

**UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO**



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
MÉTODO DE CASO JURÍDICO**

**“LA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS
ESPECIALES PROPIOS: EL CASO DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”.
SEGÚN EL ACUERDO PLENARIO Nº 3-2016/CJ-116**

**PARA OPTAR EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AUTOR:
REÁTEGUI CAIÑA, JOSÉ CARLOS
TANGO CHUMBE, MILAGRITOS**

**ASESOR:
DR. JARA MARTEL JOSÉ NAPOLEÓN**

**San Juan Bautista – Loreto– Maynas – Perú
2019**


PÁGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de Suficiencia Profesional (Método de Caso Jurídico) sustentado en acto público el día Jueves 16 de Enero del 2020, en la facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el Jurado Calificador y dictaminador siguiente:



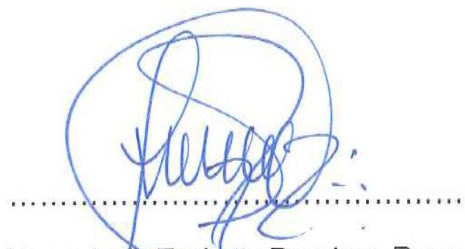
Dr. Roger Cabrera Paredes

Presidente



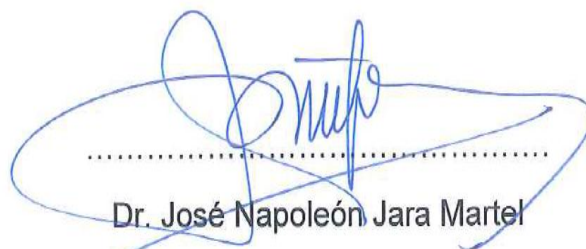
Magr. Thamer López Macedo

Miembro



Magr. Luis Enrique Panduro Reyes

Miembro



Dr. José Napoleón Jara Martel

Asesor

AGRADECIMIENTO

A Dios, por darnos la dicha de seguir con salud y poder guiar nuestras metas, y por brindarnos siempre su protección y cuidado en los momentos más difíciles al transcurso de nuestra vida.

Expresar nuestra gratitud y agradecimiento a nuestra casa de formación profesional, la Universidad Científica del Perú por la oportunidad de habernos permitido ampliar y profundizar nuestras convicciones y alcanzar este anhelado sueño, y ser hombres de Derecho.

A la Señora Rosa Estela Caiña Viena, al Señor Remigio Reátegui Borgues, por todo su apoyo moral y económico, y por brindarnos su confianza, cariño, amor y así hacer el camino a esta meta, menos dolorosa.

Con todo nuestro aprecio, admiración y cariño a nuestro Asesor del presente trabajo de suficiencia profesional, Doctor José Napoleón Jara Martel, un agradecimiento por todo este tiempo en que nos ha brindado su apoyo incondicional proporcionándonos materiales de lecturas, así como también brindándonos confianza para seguir adelante como buenos y futuros profesionales.

Los Autores

DEDICATORIA

A mi madre, quien formó en mí una persona con valores y deseos de superación interminables. A mis hermanas y hermanos, quienes son mi motor y motivo, para seguir superándome y que vean en mí un ejemplo a seguir.

Milagritos

A mis padres, Estela y Remigio por haber forjado en mí un hombre y ciudadano de bien. A mis hermanas y hermanos, quienes siempre confiaron en mí y me motivaron para estudiar esta carrera de leyes.

José Carlos



“Año de la Universalización de la Salud”

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

Con Resolución Decanal N° 005 del 15 de enero de 2020, la **FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP** designa como Jurado Evaluador y Dictaminador de la Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional a los Señores:

- Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes Presidente
- Mag. Thamer Lopez Macedo Miembro
- Mag. Luis Enrique Panduro Reyes Miembro

Como Asesor: **Dr. José Napoleón Jara Martel**

En la ciudad de Iquitos, siendo las 12:00 horas del día **Jueves 16 de Enero del 2020** en las instalaciones de la UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP, se constituyó el Jurado para escuchar la sustentación y defensa del Trabajo de Suficiencia Profesional – Análisis de Método del Caso: **“La Participación del Extraneus en los Delitos Especiales Propios: El Caso del Enriquecimiento Ilícito. Según el Acuerdo Plenario N° 3-2016/CJ-116”** Presentado por los sustentantes:

**JOSE CARLOS REATEGUI CAIÑA
MILAGRITOS TANGO A CHUMBE**

Como requisito para optar el título profesional de: **Abogado**

Luego de escuchar la Sustentación y formuladas las preguntas las que fueron respondidas de forma: *Satisfactoria*

El jurado después de la deliberación en privado llegó a la siguiente conclusión:

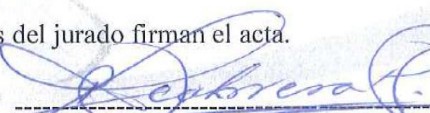
La Sustentación es:

Aprobada por Unanimidad


En fe de lo cual los miembros del jurado firman el acta.



Mag. Thamer Lopez Macedo
Miembro



Dr. Roger Alberto Cabrera Paredes
Presidente



Mag. Luis Enrique Panduro Reyes
Miembro

CALIFICACIÓN: Aprobado (a) Excelencia : 19 – 20
 Aprobado (a) Unanimidad : 16– 18
 Aprobado (a) Mayoría : 13 – 15
 Desaprobado (a) : 00 – 12

CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP

El presidente del Comité de Ética de la Universidad Científica del Perú - UCP

Hace constar que:

El Trabajo de Suficiencia Profesional titulado:

**"LA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS:
EL CASO DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO". SEGÚN EL ACUERDO PLENARIO
N° 3-2016/CJ-116.**

De los alumnos: **REÁTEGUI CAIÑA JOSÉ CARLOS Y TANGOA CHUMBE
MILAGRITOS** de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, pasó
satisfactoriamente la revisión por el Software Antiplagio, con un porcentaje de
17% de similitud.

Se expide la presente, a solicitud de la parte interesada para los fines que
estime conveniente.

San Juan, 14 de enero del 2020.



Dr. César J. Ramal Asayag
Presidente del Comité de Ética – UCP

CJRA/lasda
005 -2020



Urkund Analysis Result

Analysed Document: UCP_DER_2019_TSP_jose_reategui_milagritos_tangoa_v1.pdf
(D62349218)
Submitted: 1/14/2020 2:36:00 PM
Submitted By: revision.antiplagio@ucp.edu.pe
Significance: 17 %

Sources included in the report:

1A_RUBIO_AVILA_LOURDES_HAYDEE_MAESTRÍA_2018.doc (D46642245)
TESIS JORGE RUILOVA-1-1.docx (D50487519)
2A-Mendoza_Vaez_Paul_Pedro_Titulo_Profesional_2017.docx (D31876331)
DOCUMENTO PARA ANALISIS.docx (D53690245)
1A_MOLINA_LOPEZ_WALTER_ENRIQUE_MAESTRIA_2018.doc (D38161885)
PT RAMOS_IZQUIERDO_NADYN_IA.docx (D44478887)
BERNAL DIAZ KARINA - TESIS - 2018.docx (D40010092)
1A_ULICES_BENITES_GONZALES_MAESTRIA_2019.docx (D58459999)
Tesis Lista.pdf (D8475659)
OYOLA RUIZA JESUS ORLANDO - TESIS.docx (D43127170)
https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_04.pdf
<https://www.iberley.es/temas/autoria-participacion-delitos-48451>
<https://legis.pe/la-implosion-la-teoria-la-infraccion-deber-4-sentencias-la-corte-suprema-este-2016/>
<http://legis.pe/ramiro-salinas-siccha-comenta-la-reciente-modificacion-del-art-25-del-codigo-penal-sobre-complicidad/>
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3042/MAE_DER_052.pdf?sequence=1&isAllowed=y
https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3282/MAE_DER_056.pdf?sequence=1&isAllowed=y
<https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos/2017/aproximaciones.pdf>
<https://derechopublicomd.blogspot.com/2011/10/>
<https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/fundamentos.pdf>
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d>

Instances where selected sources appear:

119

RESUMEN

El presente trabajo de investigación jurídica, aborda un análisis acerca del ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116. Referido a la “La participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito”. Este Acuerdo Plenario deslinda y reflexiona a cerca de dos posturas contrapuestas, por un lado admite la punición del extraneus y por otro basado en teoría distinta, niega la punición del extraneus, aun cuando finalmente llega a la conclusión admitiendo que los extraños deben responder como cómplice en el delito de enriquecimiento ilícito. Se tiene por **objeto** Determinar si es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito. Respecto a los **materiales y métodos**, se empleó una ficha de análisis documental, consistente en el acuerdo plenario antes citado, a través del **método descriptivo explicativo** cuyo diseño fue no experimental, ex post facto, utilizando la técnica de la observación y estudio del caso. **Los resultados** pretenden sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito. (i) identificar delitos especiales propios y diferenciarlos de los delitos especiales impropios, al respecto debemos señalar que el enriquecimiento ilícito es un delito especial propio (ii) respecto a las autoría y participación en el caso (de la ruptura del título de imputación), el intraneus responderá, como autor de un delito especial; mientras que el extraneus como partícipe o autor de un delito común, al respecto, sostiene que la imputación debe alcanzar tanto al autor como al partícipe. (iii) respecto al delito de enriquecimiento ilícito, acorde a la normativa es un delito especial propio de infracción al deber, que si es posible la intervención del tercero en la realización de este delito como lo estipula el artículo 25 párrafo final del código penal. El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor (iv) respecto el contenido del Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva establece que el extraneus no necesita tener cualidades especiales para ser punible en el delito especial, y según nuestro código artículo 25 el partícipe responderá en relación al hecho desplegado por el autor (teoría de la unidad de título de la imputación) (v) respecto a los alcances del Principio de Incomunicabilidad de circunstancias y cualidades entre autores y partícipes de un mismo hecho punible.

Palabras claves: delitos especiales propios, enriquecimiento ilícito, autoría, participación, extraneus.

INDICE

AGRADECIMIENTO	2
DEDICATORIA	4
RESUMEN.....	5
CAPITULO I	11
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPITULO II	13
MARCO TEORICO.....	13
2.1 MARCO REFERENCIAL.....	13
2.1.1 ANTECEDENTES DE ESTUDIO	13
2.1.2 EVOLUCION NORMATIVA	19
2.2 BASES TEORICAS	25
2.2.1 El Delito y su Clasificación por Estructuración	25
2.2.2 Formas de intervención delictiva.....	27
2.2.3 Sistemas delimitadores entre autoría y participación.....	28
2.2.4 Intervención delictiva	34
2.2.4.1 Clases de autoría	35
2.2.4.2 Definición de participación.....	41
2.2.4.3 Clases de participación	42
2.3 BASES LEGALES.....	45
2.4 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	48
2.4.1 El Delito de Enriquecimiento Ilícito.....	48
2.4.1.1 Tipo penal.....	49
2.4.2 Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva.....	58
2.4.3 Principio de Incomunicabilidad de Circunstancias y Cualidades entre autores y partícipes.....	61
2.4.3.1 Circunstancias y cualidades personales del autor que afectan o fundamentan la responsabilidad penal del partícipe extraneus	61
2.4.4 Teoría de la unidad del título de imputación.....	69
2.4.5 Teoría de la ruptura del título de imputación	69
2.5 OBJETIVOS.....	70
2.5.1 Objetivo General	70

2.5.2 <i>Objetivos Específicos</i>	70
2.6 VARIABLES	71
2.6.1 <i>Variable Independiente:</i>	71
2.6.2 <i>Variable Dependiente:</i>	71
2.7 SUPUESTOS	71
CAPITULO III	72
METODOLÓGICO	72
3.1 METODO DE INVESTIGACION	72
3.1.1 <i>MUESTRA</i>	72
3.1.2 <i>TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS</i>	72
3.1.3 <i>PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS</i>	72
3.2 VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO	73
3.3 PLAN DE ANALISIS, RIGOR Y ÉTICA	73
CAPITULO IV	74
RESULTADOS	74
CAPITULO V	84
DISCUSION	84
CAPITULO VI	88
CONCLUSIONES	88
CAPITULO VII	89
RECOMENDACIONES	89
CAPITULO VIII	90
BIBLIOGRAFIA	90
ANEXOS	93

CAPITULO I INTRODUCCIÓN

El presente análisis jurídico referente al **ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116 “La participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito”** responde a reiteradas controversias sobre la punibilidad o no del extraneus, ya que para la mayoría de estudiosos no es concebible que se pueda imputar al tercero que no tiene la misma cualificación que un autor un delito especial propio como lo es el enriquecimiento ilícito.

En este sentido, pretendemos encontrar una respuesta adecuada a la interrogante ¿es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito? Tal como advertimos la investigación se inscribe en el área de derecho penal sobre delitos especiales propios: el enriquecimiento ilícito, así como la intervención del extraneus. Los integrantes de la sala penal permanente de la corte suprema de justicia de la república, mediante ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116, a fin de dilucidar y unificar criterios, ACORDARON establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos del 6º al 15º de tal acuerdo.

El **planteamiento del problema** es determinar si es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito, para ello debemos identificar los delitos especiales propios y diferenciarlos de los delitos especiales impropios, reconocer la autoría y participación como formas de intervención delictiva, analizar el delito de enriquecimiento ilícito, acorde a la normativa penal vigente, estudiar el contenido del Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva y Establecer los alcances del Principio de Incomunicabilidad de circunstancias y cualidades entre autores y partícipes de un mismo hecho punible. Los tipos penales especiales se subdividen, a su vez, en propios e impropios. Asimismo, existen clasificaciones relativas a los sujetos intervinientes del hecho delictivo, relacionadas con las formas de intervención delictiva, en donde podemos encontrar las figuras jurídicas de autoría y participación. Es necesario considerar que también es materia de investigación en el presente trabajo, el delito de enriquecimiento ilícito, que se encuentra previsto en el artículo N° 401 del Código Penal.

Existe una serie de **precedentes**, sobre el tema en estudio, como la sentencia casatoria N° 782-2015 que, en su momento, sentó doctrina jurisprudencial vinculante,

que siguiendo la regla del mencionado artículo 26° del Código Penal, que prohíbe la comunicabilidad de determinadas circunstancias y cualidades de autores a partícipes, como se tiene explicado; sin embargo, debemos rescatar que esta regla hace referencia solo a aquellas circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad penal, permitiendo que tanto autor como partícipe, sean responsables penalmente por el mismo hecho delictivo; interpretación que guarda relación con la última modificación del artículo 25° del Código Penal, que trajo consigo el Decreto Legislativo N° 1351, con la distinción respecto al momento de aplicarse la pena, acorde al Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva, siendo la relación autor-partícipe una causa de extensión de la pena, debiendo basarse en el Principio de Proporcionalidad de las Penas, atendiendo a una debida Valoración Judicial, en el caso concreto.

Así mismo se evidencia la **Importancia** del acuerdo plenario, que es de observancia obligatoria para jueces de todo el país, emitiéndose conforme a lo dispuesto en la ley orgánica del poder judicial que faculta a las salas especializadas a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios de jurisprudencia.

Por estas **razones** que motivan el presente estudio, se estableció por doctrina legal vinculante, el ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116 en relación a criterios por las cuales se determina la aplicación de la ejecución penal en el tiempo, sobre la intervención del extraneus en los delitos especiales propios: enriquecimiento ilícito.

Por lo que, el **Objetivo** de la presente investigaciones es, realizar un análisis jurídico respecto al ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116 “la participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito”; mientras que el **objeto específico** es determinar si es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito.

CAPITULO II MARCO TEORICO

2.1 MARCO REFERENCIAL.

2.1.1 ANTECEDENTES DE ESTUDIO

- **CASACIÓN 782-2015, Del Santa**, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. (vinculante) de fecha 6-07-2016. Asunto: “El incremento del patrimonio que configura enriquecimiento ilícito debe corresponder al funcionario o servidor público”:

En su fundamento 10: Esta casación es la que ha despertado acalorados debates en la doctrina nacional, no solamente por su carácter vinculante, sino por dar un giro, y asumir la teoría de ruptura del título de imputación, dado que en ese entonces esa teoría no tenía mayor repercusión; tanto la jurisprudencia y un gran sector de la doctrina siempre asumieron la teoría de la unidad del título de imputación, es así que a partir de esta jurisprudencia vinculante se generó una serie de problemas que llevaron a que la Corte suprema enmiende la plana a través de la dación de posteriores acuerdos plenarios incluso con la propuesta y modificación del artículo 25° del Código Penal. Veamos los argumentos y puntos relevantes de esta polémica casación. “El artículo 26 del Código Penal recoge la tesis de la ruptura del título de imputación. Esto significa que en los delitos especiales, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad”.

En su fundamento 11: “Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; o no esencial, en el caso del cómplice secundario, resulta de imposible aplicación al delito de enriquecimiento ilícito. La razón hunde sus raíces en lo ya expresado, nadie más que el sujeto con status puede

quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo, aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales. La misma lógica se puede aplicar a la inducción". (CASACIÓN, 2016)

- **CASACIÓN N° 841-2015, AYACUCHO** de fecha 24 de mayo de 2016: El particular extraneus por regla general es impune en los delitos de infracción de deber, sin embargo, la única posibilidad de su inclusión como partícipe se da si es que su conducta es comprendida en el tipo penal, es decir, si el delito regula la figura de la participación necesaria. En ese orden, podrán ser responsables los particulares en el delito de peculado a favor de tercero, o en el delito de colusión.

En su destacado fundamento 30, como podemos observar, la estructura típica de este delito no permite la intervención del tercero con el que se realiza la operación, pues de darse estaría configurándose un delito distinto (cohecho, colusión, entre otros). No estamos frente a un delito de participación necesaria, como sí lo es la colusión, por lo que la intervención de la parte con la que se celebra el contrato no es necesaria.

En su fundamento 31, el delito de negociación incompatible, entonces, queda reservado para aquellos casos que el interés indebido del funcionario se materialice sin la intervención de un tercero, porque si la misma se presenta constituiría un delito independiente. Por ejemplo, -según primer párrafo del mismo considerando-, si el funcionario recibe un beneficio por el interés indebido, entonces la conducta será considerada como un cohecho. Si el funcionario realiza un acuerdo con la parte interesada, para defraudar al Estado, en el marco de un proceso de contratación del Estado, entonces realizará una colusión. (CASACIÓN, 2016)

- **Recurso de Nulidad N° 375-2004- UCAYALI**, de fecha 25 de noviembre de 2017 – Peculado:

El tipo penal previsto en el artículo 387º del código sustantivo es un delito especial que exige como elemento constitutivo para la configuración del tipo penal una determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la

esfera de los autores está limitado (no está abierta a cualquiera) a determinados sujetos, siendo el bien jurídico tutelado en este tipo penal lesionado por la conducta de los funcionarios o servidores públicos desde adentro, es decir, por los intraneus. Consecuentemente, el particular, al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración típica de la conducta, gozar de la calidad de funcionario o servidor público, no puede ser autor material del delito de peculado. Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la accesoriedad de la participación, es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas extraneus que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquel determina a otro obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, habiéndose establecido en la doctrina al respecto que en los delitos especiales [...] (sic) en tanto que no se describe, o no solo se describe, el alcance de un ámbito de organización, sino un status del autor, las expectativas de comportamiento conforme a derecho se determinan también a través del titular del deber. En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder en segundo término y por tanto solo limitadamente. (RECURSO DE NULIDAD, 2004)

- **RECURSO DE NULIDAD N° 615-2015**, LIMA (Diarios Chicha) de fecha 16 agosto de 2016:

En los delitos de infracción de deber, como el delito de peculado, rige el criterio del autor único. Además, en la vinculación directa del funcionario con el deber institucional, basta la relación funcional para fundamentar directamente la autoría. Para el delito de peculado, la relación funcional específica (contenida en la expresión “por razón de su cargo”) debe de tomarse en cuenta las normas del sector establecidas en las disposiciones del ROF o del MOF. En ese orden, la atribución presidencial de “administrar la Hacienda Pública es

genérica y, por lo tanto, no es relevante para establecer la relación funcional específica.

