

## LA DETERMINACIÓN DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Por: José Carlos Mallma Soto<sup>1</sup>

Un problema continuo en la doctrina y en la aplicación jurisdiccional del derecho penal sustantivo es la determinación de la calidad de autor de un sujeto activo. Cómo establecer cuándo una persona es autor o participe de un hecho punible, al respecto distintas teorías han tratado de explicar cuando se considera autor del delito a una persona, entre ellas existen dos criterios; el negativo (T. Concepto extensivo de autor, T. Asociación criminal, T. Acuerdo previo) que sostiene que no hay diferencia alguna entre autor y participe y por tanto todo aquellos que contribuyen en el desencadenamiento del hecho criminal<sup>2</sup> deben ser comprendido como autor de la comisión del delito, ya sea en razón a que constituye un acto asociativo, o un concierto previo, esta posición fuertemente criticada porque muchos de sus postulados contiene preceptos inconstitucionales que violan las garantías del proceso penal, ha sido desestimada por nuestro código penal. Por otra parte el criterio positivo, que si considera la existencia de diferencias entre autor y participe, comprende en él a la teoría predominante en esta materia, y nos referimos a la teoría del dominio del hecho, que considera al autor a decir de mismo WELZEL, al señor del hecho, es decir aquel que domina ultima y finalmente la realización del hecho criminal. Este concepto del dominio del hecho ha representado un mecanismo muy útil a fin de establecer la autoría o participación de una pluralidad de sujetos en el desarrollo del evento delictivo. Sin embargo, no ha podido explicar algunas circunstancias como la autoría en los delitos especiales, que son aquellos que únicamente pueden ser cometidos por una determinada categoría de persona que el tipo penal señala. Dado que en estos casos lo determinante no constituye la posición de dominio que tenga el sujeto sobre el hecho, sino que es necesario verificar el elemento subjetivo especial del agente (*intraneus*), en razón a que en el supuesto de estos ilícitos penales, lo que constituye el injusto penal no es el

---

<sup>1</sup> Estudiante de la Facultad de Derecho y CC.PP de la UNSCH, Miembro Principal de Cinde, Ayudante del Instituto de Investigación de la Facultad de Derecho.

<sup>2</sup> Dichas teorías tiene su fundamento en el principio causalístico del derecho penal y equivalencia de condiciones.

desvalor por la comisión de una conducta humana meramente prohibida que vulnera un bien jurídico protegido, sino la violación del deber jurídico de quien tiene la calidad especial de sujeto activo. Es decir; en un delito común, como el homicidio la norma penal establece “*el que...*”, para comprender una cláusula abierta en el que pueden ser considerada como autor del delito toda persona natural, esto se explica por la misma naturaleza del delito, en el que los elementos descriptivos puede ser cometido por cualquier persona, independientemente de su cargo, profesión u oficio, dado que la sanción penal deviene como consecuencia de la realización de una acción u omisión que trasgrede un bien jurídico tutelado por el ordenamiento legal. Mientras que en los delitos especiales tales como: Delitos contra la Administración Pública; Cap. II; Cometidos por funcionarios públicos, Delito contra el Orden Financiero y Monetario; Cap. I; Delitos Financieros, Delitos Contra el Patrimonio; Cap. VI; Fraude en la administración de personas jurídicas, entre otros, lo que se penaliza no es la infracción a un bien jurídico, sino la contravención a un deber jurídico determinado en su condición de garante frente al objeto del delito. Es por ello que sólo aquellos que tiene la calidad subjetiva especial prescrita en la catalogó punitiva pueden ser responsable penalmente<sup>3</sup>, porque al cumplir la tipicidad objetiva, se estaría configurando el incumplimiento del deber jurídico adquirido en razón a comisión, oficio, cargo o profesión, v. gr. No podrá cometer el delito de abuso de autoridad (Art. 376° CP.) un particular que no sea funcionario o servidor público puesto que al no tener atribución alguna no podrá hacer abuso arbitrario de ella, más aún que al actuar de ese modo no existirá antijuricidad porque el juicio de valor negativo es consecuencia de tener una actuación contraria al deber jurídico, que en tanto tiene todo funcionario o servidor público de procurar el buen uso de las facultades conferidas para el bienestar general de los administrados. Sucede lo mismo en el supuesto del delito de ocultamiento, omisión o negativa de información (Art. 245° CP.), dado que no podrá infringir la norma “*ocultando situación de liquidez o insolvencia o cuando omita, niegue información o proporcione datos falso a la autoridad de control y regulación*”, en

