta casación absuelve del delito de colusión a diversos funcionarios públicos, bajo el argumento -aunque no el único, pero sí el primero que se formula- de que solo podrán ser condenados por colusión aquellos que cumplen con la cualificación especial exigida por el tipo penal -ya sea para

su imputación a título de autor o cómplice-. Es decir, un funcionario público que aporta con un acto funcional a una colusión solo podrá ser condenado por tal delito siempre y cuando pueda ser calificado como autor. En otras palabras, si un funcionario da un aporte a un hecho corrupto de colusión, la única forma de condenarlo por tal tipo penal es que en él concurra la cualificación especial exigida para ser autor; de lo contrario, tal funcionario público debe ser absuelto de tal delito.

- En cuanto a los particulares, según esta casación, solo podrán ser condenados aquellos que se conciertan con el funcionario público. Es decir, no podrá ser condenado por colusión aquel particular que da un aporte -independiente de si este era esencial o no- a la comisión de un delito de colusión, pero que no tiene tal cualificación de ser el particular que se concierta con el funcionario público.

1.2 CONTRASTE ENTRE EL CRITERIO -EN CUANTO A COMPLICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN- DE LA CASACIÓN N.º 661-2016/PIURA Y DE OTROS PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES: LA IDENTIFICACIÓN DE LOS DOS “SUPUESTOS DE SUJETOS”.

Ya habiendo señalado los postulados -y sus respectivas conclusiones que hemos esbozado recientemente- de la Casación N.º 661-2016/Piura en cuanto a complicidad en el delito de colusión; lo que sigue es explicar los dos supuestos de sujetos que en la casuística de colusiones son bastante concurrentes; y, luego, explicitar cómo es que hay otros pronunciamientos jurisdiccionales que sí consideran típicos para complicidad del delito de colusión a tales grupos de sujetos, mientras que la Casación N.º 661-2016/Piura, los considera atípicos para complicidad en el delito de colusión.

En primer lugar, explicaremos cuáles son estos dos supuestos de sujetos que en la casuística de colusiones son bastante concurrentes:

- *Primer supuesto de sujetos:* funcionarios públicos que con su actuar funcional dan un aporte doloso a la comisión de una colusión, pero que no tienen la cualificación exigida por el artículo 384 del Código Penal para ser considerados autores.

Un ejemplo de este grupo de sujetos sería aquel funcionario público que emite un informe que le solicita su superior jerárquico -quien además le menciona al primero que, si emite ese informe, recibirá un pago adicional debido a que tiene un acuerdo con una empresa- y que le permite a este último nombrar a un grupo de funcionarios públicos como miembros de un comité de selección que tienen por objetivo criminal favorecer a una empresa con una buena pro, ya que estos han otorgado un soborno a cambio de adjudicarse una obra. En este ejemplo, los únicos que podrían ser autores del delito de colusión serían los miembros del comité de selección, por cuanto ellos son los únicos que tendrían esa cualificación del tipo penal consistente en aprovecharse de su cargo para adjudicar ilícitamente la obra a tal postor. En ese sentido, el primero de estos funcionarios públicos -aquel que con su informe sustentó la designación del comité de selección, y con ello dio un aporte a la materialización del pacto colusorio-, no podría ser autor, ya que su deber funcional no le permite otorgar la buena pro.

Otro ejemplo de este grupo de sujetos sería aquel funcionario público de tesorería que permite el pago de un adelanto de materiales aun sabiendo que; en primer lugar, hay irregularidades en el trámite de la solicitud de tal adelanto; en segundo lugar, que la contratista tiene un acuerdo colusorio con el titular de la entidad a fin de favorecer al primero, luego de otorgada la buena pro, en todo lo vinculado con aspectos económicos; y, en tercer lugar, su jefe inmediato le ha indicado que, si no obstaculiza el pago, también recibirá parte del soborno. En este ejemplo, el funcionario público de tesorería no podría ser autor, ya que su cargo no le permite decidir acerca de si se aprueba el adelanto. Aún así, es claro que tal funcionario de tesorería ha dado un aporte a la materialización del pacto colusorio.

- *Segundo supuesto de sujetos:* particulares que fungen como “representantes” de un funcionario público corrupto -para efectos de arribar a un acuerdo colusorio- ante los particulares con los cual se colude este último.

En ciertas ocasiones el funcionario público corrupto no acuerda directamente con el particular interesado, ya que prefiere mantenerse alejado de cualquier sospecha que le vincule a un ilícito penal. Es en esos casos que el funcionario público corrupto se vale de un particular -que generalmente es un familiar o amigo- para que este último le “represente” ante los particulares y así arribar a un pacto colusorio. Un ejemplo de esto último sería el que un gobernador regional se vale de un amigo suyo -particular ajeno a la entidad pública- para que acuda a las instalaciones de una empresa -que recientemente se ha presentado a un proceso de selección de obra- y les transmita el mensaje a sus principales directivos de que ellos pueden ser favorecidos con el otorgamiento de la buena pro a cambio de que paguen un soborno. En este caso, es claro que el aporte de este particular no es el de “interesado que se ha concertado con el funcionario público”; aun así, ha dado un aporte a la comisión del ilícito de colusión.

En segundo lugar, y ya habiendo explicado los dos supuestos de sujetos que son concurrentes en la casuística de colusiones, ilustraremos el contraste y disyuntiva que hay entre los postulados de la Casación N.º 661-2016/Piura y los de otros pronunciamientos judiciales en cuanto a considerar si tales supuestos son típicos o atípicos de complicidad en el delito de colusión.

- ***En cuanto a aquellos funcionarios públicos que con su actuar funcional dan un aporte doloso a la comisión de una colusión, pero que no tienen la cualificación exigida por el artículo 384 del Código Penal para ser considerados autores.***

En la Casación N.º 661-2016/Piura -fundamento jurídico vigésimo primero-, se afirma que solo podrán tener la calidad de cómplices del delito de colusión aquellos particulares interesados que se concertaron con el funcionario público. Esto niega la posibilidad de que un funcionario público pueda tener la calidad de cómplice. Sin embargo, hay otras resoluciones que aceptan que sí pueden tener calidad de cómplices aquellos funcionarios públicos que hayan intervenido realizando conductas que coadyuvaron a un hecho criminal de colusión, pero sin tener la cualificación especial exigida por el artículo 384 del Código Penal.

Ahora mencionaremos tales resoluciones que dan una postura contraria a la establecida en la Casación N.º 661-2016/Piura:

- Recurso de Nulidad N.º 77-2012/Cusco: A través de esta resolución, la Corte Suprema confirma la condena a un funcionario público -vicepresidente de gobierno regional- como cómplice en el delito de colusión.

Se especifica que el vicepresidente del Gobierno Regional de Cuzco - Teófilo Ochoa Vargas-, fue condenado como cómplice de colusión pues, en su calidad de vicepresidente regional, fue quien ideó y materialmente realizó la concertación ilícita con distintos empresarios a fin de favorecerlos con la buena pro en distintas obras y también se habría vinculado con miembros de la organización que realizó el proceso de selección de las mismas. Sin embargo, la Corte Suprema acepta que este procesado no podría tener la calidad de autor de tal delito, debido a que su puesto funcional no satisfacía a la cualificación exigida por el artículo 384 del Código Penal; pero que aun así su actuar no era atípico, sino que era el de un cómplice.² Cabe acotar que tal tribunal supremo llega a esa postura valiéndose de la siguiente cita a un texto de Rojas Vargas (2007):

Solo los funcionarios y servidores públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial pueden ser sujetos activos, no el contratista interesado. No puede ser autor por lo tanto cualquier funcionario o servidor que carezca de las facultades específica de decisión que el tipo exige; sus aportes serán en todo caso de complicidad o asumirán irrelevancia. (p. 408)

- Recurso de Nulidad N.º 1015-2009/Puno: En esta resolución, la Corte Suprema -si bien resuelve el caso a partir de explicitar las diferencias entre autoría e instigación en el delito de colusión- afirma un postulado que irradia a todo el tema de autoría y participación en el delito de colusión en cuanto a los funcionarios públicos. Para ilustrar esto último, textualmente copiamos un fragmento del considerando Quinto, en el que dan una indicación acerca del título de imputación que deben recibir

² Cfr. Considerando décimo sexto del Recurso de Nulidad N.º 77-2012/Cusco

funcionarios públicos cuando intervienen en el marco de una colusión: “...es claro que no pueden tener la calidad de autores porque les falta la estricta relación funcional para decidir la adjudicación”. De esto se puede colegir que la Corte Suprema entiende que el aporte de un funcionario público, que no cumpla con la relación funcional exigida por el artículo 384 del Código Penal, a hechos de colusión, no pueden tomarse como aportes a título de autoría.