Fundamento destacado: El tipo penal de peculado hace referencia a un funcionario público no in abstracto, sino contextualizado a un segmento concreto de la función pública «por razón de su cargo»; es decir, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar los bienes públicos objeto del delito deben encontrarse en posesión [inmediata o mediata] del sujeto activo y ello en virtud a los deberes o atribuciones del cargo que ostenta al interior de la administración estatal. Debe tener, por tanto, competencia funcional específica. Por lo que, si dicha relación funcional de estricta base jurídica entre el sujeto activo y bien público que posee no existe, no se configura el delito de peculado. (RECURSO DE NULIDAD, 2016)

- **CASACIÓN N° 160-2014 Del Santa**, de fecha 4 de noviembre de 2016:

A diferencia del Recurso de Nulidad N° 615-2015 LIMA, la superioridad jerárquica no constituye una causal para poder excluir de responsabilidad penal al sujeto activo, pues la relación funcional específica no se explica en la relación directa que tiene el funcionario con los efectos o caudales, pues esta también puede ser mediata. Más bien la relación funcional específica se encuentra en las atribuciones establecidas por ley, sin cabida a la exclusión de competencia por parte de los subalternos. De esta manera establece como doctrina vinculante que: “El hecho de ser presidente o gobernador regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta la acreditación de la presencia”. (CASACIÓN, 2016) (MENDOZA AYMA, 2016)

- **ACUERDO PLENARIO N° 2-2011/CJ-116**; asunto: “Alcances de la prescripción en delitos funcionariales”.

Este acuerdo plenario realiza importantes precisiones respecto a la calidad de funcionario y el tercero que no ostenta dicha calidad, es en este marco de ideas es que justifica la no aplicación de los términos prescriptorios establecido para los funcionarios públicos sino postula la aplicación ordinaria y extraordinarias de prescripción establecido para las personas que cometen delitos comunes; veamos dichas precisiones:

En su Fundamento 9: “El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra”.

Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “extraneus”, que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “extraneus”. Esta posición, sostiene lo siguiente:

- a. Un mismo hecho no puede ser juzgado bajo dos tipos penales diferentes.
- b. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible”. (Fundamento 11).

En este último fundamento, la Corte Suprema desarrolla el tema de la accesoriedad de la participación del extraño en los delitos especiales, al respecto plantea que el tercero nunca puede ser autor de un delito funcional, pero si puede responder en calidad de cómplice por el mismo delito cometido por el autor, ello por principio de accesoriedad, además, se señala que en el caso que el autor sea absuelto, por consecuencia lógica también se debe absolver a los partícipes

particulares “extraneus”, por estar supeditada a la condición principal del autor.

Dentro de los delitos especiales, y fundamentalmente en los delitos contra la administración pública, el concepto penal de funcionario público del artículo 24.2 C.P. es clave. Se trata de un concepto que es fruto de diferentes aportaciones de los distintos modelos estatales que en España han existido. Ello también sucede con el concepto de autoridad, el cual a los efectos planteados en el presente trabajo, se entiende anticuado e inadecuado en un Estado Social y Democrático de Derecho por su carácter autoritario. Se entiende así que el propio concepto de funcionario absorbe a aquel. Si bien, huyendo de meros formalismos, hay que destacar lo más esencial de cara a su interpretación. Así, se ha concluido que es un concepto de carácter funcional o material. De esa manera se consigue un levantamiento del velo, es decir, se atiende a la realidad material que concurre en el caso concreto y no a lo meramente formal o aparente. Una vez concluidos los criterios que determinan la condición de funcionario público a efectos penales, se ha tratado de resolver qué sucede con la conocida como “administración institucional”. Se trata, en definitiva, de determinar si la “Huida del Derecho Administrativo” conlleva también a la Huida del Derecho Penal. Para ello se da respuesta a dos cuestiones, de las cuales, en la primera se obtiene una respuesta positiva. En ella se trata de dilucidar si los sujetos integrantes de las empresas públicas pueden ser considerados o no funcionarios públicos. En contra de los criterios utilizados por la mayoría del tribunal en el caso de la casa de los gorilas, resuelto por el TSJ de Cantabria, se defiende aquí el voto particular contenido en la sentencia. En efecto, se considera lo que hasta el momento se ha venido afirmando en este estudio. Es decir, se afirma que hay que proceder a levantar el velo en cada caso concreto y determinar si existen los dos requisitos esenciales del concepto de funcionario conforme a la teoría teleológica o finalista:

El requisito objetivo o la existencia de una función pública en sentido amplio. El requisito subjetivo o título habilitante exigido por el artículo 24 C.P. De haberse seguido esta posición, los que fueron absueltos, hubiesen tenido que responder del delito de prevaricación que tanto el Ministerio Fiscal, como la acusación particular solicitaban al tribunal. La

segunda cuestión es la relativa a si los fondos de una empresa pública son o no considerados públicos. La STS tratada en el debido momento, determina de forma pionera que sí, evitando de esa forma que las defensas de las partes afectadas aludieran el carácter privado de aquellos para escapar del reproche penal que ofrece el delito de malversación de caudales públicos. En cambio, se deja un vacío de punibilidad para el caso de las Sociedades Mercantiles Mixtas. Ello, a juicio de lo expuesto, no resulta coherente, pues con iguales conductas, y afectando de igual manera al bien jurídico protegido, resultan de forma injustificada diferentes consecuencias.

Por último, en cuanto a la problemática que surge en relación a la participación de sujetos extraneus en los delitos especiales, se ha visto como ha sido objeto de grandes debates, tanto doctrinales como jurisprudenciales. Lo cierto es que la autoría queda descartada en base a la “teoría de infracción de deber” por no poseer tales sujetos la condición de sujetos cualificados, y por tanto no ser portadores de un deber especial. Por su parte, se ha concluido que el artículo 65.3 C.P., que trata de dar solución a tal disyuntiva, se ocupa -bajo el punto de vista aquí manifestado- de forma exclusiva de los delitos especiales propios, estando los impropios en el ámbito del artículo 65.1 C.P. Esto último sin romper el título de imputación, pues se tiene sólo en cuenta para la determinación de la pena (doctrina del desplazamiento del marco penal). En consecuencia, se mantendría el título pero se rebajaría la pena para el partícipe extraneus evitando problemas de accesoriedad. Acudiendo a otros ordenamientos jurídicos, se observa la tendencia de todos ellos de rebajar la pena para aquellos sujetos, respetando con ello el principio de proporcionalidad. (ACUERDO PLENARIO, 2011)

2.1.2 EVOLUCION NORMATIVA

La evolución, respecto de la responsabilidad del extraneus en los delitos especiales, como son los delitos contra la administración pública: caso enriquecimiento ilícito; nuestro Código Penal Peruano se rige a través de una serie de artículos que contienen una sanción penal frente a la comisión u omisión de alguno de estos tipos penales, a los que jurídicamente se les ha

brindado la denominación de delitos. Habiendo abarcado los conceptos que hablan del delito, en forma general, es necesario considerar aquel que es materia de investigación, como es el delito de enriquecimiento ilícito, que se encuentra **previsto en el artículo 401 del Código Penal**, que prescribe: *“El funcionario o servidor público, que abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.”*

Teniendo claro lo previamente referido es necesario centrar nuestra idea en el artículo 26, del Código Penal Peruano vigente, que prescribe lo siguiente: *“Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifica la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”*. Dicho artículo puede entenderse como la prohibición de la comunicabilidad de determinadas circunstancias y cualidades, de autores a partícipes; lo que ha conllevado a la creación de diversas interpretaciones y soluciones jurídico legales que, en el caso de la comisión delitos especiales propios, como lo es el enriquecimiento ilícito, ha traído consigo inseguridad jurídica y sensación de impunidad respecto al partícipe extraneus, que interviene en el mismo hecho delictivo del autor, como sucedió con la emisión de la **sentencia casatoria N° 782-2015** que, en su momento, sentó doctrina jurisprudencial vinculante. En los delitos especiales propios, como es el caso del enriquecimiento ilícito, se requiere que el sujeto agente posea una cualidad específica para ser considerado autor, la problemática surge cuando este autor se vale de una tercera persona, que no posee la cualidad exigida por la ley, para perpetrar el hecho delictivo, apareciendo, entonces, la interrogante con respecto de si este tercero interviniente, también, denominado partícipe extraneus, deberá responder por el delito cometido o si su accionar debería quedar impune, siempre siguiendo la regla del mencionado artículo N° 26 del Código Penal. A simple vista, resulta fácil inferir que dicho artículo prohíbe la comunicabilidad de determinadas circunstancias y cualidades de autores a partícipes, como ya se había manifestado previamente; sin embargo, debemos rescatar que esta regla hace referencia solo a aquellas circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad penal. Cuando se habla del término “afectación”, respecto a la responsabilidad penal, se entiende que este involucra tres modalidades relacionadas con la atenuación, agravación y

exclusión de dicha responsabilidad, las mismas que son de naturaleza personal e intransferibles de autores a partícipes, debido a su propio sentido personalísimo. Sin embargo, es necesario reconocer que así como existen circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad penal, existen otras que la fundamentan, partiendo de la misma tipicidad, y pueden ser comunicables de autores a partícipes, por ser imprescindibles en la conducta exigida más no en la agravación, atenuación o exclusión, de la responsabilidad penal.

La deducción arribada, en el párrafo anterior, posibilita, entonces, que sea posible sustentar punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito, teniendo en cuenta la comunicabilidad de circunstancias y cualidades personales entre autores y partícipes, prevista en el artículo N° 26 de nuestro Código Penal, permitiendo que tanto autor como partícipe, sean responsables penalmente por el mismo hecho delictivo; **interpretación que guarda íntima relación con la última modificación del artículo N° 25 del Código Penal, que trajo consigo el Decreto Legislativo N° 1351**, con la distinción respectiva al momento de ser aplicada la pena, acorde al Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva, siendo la relación autor-partícipe una causa de extensión de la pena, debiendo basarse en el Principio de Proporcionalidad de las Penas, atendiendo a una debida Valoración Judicial, en relación al caso concreto. (WONG CORONADO, 2018)

QUISPE JAPURA & TAYPE CONDORI señalan, el Código Penal asume la tesis de la “accesoriedad de la participación”. La participación es posible cuando concurre realmente un hecho realizado por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que el extraneus responde en calidad de cómplice por el delito cometido por el sujeto público. Se asume de ese modo la tesis de la unidad del título de la imputación. En suma, los extraneus responden en calidad de cómplices de un hecho punible funcional realizado por quien sí posee tal cualificación de sujeto público.

El extraneus, al no tener la calidad de funcionario público, no se le puede atribuir el delito de función a título de complicidad, en atención a la tesis de la ruptura del título de imputación, dado que el extraneus al ser ajeno a la

administración, carece de las condiciones de sujeto público y, por tanto, no se le puede exigir posición de garante que legitime la exigencia de rendir cuentas como deber. En los delitos funcionariales solo responden los sujetos públicos obligados. Los extraños, al no pertenecer a la administración pública, no pueden responder por un delito funcional. En todo caso, responderán por un delito de dominio o común.

Tomando en cuenta el principio de unidad del título de imputación y accesoriad de la participación, se considera a los particulares o extraneus como cómplices de los sujetos públicos que realizan algún delito especial en calidad de autores. Todos los que participan en la comisión de un delito especial responden por el mismo delito y en un solo proceso penal. Algunos responderán en calidad de autores (intraneus) y otros en calidad de cómplices (extraneus). Así se ha previsto como doctrina legal vinculante en el **Acuerdo Plenario 2-2011/CJ-116**. Allí, entre otros aspectos, se precisó que “los extraneus se registrarán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores”.

Así también tenemos la **ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 (Exp. 3203-2002, Lima)**. Aquí, se argumenta que “la participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo nomen iuris delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26° del Código Penal”. **De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003 (R.N. 1813-2003, Lima)**, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, precisó que “en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia

[...] por consiguiente, la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado”. En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

Luego tenemos los precedentes jurisprudenciales del 11 de octubre de 2004 (R.N. 375-2004, Ucayali) y del 30 de diciembre de 2004, (R.N. 2976-2004, Lima), en las cuales se sostiene lo siguiente: “Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la ‘accesoriedad de la participación’, es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas ‘extraneus’ que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder ‘en segundo término’ y por tanto solo limitadamente”.

En el mismo sentido tenemos la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004 R.N. 2976-2004, Lima: Allí se consideró que “aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial -propio, en este caso- es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, Sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría -el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume-; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes -como todas las personas- tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe”.

Fundamento de la segunda ponencia, es la teoría de infracción de deber postulada por Jakobs, que en forma resumida sostiene que solo los sujetos públicos pueden responder por los delitos especiales funcionariales. Los extraños a la administración no responden por estos delitos sino por un delito de dominio. Se adopta la teoría de la ruptura del título de imputación. Esta postura es asumida en la **Casación 782-2015, El Santa. Allí se sostiene que los extraneus no pueden ser partícipes de un delito funcional** atribuido a un sujeto público, así aquel haya colaborado en la ejecución o en la fase de planeamiento del grave delito. Al no ostentar la calidad de funcionario público, el extraneus, no tiene algún deber funcional que pueda defraudar su conducta. La calidad de sujeto público y sus deberes implica que no pueden extenderse a los extraneus. Ellos no son los sujetos a los que están dirigidas las normas penales de tipo funcional, por lo que no pueden ser sancionados en virtud de ellas. **Parecida posición se asume en la Casación 841-2015, Ayacucho**, cuando se precisa que el delito de negociación incompatible es un delito de infracción de deber, porque el mismo implica el quebrantamiento de un deber especial, normativizado, que solo 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.

Asimismo, en los **votos en discordia del R.N. 2628-2006, Ucayali y el R.N. 18-2008, Huancavelica**, se sostiene que al no tener los encausados la calidad de funcionarios públicos, en atención a la tesis de la autonomía o de la ruptura del título de imputación, no se les puede imputar el delito de función a título de complicidad, dado que el extraneus es ajeno a la administración pública, carece de las condiciones de funcionario o servidor público, y no se le puede exigir, en tanto extraneus, posición de garante que legitime la exigencia de rendir cuentas como deber, con lo que indebida e inconstitucionalmente se les invertiría la carga de la prueba, contraviniendo los principios de presunción de inocencia y de legalidad. Conforme esta tesis, los intranei y extranei deben responder por la naturaleza de sus contribuciones al delito, siendo la contribución del autor diferente a la del cómplice; en consecuencia, la contribución del autor será imputada a título del delito especial o más propiamente de infracción de deber, y la del cooperador a título de delito común. Una interpretación que sostenga la

unidad del título de imputación, esto es, que tanto los cómplices particulares como los autores funcionarios o servidores públicos respondan por el mismo delito especial, es violatoria del principio de legalidad; **en particular del artículo Nº 26 del Código Penal Peruano** en el que expresamente se opta por la incomunicabilidad de las circunstancias que modifican la responsabilidad de los partícipes. (QUISPE JAPURA & TAYPE CONDORI, 2018)

2.2 BASES TEORICAS

2.2.1 El Delito y su Clasificación por Estructuración

- Definición de delito

VILLAVICENCIO refiere que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Los niveles de análisis son tipo, antijuricidad y culpabilidad. Según CEREZO MIR, estos distintos elementos del delito están en una relación lógica necesaria. Sólo una acción u omisión puede ser típica, sólo una acción u omisión típica puede ser antijurídica y sólo una acción u omisión típica y antijurídica puede ser culpable”.

El artículo 11 del Código Penal expresa que “son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. MAURACH & ZIPF señala que si bien esta sucinta descripción no expone taxativamente las características que se aceptan para la definición del delito, están implícitas. (citado en VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

- Clases de delitos

En la doctrina, se han reconocido una serie de clasificaciones, para diferenciar los tipos penales, de acuerdo a las características que estos presentan. Se tomará en cuenta, una de estas clasificaciones, los mismos que se distinguen en:

- Delitos básicos

Esta clase de delitos, también son denominados delitos comunes o fundamentales, en donde se establece que cualquier persona puede acceder a una posición social que le permita vulnerar o poner en peligro el bien jurídico tutelado. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016)

Para REYES ECHANDIA, estos tipos que reciben también la denominación de fundamentales son aquellos que describen conductas en forma independiente y respecto de los cuales el proceso de adecuación se realiza sin sujeción ni referencia a otros tipos.

Podríamos agregar que son tipos genéricos que constituyen la base de un determinado título de delitos que sanciona la vulneración de un bien jurídico perfectamente destacado”; un ejemplo de estos tipos penales sería el delito de homicidio. (ZAMBRANO PASQUEL, 2006)

- Delitos especiales

REYES ECHANDIA indica que son especies del tipo genérico, básico o fundamental, pues en su núcleo de estructuración se conforman con la descripción de éste, diferenciables de él, en cuanto agregan, suprimen, concretan o cualifican elementos de aquel; para ZAMBRANO PASQUEL, esto es que se agregan circunstancias que van a crear otra figura penal diferente a la básica; un ejemplo de delitos especiales sería el asesinato.

Los delitos especiales comprenden dos categorías; siendo una de ellas la referida a los elementos que afectan la responsabilidad penal del autor y partícipes y la otra relacionada con los que la afectan. Los delitos especiales, a su vez, se subdividen en delitos especiales propios e impropios. (WONG CORONADO, 2018)

- Delitos especiales propios

MIR PUIG señala que “son delitos especiales propios los que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por

ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta”. Por ejemplo, el delito de prevaricato considerando la cualidad de juez que prevé el tipo penal para el sujeto agente.

- Delitos especiales impropios

MIR PUIG indica que “los delitos especiales impropios guardan, en cambio, correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto cualificado que realiza la acción”; por ejemplo, el parricidio, en relación al homicidio que es un tipo penal básico. (citado en WONG CORONADO, 2018)

2.2.2 Formas de intervención delictiva

- Sujetos intervinientes en el delito

Los sujetos intervinientes en el delito, son aquellas personas que participan del hecho delictivo; es decir, sobre las que recae, directamente, las consecuencias de la acción u omisión que dio inicio al ilícito penal. Doctrinariamente, los sujetos intervinientes en el delito han sido clasificados en determinados e indeterminados. Los sujetos indeterminados, se identifican cuando en la redacción del tipo penal no se ha prescrito una característica específica para la persona que dio origen al delito o sobre la que recae. En el caso de los sujetos determinados, se requiere de una prescripción específica en el tipo penal que indique una característica especial que deberá concurrir en quien origina el delito o contra quien va dirigido el mismo. (WONG CORONADO, 2018)

- Definición del sujeto activo

El sujeto activo del delito comprende a la persona que participó en la comisión u omisión del ilícito penal; es decir, contra quien surge la persecución penal, al haber infringido alguna norma penal prescrita en nuestro ordenamiento jurídico. (WONG CORONADO, 2018)

- Definición del sujeto pasivo

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico vulnerado o puesto en peligro; es quien sufre directamente la acción, sobre quien recaen todos los actos materiales realizados en la perpetración del ilícito penal. (WONG CORONADO, 2018)

- Intraneus

Intra es en inglés inside: el lado de adentro. Intraneus es el que es de adentro. (CHINCHAY CASTILLO, 2016).