---

<sup>3</sup> Para que se configure el delito de peculado es necesario que el sujeto activo tenga la condición de funcionario o servidor público, se consideran administrador público a los administradores y depositarios de caudales embargados o depositarios por autoridad competente, aunque pertenezca a particulares. “Ejecutoria Suprema del 24/05/93. Exp. 701-93 Carmen Rojjasi, Ejecutorias Supremas, p. 242.

principio porque es necesario adquirir la calidad de tal, para acceder a dicha información, y en segundo orden, en el caso que pudiera tener dicha información su omisión o negativa no constituiría delito porque no se encuentra compelido por ningún deber jurídico a actuar de modo distinto.

En suma lo que tratamos de manifestar es que a diferencia de los delitos comunes en el que cualquier persona que realice el tipo penal (sujeto activo) puede ser apreciado como autor del delito. En los delitos especiales en el que la calidad de sujeto activo se presente de manera determinada y debidamente señalada en la norma, no sucede lo mismo. Esto claro en un esquema teórico doctrinario que diferencie la autoría de las demás formas de participación (complicidad primaria, secundaria e instigación).

Ahora lo fascinante de nuestra judicatura es la mutabilidad con la cual interpretan la norma objetiva, una vez más ello se hace latente, cuando tras la caída del régimen De Facto del presidente Alberto Fujimori Fujimori, se establece la harta conocida lucha anticorrupción, a través de salas especializadas, juzgados, fiscalías y procuraduría ad hoc, es decir todo un engranaje que buscaba procesar a toda aquella red de corrupción encabezada por Vladimiro Montesinos<sup>4</sup>, lo cual significa un reto gigantesco, no sólo en materia procesal sino principalmente en aspectos dogmáticos, de tipicidad. Que duda cabe pues que los fiscales y procuradores se encontraron en el gran dilema de como denunciar a aquellas personas que no siendo funcionarios o servidores público se veían comprometidos en dichos actos, en tiempos en el que la opinión pública indignada por los archifamosos vladivideos, exigía penas ejemplares para quienes aparecían recibiendo grandes sumas de dinero en el salón del hoy desactivado Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), es en este contexto que era necesario establecer el delito por el cual debían ser procesados dichos personajes, así los fiscales tenían dos alternativas: a) la primera que consistían imputarles como autores del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Receptación (Art. 194° CP.), la cual tiene una pena privativa de libertad no mayor de tres años, lo que representaba una puerta de impunidad y un nefasto precedente a efecto de disuadir a otros de cometer estos ilícitos penales; b) una segunda opción era el de denunciarlos por el delito Contra la Administración

---

<sup>4</sup> Resolución N° 024-2001-CT-PJ; remitida por el Consejo Transitorio del Poder Judicial, publicada el 1 de febrero del 2001 en el diario "El Peruano".

Pública en la modalidad de Peculado (Art. 387° CP.), lo que traía consigo el problema de la tipicidad, y la antijuricidad dado que como habíamos explicado, estos delitos especiales exigen una calidad especial de agente, como es el funcionario público en sentido lato<sup>5</sup>, que realiza el tipo penal y cuya antijuricidad o reprochabilidad de su conducta era consecuencia del deber jurídico vulnerado, en tal circunstancias la determinación como autor de un particular en estos delitos implicaba una violación al principio de legalidad (*Nullum poena sine previa lege*), por lo que su comportamiento resultaba atípico. Sin embargo, existía una salida a este respecto, y es que un rápido análisis a los grados de participación delictivo, significó el mecanismo apropiado para sancionar ejemplarmente a aquellos delincuentes de cuello blanco. Es gráfico para explicar lo acontecido el caso Hnos. Winters y Caso Crousillat, a quienes se le abre instructiva por el presunto Delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado<sup>6</sup> y el Delito Contra la Tranquilidad Pública en la modalidad de Asociación Ilícita para Delinquir<sup>7</sup>, por haber recibido del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos, cuantiosas sumas de dinero a fin de poner al servicio del ex régimen De Facto, sus medios de comunicación televisivos. Para extender el tipo penal a efecto de que quedasen comprendidos aquellos individuos, era imprescindible la elaboración de un sustento jurídico-doctrinario, que condiga con las garantías del debido proceso. En este orden de ideas, fue posible enjuiciar por un delito que exigía una condición especial del sujeto activo a personas que no las tenían, partiendo de la naturaleza jurídica accesoria de la participación, es decir, que entendiendo que la complicidad implica una colaboración dolosa en un delito ajeno, lo que significa que el partícipe no realiza un hecho delictivo autónomo, sino que se encuentra en una situación de dependencia frente al autor de un evento principal, podemos deducir que bajo el criterio de la accesoriedad limitada<sup>8</sup>, que es aquella posición acogida por nuestro código penal, en cuya tesis se sostiene que basta que el hecho principal sea