Cabe resaltar que la Corte Suprema, mediante este criterio, rechaza los argumentos de los procesados funcionarios públicos Fernández de Paredes Arévalo y Pacheco Rodríguez en cuanto a que estos buscaban la no responsabilidad penal puesto que no tenían una relación funcional que los relacione con el proceso de selección, ya que esto solo estaba en manos del Comité de selección. En ese sentido, los condena por el delito de colusión, pero no a título de autores; sino a título de instigadores, ya que determinaron delictivamente al comité de selección -quienes sí respondieron a título de autor- a cometer el delito de colusión

- Recurso de Nulidad N.º 874-2018/Cañete: Se condenó a una funcionaria pública -asesora legal de la Municipalidad Distrital de Asia-, que no había sido el particular corruptor, como cómplice primario del delito de colusión.

Se imputaba a la asesora legal -Rosa Torres Castillo- haber dado aportes para la materialización a un pacto colusorio que arribó el alcalde distrital de Asia y sus regidores con los representantes de una empresa para beneficiar a esta en una contratación. Estos aportes fueron el de proponer -para su contratación- a tal empresa ante el alcalde y los regidores, sabiendo de la no concurrencia de los requisitos para la contratación de la misma y; además, asintió las irregularidades en el proceso de contratación e incluso efectuó el contrato.

Finalmente, cabe detallar que la Corte Suprema acepta explícitamente que esta asesora legal tenía la calidad de funcionario público, pero aún así la condena a título de cómplice³.

³ Cfr. Considerando 9.1 del Recurso de Nulidad N.º 874-2018/Cañete

- ***En cuanto a aquellos particulares que fungen como “representantes” de un funcionario público corrupto -para efectos de arribar a un acuerdo colusorio- ante los particulares con los cual se colude este último.***

En la Casación N.º 661-2016/Piura -fundamento jurídico vigésimo primero-, se afirma que solo podrán ser cómplices del delito de colusión aquellos particulares interesados que se concertaron con el funcionario público. Esto niega la posibilidad de que pueda tener calidad de cómplice aquel particular que funge como “intermediario representante” de un funcionario público corrupto -para efectos de arribar a un acuerdo colusorio- ante los particulares con los cual se colude este último. Sin embargo, hay otras resoluciones que aceptan que este “intermediario” puede tener calidad de cómplice en el delito de colusión.

Ahora mencionaremos las resoluciones que dan una postura contraria a la establecida en la Casación N.º 661-2016/Piura:

- Expediente N.º 52-2018-10-5002-JR-PE-02, Resolución N.º 2, de fecha 23 de diciembre de 2019. En este pronunciamiento, la Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, confirma la prisión preventiva impuesta contra Dirsse Valverde Varas.

Lo que subrayamos de esta resolución es que se le impone tal medida de coerción tomando en cuenta que la imputación que recae sobre este procesado es que, teniendo la calidad de particular, habría fungido como “intermediario representante” de César Álvarez Aguilar -condenado como autor de colusión agravada por tener la calidad de Presidente Regional de Ancash- ante funcionarios de Odebrecht -que habrían sido los particulares que se coludieron con los funcionarios- a fin de arribar a términos de un pacto colusorio y coadyuvar a materializarlo.

Es así que esta sala penal de apelaciones acepta como posiblemente típica -ya que uno de los presupuestos de la prisión preventiva es que existan graves y fundados elementos de convicción de que la conducta

imputada es delictiva- para el delito de colusión agravada en calidad de cómplice a este actuar atribuido a Dirse Valverde.

A partir de tales posturas disyuntivas que encontramos entre diversas resoluciones y la Casación N.º 661-2016/Piura -en materia de delimitación de los sujetos que podrían tener calidad de cómplices en el delito de colusión- toca preguntarnos si los postulados de esta casación son correctos o no. En adición a tal gran incógnita, también toca preguntarnos:

- Si es que solo puede ser condenado como cómplice del delito de colusión aquel particular que se concierta con el funcionario público, ¿Bajo cuál título de imputación responde aquel funcionario público que no tiene el vínculo funcional exigido en el artículo 384 del Código Penal, pero que ha intervenido en la materialización de una colusión? Ello, tomando en cuenta que tal funcionario público no podría responder a título de autor de colusión, por cuanto no ostenta la cualificación especial exigida por tal tipo penal. O por último ¿es que acaso el actuar de este sujeto es atípico respecto al delito de colusión?
- Si es que solo puede ser condenado como cómplice del delito de colusión aquel particular que se concierta con el funcionario público, ¿Bajo cuál título de imputación responde aquel particular que funge como “representante” de este último -para efectos de arribar a un acuerdo colusorio- ante los particulares? Es decir, cuál será el título de imputación del “representante” acude ante los particulares para arribar o negociar un pacto colusorio. O por último ¿es que acaso el actuar de este sujeto es atípico respecto al delito de colusión?

Son precisamente esas incógnitas las que serán respondidas en los siguientes apartados de este trabajo de investigación.

2 LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DEL DEBER COMO ELEMENTO CENTRAL PARA EL ESCLARECIMIENTO DEL PROBLEMA

Es sabido que dentro de la gama de temas del derecho penal sustantivo, hay uno que es de especial relevancia en cuanto al tema de delimitación del llamado “título de imputación”. Tal tema es el de “autoría y participación”.

Actualmente se ha reconocido que no solo existen los denominados “delitos de dominio”, en los cuales será autor aquel que tenga las riendas del acontecer delictivo -ya sea en sus variantes de dominio del hecho, de la voluntad o un codominio del hecho-. Ejemplo de tales delitos se tiene al homicidio, robo, etc. Sino que también existen otros delitos generalmente conocidos como “de infracción de deber”. Tal y como se han planteado las dos principales posturas -la de Roxin y Jakobs- sobre este último tipo de delitos, en estos no importa el dominio del acontecer delictivo para atribuirle la autoría a un sujeto; sino que se agencian de verificar quién ha quebrantado un deber -que luego detallaremos cómo es que se concibe esto último- para atribuirle la autoría del mismo.

Antes de proseguir con el desarrollo de las posturas de Roxin y Jakobs sobre este tipo de delitos, debemos mencionar que es casi unánime -salvo los que siguen los postulados de Schöneman- en la doctrina y jurisprudencia nacional el aceptar que el delito de colusión es un delito de infracción de deber.

2.1 LA POSTURAS DE ROXIN Y JAKOBS SOBRE LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER

2.1.1 LA POSTURA DE ROXIN Y SUS SEGUIDORES SOBRE LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER

Ahora, comenzaremos por explicar el postulado de Roxin y sus seguidores sobre los delitos de infracción de deber.