El intraneus es aquella persona que concurre en el hecho delictivo al poseer la cualidad o característica exigida por el tipo penal en específico; obteniendo así, la posición de sujeto interviniente del delito tras haber accedido al requerimiento expreso. (WONG CORONADO, 2018)

- Extraneus

Esta palabra es la opuesta al término Intraneus, en tanto extra en latín quiere decir lo que outside en inglés: el lado de afuera. Extraneus es el que es de afuera. (CHINCHAY CASTILLO, 2016)

El extraneus es aquella persona que, a pesar de tener una participación en un hecho delictivo, no cuenta con la posición funcional exigida por el tipo penal, no pudiendo ser considerado autor al no ser poseedor del dominio funcional típico, que solo se puede contar cuando se accede normativa y fácticamente a la institución, pese a que participa en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que solo se puede producir a través del dominio social típico en el que está involucrado dicho bien y que ostenta el autor intraneus. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016)

2.2.3 Sistemas delimitadores entre autoría y participación

Las teorías más importantes que hacen una distinción, entre estas dos figuras jurídicas antes mencionadas, pueden reducirse en dos:

- Sistema unitario de autor

Se trata de un primer sistema causalista que no diferencia entre autor y partícipe. Siguiendo la lógica de la teoría de la equivalencia de condiciones se construye un concepto unitario de autor por el que todos los intervinientes en un hecho delictivo son autores, apareciendo el delito como realización de todos ellos, igualándose la importancia de cada aporte, y castigándose por igual a cada uno. Todos son responsables, tanto los extraneus como los intraneus responden en los delitos especiales. (VILLA STEIN, 2014)

Para esta corriente, los autores son todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del delito, sea como autor o partícipe, no siendo necesario que su contribución al hecho se materialice en acciones típicas. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

Para LOPEZ PEREGRIN su principal consecuencia es la consideración como autor de todo el que realiza una contribución causal al hecho punible, con independencia de la intervención concreta que haya tenido en él, y al margen de la valoración jurídica de las conductas de los demás intervinientes. VILLAVICENCIO señala que no existen diferencias entre los aportes causales, todos son equivalentes a efectos del resultado, por ende, todos los partícipes son iguales frente a la responsabilidad penal. La autoría se fundamenta en la causalidad –teoría de la equivalencia de las condiciones- resultando superflua toda idea de accesoriadad. Sin embargo, no logra superar las distinciones pues recurre a diferenciar varias formas de autoría según la especie de la comisión del hecho: autor inmediato, autor mediato, categoría esta última que diferencia entre autoría de inducción (instigación y autoría mediata en sentido estricto) y autoría de apoyo (que incluye las formas de complicidad).

Esta teoría responde a una opción político-criminal que cree necesario castigar por igual a todos los intervinientes en un hecho delictivo. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

Para HERNANDEZ PLASENCIA, las nuevas formulaciones del sistema unitario de autor, son propuestas por KIENAPFEL, quien abandona la idea de la

causalidad de la clásica teoría unitaria (que él las denomina concepción unitario formal), planteando esta vez, una serie de categorías de intervención en el delito (concepción unitaria funcional).

MAURACH & ZIPF señalan que se rechaza la accesoriedad bajo la premisa “todo interviniente responde exclusivamente por su propio injusto y propia culpabilidad”. Se establecen diversas formas de autoría en base a la responsabilidad autónoma de cada interviniente.

LOPEZ PEREGRIN indica que la concepción unitaria funcional tiene como idea central la “doble naturaleza de la intervención”, donde se presentan por una parte, la distinción dogmática entre las formas de intervención (plano formal) y, por otra, la cuestión de la determinación de su trascendencia a efectos de la medición de la pena. La causalidad para la concepción unitaria funcional, sólo constituye un mero presupuesto conformante en los tipos penales de cualquiera de las categorías de autoría. El verdadero fundamento se encuentra en los principios de merecimiento y necesidad de la pena, pues permite justificar y considerar autores a todos los intervinientes en el delito”. (citado en VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

Esta teoría, renuncia a la distinción entre autores y partícipes. En su versión clásica o formal, sostiene que todo aquel interviniente en la perpetración de un hecho delictivo, es autor; debido a que aporta una contribución causal en relación a la creación del mismo. En su vertiente moderna o funcional, renuncia a una fundamentación causal, que inicialmente defendía, diferencia entre diversas formas de autoría y no reconoce relación alguna de accesoriedad entre los intervinientes del hecho delictivo. (WONG CORONADO, 2018)

- Sistema diferenciador de autor

Propugna esta corriente jurídica teleológica la diferenciación entre los autores y los partícipes de un hecho punible, lo que implica estimar distintas consecuencias jurídicas para cada intervención. Destaca en la tesis Eberhard Schmidt para quien “cualquier que lleva a cabo antijurídica y culpablemente una realización del tipo y con ello una lesión al bien jurídico debería ser declarado autor. (VILLA STEIN, 2014)

A raíz de este sistema, se desprenden dos conceptos de autor, siendo estos los siguientes:

- Concepto extensivo de autor

“El fundamento de esta posición es la teoría de la equivalencia de las condiciones y tiene como complemento necesario a la teoría subjetiva de la participación. Esta teoría considera que autor es todo aquel que ha puesto una condición para la causación del resultado típico, pero esto puede afirmarse también de quien solo presta una colaboración poco significativa de tal manera que el concepto de autor resulta extraordinariamente extendido. Este concepto admite que la ley obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad. Como consecuencia de los tipos legales de participación surgen causas de limitación de la pena. Si esto no fuera así tendría que castigarse a todos los intervinientes como autores.

Se le critica porque transforma al autor en un concepto residual que se obtiene por la ley para considerarlo cómplice o instigador. Resulta tan extensa que puede comprender a cualquier persona y constituirse en un peligro de renuncia a la delimitación típica de la acción del delito. Esta concepción también carece de base objetiva para trazar la diferencia entre autor y partícipe, es por ello que para superar estas dificultades recurrieron a un complemento subjetivo (teoría subjetiva de la participación)”. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

El instrumento teórico para diferenciar entre autores y partícipes es de índole subjetivo pues “será autor quien obre con ánimo de autor (animus autoris) y será partícipe quien actúe con ánimo de partícipe (animus socii). A este instrumento teórico se le conoce como “teoría subjetiva de la participación”. (VILLA STEIN, 2014)

- Concepto restrictivo de autor

MIR PUIG señala que éste parte de un principio opuesto al concepto

extensivo: no todo el que causa el delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo. Causación no es igual a la realización del delito; para esta es preciso algo más que la causación.

Como consecuencia de esta restricción en el concepto, los tipos de participación son solo “causas de extensión de la pena”, pues sino estuvieran previstas por ley no serían punibles. Los seguidores de esta teoría ubican la línea fronteriza entre autor y partícipe en el plano objetivo, pero no siempre, pues en el caso de la teoría del dominio del hecho incorporan criterios subjetivos. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

Esta teoría distingue entre autores y partícipes, de un mismo ilícito penal. Además, reconoce el Principio de Accesoriadad de la Participación Delictiva y se adapta, en mayor grado que las anteriores teorías, a los principios del Derecho Penal, propios de un Estado de Derecho.

Asimismo, se ha podido dar lugar a tres sub teorías, que parten del concepto de esta última, siendo estas las siguientes:

- Teoría objetivo-formal

Busca limitar las consecuencias de la teoría de equivalencia de las condiciones y plantea el criterio del acto ejecutivo típico como elemento diferenciador entre autoría y participación. Lo decisivo es la realización de todos o algunos de los actos ejecutivos previstos expresamente en el tipo legal. Es decir, parte de la literalidad descrita en los tipos legales. Es así que autores son los que realizan en forma total y parcial, la acción ejecutiva adecuada al tipo, y partícipe es quien colabora en la realización del tipo solo con una acción preparatoria o de auxilio. Con el propósito de limitar el concepto de “acción ejecutiva “surgió la idea que autor era quien realizaba el tipo” personalmente. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

LORENZO SALGADO indica que sus inconvenientes se detectan como una consecuencia de la enorme restricción que el concepto de autor tiene en esta teoría. En ella no se puede comprender al autor mediato, ni al coautor en la

mayoría de los casos; esto se debe a que ella prescinde por completo de los elementos subjetivos. Debido a que se limita a la descripción legal, se le critica que “muchos tipos se limitan a declarar el resultado, pero no los medios a través de los cuales puede lograrse, con lo cual cualquier contribución podría entenderse como acto ejecutivo previsto. MUÑOZ CONDE señala que en el ejemplo de jefe de la banda que no realiza ninguna acción descrita en el tipo, no se le considerará coautor y estará relegado a un segundo plano, en una posición de participación que resulta inadmisibles. En este sentido, también falla a tratar de explicar los supuestos de realización del delito sirviéndose de un aparato de poder. (citado en VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

- Teoría objetivo-material

MIR PUIG señala que ésta plantea el criterio de la importancia objetiva de la contribución para distinguir entre autor y partícipe con lo que trata de indagar la mayor peligrosidad objetiva de la contribución. VELASQUEZ VELASQUEZ indica que sí como autor, será el individuo que aporte la condición objetiva más importante. En la relación causal, será autor quien produce la causa, y partícipe quien pone la condición.

MIR PUIG también señala que a esta teoría se le critica por desconocer la importancia de lo subjetivo para determinar la autoría y el propósito de diferenciar entre condición y causa, considerando que ciertas condiciones importantes son causas, pues dicha diferencia no puede obtenerse en el simple campo de la causalidad. Por último, tampoco resuelve el problema del autor mediato y del coautor que objetivamente no intervienen con una contribución importante. (citado en VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

Esta teoría, sostiene que es autor quien ejecuta la acción descrita en el tipo penal. Dentro de esta teoría existen, a su vez, dos vertientes; siendo estas la teoría clásica y la modificada o moderna. La teoría clásica, refiere que es autor todo sujeto que realiza una acción ejecutiva en la perpetración del ilícito penal. La teoría modificada o moderna, sostiene que es autor toda persona cuya conducta se encuadra dentro del tipo penal; es decir, es autor el que ejecuta la acción reprochable. (WONG CORONADO, 2018)

- Teoría del dominio del hecho

Para MAURACH, la teoría del dominio del hecho, posee una naturaleza tanto objetiva como subjetiva, pues contiene la exigencia subjetiva del control final psicológico del hecho, lo mismo que el manejo objetivo del mismo, por estar en manos del autor el curso del acontecimiento típico.

Esta corriente, de acuerdo a MIR PUIG, refiere que autor es el sujeto que domina el hecho; es decir, autor es quien, con su actuación, decide o tiene en las manos el sí y el cómo del acontecer típico del proceso que desemboca en la producción del delito. Las críticas a esta teoría radican en el auxilio de consideraciones extrajurídicas a las que recurre la misma sin tener algún cimiento de carácter normativo. MIR PUIG objeta la teoría del dominio del hecho al “estar anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de la imputación que caracteriza a la calificación del autor” y agrega que “solo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la pertenencia exclusiva o compartida, del delito. (citado en VILLA STEIN, 2014)

2.2.4 Intervención delictiva

- Definición de autoría

El autor de un delito es aquel a quien un tipo penal del catálogo señala como su realizador. Se trata de un alguien a quien el tipo penal designa con la fórmula simple “el que...”. Significa que todo tipo penal de la parte especial es un tipo de autoría dado que “el injusto es un injusto personal. (VILLA STEIN, 2014)

MIR PUIG define al autor desde un punto de vista ontológico y verdadero como: “aquel que realiza un hecho y del que se puede afirmar que es suyo. WELZEL aporta un concepto final de autor diciendo que autor “es aquel que realiza el hecho en forma final, en razón de su decisión volitiva”. (citado en VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

Nuestro Código Penal Peruano, en su artículo 23, prescribe respecto a la

autoría: “Artículo 23.- El que realiza para sí o por medio de otro el hecho punible, y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción”. Haciendo un análisis de dicho precepto legal, se entiende, que: “La primera proposición - el que realiza para sí - alude a la autoría directa. Aquí el autor domina el hecho. La segunda proposición - o por medio de otro- alude a la autoría mediata. (VILLA STEIN, 2014)

Para ROXIN, el autor solo vale considerarlo como señor del hecho a la figura central del concreto suceso de la acción. De este punto central, se desprende las demás formas de autoría, que marca uno de los puntos más importantes en el planteamiento de ese autor. Considera dicha estructura con base en la autoría directa (expresada a través de los delitos de propia mano, donde rige el dominio del hecho como dominio de la acción delictiva plasmada directamente), la autoría mediata (donde rige el dominio de la voluntad como dominio indirecto), y por último, la coautoría , como tercera forma de autoría, donde rige el dominio del hecho, es decir, tal dominio del suceso delictivo es compartido por varias personas en igual situación frente al resultado delictivo”. (citado en CHAPARRO GUERRA, 2011)

2.2.4.1 Clases de autoría

- Autoría inmediata

Definición:

También denominada autoría directa o de mano propia. Aquí se tiene por autor, conforme al artículo 23 del C.P. “a quien realiza por si el hecho punible” y en ese sentido es quien lleva a efecto todos los elementos del tipo penal. (VILLA STEIN, 2014)

El autor inmediato es aquel que ejecuta por sí mismo el delito, de modo que es su propia conducta física la que cumple el correspondiente tipo legal. El autor inmediato no necesita a nadie más, quiere esto decir que el autor inmediato puede ser el único interviniente para que el delito se pueda consumir. (IBERLEY, 2019)

En esta clase de autoría, es un único sujeto el que lleva a cabo, directamente, el hecho delictivo a través de la realización de actos ejecutivos típicos. En este tipo de casos es posible que terceras personas puedan colaborar con la perpetración del ilícito penal a través de conductas accesorias, sin que hayan realizado actos ejecutivos propios del autor mediato. (WONG CORONADO, 2018)

- Autoría mediata

Definición:

La autoría mediata es entendida como una modalidad de autoría, pues se encuentra prevista en el artículo 23° del Código Penal. Se presenta como una extensión de la autoría directa, toda vez que para estos casos no rige el dominio del hecho como dominio de la acción, sino, sus postulados encuentran sentido a través del dominio de la voluntad del hecho, es decir, a través de un dominio indirecto en la materialización delictiva. El autor mediato no comete el delito de propia mano, ni mediante el apoyo conjunto con otros (co-dominio del hecho como coautoría), sino a través de la utilización de un instrumento. (CHAPARRO GUERRA, 2011)

Para LANDAVERDE, es aquella en la que el autor no llega a realizar directa ni personalmente el delito, puesto que el autor se sirve de otra persona, por lo general no responsable penalmente, que ejecuta el hecho típico. Lo que busca la ley es un fundamento que permita reprimir al autor real del delito, mas no a su instrumento, no existiendo duda de que “el hombre de atrás” es quien posee el dominio del hecho. El intermediario carece del dominio del hecho, por lo que la responsabilidad se imputa al “hombre de atrás”, quien se ha provocado o se aprovecha del instrumento, coaccionando, engañando, utilizándolo, contando con su falta de libertad o su ignorancia de la situación.

Diferentes son los casos de cadena de mando, en los que media un aparato de poder estrictamente jerarquizado, los casos denominados “autor tras el autor”, en los que se presenta la situación de que el ejecutor directo es plenamente responsable, pero actúa como simple eslabón de una cadena de mando o de un aparato de poder jerarquizado; lo que no es lo mismo, ya que

la esencia de la autoría mediata consiste en valerse de un instrumento, lo cual no se cumpliría si el ejecutor tiene plena responsabilidad, por lo que este último caso debe ser resuelto con las reglas de la coautoría. (LANDAVERDE, 2015)

- Características

Podemos precisar dos características: posición subordinada del intermediario (razones de hecho y jurídica) y rol dominante del mandante. En la autoría mediata, lo importante es la relación existencial entre el ejecutor material y el hombre de atrás, relación en la que el papel fundamental por el que se puede imputar la autoría a una persona deja de tenerla el ejecutor material, para derivarlo al hombre de atrás y dicho rol fundamental se confirma, pues es el autor mediato quien tiene el dominio del hecho, de manera que el intermediario debe encontrarse en una situación de subordinación con respecto al autor mediato, por lo que todos los presupuestos de punibilidad deben concurrir en la persona del hombre de atrás y referirse solo a este". (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

Para JAKOBS, la responsabilidad debe ser identificada en el autor mediato y no en el intermediario. Esta responsabilidad se da en virtud del superior dominio de la decisión: "al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo en un delito doloso de modo que excluye la imputación, y de esta dificultad es responsable el autor mediato". LOPEZ BARJA DE QUIROGA señala que si el intermediario domina su acción, será autor inmediato, mientras que el hombre de atrás será un partícipe.

- Coautoría

Definición

Este tipo de autoría se prevé la participación de dos o más personas, las mismas que, de mutuo acuerdo, realizan, de forma colectiva, el hecho delictivo, siendo que cada uno de los autores ejecuta parte del ilícito, actuando en relación a un fin común, manteniendo cada uno de este dominio del hecho respecto al suceso criminal. (WONG CORONADO, 2018)

LANDAVERDE señala que, en la coautoría el dominio del hecho es común a varias personas, siendo coautores los que toman parte en la ejecución del delito, en codominio del hecho (dominio funcional del hecho). Aquí, la acción típica es realizada por dos o más personas que participan voluntaria y conscientemente de acuerdo a una división de funciones, tomando parte, cada uno, en la ejecución de los hechos. Es una especie de conspiración llevada a la práctica, y se diferencia de ésta, precisamente en que el coautor interviene en la ejecución material del delito, lo que no sucede en la conspiración.

Es importante destacar que los coautores cometen el delito entre todos, pero ninguno de ellos por sí solo realiza completamente el hecho, por lo que no pueden considerarse partícipes del hecho de otro. No rige el “principio de accesoriadad de la participación”, según el cual el partícipe sólo es punible cuando existe un hecho antijurídico del autor, sino un principio en cierto modo inverso: el principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones, éste dice que todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable a todos los demás.

Por su parte, el dominio del hecho es funcional, en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el poder del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo. Por lo tanto, existe una decisión conjunta o común, en la que se vinculan funcionalmente los distintos aportes, los cuales están conectados al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta. (LANDAVERDE, 2015)

VILLAVICENCIO dice que la coautoría es una forma de autoría, con la peculiaridad que en ella el dominio del hecho es común a varias personas. Coautores son los que toman parte en la ejecución del delito, en co-dominio del hecho (dominio funcional del hecho). Se presenta así un dominio funcional del hecho, donde se distingue claramente a la coautoría como una división de trabajo, en la que no basta cualquier aporte dentro de la distribución de funciones. En base al Principio de División del Trabajo acordado, las piezas parciales se disuelven en una prestación colectiva unitaria, de forma que cada individuo obtiene una parte del dominio sobre el hecho global a través de su propia contribución al mismo.