<sup>5</sup> "Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos; 2do párrafo, Art. 1°; Convención Interamericana contra la corrupción.

<sup>6</sup> La Corte Suprema argentina que concedió la extradición por peculado, este delito recién prescribe a los doce años.

<sup>7</sup> Exp. N° 025-2001 Por el Delito Contra la Tranquilidad Pública en la modalidad de Asociación Ilícita para Delinquir y Delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado, previstos en los artículos 317° y 387° del Código Penal, respectivamente.

<sup>8</sup> PEÑA CABRERA, Raúl; Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ed. Grijley, 5ta ed., pp. 316-317.

típico y antijurídico para someter a los partícipes a una determinada pena, sin entrar a analizar la culpabilidad que es personalísima, individual (*intuitio personae*). Desde esta perspectiva si el partícipe contribuye en la realización de un tipo ajeno, cuyo conducta no constituye un injusto penal, en razón a su intervención, sino que obedece a la actuación del autor, se puede concebir que un particular que no tiene la condición de funcionario o servidor público, y por tanto que no está en una situación de garante frente al patrimonio del Estado, sea procesado como cómplice de peculado, porque existe una relación de principal a accesorio entre la autoría y la participación, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En lo que respecta a la tipicidad se puede superar el problema de la calidad especial del agente debido a que esa condición ya fue cumplida por el autor, quien tiene el dominio del hecho, por otra parte al antijuricidad en los delitos especiales que requiere la infracción de un deber jurídico, también deviene únicamente del autor, el cual siendo funcionario público de los delitos de corrupción, va a superar el juicio de valor y por tanto va a constituir el injusto penal de la conducta.

De esta forma es que utilizando los grados de participación del delito que reconoce nuestro ordenamiento penal, se ha permitido que aquellas personas que tanto daño hicieron al país, desfalcando al Estado y enriqueciéndose a costas del patrimonio de este, hoy purguen condena o en su defecto estén siendo procesados. Con esta fórmula arribada no se vulnera el principio de legalidad, ni se ha violentado ninguna garantía procesal consagrada en la Constitución Política, dado que los mecanismos apelados son legítimos, en vista de que si nuestro ordenamiento punitivo reconoce la accesoriedad de la participación imposibilita con ello la tipificación independiente, como se pretendía en el supuesto de haber procedido por la denuncia por Receptación.

Como se sabe el pasado 08 de agosto de año en curso, la Segunda Sala Anticorrupción condenó a ocho años de pena privativa de libertad y al pago de una reparación civil de 80 millones de Nuevos Soles al empresario televisivo José Enrique Crousillat, esta sentencia se viene dando en el marco de los procesos que se le sigue a Vladimiro Montesino por los actos de corrupción cometidos en la década pasada, los cuales no hubieran podido ser posibles si nos remitíamos en estricto a la figura receptación, la cual si nos remontamos a sus antecedentes anteriormente no constituía un delito sino un grado de

participación denominado encubrimiento. Por lo que nuestra tesis resulta aún mas corroborada y afirmada toda vez que es valido el argumento que esgrimimos, en vista ha que la tipicidad y antijuricidad del autor de los delitos especiales se hace extensivo a sus partícipes. V. gr. Si un particular con adquiescencia de un funcionario o servidor público *“se apropia, o utiliza, en cualquier forma, para si o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiadas al segundo por razón de su cargo”*. Será autor del delito de peculado el funcionario o servidor público que consiente el ilícito penal, mas será cómplice necesario el particular, quien realiza el tipo, y consume el resultado, por cualquiera de sus formas. De esta forma se busca materializar uno de los fines de la pena, que es la prevención general, en la medida que tanto los administradores como los administrados entiendan que dichos actos de corrupción no quedarán impunes, bajo un manto de aparente legalidad, será posible desterrar este mal social el cual atenta contra el fortalecimiento de las instituciones públicas y afianzamiento de los valores y practicas democráticas.