En un primer momento, Roxin tomaba como punto de inflexión el llamado “deber extrapenal” y quien ostentaba y quebrantaba tal deber -en el marco de la comisión de un delito de infracción de deber- era quien debía responder a título de autor; mientras que todos aquellos que también intervinieron, pero sin ostentar -y por ende no quebrantarlo- tal deber extrapenal, solo podían responder a título de cómplices o instigadores.

Actualmente Roxin ha abandonado tal frase de “deber extrapenal”. Ello lo ilustra claramente Mendoza Ayma (Justicia TV, 2017), quien afirma que la postura actual de Roxin es que el deber que tiene que infringir un ciudadano para ser autor de un delito de infracción de deber, no es de carácter extrapenal

-como por ejemplo los deberes reconocidos en ROF⁴s o MOFs⁵- como lo sostuvo tal profesor alemán en un inicio; sino que -y en base a la crítica que Schüneman realizó- estos deberes exigidos en los tipos penales están vinculados a exigencias que son emanadas de los roles sociales del ciudadano -fruto de las relaciones materiales del caso y no desde la perspectiva de los roles planteadas por Jakobs-, y en base a la infracción de tales exigencias es que el potencial autor provoca la lesión típica a un bien jurídico.

Para mejor ilustración de la teoría de infracción de deber según Roxin, a continuación, daremos una síntesis de cómo los seguidores de esta postura la conciben:

➤ Pariona Arana (2011), ilustra este tema de la siguiente forma:

Este autor explica que tiene postura personal sobre los delitos de infracción de deber. Él afirma que la infracción de este deber especial fundamenta la autoría, mas no el injusto -con lo cual puede advertirse un acercamiento a la postura planteada por Roxin-. En la misma línea, sostiene que esta teoría permite delimitar la autoría y participación en aquellos delitos que suponen la existencia de tales deberes.

Este profesor apunta que estos deberes penales que fundamentan la autoría tienen una naturaleza penal -con lo cual se aparta de las primigenias concepciones de Roxin, ya que este último calificaba que estos deberes son extrapenales-. Explica su postura señalando que parte de la “doctrina de la autonomía del Derecho Penal en la formación de conceptos”, para aceptar como cierto el que existan deberes en otros ámbitos jurídicos, pero que tan solo el hecho de que haya una infracción a tales deberes no es suficiente para generar consecuencias penales. En ese entendido, solo habrá consecuencias penales cuando dichos deberes son recogidos y transformados por los tipos penales, y ello por cuanto tales deberes han pasado a formar parte de una noción jurídica-penal.

⁴ Reglamento de Operación y Funciones.

⁵ Manual de Operación y Funciones.

Explica todo lo anteriormente mencionado en este párrafo de otra forma empezando a resaltar que los deberes especiales tienen como base una relación especial entre el sujeto y el bien jurídicos; tales deberes estarían asegurados para cada rama del Derecho de distinta forma atendiendo a sus fines, pero el Derecho Penal hace surgir deberes penales cuyo objetivo y contenido es la protección del bien -objetivo que es distinto para otras ramas, tales como el Derecho Civil o el Derecho Público-. También explica que aquellos deberes originados en otro ámbito tienen un significado para el Derecho Penal solo cuando estos pasan por una “adecuación” en la teoría del Derecho Penal y recién así pueden constituirse en conceptos jurídico-penales. Y todo ello es así porque el Derecho Penal debe seguir sus propios conceptos y debe elaborar su propia definición de los mismos, ya que todos los conceptos no significan lo mismo para todos los ámbitos del derecho o incluso ámbitos fuera de este. Todo esto tendría una ventaja, ya que las contingencias que provengan de otros ámbitos jurídicos, no afectarán las especiales finalidades del Derecho Penal.

Por otro lado, deja en claro que no acoge la postura concebida por Jakobs y sus discípulos en cuanto a sostener que la teoría de la infracción del deber no solo fundamenta la autoría de este tipo de delitos, sino que también fundamenta el injusto; es decir, Pariona Arana descarta que la infracción de este deber pueda ser utilizado como fundamento de la punición de estas conductas. Esto último lo ilustra afirmando que la teoría de la infracción del deber debe tomarse únicamente como un criterio delimitador de la autoría; dicho en otras palabras, esta teoría solamente debe tomarse como parte de la teoría de la autoría y participación; en ese sentido, toma como errada la postura jakobsiana antes ilustrada, porque -para criterio de Pariona Arana- estos trasladan la teoría de infracción de deber a la teoría del injusto con lo que tienen el resultado de utilizar tal teoría para determinar el fundamento de la imputación del injusto en sí. Y esto último, a su vez, también es errado puesto que la punibilidad no puede ser fundamentada en una mera infracción de un deber o una norma, sino que esta tiene que

también estar fundamentada materialmente en la afectación de un bien jurídico protegido; en otras palabras, el fundamento de la punición de una conducta no solo radicaría en la infracción de un mandato, sino también en la realización de un daño social. Y es que todo injusto penal debe necesariamente suponer una lesión o puesta en peligro a un bien jurídico.

En otro punto, este autor es explícito al afirmar que en los delitos de infracción de deber será autor quien infringe el deber especial penal, mientras que será partícipe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial. Sobre esto, hace especial mención a que no debe tomarse en cuenta criterios propios de la teoría del dominio del hecho para afirmar el grado de intervención delictiva de un ciudadano, sino solamente debe tomarse en cuenta si el mismo ha intervenido en la comisión del delito y si lo ha hecho o no infringiendo el deber especial de carácter penal.

Finalmente, acepta que quien intervenga en el hecho delictivo sin tener el deber penal especial, también responda por el mismo delito por el que responde el autor, pero a título de partícipe.

➤ Por su parte, Salinas Siccha (2020, pp. 319-353) expone lo siguiente:

Que la postura que acoge respecto a la teoría de los delitos de infracción de deber-aunque lo menciona en el marco del estudio de los delitos especiales descritos dentro del título de delitos contra la administración pública de nuestro Código Penal- es la de Roxin, aunque, como puede verse en el mismo trabajo, discrepa en ciertos puntos con tal profesor alemán.

El mismo magistrado señala que será autor en los delitos de infracción de deber quien lesione o ponga en peligro un bien jurídico protegido bajo el incumplimiento de las exigencias impuestas por su rol social especial en el cual se desenvuelve, siendo irrelevante si tuvo dominio

del hecho o no. Tal exigencia a la que hace alusión es un deber especial de carácter penal que solo recae en las personas que tienen la cualificación precisada en el tipo penal.

En cuanto a la posibilidad de la existencia de autoría mediata, este autor la descarta. Salinas Siccha parte entendiendo que la estructura dogmática de la autoría mediata en los delitos de infracción de deber consiste en la imputación del comportamiento de la persona que sirve de medio al hombre de atrás, debido a que el hombre de atrás infringió su deber especial de carácter jurídico al solicitar al hombre de adelante la materialización del crimen. Esboza tres razones para rechazar esta posibilidad: i) Que en virtud a que en los delitos de infracción del deber no tiene cabida emplear criterios de dominio del hecho, es que es imposible establecer una vinculación entre el hombre de adelante y el hombre de atrás; ii) Que lo característico en la “autoría mediata” es que el hombre de adelante no responde penalmente debido a que es “instrumentalizado” por el hombre de atrás, lo cual no pasa en este supuesto planteado de autoría mediata en de los delitos de infracción del deber, ya que el hombre de adelante sí debería responder penalmente en base a que ayudaría voluntariamente en la comisión del delito a petición del hombre de atrás, el cual también responde penalmente; y, iii) El aparente hombre de atrás ya realizaría el delito cuando, infringiendo su deber, solicita a otra persona la ejecución del delito y le deja realizar tal actividad criminal; en ese entendimiento, la regla sería que el aparente hombre de atrás siempre respondería a título de autor inmediato, ya sea que se valga de un aparente hombre de adelante con o sin responsabilidad penal.