El delito entonces, se comete “entre todos”, repartiéndose los intervinientes entre sí, las tareas que impone el tipo de autor, pero con conciencia colectiva del plan global unitario concertado. (VILLA STEIN, 2014)

Para ROXIN, la idea fundamental de la coautoría radica en que “siempre se la conciba como dominio del hecho conjunto... que cada autor tiene algo más que el dominio sobre su posición de hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjuntamente con los otros”. (citado en WONG CORONADO, 2018)

- Requisitos

La figura jurídica de la coautoría, presenta tres elementos, en su configuración, siendo estos los siguientes:

Ejecución conjunta del hecho: “Supone como lo exige el Art. 23 del C.P. -los que tomaran parte en la ejecución- que los intervinientes realizan de consumo al tipo, repartiéndose las tareas que prevé el plan global unitario”

Co-dominio del hecho: “Supone la co-autoría, que cada interviniente hace un aporte esencial que revela su co-dominio del hecho - dominio funcional del hecho- pues cada autor controlando su aporte esencial (táctico) domina el conjunto estratégico. El co-dominio del hecho presupone además concierto de voluntades para realizar el plan global unitario”. (VILLA STEIN, 2014)

Aporte objetivo de cada interviniente: Significa este elemento que “habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio ejecutivo, de tal naturaleza que sin ella no hubiera podido cometerse.

- Clasificación

Coautoría sucesiva:

PEREZ ALONSO señala que, a partir del acuerdo mutuo en virtud del cual los coautores se reparten las funciones, se pueden detectar problemas en relación a los sujetos que se incorporan durante una realización del hecho

delictivo ya iniciado. El acuerdo mutuo normalmente se realizará previamente a la comisión del hecho, pero esto no quita la posibilidad que se realice también durante la ejecución.

Según GARRIDO MONTT, estos supuestos de coautoría se presentan generalmente en aquellos delitos que en su ejecución requieren de una actividad prolongada más o menos en el tiempo. Ejemplo: los ladrones que luego de haber destruido la cerradura de un local comercial se apoderan de mercadería que luego depositan en el domicilio de otro, este último se incorpora y se dirige con los ladrones para apoderarse del resto de la mercadería. Para nosotros, la intervención del sujeto sólo puede ser hasta antes de la consumación del delito. En cuanto a la responsabilidad, el coautor sucesivo no responde por las conductas realizadas anteriores al comienzo de su participación, pues lo contrario implicaría el reconocimiento de un dolo subsequens.

Coautoría alternativa:

De acuerdo a PEREZ ALONSO, siguiendo el acuerdo común, los coautores realizan su propio aporte potencial que resulta idóneo para la comisión típica, pero sólo uno de ellos se ejecutará excluyendo la posibilidad a los restantes. La preparación y disposición conjunta de todos los intervinientes tiene el sentido de cubrir todas las posibilidades fácticas de la ejecución y, de esta forma, garantizar la segura producción del resultado.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA indica que estamos ante una coautoría de realización comisiva alternativa de los aportes de cada interviniente. Ejemplo: Dos sujetos que decididos a matar a otro para apoderarse de su dinero se separan en lugares distintos a la espera de encontrarlo, siendo ubicado y ejecutado por uno de ellos. Cabe resaltar que los aportes alternativos son potenciales de la realización típica, mejor dicho, son actos preparatorios a la ejecución, siendo sólo uno el que al final atentará al bien jurídico. Aunque haya un acuerdo común, sólo uno realiza la conducta típica. La regla sería entonces imputar al que ejecutó el hecho como autor y los demás intervinientes como partícipes". (citado en VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

Coautoría aditiva:

PEREZ ALONSO señala que los intervinientes, en base al acuerdo común, realizan al mismo tiempo el tipo penal, pero sólo una de las conductas concretas producirá el resultado típico. En este caso, la actuación conjunta y simultánea de los intervinientes tiene el fin de incrementar el riesgo del atentado al bien jurídico y garantizar la segura producción del resultado. Ejemplo: el caso de una ejecución con armas de fuego realizada por cinco personas donde sólo los disparos de dos de ellos causan la muerte de la víctima. En estos casos el aporte es concreto de todas las conductas; aunque algunas lleguen sólo a la tentativa, y otras a la consumación, resultan esenciales y necesarias, por lo que se resuelve como un supuesto de coautoría". (citado en VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

2.2.4.2 Definición de participación

Nuestro Código Penal, recoge el concepto de participación, en sentido específico, lo que significa que el partícipe posee una posición secundaria con respecto a la actuación del autor en el hecho delictivo, entendiéndose, entonces, que no sería posible que concorra la figura de un partícipe, sin que exista, previamente, la conducta típica del autor, dada la relación de dependencia del primero para con el segundo.

El sujeto que participa en un delito, o ayuda a su resultado, debe ser castigado por la norma penal. Su fundamento es doble: En primer lugar, porque ayuda a su causación; y, en segundo lugar, por el principio de culpabilidad y tipicidad. El partícipe lleva a cabo un acto típico y antijurídico, por lo que debe ser sancionado. (WONG CORONADO, 2018)

El partícipe no tiene dominio del hecho, ni realiza formalmente el tipo aunque colabore con su realización o lo haya inducido o instigado, por lo que su intervención es dependiente del acaecimiento delictivo principal y no estando comprendida su conducta en el tipo realizado podría quedar impune si el legislador no hubiera ampliado la punibilidad a la contribución periférica que terceros hacen a la realización típica. (VILLA STEIN, 2014)

Al partícipe se le puede caracterizar de manera negativa pues no ejecuta la acción, no comete el delito, no realiza el tipo principal. Por ello, los tipos de lo injusto de la parte especial del Código Penal no abarcan el comportamiento de los partícipes en su descripción. El partícipe realiza un tipo dependiente del principal, pues sólo a través de la comisión de un delito, por parte de un autor, se le podrá aplicar lo dispuesto en los artículos 24 y 25 del Código Penal. De esto se deduce que el contenido de lo injusto de la participación se deriva de lo injusto del hecho principal. Así, las disposiciones vigentes sobre la participación significan una ampliación del tipo a comportamientos que serían impunes de otro modo.

Esencialmente, el partícipe no tiene de ninguna manera el dominio del hecho; siendo así, sus actos no lesionarán al bien jurídico, sin embargo, su responsabilidad penal si justifica en razón a que contribuye a poner en peligro al bien jurídico que será lesionado por el autor. Por ello, el coautor no puede ser considerado partícipe, pues él tiene el co-dominio del hecho. El autor no tiene que ser culpable para que exista participación, pues ella es personal y puede ser diferente para cada interviniente en el delito; por ello, el autor puede ser una persona menor de dieciocho años o un incapaz y esto no afecta la responsabilidad de los participantes. La participación solo es punible si es dolosa, es decir el partícipe debe conocer y querer participar en el hecho punible, reconociendo que otra persona es el autor. (LANDAVERDE, 2015)

2.2.4.3 Clases de participación

- Instigación

Definición

Nuestro Código penal, en su artículo 24°, prescribe, con respecto a esta figura jurídica, que es instigador “quien determina a otro a cometer el hecho”.

Igualmente conocido con el nombre de inducción, es una típica forma de participación. Se caracteriza porque el inductor hace surgir en otras personas (inducido) la idea de cometer un delito, pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, de lo contrario sería autor mediato.

(LANDAVERDE, 2015)

Para VILLA STEIN, el instigador es el autor quien por lo demás domina el hecho a diferencia del instigador que no lo domina. Tener en cuenta que la instigación culposa no es punible. Es necesario que el instigador mediante su intervención psicológica persuade o convenza al autor potencial a que realice determinado tipo causando la resolución criminal, lo que significa que el autor recién ahora resuelve actuar, pues no se da la instigación si el autor ya había decidido con anterioridad actuar.

Es el caso advertir, por exigencia de la teoría de la imputación objetiva, que la causación de la resolución le sea objetivamente imputable al instigador, lo que significa que en el caso concreto es previsible que a resultas de la intervención del instigador se produzca la resolución criminal”. (VILLA STEIN, 2014)

Los medios de los que se pudiera valer el instigador son diversos, así, podrían consistir en consejos, promesas, apuestas, ruegos, persuasiones, etc., siempre que implique una influencia psíquica. Cualquiera de estos medios deben ser idóneos y eficaces en la generación de la idea de cometer hechos punibles. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

Complicidad

- Definición

STRATENWERTH señala que: “Es cómplice, quien sin realizar dolosamente el tipo coopera o ayuda al autor. Se requiere que el aporte sea real a la concreción del suceso”. Entre los hechos pueden figurar la facilitación de medios, anulación de la víctima, etc. Entre los consejos se admite cualquier intervención psicológica que dé soporte al actuar principal”. (citado en VILLA STEIN, 2014)

Se trata de una contribución a la realización del delito con actos anteriores o simultáneos, que no son considerados de autoría. La distingue su menor entidad material, al grado que se castiga con una pena inferior a la que

merezcan los autores del delito. En consecuencia el cómplice ayuda o coopera, en forma auxiliar o secundaria a la ejecución, a diferencia de los coautores que ejecutan directamente el delito. Cómplice sería el que con su contribución no decide el sí y el cómo de la realización del hecho, sino sólo favorece o facilita que se realice. (LANDAVERDE, 2015)

- Clasificación

Nuestro Código penal, distingue entre dos formas de complicidad, siendo estas las siguientes:

- Complicidad primaria

Para BACIGALUPO, estaremos frente a la figura de un cómplice primario, cuando su cooperación es imprescindible a la luz de la intensidad objetiva de su aporte sin la cual el hecho no se hubiera concretado a la luz del momento en el que se produce el aporte. (citado en VILLA STEIN, 2014)

Es el que en la etapa de la preparación o ejecución aporta al hecho principal una contribución sin la cual el delito no hubiere podido cometerse. (LANDAVERDE, 2015)

- Complicidad secundaria

El cómplice secundario es aquel que presta una cooperación no imprescindible y sin la cual igualmente podría haberse realizado el tipo. Normalmente se entenderá como caso de cooperación secundaria la del “campana” o vigilante durante la ejecución de un delito. (VILLA STEIN, 2014)

Es quien ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito. No es indispensable dicha cooperación, es decir, que de faltar su aportación, el delito se habría cometido igualmente. (LANDAVERDE, 2015)

2.3 BASES LEGALES

- Antecedentes Legales

Constitución Política de 1979: Esta constitución, ahora derogada, prescribía en su artículo 62: “Los funcionarios y servidores públicos que determina la ley o que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por él, deben hacer declaración jurada de sus bienes y rentas al tomar posesión y la declaración jurada de sus bienes y rentas al tomar posesión y cesar en sus cargos, y periódicamente durante el ejercicio de estos.

El Fiscal de la Nación, por denuncia de cualquier persona o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial cuando se presume enriquecimiento ilícito. La ley regula la responsabilidad de los funcionarios a los que se refiere este artículo”.

En realidad, este artículo de la Constitución derogada, estaba referido fundamentalmente a la declaración de bienes y rentas de los altos funcionarios del Estado, más no propiamente al delito de enriquecimiento ilícito en sí, pues el control emanado de este artículo tenía una connotación más administrativa que penal. Asimismo, esta suerte de control administrativo, tenía sus propios antecedentes, y, con posterioridad, de su promulgación, surgieron una serie de leyes que regulaban las sanciones administrativas de los funcionarios públicos que omitieran la presentación de las declaraciones juradas, respecto a los periodos que exigía el artículo, en mención. Sin embargo, estas normas cayeron en letra muerta al no haberse implementado los mecanismos efectivos capaces de llevar adelante este tipo de control y por el contrario la presentación de estas declaraciones quedaron a la discrecionalidad del funcionario, no realizándose seguimiento alguno respecto a los bienes y rentas así como tampoco respecto a la veracidad de los datos declarados. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

- Decreto Legislativo N° 121: Esta norma penal fue promulgada el 12 de junio de 1981, e incluyó, por primera vez, en el artículo N° 361-A, del Código Penal de 1924, el tipo penal de enriquecimiento ilícito, que prescribía: “El funcionario o servidor público que por razón del cargo, o de sus funciones se enriquece indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de 10 años ni menor de 4 años, multa de renta de sesenta a ciento ochenta días e inhabilitación de

conformidad con los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27 por doble tiempo a la condena.

Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas de bienes y rentas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud a sus sueldos o emolumentos que haya percibido y de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa ilícita. Las pruebas presentadas para justificar el enriquecimiento patrimonial, son reservadas, y no podrán ser utilizadas para ningún otro efecto”.

Como puede apreciarse, esta norma desarrolla ampliamente el contenido del tipo penal en cuestión, estableciendo algunos criterios orientados a la persecución del enriquecimiento ilícito, así como estableciendo la prohibición de utilizar las pruebas de descargo entregadas por el investigado o procesado, con otros fines que no estén orientados a probar la comisión del delito y la responsabilidad penal del imputado. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

Código Penal de 1991: Este Código Penal, prescribía en su artículo N° 401: “El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años”. Posteriormente, la Ley N° 27482, publicada el 15 de junio del 2001, incorporó, al artículo precedente, el siguiente párrafo: “Se considera que existe indicios de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”.

Con fecha 10 de mayo de 1992, se promulgó el Decreto Legislativo N° 25489, que adicionó el artículo N° 401-A, que prescribía: “En todo caso los donativos, dádivas o presentes serán decomisados”. Asimismo, a través de una rectificación por Fe de Erratas, de dicho Decreto Legislativo, se incorporó el artículo N° 401-B, que prescribía: “Los bienes decomisados e incautados durante la investigación policial y proceso judicial, serán puestos a disposición del

Ministerio de Justicia; el que los asignará para su uso en servicio oficial o del Poder Judicial o el Ministerio Público, en su caso, bajo responsabilidad”.

Por otro lado, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993, se dispuso en su artículo N° 41, que: “Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante el ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la Ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”.

GUZMÁN señala que el comportamiento de los funcionarios públicos, comprende dos conceptos importantes. Uno es la responsabilidad, por la cual los funcionarios y servidores públicos están en el deber de asumir las consecuencias de sus actos al interior del Estado. Asimismo, la doctrina y las normas legales hacen hincapié al término "responsabilidad" y que hace referencia a la obligación del funcionario o servidor de informar de sus actos. Los funcionarios y servidores deben rendir cuenta ante las autoridades competentes y ante el público por el erario patrimonial del Estado a su. En razón a que el Titular de la entidad de la que se trate, los funcionarios y los servidores públicos tienen el deber de desempeñar sus funciones con eficacia, economía, eficiencia, transparencia y licitud, a lo cual debe agregarse que desempeñan el cargo en representación de la población. Los servidores y funcionarios públicos tienen el deber permanente, personal e intransferible de dar cuenta del ejercicio de sus funciones, del cumplimiento de sus objetivos y de los bienes y recursos recibidos para su custodia y administración. (GUZMÁN, 2005)

Esta última disposición fue complementada con la Ley N° 27482, y su Reglamento Decreto Supremo N° 080-2001-CPM, publicado el 08 de julio del 2001, en donde se regula la obligación que tienen, los funcionarios y servidores públicos de presentar, en los periodos referidos, sus declaraciones juradas de

ingresos, bienes y rentas, así como su respectiva publicación; lográndose, finalmente, con la incorporación de las normas legales, antes citadas, la realización efectiva de lo dispuesto por nuestro ordenamiento legal.

2.4 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

2.4.1 El Delito de Enriquecimiento Ilícito

El Artículo 401° del Código Penal señala que: “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.”

El delito de enriquecimiento ilícito se caracteriza por ser uno de los delitos denominados especiales, es decir el sujeto activo debe reunir determinadas características que no son comunes a todos los ciudadanos: funcionario o servidor público, que se enriquece por razón de su cargo. El incremento patrimonial debe ser apreciable e injustificado. Otra característica en su connotación genérica y subsidiaria, de acción dolosa, que consiste en el aprovecharse o hacer uso indebido del cargo para enriquecerse ilícitamente, mediante cualquier conducta que no esté tipificada como figura propia, tendiente a incrementar su patrimonio con significativo exceso respecto de sus

ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no puede ser razonablemente justificado por el mismo agente involucrado. (HUGO ALVAREZ, 2002)

Es subsidiaria o residual en la medida que el enriquecimiento puede prevenir de conductas delictivas (cohecho, peculado, extorsión, abuso de autoridad, etc), si bien no se podría demostrar estas conductas delictivas, el legislador le ha salido al paso al servidor público corrupto con esta figura penal contra la administración pública, susceptible de enriquecer su patrimonio. Solo en la medida que el enriquecimiento no se deba a la comisión de otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad del artículo 401 del Código Penal. (PRADO SALDARRIAGA V. , 1996)

El tipo penal de enriquecimiento ilícito está configurado por dos elementos fundamentales. Dichos elementos abarcan i) la constatación de un enriquecimiento real del funcionario, y ii) la falta de justificación sobre el origen lícito de dicho enriquecimiento. En tal sentido, para que se pueda hablarse de enriquecimiento debe darse un incremento patrimonial en el funcionario, siendo necesario, para acreditar dicho incremento, un informe contable y financiero que demuestre que el promedio de productividad del acusado y su aptitud financiera no puede explicar el incremento patrimonial constatado. Una vez acreditado el enriquecimiento inexplicada por las investigaciones de las autoridades, el acusado tiene que demostrar que el enriquecimiento provenía de fuentes lícitas. (WONG CORONADO, 2018)

2.4.1.1 Tipo penal

- Elementos objetivos
 - Bien jurídico tutelado

No existe uniformidad respecto a la determinación del bien jurídico tutelado por la norma penal relativa al delito de enriquecimiento ilícito, aunque la tendencia mayoritaria considera que es “la administración pública, en el sentido del resguardo frente al lucro y a la codicia corruptora de sus funcionarios y empleados”; así como la corrección, el

prestigio, la decencia y el decoro de los integrantes de la administración pública. En la doctrina nacional, con la tipificación penal de las conductas configurativas de los delitos contra la administración pública, como su propio nomen iuris lo indica, en general, el bien jurídico protegido por estos tipos penales es la administración pública, pero no en su concepción como ente abstracto, sino en cuanto está referida a ciertos aspectos o elementos relevantes, que determinan la funcionalidad, corrección y eficacia de dicha administración. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

- Conducta típica del delito

El delito, materia del análisis, en cuestión, recoge como acción típica el incremento patrimonial, siempre y cuando este sea ilícito; habiendo sido producto de la actuación del sujeto agente, en tanto este haya abusado de su cargo para lograr su cometido. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

- La acción del enriquecimiento ilícito

Del tipo penal, se puede apreciar que la acción típica se encuentra determinada por “incrementar” el “patrimonio”, acción realizada por el sujeto activo, abusando de su cargo, de una manera ilícita. Enriquecerse implica la incorporación de bienes, derechos o activos, en la esfera patrimonial de una persona, pudiendo ser el mismo ejecutor o un tercero, así como la extinción o disminución de sus pasivos, como pueden ser las cargas, gravámenes o deudas, dentro de la misma, que generan una mejora en el balance patrimonial, en relación al cambio del estado de su patrimonio, que puede ser realizado de forma instantánea o a través de una conducta continuada en el tiempo, debido al acto comisivo u omisión realizada. "La incorporación de los bienes o activos al “patrimonio” puede consistir en un acto consensual (perfeccionado a través del simple consentimiento, si se tratara de bienes inmuebles) o en un acto de tradición (perfeccionado a través de la entrega si se tratara de muebles). Pudiendo tratarse de otras formas de adquisición de determinados bienes y activos, tal como es el caso de acciones que se adquieren con la inscripción en el correspondiente registro, de bienes

sujetos a garantía de Warrant (Ley de Títulos Valores), que se obtienen con el endoso o entrega del documento o título valor correspondiente; y si se trata de dinero, desde que es depositado en una cuenta a nombre del agente del delito, de algún familiar suyo o de un tercero interpuesto; o desde que se produce la entrega material del mismo. Es así que se podrá decir que el sujeto ha incorporado a su “patrimonio” los bienes y activos con los cuales aumenta dicho “patrimonio”, cuando aparentemente se ha convertido en propietario o titular de los bienes o activos correspondientes, no interesando si al momento en que se hace la apreciación del incremento “patrimonial” el sujeto se encuentra ejercitando el derecho real o no”. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

- El término “abusando de su cargo”.