### **CONCLUSIONES:**

Si bien es cierto que no se puede procesar como autor de un delito especial aquel que no reúne la condición especial que exige el tipo penal, ello no resulta igual cuando de los que se trata es procesar a una persona como partícipe en un delito de esa naturaleza. Dado que, en este extremo los problemas de tipicidad y antijuricidad que se presentan en la determinación de la autoría son superados por el carácter accesorio de la participación, en cuyo razonamiento, el partícipe es un colaborador en delito ajeno, por lo cual la tipicidad subjetiva que constituye la calidad especial de agente se extiende por antonomasia al partícipe, y la antijuricidad, mediante la cual se realiza el juicio de desvalor de la acción, que configura el injusto penal en razón de la violación a un deber jurídico que posee el autor, también se cumple en el hecho principal y permite con ello entrar a establecer únicamente de acuerdo a la teoría jurídica del delito la culpabilidad de partícipe.

Que, en vista a que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la accesoriedad cualitativa de la participación, no se puede tipificar por un delito distinto al realizado en el hecho principal por el autor, dado que ello significaría negar dicha

característica, y en consecuencia afirmar que la participación es un concepto independiente de la autoría.

Que, en la doctrina actual en materia de participación delictiva han quedado descartados los conceptos de participación o complicidad primaria, necesaria o secundaria, innecesaria, por lo que es importante reformular nuestro código penal a fin de establecer una adecuada diferencia entre autor y otros grados de participación.

A modo de conclusiones debemos ser puntuales y enfáticos en señalar lo siguiente:

- a) No se puede comprender a un particular con autor de un delito especial porque no tiene la calidad especial del sujeto activo que exige la norma, y no hay antijuricidad porque ella se constituye con la infracción al deber jurídico que tiene el autor, y al no tener tal condición no está obligado a actuar de acuerdo a dicho deber.
- b) Si se puede procesar a un particular como cómplice de un delito especial dado que al ser la participación accesorio a un hecho principal cometido por el autor, los problemas de tipicidad son absueltos por la calidad especial del autor y la antijuricidad al existir el injusto penal del autor, concurre en el juicio de desvalor de la acción en razón a la trasgresión de un deber jurídico cometido por el autor. En el cual el cómplice actúa como colaborador de un hecho ajeno.
- c) No se puede procesar a estos particulares por el delito de receptación u otra figura delictiva independiente, dado que al establecer nuestro ordenamiento jurídico la accesoriedad cualitativa, lo que hace es negar la posibilidad de que los otros grados de participación, de nacimiento a delitos independientes del principal.

## **BIBLIOGRAFÍA**

1. Academia Nacional de la Magistratura, PROFA, Tercer Curso, Primer Ciclo de Formación General, Modulo III, Derecho Penal
2. Anteproyecto de la Ley del Código Penal. Elaborado por la Comisión Revisora del Código Penal, Ley 27837, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, abril, 2004.
3. BRAMONT ARIAS TORRES, Luís Alberto y GARCIA CANTIZANO, Carmen. Manual de Derecho Penal, Ed. San Marcos, 4ta ed. Lima, 1998.
4. Decreto Legislativo N° 635. Código Penal peruano vigente, Jurista Editores, 4ta ed. Lima, marzo, 2004.
5. Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos, Venezuela, 29/03/94.
6. Exp. N° 25-2001, Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima.
7. PEÑA CABRERA, Raúl; Tratado de Derecho Penal, Parte General, Ed. Grijley, 5ta ed, Lima, 1994.
8. Resolución N° 024-2001-CT-PJ, publicada el 01 de febrero del 2001 en el diario oficial "El Peruano".
9. Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, Exp. 290-2002-HC/TC; caso Eduardo Calmell del Solar, publicada el 04 de junio de 2003.
10. STCP; Exp. N° 1076-2003-HC/TC; caso Luís Bedoya de Vivanco, publicada el 02 de julio de 2003.
11. STCP; Exp. N° 1013-2003-HC/TC; caso Héctor Faisal, publicada el 02 de julio de 2003.
12. STCP; EXP. N° 8987-2005-PHC/TC; Caso José Enrique Crousillat, publicada el 30 de noviembre del 2005.