En cuanto a la posibilidad de coautoría en delitos de infracción de deber, el citado autor la descarta. Inicia mencionando que Roxin sostiene la posibilidad de la existencia de coautoría en este tipo de delitos bajo la perspectiva de que esta cabría solamente en aquellos supuestos en los que concurre una pluralidad de agentes que intervienen en el ilícito penal, pero que todos estos detenten un mismo y único deber de carácter

penal. Bajo ese entendimiento, Salinas Siccha no comparte tal postura del profesor alemán bajo el argumento de que un mismo deber -que es central en estos tipos de delitos- no puede ser común o impuesto a una cantidad de personas determinadas, sino que tales deberes son personalísimos y estos son exigibles a cada ciudadano que tiene tal deber. Así pues, se descarta la existencia de deberes conjuntos o comunes.

Finalmente, Salinas Siccha sostiene que quien interviene -sin importar si tuvo en mayor o menor medida el dominio del hecho- en la comisión del delito de infracción de deber -ya sea este propio o impropio- y no tiene el deber especial de carácter penal, responde como cómplice -sin hacer distinción de complicidad primaria o secundaria- del delito que se imputa al autor. Llega a tal conclusión afirmando que lo que fundamenta la autoría en estos tipos de delitos es el quebrantamiento del deber especial de carácter penal; así pues, si alguien que no tiene tal deber coadyuva al autor a infringir el de este último, solo podrá responder como cómplice.

En otro texto, Salinas Siccha (2018) explicita que en los delitos especiales, desde su perspectiva, sirve la teoría de infracción de deber -introducida por Roxin- para determinar la calidad de autor o partícipe de determinados ciudadanos. Desde esa perspectiva, ratifica que en estos delitos, el autor será el que ha participado en la comisión del delito infringiendo su deber especial de carácter penal -contribuyendo así a la puesta en peligro o lesión al bien jurídico, ya sea por omisión u omisión-; en tanto que partícipe será el que participa en la realización de tal delito, pero sin infringir deber especial penal alguno.

Precisa que estos “deberes especiales de carácter penal” -impuestos únicamente por la ley penal- fundamentan la autoría en los delitos especiales; y ello trae consigo la consecuencia de que no todos los ciudadanos sean pasibles de ser autores de este tipo de delitos; sino solo los que detentan tal deber, tal y como lo exige el principio de legalidad

en cuanto a las exigencias del propio tipo penal en cuanto a la cualificación que tiene que tener un sujeto para ser sujeto activo de un delito.

Por otro lado, explicita que no acoge la postura del funcionalismo normativista de Jakobs ya que esta conllevaría a que el intraneus y el extraneus respondan por un delito diferente -el primero por uno especial y el segundo por uno común- a pesar de haber participado de un mismo hecho criminal. Salinas Siccha fundamenta su rechazo a esta postura argumentando que no es razonable, porque eso arrojaría como consecuencia que entre un grupo de personas que participen de un mismo hecho criminal, algunos respondan por un delito -uno especial- y otros, por otro completamente distinto -uno común- o incluso queden sin respuesta penal debido a que no existe un ilícito penal subyacente, como pasaría con los delitos especiales propios. Resalta que, en este último tipo de delitos, adoptar la postura de Jakobs generaría escenarios de impunidad respecto a los cómplices. Tras todo ello, Salinas menciona que debe optarse por aplicar teorías que expliquen y justifiquen porqué todos los participantes con capacidad de culpabilidad que intervengan en un delito especial -ya sea propio o impropio- deben merecer sanción penal. Además, explica que acoger una postura de ruptura de título de imputación sería caer en la ficción de considerar las conductas de los cómplices -extraneus- como conductas de intervención delictiva en un delito que no se han producido. Siendo consecuente, Salinas Siccha aboga por una postura donde, a partir de los principios sustantivos de unidad del título de imputación y accesoriedad, a los extraneus se le considere como cómplices de los autores de un delito especial.

Resalta que el hecho de considerar a los extranei como cómplices de un delito especial que cometió un intraneus, no colisiona con lo prescrito en el artículo 26 del Código Penal -en cuanto a la comunicabilidad de circunstancias y cualidades entre autores y partícipes-, ya que de ninguna forma se le está traspasando la circunstancia especial del intranei al extranei. Muestra de ello es que desde esta concepción el

extranei no podría responder a título de autor del delito de infracción de deber.

Explica que el último párrafo del artículo 25 del Código Penal es indicador de que el legislador ha adoptado la unidad del título de imputación -con lo que queda descartada la ruptura del título de imputación- al prever que el cómplice siempre responderá por el hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo penal no concurren en él.

Respecto a la pena del extranei, menciona que, al no tener este el deber especial penal que ha infringido el autor, el juez debe atenuarle prudencialmente la pena.

Ahondando más sobre la complicidad en los delitos de infracción de deber, menciona que esta debe ser única. Y ello por cuanto la diferenciación entre complicidad primaria y secundaria tiene su origen en la teoría del dominio del hecho, donde tiene cabida advertir la entidad del aporte que ha dado el partícipe para determinar si es primaria o secundaria. Sin embargo, en los delitos de infracción de deber, no importa tal entidad, ya que solo bastaría verificar que en un ciudadano no tenga el deber especial penal exigido por el tipo, para afirmar que es cómplice.

- Díaz y García (2014) señala lo siguiente respecto a los delitos de infracción de deber:

Parte mencionando que el parecer de Roxin es que, en determinados delitos, la autoría se rige por la infracción de un deber extrapenal específico que tiene un sujeto, con lo cual se alude a la autoría en los delitos de infracción de deber. Díaz y García acepta que tal postura tiene un fundamento muy razonable -por lo menos en los delitos contra la administración pública- ya que tiene en cuenta que no sería relevante quiénes realicen personalmente la conducta, sino quién infringe sus deberes propios. Este último grupo serían los autores y el resto de

implicados serían partícipes. Sobre estos últimos, explicita que no hay una razón para excluirlos de castigo sin más argumento que el que no hayan infringido un deber especial; en ese sentido, encuentra adecuado el castigo al extraneus, ya que, si bien ellos no tienen el deber especial, sí puede fomentar la infracción de tal deber.

En otro punto, a Díaz y García Conlledo le parece que no se debe generalizar con que todo delito especial sea uno de infracción de deber.

Así, Díaz y García (2005), en otro texto, profundiza esa idea a partir de la regulación penal colombiana, afirmando que no debe haber una identificación entre delito especial y delito de infracción de deber. Y ello por cuanto Roxin no ideó a los delitos de infracción de deber como una categoría que viniera a sustituir a la de los delitos especiales; y ello por cuanto -en opinión de Roxin- en algunos delitos especiales, la autoría no debe ser determinada por el dominio del hecho, sino por la infracción de deberes específicos extrapenales. Precisamente Roxin pensó a este tipo de delitos a partir de, sobre todo, delitos de funcionarios o servidores públicos y de profesionales. Y es que Díaz y García estima que hay delitos especiales en donde aún debe tenerse como criterio al dominio del hecho, como por ejemplo en el parricidio, donde solo puede verificarse este delito cuando, por ejemplo, sea el propio hijo quien asesine a su padre; ya que si es otro ciudadano y el hijo le coadyuva, no se verificaría tal delito, sino un homicidio donde el hijo sería -por ejemplo- cómplice.