“Significa que el funcionario o servidor público, utiliza las prerrogativas, facultades, potestades o atribuciones para procurarse el incremento patrimonial, pudiendo encontrarse en ejercicio del cargo realizando actos propios del mismo o simplemente valiéndose del cargo en cualquier momento y circunstancias, realizando actos indebidos para lograr sus propósitos pecuniarios”; en tanto (...) “el ejercicio de la función pública, en muchas ocasiones, no solo otorga poder sobre bienes o caudales administrados, sino que, y esto es lo más común, otorga poder sobre una serie de relaciones de interés que sobrepasan la especificidad de las funciones administrativas y son cuestiones que tienen que ver con redes de interés, influencias, cuotas de poder en determinados asuntos, y toda situación que involucre de una u otra manera el uso del poder que otorga la función pública para obtener beneficios económicos, directos o indirectos. La relación funcional entre el cargo público y el enriquecimiento no versa sobre las facultades de disposición material sobre bienes, efectos o caudales en virtud del cargo desempeñado (...) sino principalmente, es factible el enriquecimiento ilícito mediante el aprovechamiento del poder político, de gestión o institucional que la función pública presupone en cualquier de las instancias de la administración”. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

“El término ‘abusando del cargo’ implica, entonces, los supuestos en los

que el sujeto agente actúa en ejercicio del cargo y en razón del mismo, haciendo un uso indebido o abusivo de la función, torciendo la voluntad de la ley a su favor. En este caso, el funcionario o servidor público “abusa de su cuota de poder: se vale y utiliza su puesto para lucrar con él”. Pues como se sabe el cargo de funcionario o servidor público, sobre todo los altos cargos que dan la calidad de dignatarios o autoridades del país, implican precisamente cierta dignidad, reconocimiento y poder a favor del agente estatal, y precisamente este usa estas prerrogativas en cualquier circunstancia para procurarse una ventaja ilícita, abusando del cargo.

En tal sentido, para que el incremento patrimonial sea típico, entre este y el abuso del cargo debe existir un nexo de causalidad a partir del cual se realiza la imputación penal. Esta relación causal se hace evidente fundamentalmente teniendo en cuenta el factor temporal, pues a partir de la circunstancia de la coetaneidad del incremento patrimonial con el tiempo del desempeño del cargo, que se formulan las imputaciones y se determinan las responsabilidades.

En este sentido no basta que se trate del incremento patrimonial del funcionario o servidor público para que se configure el delito de enriquecimiento ilícito, sino que necesariamente tenemos que vincularlo al ejercicio de la función o más ampliamente a los actos realizados valiéndose del cargo o abusando de este, aun cuando estos no signifiquen ejercicio de la función pública o propiamente ejercicio del cargo, pero se realizan en el periodo del ejercicio de la función”. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

- Sujetos intervinientes en el delito de enriquecimiento ilícito
 - Sujeto Pasivo

“Indiscutiblemente, el sujeto pasivo de todo delito es el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. En el presente caso, como quiera que el bien jurídico u objeto de protección penal, es la administración pública, y el Estado es el titular de este bien

jurídico, el sujeto pasivo o agraviado es el Estado”. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

- Sujeto activo

Dado que el delito de enriquecimiento ilícito, es un delito especial propio, se requiere que su autor reúna la cualidad exigida por el tipo penal, para su configuración, en este caso, el ostentar el cargo de funcionario o servidor público, al momento de la realización del hecho delictivo. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

- Funcionario público

Para GÁLVEZ VILLEGAS: “Son los agentes más importantes dentro de la administración pública, pues precisamente son estos los titulares del ejercicio de la función pública, la misma que precisamente es el elemento fundamental de la administración. Los funcionarios son los agentes públicos que tienen potestad o capacidad de decisión, gestión y de representación del Estado o del organismo público en el cual realizan sus actividades, tanto en sus relaciones al interior de la entidad estatal así como al exterior de la misma.

Por la potestad o capacidad de decisión diseñan y deciden la política institucional de la entidad u organismo en el cual laboran, a la vez que deciden sobre determinadas acciones de gestión que comprometa la política institucional; asimismo, poseen potestades imperativas, reglamentarias, ejecutivas, sancionadoras y jurisdiccionales, en caso de funcionarios jurisdiccionales. Por la capacidad de gestión, el funcionario puede dirigir a la entidad disponiendo los actos administrativos o acciones tendientes al logro de los fines y objetivos del organismo o entidad estatal, así como también posee potestades ejecutivas y de decisión dentro del ámbito de su respectiva competencia. Por la potestad o capacidad de representación el funcionario puede realizar actos en nombre o por cuenta de la administración pública o específicamente en nombre y representación de la entidad u organismo por el cuál actúa; por estos actos puede

generar un derecho o una obligación a favor o a cargo de su representada o de decisión normalmente provienen de la ley, la misma que asigna a los funcionarios un ámbito de competencia, de derechos y de obligaciones; pero también puede tener una fuente voluntaria, es decir que pueden provenir de la decisión de un funcionario o autoridad de mayor jerarquía o nivel de escalafón. Como señala RUIZ-ELDREDGE, "(...) en el funcionario hay un mandato interno, que se connota por actos de administración (distintos de los actos administrativos) y hay una cierta representación hacia el exterior que puede llevar hasta el acto administrativo.

El funcionario, por haber accedido a la carrera administrativa con el correspondiente título e investidura, queda sujeto a una serie de deberes y obligaciones, que por implicar la confianza de la propia administración y del público en general, le adjudican la posición de garante del correcto funcionamiento de la administración pública; es decir que asume el compromiso de cuidar que la administración pública cumpla sus fines y objetivos (prestar los servicios públicos correspondientes) y que funcione adecuadamente y sea imparcial, conforme a la Constitución, las leyes y los reglamentos; resultando por tanto su principal deber, su lealtad al ordenamiento jurídico y a la administración pública en general. Igualmente queda vinculado con el deber de actuar dentro de su ámbito de competencia asignada y con sujeción al principio de jerarquía propio de la funcionalidad de la administración pública. Los actos de los funcionarios ante la administración o ante terceros pueden afectar bienes jurídicos de distinta protección legal o contrariar el mandato de distintas normas, sean penales, administrativas o del ámbito privado, lo que implicará a la vez la responsabilidad penal, administrativa o civil respectivamente; dependiendo esto de la calidad de la infracción o de la intensidad de la misma". (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

- Servidor público

Según GÁLVEZ VILLEGAS, los servidores públicos o, también, denominados empleados públicos, son aquellos "(...) agentes que si

bien no realizan o no ejercen la función pública, coadyuvan al ejercicio de esta por parte de los primeros (funcionarios públicos), sobre todo están vinculados directamente a la prestación o realización del servicio público a cargo de la entidad para la cual laboran (...). Integran la amplia burocracia gubernamental, tanto a nivel de gobierno central así como de gobiernos regionales o locales y también de los distintos organismos y entidades estatales. A diferencia de los funcionarios, los empleados o servidores públicos, no tienen capacidad de decisión al interior de la institución y se limitan mayormente a acatar las disposiciones de los primeros, así como tampoco tiene capacidad de representación, ni al interior de la entidad pública o al exterior y frente a terceros. Los servidores o empleados no resultan vinculados a la administración pública con la misma intensidad que los funcionarios públicos, pues su nivel de deberes y obligaciones no son de la misma magnitud que la de estos; inclusive normalmente no desempeñan cargos decisivos y tampoco están a cargo de los presupuestos o encargados del patrimonio de la entidad u organismo donde desempeñan sus labores, por lo que tampoco pueden realizar determinadas conductas de apropiaciones o mal uso de dicho patrimonio y menos aún incurrir en faltas o delitos vinculados con el patrimonio público”. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

- Formas agravadas

Asimismo, este tipo penal recoge supuestos de agravación. En primer lugar, hace mención cuando el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en entidades, organismos o empresas del Estado; en este sentido, es necesario considerar que “(...) el fundamento de la mayor penalidad reside, por un lado, en que la sociedad y el Estado han puesto a disposición y bajo la responsabilidad de estos a sectores importantes de la administración, por lo que tienen o tenían la posición de garante de los mismos y en lugar de proteger su indemnidad, han hecho precisamente lo contrario, abusando del cargo para enriquecerse; todo lo cual significa la infracción de deberes y competencias institucionales de la más alta envergadura y responsabilidad, que obviamente determinan un mayor

reproche penal. De otro lado, la imputación agravada también se sustenta en las facilidades con las que contaría el funcionario para favorecer el delito o garantizar la impunidad desde el cargo o la función que desempeña, dadas las altas facultades y prerrogativas de las cuales es portador”. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

En segundo lugar, hace referencia a los funcionarios públicos con prerrogativa de antejuicio constitucional, respecto a lo que debe considerarse que “(...) igualmente, estos son funcionarios de la mayor jerarquía del Estado, los que realizan o ejercen las más altas funciones de gobierno, funciones políticas, o de decisión de las altas cuestiones constitucionales, judiciales, administrativas o de control, en nombre y representación del Estado. Estos funcionarios y su actuación funcional proyectan la imagen y reputación del propio Estado o de sus instituciones, y precisamente por esto, se busca proteger la indemnidad del ejercicio de su función o cargo del cual estos funcionarios están legítimamente investidos, los mismos que a la vez, por su propia naturaleza y publicidad, pueden quedar expuestos a la venganza política o de cualquier otra índole de parte de los adversarios políticos o de la ciudadanía en general. El procesamiento penal de estos funcionarios reflejaría el deterioro de esta imagen y reputación, así como la deslegitimación de la propia moral y dignidad del país. Por esta razón, no puede quedar sujeta a la sola voluntad de cualquier particular, de la autoridad persecutoria o únicamente de la autoridad judicial, la posibilidad de entablar un proceso penal en contra de estas autoridades; es por ello que se ha establecido la llamada Prerrogativa del Antejuicio Constitucional o Antejuicio Político como un privilegio a su favor. Se dice que la prerrogativa es constitucional porque se realiza estrictamente bajo los cánones o mandatos propios de los procedimientos constitucionales y en aplicación de la Constitución y reglamento del Congreso de la República y no directamente bajo las normas procesales penales en general; y político, porque la decisión es tomada bajo un criterio de votación en el Pleno del Congreso por las diferentes fuerzas políticas integrantes del Órgano Legislativo y no con un criterio técnico-jurídico (aun cuando se debe buscar en lo posible la orientación técnico- jurídica). En este

sentido, la Constitución Política del Estado en su art. 99 dispone que el Presidente de la República, los representantes al Congreso, los Ministros de Estado, los miembros del TC, los miembros del CNM, los vocales de la Corte Suprema, los Fiscales Supremos, el Defensor del Pueblo y Contralor General de la República, previo a ser procesados penalmente, serán sometidos al Antejucio Constitucional; a la vez, el art. 99 de la Constitución debe interpretarse en concordancia con los arts. 93 y 201 de la misma Carta Magna. Asimismo, el Antejucio Constitucional se llevará a cabo con la formación de la Subcomisión correspondiente en el seno de la Comisión Permanente, para concluir con la Acusación Constitucional decidida en el Pleno del Congreso, luego de lo cual recién intervendrá el MP a través de la Fiscalía de la Nación, que será la que instruya al Fiscal Supremo competente que formalice la Investigación Preparatoria correspondiente, de lo cual comunicará al Vocal Supremo competente (el menos antiguo de la Sala Penal de la Corte Suprema) de conformidad con el art. 110 de la Constitución y el art. 89 del Reglamento del Congreso de la República. Esta prerrogativa de los altos funcionarios tiene una vigencia de 5 años, contados desde que el funcionario público cesa en el ejercicio de la función, vencido el cual será procesado directamente por el fiscal provincial como cualquier funcionario público (“Fiscal Especializado” conforme al Proyecto de nueva LOMP) y ante el respectivo Juez de Investigación Preparatoria. No obstante, si la investigación o el proceso se inició dentro de los 5 años (vigente la prerrogativa de antejucio) continuará ante la Fiscalía Suprema y el Juez Supremo correspondiente, hasta su culminación. Al igual que en el caso anterior, el fundamento de la agravación radica en el mayor reproche penal que implica la defraudación de las más altas expectativas sociales depositadas en estos altos funcionarios y el mayor contenido de los deberes infringidos; asimismo, en las facilidades con las que cuenta el funcionario para favorecer la comisión del delito y garantizar su impunidad”. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

GÁLVEZ precisa sin embargo, que si bien es cierto, sólo podrán ser sujetos activos de este delito, en calidad de autores los funcionarios y servidores públicos, ello no significa que los particulares o terceros no

puedan ser considerados como sujetos activos en calidad de partícipes o cómplices. Pues en este caso, si los particulares participan en la obtención del incremento patrimonial ilícito de un funcionario o servidor público, su conducta será igualmente desvalorada por el ordenamiento jurídico penal, y por tanto serán considerados como sujetos activos de este delito., sólo que en calidad de partícipes.

En este sentido, se discrepa del contenido de la casación N° 782-2015- Santa, de 06 de julio del 2016, que niega la participación del extraneus, tras considerar que“... la sola infracción del deber no fundamenta la infracción penal en los delitos especiales, puesto que también se tiene que cumplir con el principio de lesividad respecto del bien jurídico, y en la generación de un riesgo no permitido para el bien jurídico precisamente puede participar el extraneus, resultando penalmente reprochable su conducta. Tanto más si el propio TC se ha pronunciado en sentido contrario, y sus pronunciamientos son vinculantes para todos los poderes y autoridades”. (GÁLVEZ VILLEGAS, 2017)

- Elementos subjetivo

El delito de enriquecimiento ilícito, en virtud a su configuración, es un delito de tipo doloso, siendo el dolo el principal elemento subjetivo, del mismo; consistente en el conocimiento y voluntad del hecho perpetrado. Asimismo, se encuentra presente otro elemento subjetivo, de tendencia interna trascendente, como es el ánimo de lucro del sujeto agente, que se evidencia con la voluntad de asumir la titularidad de los bienes, derechos o activos, correspondientes al incremento patrimonial, a través del mismo, de un familiar o de alguna tercera persona. (WONG CORONADO, 2018)

2.4.2 Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva

Definición:

El Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva, tiene sus raíces en la

figura jurídica de la participación, en el sentido de que esta es una actuación derivada del actuar del autor; es decir que existe una relación de dependencia de la actuación del partícipe, en relación a la del autor, siendo que, al no concurrir el actuar del último, no podría suscitarse, tampoco, la participación del primero. (WONG CORONADO, 2018)

Clasificación según VILLA STEIN (2014):

A) Accesoriedad mínima: El hecho principal satisface el tipo, independientemente de la antijuricidad. Esta tesis obviamente se rechaza actualmente.

B) Accesoriedad limitada: El hecho principal además de típico, es antijurídico. No se requiere culpabilidad.

C) Accesoriedad extrema: El hecho alcanza el nivel de la tipicidad, de la antijuricidad y de la culpabilidad.

D) Hiperaccesoriedad: Aquí, además de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, actúan las condiciones objetivas de punibilidad.

La doctrina dominante se inclina por la tesis de la accesoriad limitada y en tal virtud el hecho material debe ser únicamente típico y antijurídico. (VILLA STEIN, 2014)

Principios vinculantes:

A) Principio de Extensión de las Penas

El Principio de Extensión de las Penas, es uno de los que más se encuentra vinculado al Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva, en tanto permite extender el marco punitivo del autor hacia el partícipe que cometió el mismo ilícito penal, a través de la creación de las figuras de la complicidad e instigación, como formas de participación delictiva que, a su vez, resultan ser causas de extensión de la pena, dada su colaboración en la perpetración del tipo penal, bajo la premisa de que “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

(WONG CORONADO, 2018)

Por esta razón, la simple contribución en el hecho punible (propio de la participación) mediante acciones distintas a las típicas no puede fundar ninguna autoría (más claro, strictu sensu, el inductor y el cómplice no realizan o cometen el delito en el sentido de los tipos penales), por lo que su punición obedece a la decisión del legislador de ampliar la punibilidad a acciones situadas fuera del tipo (o extra típicas que valoradas por sí mismas resultarían impunes), a través de los específicos preceptos que regulan la inducción y la complicidad delictivas, dependientes de la autoría (esta sí, por sí misma punible). (REVILLA LLAZA, 2014)

Cabe resaltar que esta responsabilidad, que se extiende al partícipe, se va a regir por determinados límites, en tanto, pese a que ambos, autor y partícipe, hayan ejecutado actos destinados a la creación de un mismo suceso, el dominio del hecho y las acciones que estos destinaron a su perpetración, difieren, por lo que las penas a imponerse, dependerán de su actuación, acorde al Principio de Proporcionalidad de las Penas, principio que, de igual manera, se vincula con los mencionados, y sirve para la realización de una correcta imputación. (WONG CORONADO, 2018)

B) Principio de Proporcionalidad de las Penas

También llamada Prohibición en exceso, consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado de Derecho. (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014)

Según MUÑOZ CONDE, este principio informa del equilibrio y prudencia que debe existir entre la magnitud del hecho y la pena que le debe corresponder al autor.

El Artículo VIII del Título preliminar del Código penal dice: Artículo VIII.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes". Se trata de una prohibición legal al exceso en la punición de conductas y es un

derivado del Principio de Intervención Mínima necesaria. (citado en VILLA STEIN, 2014)

De acuerdo a VILLA STEIN, la proporcionalidad debe fijar el punto en que la pena sea necesaria y suficiente a la culpabilidad del autor, aunque con sujeción a la importancia de la norma protectora, lo mismo que a la magnitud del daño, no teniendo cabida criterios de retribución talional o venganza.

2.4.3 Principio de Incomunicabilidad de Circunstancias y Cualidades entre autores y partícipes

Definición:

El Principio de Incomunicabilidad de Circunstancias y Cualidades entre autores y partícipes, hace referencia a la existencia de determinadas circunstancias y cualidades, que concurren en el autor del suceso delictivo, las mismas que no pueden ser transmitidas a los partícipes de dicho ilícito penal, por el hecho de ser éstas, propias del autor. El meollo del asunto radica en determinar cuáles son esas circunstancias y cualidades del autor que no pueden ser comunicadas a los partícipes del mismo hecho delictivo, considerando el amplio catálogo que recoge nuestro Código Penal vigente, respecto a estas particularidades de los sujetos intervinientes, teniendo en cuenta el carácter personal e impersonal, que concurre en cada una de ellas. (WONG CORONADO, 2018)

2.4.3.1 Circunstancias y cualidades personales del autor que afectan o fundamentan la responsabilidad penal del partícipe extraneus

Legislación peruana

Artículo N° 26 del Código Penal “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”.