En cuanto a la participación del extraneus en un delito donde es autor un intraneus, menciona que, en aplicación de las reglas de la accesoriidad limitada, el primero de estos debe responder por exactamente el mismo tipo penal que el segundo; sin embargo, hace hincapié a que debe haber una rebaja correspondiente de pena. Reconoce que a esto se le llama unidad de título de imputación y explicita que una ruptura del título de imputación sería incompatible con el fundamento del castigo de la participación, si este se concibe

desde la perspectiva de una teoría de la causación orientada a la accesoriedad. Claro está, que también una aplicación estricta de la regla de la accesoriedad, resalta una mayor lejanía del extraneus respecto al injusto especial; dicho en otras palabras: el extraneus no puede afectar el bien jurídico protegido de manera inmediata, sino que puede realizarlo solo fomentando o facilitando tal afectación al bien jurídico protegido por parte del autor. Ese sería el sentido de un mantenimiento entre la accesoriedad limitada y la unidad del título de imputación y el reconocimiento de la mayor lejanía del extraneus respecto a un injusto especial, es decir, hay un otorgamiento de relevancia a esa no titularidad de deberes especiales por el extraneus.

De todo lo anotado debemos apuntar lo siguiente respecto a esta postura:

- La teoría de infracción de deber solo fundamenta la autoría -es decir, explica quiénes deben responder a título de autores y partícipes en estos tipos de delitos-. En esa línea, se llega a rechazar que esta teoría sea una fundamentadora del injusto; es decir, rechazan que esta teoría sirva para explicar la razón por la que una conducta humana debe ser reprochada penalmente.
- Lo que fundamentaría la distinción entre la determinación de autor y partícipe es que solo podrá ser autor aquel que infringe su deber y será partícipe todo aquel que dé un aporte a la comisión delictiva, pero sin poseer tal deber y por lo tanto, no quebrantarlo.
- Lo que fundamentaría el injusto es la lesión al bien jurídico. En torno a tal lesión al bien jurídico, solo el autor tiene directa vinculación con él -debido al deber que ostenta-, mientras que el partícipe no tiene directa vinculación con el bien jurídico, pero coadyuva al autor a lesionarlo.
- Se sostiene la “Unidad del título de imputación”, mediante la cual, tanto autor como partícipe, responden por el mismo delito de infracción de deber. Un ejemplo de ello es que el funcionario público cualificado responda como autor del delito de peculado, mientras que

el privado que le ha ayudado a la comisión de tal ilícito, responde por el mismo delito, pero a título de cómplice.

2.1.2 LA POSTURA DE JAKOBS Y SUS SEGUIDORES SOBRE LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER

Jakobs y sus seguidores postulan una postura distinta a la de Roxin sobre la teoría de infracción de deber. Ilustraremos ello sintetizando la exposición de los seguidores de tal postura en nuestro país:

- El profesor Caro John (2006) expone las siguientes ideas:

Inicia criticando que Roxin no fundamenta cuáles son esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo. Siendo que esos deberes son el centro en estos delitos, ya que en estos el obligado -potencial autor- tiene una relación con el contenido del injusto y precisamente esa relación es lo que le convierte en la “figura central” del evento.

Pasando de tal crítica, menciona que Jakobs ha sido quien ha dado importantes aportes dogmáticos a esta categoría desde el pensamiento funcional normativista, incluso llegando a una fundamentación ampliada de estos delitos de infracción de deber. Jakobs plantearía que las personas viven inmersas en un conjunto de deberes y la infracción de estos es lo que fundamenta su responsabilidad jurídico-penal. En ese entendimiento, la infracción a los deberes generales de actuación -en el cual es más general es el de no lesionar los bienes de los demás- es el fundamento de los delitos de organización. Además de estos deberes generales de actuación, también están los deberes en virtud de competencia institucional, cuya infracción fundamenta lo que conocemos como delitos de infracción de deber. Lo característico de estos últimos es que a estos obligados especiales no solo se les exige “no dañar”, sino que se les exige fomentar y mantener seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a amenazas, y ello en

virtud a esa relación institucional, la cual debe ser entendida desde el punto de vista de las ciencias sociales.

Los deberes de estos últimos están trazados por un estatus especial y ya no general, como en el primer tipo de deberes descritos. La cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado y el derecho que le corresponde garantizar. Esto último es lo que distinguiría la postura de Jakobs de la de Roxin, puesto que el primero entiende que la infracción al deber constituye el fundamento de la imputación jurídico penal, mientras el segundo entiende que tal infracción solo es un criterio que determina la autoría del hecho.

En ese marco, Car John explica que en los delitos de infracción de deber solo será autor aquel que, en el marco de un hecho delictivo, infrinja su deber especial, independientemente de la organización que haya ostentado; es decir, para que alguien sea autor de este tipo de delitos no importa cuánto haya aportado al hecho, sino solo importa la incorrectitud de su actuar respecto al deber que ostenta.

Ya adentrándose en explicar su propia postura, Caro John sostiene que el injusto jurídico-penal en este modelo institucional de imputación sería solamente la lesión de un deber especial. En ese sentido, los delitos que cometan los obligados especiales solo podrían configurar autoría - bajo la fórmula de autor único, negando expresamente las modalidades de autoría mediata, descartándola ya que no existe una lesión común del deber entre el hombre de adelante y el de atrás; y coautoría, descartándola por cuanto esta presupone un mismo criterio de imputación para todos los autores; cosa que no pasa en los delitos de infracción de deber, ya que la lesión del deber es totalmente personal e independiente- y nunca participación. Incluso explica que cuando dos obligados institucionales participaren en un hecho criminal, ambos responderían a manera de autores, pero nunca a manera de coautores, ello puesto que no existe una lesión común de los deberes.

Bajo la premisa anteriormente acotada, este profesor peruano sostiene que la distinción entre autoría y participación es un asunto que solo pertenecería a los delitos de dominio. Incluso menciona que la accesoriedad de la participación es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber y solo tienen cabida en los delitos de dominio. Y todo ello, por cuanto el criterio de infracción del deber no es cuantificable -pero sí cualificable-, ya que no importa cuánto se aporte al hecho para delimitar autoría o participación; no siendo el mismo panorama en los delitos de dominio, en donde el aporte sí sería cuantificable.

Finaliza mencionando que el extranei -en caso participe fenomenológicamente en lo que vendría a ser un delito de infracción de deber conjuntamente con un intraneus- respondería como autor de un delito de dominio, ya que este extranei -a diferencia del obligado institucional- infringe su deber general, mas no un deber institucional, de no dañar a los demás en sus bienes. Ello, incluso en los casos donde el extranei y el intranei se hayan repartido el trabajo en un marco delictivo.

- También García Caveró (2019, pp. 756-789) explica este tipo de delitos afirmando lo siguiente:

Este autor menciona que, en los delitos de infracción de deber, será autor aquel que, estando institucionalmente obligado a cumplir un deber positivo específico, lo incumple. También deja en claro que en estos delitos no puede realizarse una diferenciación cuantitativa de la competencia del obligado institucional a fin de distinguir su intervención a título de autor o partícipe, ya que este obligado responderá siempre a título de autor.

Por otro lado, expone que la categoría de delitos de infracción de deber no solo repercute en la delimitación de la autoría y participación, sino

que también lo hace en la estructuración de la imputación penal. Con esto queda anunciada una postura que sigue la línea formulada por Jakobs.

En otro punto, sobre las formas de intervención delictiva, sostiene que, debido a que el deber institucional es de carácter personal, no es posible una configuración conjunta del hecho. Siendo ese el panorama, si en un hecho participa el obligado institucional con un extraneus, cada uno responderá como autor de su propio delito; es decir, habrá una “autoría simultánea o accesoria”. Ahonda tal afirmación explicando que la actuación de quien ayuda al obligado institucional, no puede tener relevancia penal a partir del delito de infracción de un deber; y ello porque no puede existir una competencia conjunta en la infracción de un solo deber. Así pues, esa participación -del extraneus- podría alcanzar una incidencia penal, tan solo en el panorama en que esa actuación sea subsumible en un delito de dominio. Y esto último por cuanto, si en el delito de infracción de un deber el criterio de imputación es la infracción del deber institucionalmente configurado, es lógico que dicho delito solamente pueda ser cometido por quien es titular de tal deber. Ahonda explicando que puede ser que empíricamente un no obligado favorezca a un obligado institucional, pero que debe entenderse que normativamente no puede existir una competencia conjunta pro la infracción del deber.

También, sobre la intervención delictiva, pero ahora en el panorama en donde participen dos obligados institucionales, afirma que cada uno de ellos responderán por su propia infracción al deber. Incluso sostiene que si el obligado institucional infringe su deber especial por medio de un instrumento - aludiendo a la eventualidad de autoría mediata-, el primero -el hombre de atrás- deberá ser considerado como autor directo del delito. Con ello, descarta tanto la posibilidad de autoría mediata, como la de coautoría, en delitos de infracción de deber.

De todo lo anotado, debemos apuntar lo siguiente respecto a esta postura:

- Esta teoría de infracción de deber se postula como una teoría de fundamentación del injusto y no solo cómo una teoría que fundamenta la autoría y participación.
- Que hay dos tipos de delitos de infracción de deber según esta postura. Los de infracción de deber organizacional -que vendrían a ser lo que comúnmente conocemos como “delitos de dominio”, tales como el robo, hurto, homicidio, etc-, y los de infracción de deber institucional -que vendrían a ser lo que generalmente conocemos como “delitos de infracción de deber”, tal y como lo son la colusión, enriquecimiento ilícito, etc.
- En los delitos de infracción de deber institucional solo pueden ser autores . Se niega categóricamente la posibilidad de que exista autoría mediata, coautoría y cualquier forma de participación -instigación o complicidad-
- Los sujetos no cualificados para ser autores de un delito de infracción de deber institucional, pero que fenomenológicamente hayan aportado a la comisión de tal ilícito, no pueden responder -ni a título de partícipe- de un delito de infracción de deber institucional, sino que tendrán que responder por un delito de infracción de deber organizacional, siempre que haya uno en el que se pueda subsumir el actuar del privado. A esto se le conoce como “ruptura del título de imputación”. Un ejemplo de ello es que el funcionario público cualificado responda como autor del delito de peculado, mientras que el privado que le ha ayudado a la comisión de tal ilícito, responde por delito de apropiación ilícita.

3. POSTURAS DE DISTINTOS AUTORES PERUANOS ACERCA LA POSIBILIDAD DE IMPUTAR A TÍTULO DE CÓMPLICE DE COLUSIÓN A LOS DOS SUPUESTOS DE SUJETOS IDENTIFICADOS EN EL PRESENTE TRABAJO

Lo que haremos ahora es hacer un recuento acerca del estado actual de lo escrito por los autores nacionales en cuanto a su opinión de que los dos supuestos de sujetos -que ya

hemos puntualizado en el punto 2.2 del presente trabajo- puedan o no responder a título de cómplices del delito de colusión:

- Salinas Siccha (2019) expone que responderá a título de cómplice aquel funcionario público que da un aporte -en el marco de su cargo- a un hecho criminal de colusión, pero no tenga la cualificación especial que exige el artículo 384 del Código Penal. Así mismo, responderá a título de cómplice aquel particular que funge como “representante para cuestiones ilícitas” del funcionario público con el propósito de servir de intermediario entre este último y los particulares interesados (pp. 368-377).
- Por su parte, Rojas Vargas (2007) sostiene que aquellos aportes de funcionarios públicos -que no detengan la cualificación especial exigida por el artículo 384 del Código Penal- a hechos criminales de colusión, serían de posible atribución a título de complicidad de tal delito o serían irrelevantes penalmente (p. 408). Además, advertimos que este autor peruano no da una postura para el problema específico referido al aporte del particular que funge como “representante para cuestiones ilícitas” del funcionario público con el propósito de servir de intermediario entre este último y los particulares interesados.
- En cuanto a García Cavero (2015), él describe que si un funcionario público -que no cuente con la cualificación especial exigida por el artículo 384 del Código Penal- ejerce una decisión tomada por otro funcionario público -a pesar de saber de la existencia de un pacto colusorio entre tal funcionario público y un particular-, tal aporte podrá significar una imputación por el delito de omisión de denuncia o -de existir obligaciones de intervención- incumplimiento de deberes funcionariales (pp. 1099-1100). Adicionalmente, advertimos que este autor peruano no da una postura para el problema específico referido al aporte del particular que funge como “representante para cuestiones ilícitas” del funcionario público con el propósito de servir de intermediario entre este último y los particulares interesados.
- Por otro lado, Reátegui Sánchez (2017) plantea que, si un funcionario público, que no detente el vínculo funcional exigido para poder ser autor del delito de colusión-, se concierta con un particular, tal acción devendría en atípica para el delito de colusión (p. 399). Es de advertir que este autor peruano no da una postura para el problema específico referido al aporte del particular que funge como “representante para cuestiones ilícitas” del funcionario público con el propósito de

servir de intermediario entre este último y los particulares interesados. En el mismo sentido, subrayamos que tal autor no explicita una postura en cuanto a la problemática específica referida al título de imputación por el que debería responder un funcionario público que otorga un aporte a un hecho criminal de colusión, pero sin tener la cualificación especial exigida por el artículo 384 del Código Penal.

- La postura de Pariona Arana (2017), se puede sintetizar en la afirmación de que pueden ser cómplices del delito de colusión los funcionarios públicos -que no detentan el vínculo funcional exigido por el artículo 384 del Código Penal- y los particulares (extranei) que coadyuven al autor a la realización del ilícito penal. Esto último incluye a los intermediarios que faciliten las conversaciones a fin de perfilar y arribar a un pacto colusorio (pp. 116-125).
- Castillo Alva (2017) considera que los funcionarios públicos -que no tengan la relación funcional exigida por el artículo 384 del Código Penal- que coadyuven al autor de un delito de colusión, podrán ser considerados como cómplices del delito antes mencionado (pp. 544-545). Es de advertir que este autor peruano no da una postura para el problema específico referido al aporte del particular que funge como “representante para cuestiones ilícitas” del funcionario público con el propósito de servir de intermediario entre este último y los particulares interesados.

4. CRÍTICA A LO POSTULADO POR LA CASACIÓN N.º 661-2016/PIURA A PARTIR DE LOS POSTULADOS DE LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Entendemos que lo que ha llevado a la Corte Suprema a plasmar en la Casación N.º 661-2016/Piura la ya antes desarrollada postura respecto a la participación de un tercero en un delito de infracción de deber, es el fundamento vigésimo octavo de la Casación N.º 841-2015/Ayacucho. Sin embargo, revisando los considerandos -incluyendo el vigésimo octavo- de esta última resolución nombrada, no se haya fundamento para su afirmación de que en los delitos que son, a la vez, de infracción de deber y de participación necesaria -dando como expreso ejemplo el de colusión-, solo se puede condenar al partícipe cuyo actuar esté contemplado en la redacción típica. De ello, podemos ir coligiendo que esa remisión de la motivación de la Casación N.º 661-2016/Piura a la Casación N.º 841-2015/Ayacucho, no hace válida a la primera de estas, ya que la segunda no expresa fundamentos de su afirmación antes indicada respecto a los cómplices en delitos de

infracción de deber. En ese marco, sostenemos como primera crítica, que la Casación N.º 661-2016/Piura no ha expresado fundamento alguno respecto a su afirmación de la participación de un tercero en un delito de infracción de deber, dependen, fundamentalmente, de que la misma sea incluida en la redacción típica.