A) Circunstancias y cualidades del autor

Una circunstancia, en pocas palabras, es una situación o condición que rodea y afecta a un sujeto, mientras que una cualidad es una característica que le es atribuible a una persona. Nuestro Código Penal peruano ha catalogado una serie de circunstancias y cualidades atribuibles a los sujetos intervinientes en el delito.

Atendiendo al artículo 26 del Código Penal peruano, tenemos que pese a que éste prescribe acerca de una serie de circunstancias y cualidades, no específica a cuales de todas las que nuestro sistema penal reconoce, hace referencia, aludiendo genéricamente a estas, sin darles clasificación alguna, exigiendo como único requisito que afectando la responsabilidad de algunos autores y partícipes, no modifique la de los otros intervinientes del mismo hecho delictivo. (WONG CORONADO, 2018)

B) Responsabilidad penal

Teniendo en cuenta, el análisis realizado al artículo 26 del Código Penal peruano, en virtud del significado que se le otorga, en este precepto, al término “responsabilidad”, se puede concluir que dicho concepto “(...) debe entenderse en un sentido lato o amplio como la “responsabilidad penal” que puede ser afectada de diversas maneras tanto dentro de los distintos niveles de estructura delictual (como en las causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal del artículo 20 y siguientes) como fuera de ella (como la responsabilidad penal que se agrava o atenúa según los artículos 45, 46 y 46 A CP). A diferencia de otras concepciones restrictivas, esta amplia interpretación provisional posibilita sin problemas identificar y estudiar los diferentes grupos de casos en que una circunstancia o cualidad, sea cual fuere su origen y esfera de aplicación, es comunicable de unos a otros intervinientes en el hecho punible, como paso previo para

la delimitación específica de su contenido, lo cual incluye los ya mencionados supuestos de incommunicabilidad de criterios personales de determinación e individualización judicial de la pena, de los presupuestos personales de punibilidad, y de las circunstancias personales que afectan la culpabilidad y el injusto”. (REVILLA LLAZA, 2014)

- C) La incommunicabilidad de las circunstancias y cualidades personales del autor y la afectación de la responsabilidad penal

Para REVILLA RAZA se entiende que cuando el legislador, en la redacción del artículo 26 de nuestro Código Penal refiere sobre las circunstancias y cualidades que no modifiquen la responsabilidad de los demás intervinientes, hace mención a las circunstancias y cualidades que son de carácter personal; en tanto, estas no son comunicables de autores a partícipes, dada la naturaleza de las mismas.

Sin entrar aún en la precisión del contenido esencial del artículo 26 CP, a grandes rasgos, puede sostenerse que constituyen elementos personales incommunicables en nuestro ordenamiento jurídico-penal los siguientes: las cualidades y circunstancias que afectan el injusto y la culpabilidad (personales), los presupuestos de punibilidad y los criterios para la determinación de e individualización judicial de la pena. Sin embargo precisar la inclusión o exclusión de estos elementos dentro de la regla de incommunicabilidad del artículo 26 solo puede ser posible tras un análisis específico de los diferentes grupos de casos.

Asimismo, sobre el verbo “afectar” que se lee, en el artículo en mención, se debe considerar que nuestra doctrina penal reconoce solamente tres formas por las que se puede afectar la responsabilidad penal, de una persona, siendo estas las siguientes: “(...) agravándola (aumentando la entidad de su sanción penal), atenuándola (disminuyendo la entidad de su

sanción penal) y excluyéndola (eximiéndola de toda responsabilidad penal). Ello precisamente determina la existencia en nuestro ordenamiento jurídico-penal de diversas circunstancias y cualidades personales que agravan, atenúan y excluyen la responsabilidad penal”.

Nuestro Código Penal, contempla un catálogo de numerosas circunstancias y cualidades personales, susceptibles de afectar la responsabilidad penal de una persona, “(...) sea que desplieguen su efecto dentro de la estructura de la estructura delictiva, influyendo sobre los elementos del delito (afectando el injusto y la culpabilidad), o fuera de ella (influyendo la sancionabilidad de la conducta o la determinación e individualización judicial de la pena). Así, por ejemplo, los criterios para la determinación e individualización judicial de la pena despliegan un efecto agravatorio o atenuante, los presupuestos de la punibilidad un efecto excluyente, y las circunstancias que afectan la culpabilidad y el injusto un efecto agravante, atenuante y excluyente”.

No debe perderse de vista que el artículo 26 del C.P. predica de estas circunstancias que afectan la responsabilidad (de algunos autores o partícipes del hecho punible) el no modificar en modo alguno la responsabilidad de los otros autores y partícipes. Es decir, señala como regla que (solo) las circunstancias y cualidades que agravan, atenúan o excluyen la responsabilidad (penal) no son comunicables entre los autores y partícipes del hecho punible. Ello resulta elemental sobre todo para diferenciar las circunstancias que afectan (agravan, atenúan y excluyen) la responsabilidad penal (y sus efectos), que no son comunicables en modo alguno, de aquellas circunstancias que fundamentan la responsabilidad penal que, siendo de naturaleza personal, sí son comunicables del autor al partícipe, como consecuencia de la aceptación del Principio de Accesoriedad limitada.

Entonces, queda claro que el partícipe no realiza un injusto típico principal, sino más bien uno dependiente del perpetrado por el autor, por lo que el desvalor del partícipe procede del suceso principal. En este sentido, se entiende que una regulación rígida e inflexible del Principio de Accesoriedad, generaría que todas las circunstancias y cualidades que afecten la tipicidad y antijuricidad, propias del autor, sean comunicables al partícipe, lo que se traduciría en el pleno acogimiento de la teoría de la unidad del título de imputación, cuya consecuencia sería que tanto autores y partícipes respondan siempre por el mismo injusto penal, sin considerar las circunstancias y cualidades personales, incluyendo a las que afectan y fundamentan la responsabilidad penal, lo que nos acercaría a un sistema unitario de autor. Lo anteriormente expuesto, significaría una gran vulneración al principio de culpabilidad, “(...) pues un interviniente en quien concurre una circunstancia o cualidad personal (que afecta el injusto) no puede ser tratado jurídico-penalmente de la misma manera que otro que no la posee, y viceversa”.

En este sentido, y considerando las consecuencias que acarrearía la adopción plena de la teoría antes mencionada, debe entenderse que el Derecho Penal peruano trata al artículo N°26 de su Código Penal, a partir de una interpretación teleológica-sistemática restrictiva, flexibilizando la aplicación fáctica de dicho artículo, a través de una adecuada valoración jurídica, entendiéndose que el “(...) ilícito que le corresponde a cada interviniente del delito no debe tomar en consideración circunstancias o cualidades personales modificantes o excluyentes de la conducta típica y antijurídica que le son ajenas al sujeto enjuiciado”.

Es decir, no se debe considerar para determinar el ilícito cometido (y la responsabilidad penal) del sujeto enjuiciado un elemento personal que, si bien modifica o excluye el injusto típico a algún interviniente que lo posee, en él no se presenta

(las circunstancias personales que modifican o excluyen el injusto típico son incommunicables a los otros autores o partícipes del hecho delictivo). Así como un autor o partícipe en quien concurre una circunstancia o cualidad personal (que afecta su injusto) no puede ser tratado jurídico-penalmente como si no la poseyera, así mismo un autor o partícipe en quien ella no concurre no puede ser tratado jurídico-penalmente como si la tuviera”. “De lo anotado, podemos llegar a una conclusión básica derivada del artículo 26 CP: (solo) son comunicables entre autores y partícipes las circunstancias o cualidades personales que agravan, atenúan o excluyen el injusto penal, cuando estas se presentan o concurren únicamente en alguno de ellos. (REVILLA LLAZA, 2014)

- D) La comunicabilidad de las circunstancias y cualidades personales del autor y la fundamentación de la responsabilidad penal

REVILLA RAZA señala que así como existen circunstancias y cualidades personales del autor, que son incommunicables, entre estos; debe reconocerse, también, la existencia de aquellas circunstancias y cualidades personales del autor que, por el contrario de las primeras, si son comunicables de autores a partícipes, conclusión que puede extraerse del artículo N° 26 de nuestro Código Penal, partiendo de la idea que “aquellas circunstancias o cualidades personales que no afectan (agravan, atenúan o excluyen) el injusto sí son comunicables entre autores y partícipes; ello en el bien entendido de que si una circunstancia o cualidad personal no tiene la virtud de agravar, atenuar o excluir el injusto, ello es porque constituye una circunstancia personal fundamentadora del injusto”, por lo que podría acogerse la posibilidad de interpretar el artículo en mención, considerando la extracción de la siguiente regla: “(...) todas las circunstancias y cualidades personales que fundamentan el injusto y que concurren en un autor han de ser apreciadas también en el partícipe”, concluyendo en la

comunicabilidad de las circunstancias y cualidades personales que fundamenten el injusto penal.

Siguiendo la línea de lo manifestado, es necesario conocer que “(...) una circunstancia o cualidad personal que fundamenta el injusto es aquella circunstancia imprescindible exigida por la ley en la creación de una conducta típica y antijurídica, más no en su agravación o atenuación. (...) comprobar si una circunstancia o cualidad fundamenta el injusto dependerá exclusivamente de si determinado comportamiento sigue o no siendo punible (por ilícito) en caso de faltar tal circunstancia. Si sigue siendo punible no será fundamentadora del injusto, si deja de ser punible será fundamentadora del injusto”. (REVILLA LLAZA, 2014)

E) La responsabilidad penal y punibilidad del partícipe extraneus en delitos especiales propios

PEÑA CABRERA señala que conforme a lo, anteriormente, detallado y adaptándonos a los fundamentos que ya fueron explicados, se puede considerar la posibilidad de que recaiga una imputación fáctica sobre el extraneus, en los delitos especiales propios, en calidad de cómplice del ilícito perpetrado, por el mismo delito en el que incurrió el intraneus, en el sentido de que “(...) la participación es una actividad accesoria y dependiente de la autoría, de modo que la posibilidad de que, en algunos supuestos, se pueda generar ese riesgo al bien jurídico solo puede ser explicada a partir de la suma de ambas intervenciones típicas; en consecuencia, siendo dogmáticamente admisible la participación del extraneus en un delito especial propio, esta es punible por el mismo título de imputación del intraneus”. “Cuando la persona calificada como idónea para ser autor de uno de estos hechos interviene con la participación de instigadores o cómplices extranei, estos responderán por el delito cometido por el autor, porque sus comportamientos son complementarios al de aquel. Así Quintero Oliveros indica que no hay ninguna regla que impida que los

partícipes en delitos especiales propios e impropios respondan penalmente de acuerdo con el tipo realizado por el autor principal, sea cual sea el tipo. El partícipe no puede ser un autor principal, pero eso no tiene nada que ver con el título de imputación (delito por el que responde), que es el mismo para todos”.

Para Cuello Contreras, en los delitos especiales, el extraneus, que no puede responder como autor, puede hacerlo como partícipe porque la participación es causación de un resultado a través de la conducta principal antijurídica del autor. En palabras de Donna, la participación de sujetos extraños en delitos especiales es posible. Si se trata de un delito especial, como por ejemplo un delito propio de un funcionario, al partícipe le será aplicada la pena del intraneus, aunque debería ser atenuada.

De lo ya expuesto, se puede determinar que teniendo como base al Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva, es posible fundamentar la comunicación de determinadas circunstancias y cualidades, a nivel de injusto penal, del intraneus hacia el extraneus, considerando el mismo título de imputación para ambos intervinientes. No obstante, cabe recalcar la importancia del acogimiento de la teoría de la unidad del título de imputación que, de igual forma, resulta ser un fuerte fundamento, en aras de justificar la punibilidad del partícipe extraneus, en los delitos especiales propios, al tener en cuenta que “(...) se debe mantener la unidad en el título de la imputación, ya que el hecho realizado solo puede calificarse de una determinada forma y, además, porque no cabe otra posibilidad de exigir responsabilidad criminal al extraño que favorece a su ejecución pues, de lo contrario, habría que declarar su impunidad, admitiendo una insoportable laguna de punibilidad. Queda claro, por tanto, que los extranei no pueden ser autores de delitos como el peculado y malversación de fondos, pero ello no implica que su activa participación delictiva quede en la impunidad, en tanto su intervención puede ser

calificada como complicidad, con arreglo al principio de unidad en el título de la imputación, por lo que el particular puede contribuir en un hecho cuya pertenencia es reconocida a un funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones, lo cual se corresponde también con criterios de justicia material. De esta manera, los particulares no responderían por un delito distinto al del autor, algo que quebraría el aforismo de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal”.

Siguiendo los lineamientos antes trazados, podemos afirmar que la posición adoptada en el presente trabajo resulta ser viable en un Estado de Derecho, como en el que se encuentra nuestro país, siendo que “son varios los fundamentos (dogmáticos) más que de política criminal, que sustentan coherentemente la punición del extraneus, en el mismo sentido lógico de la “accesoriedad”, el fundamento material que amalgama la autoría y participación de los delitos especiales propios, así como la compatibilidad de esta tesis con el Principio de Incomunicabilidad de las circunstancias personales, al definir una extensión de la punición explicada desde la antijuricidad y no desde la culpabilidad”. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016)

2.4.4 Teoría de la unidad del título de imputación

Esta teoría abala la idea de que todos los intervinientes de un mismo hecho delictivo, ya sean autores o partícipes, “deben responder por el mismo delito; y que el injusto como una unidad no puede ser disgregado en diversas calificaciones delictivas. Quien participa en el hecho del que porta el deber, conociendo su calidad de portador del deber, ha de responder por su participación en el hecho ajeno, bajo el mismo título que el autor, pues también ha colaborado a que este infrinja su deber especial”. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016)

2.4.5 Teoría de la ruptura del título de imputación

Esta teoría, a diferencia de la anterior, atribuye tanto al extraneus como al

intraneus delitos diferentes, cuando los dos emanan de un mismo hecho punible, rompiendo así con el principio de accesoriadad de la participación delictiva. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016)

Esto significa que en los delitos especiales, el estatus del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que sólo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa del radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad. (CASACIÓN, 2016)

Esta teoría es un tanto cuestionada, en tanto algunos autores refieren que asumir la tesis de la ruptura en el título de la imputación significa quebrar los fundamentos dogmáticos de la participación delictiva, en cuanto a la accesoriadad que sustenta su punición. El partícipe interviene en un hecho ajeno que le pertenece al autor, no vulnera una norma distinta, ni puede dividirse la calificación del título delictivo o el delito como una unidad. Algunos autores consideran que esta teoría cobra importancia en los delitos especiales propios funcionariales, en donde la ruptura del título de imputación sería una consecuencia inevitable, siendo que al no existir, en la legislación penal, una incriminación que pueda ser atribuible al particular, en este caso el extraneus, su actuación resultaría impune. (WONG CORONADO, 2018)

2.5 OBJETIVOS

2.5.1 Objetivo General

Determinar si es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito.

2.5.2 Objetivos Específicos

- Identificar los delitos especiales propios y diferenciarlos de los delitos especiales impropios.
- Conocer las clases de autoría y participación como formas de

intervención delictiva.

- Analizar el delito de enriquecimiento ilícito, acorde a la normativa penal vigente.
- Estudiar el contenido del Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva.

2.6 VARIABLES

2.6.1 Variable Independiente:

Delito de Enriquecimiento Ilícito

2.6.2 Variable Dependiente:

La punibilidad del partícipe extraneus.

2.7 SUPUESTOS

El supremo tribunal es la máxima autoridad de administrar justicia en el país, su competencia se extiende a todo el territorio del Perú se le ha asigna constitucional y legalmente la administración, el gobierno y la dirección del poder judicial, eje del sistema judicial de justicia y uno de los tres poderes más importantes en el cual descansa el estado.

Es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito, dado que únicamente son comunicables las circunstancias y cualidades personales que afectan la responsabilidad penal de autores a partícipes, de un mismo hecho delictivo, más no las que la fundamentan, las cuales si son comunicables debido al Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva.

Si en el caso un tercero (extraneus) participa en el delito de enriquecimiento ilícito producido por un funcionario del estado, estamos ante la posibilidad de sancionar no solo al autor (funcionario) sino al también ante la intervención del tercero en calidad de cómplice primario. Es posible según la legislación peruana promulgó por Decreto Legislativo N° 1351, por medio del que se introdujeron una serie de modificaciones a algunos artículos de nuestro Código Penal, siendo la más importante, acorde a los motivos de la presente investigación, la modificación del

artículo 25, que regula la complicidad primaria y secundaria, el mismo que tras la incorporación de un tercer párrafo.

CAPITULO III **METODOLÓGICO**

3.1 METODO DE INVESTIGACION

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación Descriptiva explicativa de tipo socio jurídico.

3.1.1 MUESTRA

La muestra de estudio estuvo constituida por el fallo de los jueces supremos de lo penal, integrantes de las salas penales permanentes y transitorias de la corte de justicia de la república, reunidos en pleno jurisdiccional, recaído en el ACUERDO PLENARIO N°3-2016/CJ-116.

3.1.2 TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS

Las técnicas utilizadas en el presenta trabajo de investigación son las que paso a detallar:

- **Análisis documental:** con esta técnica se obtendrá la información del ACUERDO PLENARIO N°03-2016/CJ-116., y los artículos 401, 24, 25,26 del código penal Peruano.
- **Fichaje de Materiales Escritos:** para obtener la información general el marco teórico y la situación de la legislación, para una determinada conceptualización.

3.1.3 PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se obtuvo a través de la web el ACUERDO PLENARIO N°03-2016/CJ-116-

Publicaciones del diario el Peruano.

2. Se realizó el análisis sobre: La participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito. Según el ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116, desde el punto de vista normativo y legal, mediante el método deductivo partiendo desde el marco del derecho penal Peruano al específico (artículos 24, 25, 26 y 401).

3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.

4. La recolección estuvo a cargo de los autores del método del caso.

5. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.2 VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO

La realización del análisis crítico del objeto de estudio, está sujeto a lineamientos éticos básicos de objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros y relaciones de igualdad. Se asumió compromisos éticos antes durante y después del proceso de investigación, a efectos de cumplir el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la intimidad. Asimismo, para asegurar la confiabilidad y credibilidad, minimizar los sesgos y tendencias, y rastrear sus datos en su fuente empírica, se ha insertado el objeto de estudio, esto es el ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116.

3.3 PLAN DE ANALISIS, RIGOR Y ÉTICA

El análisis de la información extraída del caso investigado, se siguió el procedimiento antes indicado, ciñéndose estrictamente a revisar no solo el ACUERDO PLENARIO, sino también los antecedentes legislativos, casaciones, jurisprudencia nacional e internacional, con las cuales se formó un criterio de la correcta aplicación de las sanciones penales en los delitos el enriquecimiento ilícito y la participación del extraneus.

CAPITULO IV

RESULTADOS

Con respecto al análisis del ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116. “La participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito”. Se tiene que:

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las salas penales permanentes y transitorias de la corte suprema de justicia de la república, reunidos en pleno jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ACORDARON:

ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 15° del presente Acuerdo Plenario:

Sobre la autoría y participación en Delitos Especiales Propios

6°. La clásica discusión teórica sobre la autoría y la participación en delitos especiales propios ha motivado complejos debates en el derecho penal contemporáneo. Sobre todo a partir de los enfoques y planteamientos que califican a estos delitos como delitos de infracción de deber y delitos de infracción de deber por competencia institucional. (ROXIN, 2016) (SILVA SÁNCHEZ, 2005)

7°. En el derecho penal nacional hasta antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1361, la regulación legal de las formas de autoría en el artículo 23° y de la instigación y complicidad en los artículos 24° y 25° del Código Penal, respectivamente, no desarrollaron reglas particulares en relación a los delitos especiales propios (ABANTO VÁSQUEZ, 2014). De allí que su conexión con los aludidos debates teóricos sólo se fue asimilando a partir de su reflexión por la doctrina o de su aplicación por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República como bien lo ha destacado Montoya Vivanco. (MONTROYA VIVANCO, Manual Sobre Delitos Contra la Administración Pública, 2015)

8°. Ahora bien, la participación del extraneus en los delitos especiales propios de infracción de deber, que cometen los funcionarios públicos competentes contra la administración pública, ha promovido también distintas posiciones teóricas sobre su

punibilidad o no punibilidad. Al respecto, el tema controvertido se relaciona con el señalamiento de las implicancias y consecuencias dogmáticas o prácticas, que conlleva el admitir la eficacia sobre dicha materia de la categoría de los delitos de infracción de deber especial. En efecto, actualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce que existen tipos legales que se configuran y forman sólo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor intraneus, lo cual es una característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que, para esta clase de delitos funcionariales, no adquiere trascendencia jurídica. Fundamentalmente, porque el hecho punible está construido por la posición o estatus en relación al deber estatal que sólo incumbe al funcionario, cual es conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo para con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia.

9°. Sin embargo, en lo que concierne a la participación del “extraneus” que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016). El primero, que plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos intraneus y extraneus ellos deben responder por distintos títulos de imputación. Esto es, el intraneus responderá, como autor de un delito especial; mientras que el extraneus responderá como partícipe o autor de un delito común (RUEDA MARTÍN, 2001). De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (extraneus) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26° del Código Penal, estimando que dicha disposición legal consagraría la exigencia de impedir que la imputación del extraneus se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducírsele hacia un delito común. Asimismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del intraneus al extraneus. Y que sólo el traslado de tales

cualidades personales posibilitaría imputar al extraneus la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, se agrega, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. En consecuencia, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los extraneus sólo la autoría o la participación de los delitos comunes. (RECURSO DE NULIDAD, 2008) (CASACIÓN, 2016)

10°. La segunda posición jurisprudencial, en cambio, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el extraneus si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe quien sólo colabora, no hay ningún impedimento para que los extraneus respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad (PÉREZ MANZANO, 1999). En tal sentido, el extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el mismo injusto realizado por el autor funcional que infringe el deber especial. Sobre todo, porque la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal (RECURSO DE NULIDAD, 2004). Esto es, no posee una autonomía o configuración delictiva propia aún en aquellos casos donde aquél toma parte directa en la realización de la conducta punible.

Artículo 26° del código penal y delitos especiales propios

11°. Ha sido frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia nacional atribuir al contenido del artículo 26° del Código Penal la función dogmática de justificar el tratamiento del extraneus en delitos especiales propios de naturaleza funcional. En ese contexto, el mismo dispositivo legal ha sido utilizado coyunturalmente para afirmar o negar la validez de la teoría de la unidad del título de imputación y posibilitar o impedir el tratamiento de un tercero como partícipe de aquellos delitos especiales propios que colocan en su tipificación como autor exclusivo y excluyente a un funcionario público, vinculado con deberes específicos y no transferibles del cargo o posición funcional que desempeña u ocupa en la administración pública. Es así que tanto en el Acuerdo Plenario N° 2 – 2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011 (Cfr.

Fundamento Jurídico 12°), como en la Casación N° 782-2015 procedente del Santa del 6 de julio de 2016 (Cfr. Fundamento Jurídico 10), se ha hecho evidente una contradictoria aplicación operativa del artículo 26° del Código Penal. Resulta, por tanto, necesario, establecer cuál es la condición dogmática y el rol normativo que realmente posee y cumple el citado artículo en la legislación penal vigente. Especialmente, porque la discusión teórica y práctica sobre dicha disposición legal adquiere particular relevancia, cuando se recurre con frecuencia a ella para justificar decisiones jurisdiccionales sobre la autoría o la participación en una modalidad relevante de delito funcional contra la administración pública, cual es el de enriquecimiento ilícito. A este nivel, pues, resulta pertinente precisar también si en esta modalidad de delito especial propio y funcional es posible admitir la participación de tercero extraneus; así como identificar hasta que momento de la ejecución de dicho ilícito penal se debe admitir la materialización de actos de complicidad o instigación.

12°. Según el texto legal del artículo 26° del Código Penal de 1991: “Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de los autores o partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”. El antecedente legislativo e inmediato de dicha disposición lo encontramos en el artículo 104° del Código Penal de 1924. La fórmula normativa utilizada por este precedente legal era muy similar a la actual, destacando también que “las circunstancias y cualidades personales que afecten la culpabilidad y la penalidad de alguno de los autores o cómplices, no modifican las de los demás autores o cómplices del mismo hecho punible”. Sin embargo, en otro texto legal histórico, el Código Penal de 1863, la redacción empleada por un dispositivo equivalente, el artículo 56°, fue mucho más precisa al establecer el rol dogmático de dicha norma, señalando de modo específico que “las circunstancias agravantes o atenuantes que resulten del estado moral o intelectual del reo, o de sus relaciones con el ofendido, sólo atenúan o agravan las penas de los delincuentes en quienes concurren”.

Resulta, por tanto, evidente, que en el devenir del tiempo las normas legales citadas han tenido un mismo propósito y función, cual es disponer la incomunicabilidad de circunstancias modificativas de la punibilidad que sólo concurrían en determinados autores o partícipes de un mismo delito. Ello significa que su eficacia operaba únicamente en torno a la determinación conminada o concreta de la penalidad de un mismo hecho punible en cuya realización concurrirán varias personas, sea como

ejecutores o como partícipes. Se trataba, pues, de circunstancias antecedentes, concurrentes o posteriores que incidían en la configuración de la posibilidad punitiva de un determinado delito sea este común o especial, de infracción de deber o de dominio, pudiendo ellas ejercer una eficacia agravante o atenuante; así como de incremento o disminución de punibilidad únicamente sobre los intervinientes, autores o partícipes, en quienes se dieran sus presupuestos de configuración. Siendo así, el artículo 26° y sus antecedentes históricos nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; ni mucho menos, su disposición normativa estuvo dirigida a delimitarla calidad o condición particular de quien desde un tipo penal debía fungir como autor exclusivo de la conducta criminalizada.

Cabe destacar, además, que las circunstancias no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor potencial. Sólo de manera excepcional en la Parte Especial del Código Penal peruano, ellas se integran o fusionan con un tipo penal básico para permitir la construcción de tipos penales derivados (elementos típicos accidentales). Lo cual ocurre en los casos de los denominados homicidios calificados o privilegiados que derivan del delito de homicidio simple (Cfr. Artículos 106, 108, 112). Sin embargo, en ninguno de los diferentes tipos penales que describen delitos funcionariales contra la administración pública se ha empleado dicha técnica legislativa. Por el contrario, en la descripción de tales tipos penales que tratan de delitos especiales propios o de infracción de deber, el autor es siempre identificado como componente esencial de la estructura típica. Y al él se refiere la ley como un funcionario público o titular de un deber especial derivado o asignado por las competencias o facultades que ejerce. Tal condición funcional, no es, pues, una circunstancia para medir la intensidad de la punición del delito sino un elemento constitutivo fundamental para que el hecho punible se pueda configurar y realizar.

En consecuencia, pues, los delitos funcionariales especiales propios o de infracción de deberes institucionales no reproducen circunstancias específicas, sino a un modelo específico de autor. No tienen, por tanto, ninguna conexión dogmática o político criminal con lo regulado por el artículo 26° del Código Penal.

Lo expuesto, pues, permite señalar que el artículo 26° no es una disposición que permita sustentar, legal o técnicamente, la adopción o preeminencia de cualquier

enfoque teórico dirigido a excluir la necesaria accesoriedad de la intervención de un tercero extraneus como cómplice o instigador del mismo delito especial propio o de infracción de deber que sólo puede ejecutar el funcionario público (teorías de ruptura del título de imputación). La eficacia y utilidad dogmática de dicha norma, se limita, en realidad, únicamente a evitar que la mayor o menor punibilidad que puede proyectar una circunstancia genérica, específica o cualificada; así como causales de disminución o incremento de punibilidad (REAÑO PESCHIERA, 2016), sobre la valoración y medición punitiva concreta del proceder delictivo del autor o participe de un mismo hecho punible -sea cual fuere la naturaleza de dicho delito-, afecte o privilegie en igual medida a las demás personas intervinientes que interactuaron con aquél.

El Enriquecimiento Ilícito como Delito Especial Propio

13º. El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra tipificado en el artículo 401º del Código Penal. Según esta disposición legal es punible “el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos”.

Sujeto activo de este delito debe serlo necesariamente un funcionario o servidor público, en cualquiera de las categorías que registra el artículo 425º del Código Penal. Se trata, por tanto, de un típico delito especial propio o funcional de infracción de deber. Sobre todo, porque el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido (PRADO SALDARRIAGA V. R., 2017). Como esclarece la doctrina especializada, este delito consiste en “enriquecerse sin causa justa. Lo justo de un enriquecimiento es el poder explicar los orígenes de un incremento patrimonial económico, según la ley y conforme a la ética que son los dos patrones que medirán esta justicia”. Por tanto, “el que el enriquecimiento no sea justificable, es parte estructural del delito de enriquecimiento ilícito y no una mera condición para hacer punible tal enriquecimiento” (FERREIRA DELGADO, 1985). En consecuencia, pues, el delito se va materializando de modo continuado y acumulativamente, mediante un conjunto conexo de actos dolosos irregulares que van procurando el aumento de los activos o la disminución de los pasivos del funcionario público. Sin embargo, es pertinente destacar que tales acciones se encuentran siempre vinculadas entre sí por el mismo designio lucrativo antijurídico (producir el enriquecimiento ilícito).

Ahora bien, tal potenciación patrimonial no debe corresponder al incremento o reducción ordinaria, regular y probable que producirían los ingresos o rentas personales que el funcionario genera, obtiene y posee lícitamente. Lo punible, entonces, está referido, exclusivamente, al efecto y beneficio lucrativo que deriva de aquellas “conductas anormales mediante las cuales el funcionario incrementa ilícitamente su patrimonio” (PORTOCARRERO HIDALGO, 1996). Por ende toda modificación positiva o enriquecimiento patrimonial que sean justificados carecen de relevancia penal. “Lo importante es que el enriquecimiento o incremento patrimonial del funcionario sea el fruto de actividades ilícitas o injustas”. (JOSÉ CANCINO & TOSCANO DE SÁNCHEZ, 1986)

Cabe precisar, también, que el enriquecimiento ilícito puede ser paulatino. El, sin embargo, debe acontecer y concretarse necesariamente durante el período de gestión o competencia funcional que ejerce el funcionario público. Esto es, desde que asume el cargo hasta que cesa en él. Ni antes ni después de tales sucesos formales será posible practicar o imputar un acto de enriquecimiento ilícito. (MONTROYA VIVANCO, 2012)

No obstante, el enriquecimiento ilícito debe derivarse de la comisión de modalidades inominadas pero idóneas de abuso funcional, las cuales no deben constituir otros delitos funcionales, como los actos de corrupción pasiva, peculado o colusión. Este presupuesto material negativo del enriquecimiento ilícito lo convierte en un delito de carácter subsidiario o residual (SALINAS SICCHA, 2016). Por tanto, sólo en la medida en que el enriquecimiento ilegal no sea efecto o derive de la realización de otro delito funcional, como los antes mencionados, será posible subsumirlo en la tipicidad del artículo 401° del Código Penal. Se trata, pues, de un presupuesto negativo implícito en la construcción legal y sistemática de dicho tipo penal.

Un problema adicional que plantea la estructuración formal y material del delito de enriquecimiento ilícito se relaciona con el monto económico que aquél representa. La discusión gira en torno a determinar si cabe considerar un componente cuantitativo mínimo de incremento en los activos o de disminución de los pasivos del funcionario público para poder imputar la realización del delito. Al respecto en el derecho comparado hay varias alternativas legales. Por ejemplo, se ha destacado que el enriquecimiento patrimonial tiene siempre que ser “apreciable” (Artículo 268° del

Código Penal argentino). Siguiendo similar orientación legislativa, el párrafo tercero del artículo 401° del Código de 1991, establece que constituye un indicio de enriquecimiento ilícito “cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de sus bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente hubiera podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”. Un criterio análogo se aprecia en el artículo 41° de la Constitución de 1993. Siendo así, no cabe exigir un monto dinerario específico para identificar el enriquecimiento ilícito pero si una valoración razonable de su magnitud como desbalance notorio y apreciable en el patrimonio personal o familiar del funcionario, para, en base a ello, inferir e imputar su presencia.

El Extraneus en el Delito de Enriquecimiento Ilícito

14°. La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional. Por ejemplo BRAMONT ARIAS comentando la regulación de este delito en el artículo 361° del Código Penal de 1924, consideraba que ella debía ser sancionada conforme a las “disposiciones generales relativas a la participación en hechos punibles” (BRAMONT ARIAS, 1988).

Ella, por tanto, debe ser sancionada, según los casos, con los mismos estándares de penalidad conminados en el artículo 401° y en concordancia con lo dispuesto al respecto en los artículos 24° y 25° del Código Penal. Esta opción hermenéutica ha sido, además, ratificada plenamente por la doctrina penal nacional más caracterizada. Por ejemplo. ROJAS VARGAS ha sostenido que “los terceros responden a título de cómplices en el delito de enriquecimiento ilícito. Nuestra legislación penal no tiene una figura propia de enriquecimiento ilícito de particulares, que si la observamos, por ejemplo en la legislación penal especial colombiana (Decretos N° 2266 de 1991). Pero cómplices no sólo son los terceros interpuestos sino también quienes con diversidad de aportes contribuyen al enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos” (ROJAS VARGAS, 1999). Similar posición ha sido asumida por SALINAS SICCHA al afirmar, que “los terceros que participan en la comisión del delito responden por el mismo delito pero a título de cómplices” (SALINAS SICCHA, 2016). Igualmente, la línea jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia ha sido recurrente a favor de dicho razonamiento dogmático y

existen antecedentes de ello desde el año 2004. Es así que en el Voto en Discordia de una Ejecutiva Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N°2976-2004, procedente de Lima, fue sumadamente expreso sobre esta materia, al señalar que “aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial – propio, en este caso- es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la calidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría- el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume-; accesoriadad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes- como todas las personas- tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico – penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es autor, sino un simple partícipe”.

Por tanto, no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito, En efecto, lo accesorio de la participación de aquél lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25° del Código Penal, por el artículo 2° del Decreto Legislativo 1361, que expresamente señala: “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”. Cabe destacar que la misma alternativa legal que dispone la aludida reforma, debe también aplicarse para resolver el caso del instigador extraneus de un delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando el artículo 24° del Código sustantivo no haya sido modificado, lo cual, además, ha sido igualmente sugerido por la doctrina nacional.

15°. Sin embargo, subsiste un conflicto hermenéutico y práctico cuando lo que se pretende es fijar una delimitación temporal que determine la oportunidad de la intervención del extraneus en del delito de enriquecimiento ilícito. Especialmente cuando ella tiene lugar durante las postrimerías de la gestión funcional del intraneus o, incluso, luego del cese formal de este último en el cargo funcional que

desempeñaba. Al respecto, es pertinente destacar que el delito de enriquecimiento ilícito, según la estructura típica que él posee en el artículo 401° del Código Penal peruano es de naturaleza combinada o mixta. En efecto, la norma citada lo regula como de ejecución continua y de consumación permanente (MONTROYA VIVANCO, 2015) (BRAMONT ARIAS, 1988). El agente, por tanto, debe realizar mientras ostenta su condición funcional una secuencia de actos provenientes de la misma resolución criminal (producir su enriquecimiento ilícito); pero, además, la mejora acumulativa de su patrimonio que va obteniendo debe él mantenerla hasta el fin del periodo que ejerce su cargo funcional, sea este por cese o destitución. Lo cual posibilita que la intervención del tercero extraneus pueda ocurrir durante todo el tiempo que el funcionario intraneus se mantenga en el ejercicio de su posición y competencia funcional. Sea, pues, como instigador cuando motive o induzca a la realización de actos idóneos para el enriquecimiento; o como cómplice cuando ayude, de cualquier manera, a obtener, recepcionar, administrar, guardar, transferir o mantener los ingresos, los bienes, créditos o réditos que van produciendo el enriquecimiento ilícito del intraneus, el tercero deberá siempre intervenir mientras el mal funcionario conserve su cargo y condición. Por consiguiente, si la conducta del tercero se realiza o tiene lugar con posterioridad al cese o después de la pérdida del status funcional del agente del enriquecimiento ilícito, esto es, después que concluya la continuidad de la actividad delictuosa y cese la permanencia, la conducta que desplegó aquel ya no será accesoria sino autónoma y deberá ser considerada como un delito diferente que bien puede ser el de lavado de activos.

PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. Hágase saber.

CAPITULO V DISCUSION

El análisis y estudio de este plenario aborda la clásica discusión sobre la autoría y participación en los delitos especiales propios: en este caso la intervención del extraneus en el enriquecimiento ilícito, en el derecho penal peruano en la actualidad. Habiéndose logrado determinar que es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito, teniendo en cuenta la incomunicabilidad de circunstancias y cualidades personales entre autores y partícipes prevista en el artículo 25 y 26 del Código Penal, partiendo de su estudio e interpretación; considerando que este artículo solo comprendería la incomunicabilidad de circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de autores a partícipes de un mismo hecho delictivo, es decir, de aquellas que atenúen, agraven o excluyan la responsabilidad penal, siendo que al no estar inmersas, dentro de este precepto legal, las circunstancias y cualidades que fundamentan la responsabilidad penal, estas sí podrían ser comunicables de autores a partícipes de un mismo hecho punible, por tal razón la discusión del presente trabajo se centra básicamente en el siguiente punto: ¿Es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito, dado que únicamente son incomunicables las circunstancias y cualidades personales que afectan la responsabilidad penal de autores a partícipes, de un mismo hecho delictivo, más no las que la fundamentan, las cuales si son comunicables debido al Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva?