Por otro lado, el postulado de la Casación N.º 661-2016/Piura, en cuanto a complicidad en el delito de colusión, es -de manera sintética- que solo pueden responder como autores, aquellos que infringen su deber especial exigido por el tipo penal, y solo puede ser considerado cómplice aquel expresamente contemplado en el tipo penal. Ello parecería no encajar con ninguna de las teorías sobre delitos de infracción de deber; ni siquiera con la Jakobsiana -que es más restrictiva en cuanto a contemplar el círculo de responsables penalmente por un delito de infracción de deber institucional-, ya que el postulado Jakobsiano es que no hay complicidad en tales tipos de delito, ya que los particulares solo podrán responder a título de autor por un delito de infracción de deber organizacional, es decir, que ellos solo podrán responder por un delito de dominio, pero nunca -ni siquiera a título de cómplice- por un delito de infracción de deber institucional. De igual forma, la Casación N.º 661-2016/Piura también contraviene con el criterio de Roxin -el cual es más amplio en cuanto a quienes pueden ser cómplices en un delito de infracción de deber-, ya que este último postula que pueden ser cómplices todos aquellos que hayan dado un aporte al delito, pero sin tener la cualificación exigida por el tipo penal; así pues, el criterio de la Casación N.º 661-2016/Piura, en cuanto a considerar que solo puede ser cómplice el particular que se concierta con el funcionario, también es errado si lo analizamos desde los postulados Roxineanos.

Siguiendo la línea del párrafo precedente, nuestra segunda crítica a la Casación N.º 661-2016/Piura es que su postulado respecto a los únicos que considera cómplices del delito de colusión, contraviene los principales lineamientos de las posturas de Roxin y Jakobs en cuanto a delitos de infracción de deber.

5. PROPUESTA DE SOLUCIÓN RESPECTO A LA POTENCIAL COMPLICIDAD EN EL DELITO DE COLUSIÓN DE LOS DOS “SUPUESTOS DE SUJETOS” A PARTIR DE UN CRITERIO GENERAL DE LA COMPLICIDAD EN LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Debemos iniciar trayendo a colación que según la Casación N.º 661-2016/Piura los dos “supuestos de sujetos” -que ya hemos detallado en el numeral 2.2 del presente trabajo- no podrían responder a título de cómplices del delito de colusión. Ello, a mérito de que las conductas de estos no aparecen reconocidas en la redacción del artículo 384 del Código Penal.

Sin embargo, ya hemos demostrado que tal apreciación respecto a la complicidad en los delitos de infracción de deber -como es la colusión- contraviene directamente a los principales lineamientos de la teoría de los delitos de infracción de deber desde la postura de Jakobs y la de Roxin; es más, en este caso la Corte Suprema siquiera ha expresado el fundamento dogmático de su afirmación. En otras palabras, la premisa de la Corte Suprema respecto a la complicidad en el delito de colusión no tiene sustento dogmático.

Siendo ese el panorama, entonces toca preguntarnos cuál debe ser la premisa principal de la cual se debe partir para analizar quiénes pueden ser cómplices en delitos de infracción de deber. Y proponemos que debe haber una premisa principal sobre ello en todos los delitos de infracción de deber y no solo para el delito de colusión; ya que, de lo contrario, se tendrían distintas premisas para determinar el círculo de sujetos que podrían ser cómplices para cada delito que entra en la categoría de delitos de infracción de deber, con lo que se podría producir incoherencias dogmáticas que, a la larga, incluso podrían repercutir en contra de la predictibilidad de las resoluciones judiciales, ya que ese es el riesgo de tener distintos criterios acerca de la complicidad para cada delito de infracción de deber.

Lo que proponemos es que todo aquel que -sin ser titular del deber especial exigido por el tipo penal- preste un aporte -material o ideal- al autor del delito de infracción de deber, debe responder a título de cómplice de estos delitos. Está claro que nuestra postura se adscribe a los lineamientos de Roxin y sus seguidores acerca de los delitos de infracción de deber.

Desde nuestra perspectiva, el fundamento dogmático de nuestra propuesta plasmada en el anterior párrafo, encuentra meollo en uno de los principales principios del Derecho Penal, el principio de lesividad, por el cual se afirma que tal rama del derecho solo puede sancionar conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. Tal apreciación tiene su correlato con entender que el fundamento del injusto -es decir, el epicentro de la

razón de la sanción de una conducta humana- radica en la lesión o puesta en peligro al bien jurídico.

Ahora, hay que recordar que los bienes jurídicos en los delitos de infracción de deber solo podrían ser lesionados o puestos en peligro por parte de quienes ostentan tal deber exigido por el tipo penal; sin embargo, ello no significa que los que no detentan tal deber, no puedan tener ninguna injerencia en la lesión o puesta en peligro que ha sufrido el bien jurídico. Y es que estos sujetos que no detentan tal deber, si es que en algún caso han dado algún aporte -ya sea material o ideal- al autor para coadyuvarle a lesionar o poner el peligro al bien jurídico, también los primeros de estos deben tener responsabilidad por haber coadyuvado a que otro sujeto lesione o ponga en peligro a un bien jurídico. Entender lo contrario, sería afirmar que un sujeto no debe responder penalmente a pesar de que su conducta -realizada con dolo- ha estado encaminada a otorgar un aporte para que un sujeto -en este caso uno que sí ostente el deber exigido por el tipo penal- pueda lesionar o poner en peligro un bien jurídico. En esa línea, tanto el autor como el cómplice, deben responder por el mismo delito.

Claro está, el cómplice no infringe el deber, es decir, no vulnera directamente el bien jurídico, pero precisamente debe sancionársele porque ha dado un aporte para que pueda realizarse tal vulneración.

Esos son los motivos por los que concluimos que puede ser cómplice de un delito de infracción de deber todo aquel sujeto que no detente el deber exigido por el tipo penal y que haya dado un aporte -sin importar el tipo o importancia de este último- a un sujeto que sí lo detente.

Ya en otro punto, al parecer del autor del presente trabajo de investigación lo que ha ocurrido en la Casación N.º 661-2016/Piura -en cuanto al círculo de personas que pueden ser cómplices de un delito de infracción de deber- es que ha habido una confusión entre los conceptos de “delitos de encuentro” y “participación en los delitos de infracción de deber”. Y es que se tiene que advertir que en los “delitos de encuentro” no se excluye la posibilidad de sancionar a los cómplices distintos al interviniente necesario exigido para que se configure el delito de encuentro. Es cierto que el delito de colusión es un delito de encuentro en donde es necesaria la intervención de dos partes, donde una de ellas es el tercero interesado; sin embargo, ello no significa que solo a estos últimos pueda sancionárseles a título de cómplices. Esto último, debido a que la teoría a emplearse para

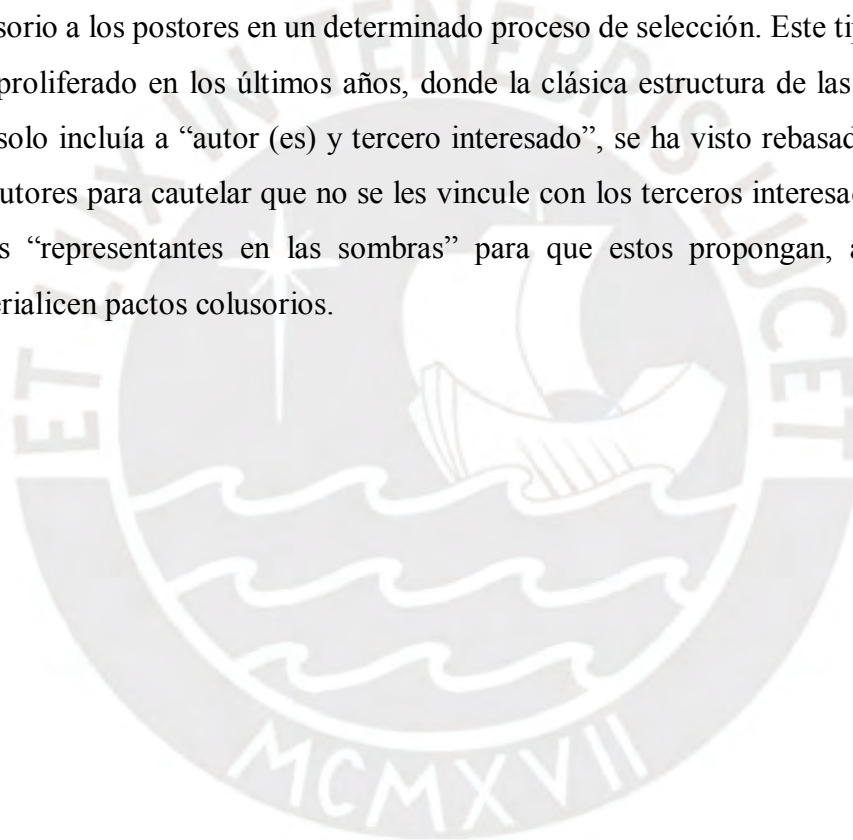
poder delimitar el círculo de posibles cómplices en delitos de infracción de deber, es la teoría de delitos de infracción de deber, mas no, una clasificación de los delitos de acuerdo a su estructura típica, como lo es los “delitos de encuentro”. Es decir, para determinar los posibles cómplices en un delito de infracción de deber, se debe tener en cuenta los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber y no los postulados de las clasificaciones de los delitos según su estructura típica -como la clasificación de delito de encuentro-, ya que estas clasificaciones no tienen por objetivo la delimitación de autores y partícipes en los delitos.

Respecto a los dos “supuestos de sujetos” explicados en el numeral 2.2 del presente trabajo, sostenemos que estos sí pueden responder a título de cómplice del delito de colusión.

Podemos arribar a lo sostenido en el anterior párrafo entendiendo conjuntamente estas consideraciones:

- La premisa general es que puede ser cómplice de un delito de infracción de deber todo aquel sujeto que no detente el deber exigido por el tipo penal y que haya dado un aporte -sin importar el tipo o importancia de este último- a un sujeto que sí lo detente -autor del delito de infracción de deber-.
- El delito de colusión es un delito de infracción de deber en donde serán autores solo aquellos funcionarios públicos que ostente en infrinjan el deber exigido por el artículo 384 del Código Penal.
- En el primer “supuesto de sujeto”, el aporte que dé tal sujeto-funcionario público no puede ser a título de autor, puesto que no detenta el deber exigido por el tipo penal. Sin embargo, eso no es impedimento para que este funcionario público pueda, valiéndose criminalmente de sus funciones, dar un aporte a la colusión; y, a consecuencia de ello, responder por el delito de colusión, pero a título de cómplice. Este tipo de casos daría se cuándo, por ejemplo, un funcionario público realiza -con conocimiento de un contexto corrupto- informes favorables que permiten al autor del delito de colusión, emitir una resolución sustentada en esos informes. Este tipo de casos se dan frecuentemente en los procesos penales en donde un acusado por ser autor de colusión, sostiene que su resolución u otro acto funcional materia de imputación estuvo sustentada técnica y/o jurídicamente en el informe de su coimputado-cómplice.

- En el segundo “supuesto de sujeto”, el aporte que dé tal particular no puede ser a título de autor, puesto que ni es funcionario público, ni mucho menos un funcionario público que detente el deber exigido por el tipo penal. Hay que esclarecer que este particular tampoco es el denominado “tercero interesado” contraparte del funcionario público en un pacto colusorio. Sin embargo, tales consideraciones no son impedimento para que este particular coadyuve al autor de este delito a arribar o materializar un pacto colusorio con el “tercero interesado”; y, a consecuencia de ello, responder por el delito de colusión, pero a título de cómplice. Este tipo de casos se daría cuando, por ejemplo, un funcionario público corrupto envía a un particular de su confianza -casi siempre un amigo o familiar- a proponerle un pacto colusorio a los postores en un determinado proceso de selección. Este tipo de casos han proliferado en los últimos años, donde la clásica estructura de las colusiones que solo incluía a “autor (es) y tercero interesado”, se ha visto rebasada; y, ahora los autores para cautelar que no se les vincule con los terceros interesados, envían a sus “representantes en las sombras” para que estos propongan, acuerden o materialicen pactos colusorios.



CONCLUSIONES

PRIMERA: Los postulados de la Casación N.º 661-2016/Piura, en materia de complicidad en el delito de colusión, no son correctos desde la perspectiva de la teoría de los delitos de infracción de deber según las posturas de Roxin, Jakobs y sus respectivos seguidores.

SEGUNDA: El postulado de la Casación N.º 661-2016/Piura, en cuanto a excluir la posibilidad de que un funcionario público pueda responder a título de cómplice del delito de colusión, no es correcta desde la perspectiva de la teoría de los delitos de infracción de deber según las posturas de Roxin, Jakobs y sus respectivos seguidores.

TERCERA: El postulado de la Casación N.º 661-2016/Piura, en cuanto a excluir la posibilidad de que un particular “intermediario representante” del funcionario público corrupto pueda responder a título de cómplice del delito de colusión, no es correcta desde la perspectiva de la teoría de los delitos de infracción de deber según las posturas de Roxin, Jakobs y sus respectivos seguidores.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se sugiere que la Corte Suprema de la República, en virtud a la función nomofiláctica de la casación, emita una resolución en la que corrija los postulados de la Casación N.º 661-2016/Piura. Esto último, asentando -con base dogmática- un criterio único para determinar la complicidad en los delitos de infracción de deber; y, en base a ello, elaborar una premisa específica en cuanto a determinar quiénes pueden responder a título de cómplices en el delito de colusión.

SEGUNDA: Se sugiere que la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada realice un pleno jurisdiccional donde se aborde la temática de los sujetos que pueden responder penalmente a título de cómplices de colusión. La importancia de esta sugerencia radica en que los procesos penales por corrupción de funcionarios de gran envergadura -los mismos que son competencia tal Corte Superior- están próximas a someterse a juicio oral, por lo que debe tenerse un criterio uniforme y sustentado acerca de tal materia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Caro John, J. (2006). Sobre la autoría en el delito de infracción de deber. *Derecho Penal y Criminología*, 27 (80), 91-110.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/995>
- Castillo Alva, J. (2017). *El delito de colusión*. (1° ed.). Instituto Pacífico S.A.C.
- Díaz y García Conlledo, M. (2005). La problemática de la codelincuencia en el Código Penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final. *Derecho penal y Criminología*, 26(77), 45-78.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1023/967>
- Díaz y García Conlledo, M. (2014). Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión. *Revista Nuevo Foro Penal*, 10(83), 15-38. <https://doi.org/10.17230/nfp.10.83.1>
- García Cavero, P. (2015). *Derecho Penal Económico Parte Especial*. (2° ed., Vol. 2). Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2019). *Derecho Penal – Parte General*. (3° ed.). Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Justicia TV. (3 de noviembre de 2017). *La cátedra de los jueves- 02-11-2017* [Archivo de Vídeo]. Youtube.
https://www.youtube.com/watch?v=8Z2Sc3fqM7s&ab_channel=JusticiaTV
- Pariona Arana, R. (2011). La teoría de los delitos de infracción de deber. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (19), 69-83.
- Pariona Arana, R. (2017). *El delito de colusión*. (1° ed.). Instituto Pacífico S.A.C.
- Reátegui Sánchez, J. (2017). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. (2° ed.). Jurista editores E.I.R.L.
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos Contra la Administración Pública*. (4° ed.). Editorial Jurídica Grijley.
- Salinas Siccha, R. (2018). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Anuario de Derecho Penal*, (2015-2016), 93-126.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_04.pdf

Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos Contra la Administración Pública*. (5° ed.). Editorial Iustitia.

Salinas Siccha, R. (2020) *La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos].
https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/16746/Salinas_se.pdf?sequence=1&isAllowed=y