Respecto a los delitos poseen una tipicidad subjetiva y objetiva, en donde se incluyen una serie de clasificaciones, entre las que se encuentran las referidas a los tipos penales, en donde se ubican aquellas que se clasifican acorde al sujeto agente, distinguiéndolos en tipos penales básicos y especiales. Los tipos penales básicos, “reciben también la denominación de fundamentales, son aquellos que describen conductas en forma independiente y respecto de los cuales el proceso de adecuación se realiza sin sujeción ni referencia a otros tipos”. (ZAMBRANO PASQUEL, 2006)

“La ley no limita normalmente el ámbito de posibles sujetos activos, sino que se refiere a todo “el que...” ejecute la acción típica. Todos los delitos en que esto suceda serán delitos comunes, a diferencia de los delitos especiales, de los que solo pueden ser sujetos quienes posean ciertas condiciones especiales que requiera la ley”. Los tipos penales especiales se subdividen, a su vez, en propios e impropios, sobre los que se puede decir que “cuando el delito solo puede ser cometido por alguien que tiene la

calificación jurídica exigida para el sujeto, es un delito especial propio; cuando el delito especial es simplemente una forma agravada o atenuada de otro que puede ser también cometido por cualquiera, es un delito especial impropio”. (PEÑA CABRERA FREYRE, 2007)

Asimismo, existen clasificaciones relativas a los sujetos intervinientes del hecho delictivo, relacionadas con las formas de intervención delictiva, en donde podemos encontrar las figuras jurídicas de autoría y participación. El autor es quien posee el dominio del hecho ilícito y su clasificación radica en diferenciar entre autoría mediata, autoría inmediata y coautoría. El partícipe posee una clasificación que se subdivide en instigadores y cómplices, a quienes se les atribuye su colaboración en el hecho delictivo, en virtud del Principio de Accesoriedad de Participación Delictiva, el mismo que “presupone tomar parte en un hecho ajeno; siendo así, la accesoriedad implica la dependencia del hecho de los partícipes respecto del hecho principal del autor o autores”.

Respecto, a el delito de enriquecimiento ilícito, que se encuentra previsto en el artículo 401 del Código Penal, que prescribe: “El funcionario o servidor público, que abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”. Teniendo claro lo previamente referido es necesario centrar nuestra idea en el artículo 26, del Código Penal Peruano vigente, que prescribe lo siguiente: “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifica la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”. Dicho artículo puede entenderse como la prohibición de la comunicabilidad de determinadas circunstancias y cualidades, de autores a partícipes; lo que ha

conllevado a la creación de diversas interpretaciones y soluciones jurídico legales que, en el caso de la comisión delitos especiales propios, como lo es el enriquecimiento ilícito, ha traído consigo inseguridad jurídica y sensación de impunidad respecto al partícipe extraneus, que interviene en el mismo hecho delictivo del autor, como sucedió con la emisión de la sentencia casatoria N° 782-2015 que, en su momento, sentó doctrina jurisprudencial vinculante. En los delitos especiales propios, como es el caso del enriquecimiento ilícito, se requiere que el sujeto agente posea una cualidad específica para ser considerado autor, la problemática surge cuando este autor se vale de una tercera persona, que no posee la cualidad exigida por la ley, para perpetrar el hecho delictivo, apareciendo, entonces, la interrogante con respecto de si este tercero interviniente, también, denominado partícipe extraneus, deberá responder por el delito cometido o si su accionar debería quedar impune, siempre siguiendo la regla del mencionado artículo 26 del Código Penal.

Resulta fácil inferir que dicho artículo 26 prohíbe la comunicabilidad de determinadas circunstancias y cualidades de autores a partícipes, como ya se había manifestado previamente; sin embargo, debemos rescatar que esta regla hace referencia solo a aquellas circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad penal. Cuando se habla del término “afectación”, respecto a la responsabilidad penal, se entiende que este involucra tres modalidades relacionadas con la atenuación, agravación y exclusión de dicha responsabilidad, las mismas que son de naturaleza personal e intransferibles de autores a partícipes, debido a su propio sentido personalísimo. Sin embargo, es necesario reconocer que así como existen circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad penal, existen otras que la fundamentan, partiendo de la misma tipicidad, y pueden ser comunicables de autores a partícipes, por ser imprescindibles en la conducta exigida más no en la agravación, atenuación o exclusión, de la responsabilidad penal.

La solución radica, entonces, en determinar si la circunstancia o cualidad exigida en el tipo penal de enriquecimiento ilícito, en su condición de delito especial propio, afecta o fundamenta la responsabilidad; así, se comprueba que una cualidad o circunstancia fundamenta el tipo penal, si faltando aquella el comportamiento, deja de ser punible, siendo que, caso contrario, no lo sería. Se puede concluir, entonces, que si faltase la cualidad o circunstancia exigida en el tipo penal, como es el caso de la calidad del sujeto agente, que implica ser funcionario o servidor público en el delito de enriquecimiento ilícito, dicho injusto penal dejaría de ser punible, por lo que,

claramente, nos encontraríamos ante una cualidad fundamentadora del injusto, que por no afectarlo, sería comunicable del autor al partícipe.

La deducción arribada, en el párrafo anterior, posibilita, entonces, que sea posible sustentar punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito, teniendo en cuenta la comunicabilidad de circunstancias y cualidades personales entre autores y partícipes, prevista en el artículo N° 26 de nuestro Código Penal, permitiendo que tanto autor como partícipe, sean responsables penalmente por el mismo hecho delictivo; interpretación que guarda íntima relación con la última modificación del artículo 25 del Código Penal, que trajo consigo el Decreto Legislativo N° 1351, con la distinción respectiva al momento de ser aplicada la pena, acorde al Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva, siendo la relación autor-partícipe una causa de extensión de la pena, debiendo basarse en el Principio de Proporcionalidad de las Penas, atendiendo a una debida Valoración Judicial, en relación al caso concreto.

CAPITULO VI **CONCLUSIONES**

- a. Se logró determinar que es posible sustentar en la actualidad la punibilidad del partícipe extraneus en delitos especiales propios, teniendo en cuenta la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 3056, que modificó el artículo 25 del Código Penal, último párrafo donde estipula “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamenten la penalidad del tipo legal no concurren en él”.
- b. Fue posible identificar los delitos especiales propios y diferenciarlos de los delitos especiales impropios, al considerar que los primeros describen una conducta punible a título de autor, de modo que las demás personas que lo cometan y no posean la cualidad o característica del tipo penal, no podrán ser penalmente responsables de este ni de otro delito, siendo que, los segundos, a diferencia del anterior, guardan correspondencia con algún delito básico.
- c. Se conoció como formas de intervención delictiva a las figuras jurídicas de autoría y participación, las mismas que, a su vez, poseen una serie de subdivisiones, siendo que la autoría se encuentra delimitada por la autoría inmediata, autoría mediata y co autoría, mientras que la participación abarca la instigación y la complicidad.
- d. Se tuvo conocimiento sobre el delito de enriquecimiento ilícito, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 401 del Código Penal, y del que se aprecia, partiendo de su descripción, que se trata de un delito especial propio que contiene como sujetos agentes a los funcionarios y servidores públicos; quienes para ser autores, de este delito deberán desplegar, con dolo, esto es conocimiento y voluntad.
- e. Pudo estudiarse el Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva, que guarda íntima relación con la figura de la participación, en el sentido de que esta es derivada de la autoría, en tanto si no existiese autor del delito, tampoco, existiría partícipe del mismo, dada la relación de dependencia del partícipe para con el autor.

CAPITULO VII **RECOMENDACIONES**

- Recomendamos que los sujetos cualificados, que participan de un delito especial, es decir los extraneus deben responder penalmente, pero con una pena menor a la del autor del delito, demostrado que su intervención ha sido determinante y necesaria en el proceso de la comisión del delito especial, para tal efecto la investigación plantea una propuesta legislativa para delimitar los supuestos en que el extraño debe ser imputado, procesado y sancionado por un delito especial, por lo que sugerimos la modificatoria del artículo 25 primer párrafo del código penal, respecto a los Complicidad primaria y complicidad secundaria que dice lo siguiente: “El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor”; debiendo modificarse de la siguiente manera: “El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la menor pena prevista para el autor”. Teniendo en cuenta que los cómplices no deben tener la misma pena del autor del delito, puesto que el autor de los delitos especiales propios tiene como circunstancia cualificante el dominio funcional del evento delictivo, sustentándose esta propuesta con el principio de Accesoriedad.
- Se recomienda a estudiantes, abogados y operadores de justicia, conocer los alcances de las teorías de unidad del título de imputación y la ruptura del título de imputación, de manera que no exista confusión al momento de su aplicación, puesto que en nuestra normativa vigente en el artículo 25° del código penal último párrafo, recoge la teoría de la unidad del título de imputación; de ese modo posibilitar una buena defensa al momento de hacer valer los derechos en temas de intervención del extraneus en los delitos espaciales propios.
- Se recomienda a los jueces y fiscales al momento de valorar los hechos, no solo basarse en el hecho en concreto para imputar al extraneus un delito; sino que este debe tomar en cuenta la circunstancias que condicionaran al extraneus a ser partícipe del delito de enriquecimiento ilícito, en este sentido y en el propósito de mayor legalidad y motivación debe tomarse en cuenta el artículo 45° del código penal inciso b) que hace referencia a su cultura y sus costumbres; c) los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.

CAPITULO VIII BIBLIOGRAFIA

Referencias Bibliográficas

- ABANTO VÁSQUEZ, M. A. (2014). *Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- ACUERDO PLENARIO, N° 2-2011/CJ-116 (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 2011).
- BRAMONT ARIAS, L. A. (1988). *Temas de Derecho Penal*. Lima: SP Editores.
- CASACIÓN, N° 782-2015 - Del Santa (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. 6 de Julio de 2016).
- CASACIÓN, N° 841-2015/AYACUCHO (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. 24 de Mayo de 2016).
- CASACIÓN, N° 160-2014/DEL SANTA (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 04 de Noviembre de 2016).
- CASACIÓN, N° 782-2015/DelSanta (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 06 de julio de 2016).
- CHAPARRO GUERRA, A. (2011). *Fundamentos de la Teoría del Delito*. Arequipa, Peru: Editora y Librería jurídica Gridley.
- CHAPARRO GUERRA, A. (2011). *Fundamentos de la Teoría del Delito*. Arequipa: GRIJLEY.
- CHINCHAY CASTILLO, A. M. (Noviembre de 2016). El extraño caso de Amelia Espinoza: para jurisprudenciar y comer pescado, hay que tener mucho cuidado. *Gaceta Penal & Procesal Penal.*, 81-96.
- FERREIRA DELGADO, F. (1985). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Editorial Temis.
- GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. (2017). *El Delito de Enriquecimiento Ilícito*. Lima, Perú: Pacífico Editores.
- GUZMÁN, C. (2005). *La Constitución Comentada*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- HUGO ALVAREZ, J. B. (2002). *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica.
- IBERLEY. (2019). Obtenido de <https://www.iberley.es/temas/autoria-participacion-delitos-48451>
- JOSÉ CANCINO, A., & TOSCANO DE SÁNCHEZ, M. (1986). *El Delito de Enriquecimiento ilícito*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- LANDAVERDE, M. (6 de Marzo de 2015). *Enfoque Jurídico*. Obtenido de <http://www.enfoquejuridico.info/wp/biblioteca/publico/derecho-penal/la-autoria-y-la->

participacion/

- MENDOZA AYMA, F. C. (2016). *Legis.pe*. Obtenido de <https://legis.pe/la-implosion-la-teoria-la-infraccion-deber-4-sentencias-la-corte-suprema-este-2016/>
- MONTOYA VIVANCO, Y. (2012). *Estudios Críticos sobre los Delitos de Corrupción de Funcionarios en el Perú*. Lima: Idehpucp .
- MONTOYA VIVANCO, Y. (2015). *Manual Sobre Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Idehepucp.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2007). *Derecho Penal Parte General* . Lima: Editorial Rodhas S.A.C.
- PEÑA CABRERA FREYRE, A. R. (2016). *La punibilidad de la participación del extraneus en el delito especial propio: la unidad en el título de la imputación*. Lima: Gaceta Jurídica.
- PÉREZ MANZANO, M. (1999). *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*. Madrid: Civitas.
- PORTOCARRERO HIDALGO, J. (1996). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero.
- PRADO SALDARRIAGA, V. (1996). *Todo sobre el Código Penal*. Lima: Idemsa.
- PRADO SALDARRIAGA, V. R. (2017). *Delitos y Penas. Una Aproximación a la Parte Especial*. Lima: Ideas.
- QUISPE JAPURA, C. A., & TAYPE CONDORI, Y. M. (2018). *Análisi Dogmático de la Intervención del Extraneus en los Delitos contra la Administración Pública sobre la base de las Teorías de Título de Imputación, Autoría y Participación*. Puno, Perú: Universidad Nacional del Altiplano.
- REAÑO PESCHIERA, J. (2016). La Participación del Extraneus en el Delito Especial: Punibilidad o No Punibilidad. Tratamiento Sustantivo. *Actualidad Penal N° 29*, p. 75-76.
- RECURSO DE NULIDAD, N° 375-2004-UCAYALI (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. 11 de Octubre de 2004).
- RECURSO DE NULIDAD, N° 375-2004/Ucayali (Ejecutoria Suprema 11 de octubre de 2004).
- Recurso de Nulidad, N° 2628-2006/Ucayali (Ejecutoria Suprema 25 de abril de 2008).
- RECURSO DE NULIDAD, N° 18-2008/Huancavelica (Ejecutoria Suprema 05 de junio de 2008).
- RECURSO DE NULIDAD, N° 615-2015/LIMA (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú 16 de Agosto de 2016).
- REVILLA LLAZA, P. E. (2014). *Código Penal Comentado*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- ROJAS VARGAS, F. (1999). *Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.

- ROXIN, C. (2016). *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*. Lima, Perú: Grijley.
- RUEDA MARTÍN, M. Á. (2001). Reflexiones sobre la Participación de los Extraneros en los Delitos Contra la Administración Pública. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, p. 157.
- SALINAS SICCHA, R. (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- SALINAS SICCHA, R. (2017). *Legis.pe*. Obtenido de <http://legis.pe/ramiro-salinas-siccha-comenta-la-reciente-modificacion-del-art-25-del-codigo-penal-sobre-complicidad/>
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2005). *El Nuevo Escenario del Delito Fiscal en España*. Barcelona: Atelier.
- SOLER, S. (1978). *Derecho Penal argentino*. Buenos Aires.
- VILLA STEIN, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: Grijley E.I.R.L.
- WONG CORONADO, P. J. (2018). *La punibilidad del Partícipe Extranero en el Delito de Enriquecimiento Ilícito*. Trujillo, Perú: Universidad Privada Antenor Orrego.
- ZAMBRANO PASQUEL, A. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.

ANEXOS

METODO DE CASO: ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116 “La participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito”.

AUTORES: Reátegui Caiña, José Carlos y Tangoa Chumbe, Milagritos

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGIA
Es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito	<p>Objetivo general:</p> <p>Determinar si es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito.</p> <p>Objetivos Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> Identificar los delitos especiales propios y diferenciarlos de los delitos especiales impropios. Conocer las clases de autoría y participación como 	<p>El supremo tribunal es la máxima autoridad de administrar justicia en el país, su competencia se extiende a todo el territorio del Perú se le ha asigna constitucional y legalmente la administración, el gobierno y la dirección del poder judicial, eje del sistema judicial de justicia y uno de los tres poderes más importantes en el cual descansa el estado.</p> <p>Es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito, dado que únicamente son comunicables las circunstancias y cualidades personales que afectan la</p>	<p>Variable Independiente</p> <p>La punibilidad del partícipe extraneus.</p> <p>Variable Dependiente</p> <p>Delito de enriquecimiento o ilícito.</p>	<ul style="list-style-type: none"> Racionalidad del fallo. Congruencia del fallo del tribunal supremo. Análisis del acuerdo plenario N° 3-2016/CJ-116 	<p>Tipo :</p> <p>Descriptivo explicativo.</p> <p>Diseño.</p> <p>No experimental</p> <p>Muestra</p> <p>expedientes</p> <p>Técnica:</p> <p>Análisis</p>

	<p>formas de intervención delictiva.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Analizar el delito de enriquecimiento ilícito, acorde a la normativa penal vigente. • Estudiar el contenido del principio de Accesoriedad de la Participación Criminal. 	<p>responsabilidad penal de autores a partícipes, de un mismo hecho delictivo, más no las que la fundamentan, las cuales si son comunicables debido al Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva.</p> <p>Si en el caso un tercero (extraneus) participa en el delito de enriquecimiento ilícito producido por un funcionario del estado, estamos ante la posibilidad de sancionar no solo al autor (funcionario) sino al también ante la intervención del tercero en calidad de cómplice primario. Es posible según la legislación peruana promulgó por Decreto Legislativo N° 1351, por este que se introdujeron una serie de modificaciones a algunos artículos de nuestro Código Penal, siendo la más importante, acorde a</p>			<p>documental.</p> <p>Instrumentos expedientes</p>
--	---	---	--	--	---

		los motivos de la presente investigación, la modificación del artículo N° 25, que regula la complicidad primaria y secundaria, el mismo que tras la incorporación de un tercer párrafo.			
--	--	---	--	--	--

50°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial *El Peruano*.

Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

PARIONA PASTRANA (*)

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

VENTURA CUEVA

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHAVEZ MELLA

CALDERON CASTILLO

(*) El Señor Pariona Pastreña no suscribe el presente Acuerdo Plenario por mantener reservas jurídicas a su contenido.

J-1576279-2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

X PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS
PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIA

ACUERDO PLENARIO N° 3-2018/CJ-118

FUNDAMENTO: Artículo 116° TUO LOPJ.

Asunto: "La participación del *extraneus* en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito".

Lima, 12 de junio de dos mil diecisiete.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N.° 178-2016-P-PJ, de 22 de junio de 2016, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor PARIONA PASTRANA, acordaron realizar el X Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, en cuyo proceso se incluyeron los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116°, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El X Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases: La primera fase, consistió en la convocatoria a la comunidad jurídica a fin de que proponga los temas que plantean problemas aplicativos por lo que requieren de

una interpretación orientada a una uniformización de la Interpretación judicial que se asiente como doctrina jurisprudencial para garantizar una aplicación judicial de las leyes concordante y uniforme. En la segunda fase, se examinó los temas propuestos y se eligieron tres propuestas temáticas que se concretan en los siguientes: 1) Alcances de las restricciones legales en materia de imputabilidad restringida por edad y confesión sincera. 2) Participación del *extraneus* en delitos especiales. 3) Delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

3°. La segunda etapa, del X plenario desarrollada el 28 de setiembre de dos mil dieciséis, consistió en el desarrollo de la audiencia pública y en ella los juristas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos. Hicieron uso de la palabra los señores Alcides Chínchay Castillo y José Reaño Peschiera.

4°. La tercera etapa comprendió el proceso de designación de los jueces superiores ponentes de los tres temas seleccionados. En la sesión del cinco de octubre de dos mil dieciséis, se designó a los señores Prado Saldarraga y Pariona Pastreña como ponentes del tema "participación del *extraneus* en los delitos especiales: el caso del enriquecimiento ilícito".

5°. El presente Acuerdo Plenario se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las salas especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del orden jurisdiccional que integran.

Interviene como ponente el señor PRADO SALDARRIAGA quien expresa el parecer del Pleno

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. SOBRE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DELITOS ESPECIALES PROPIOS

6°. La clásica discusión teórica sobre la autoría y la participación en delitos especiales propios ha motivado complejos debates en el derecho penal contemporáneo. Sobre todo a partir de los enfoques y planteamientos que califican a estos delitos como delitos de infracción de deber y delitos de infracción de deber por competencia institucional (Cfr. Claus Roxin, *La Teoría del Delito en la Discusión Actual*, Tomo II, Grijley, Lima, 2016, p. 305 y ss.; Jesús María Silva Sánchez, *El Nuevo Escenario del Delito Fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005, p.65 y ss).

7°. En el derecho penal nacional hasta antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1361, la regulación legal de las formas de autoría en el artículo 23° y de la instigación y complicidad en los artículos 24° y 25° del Código Penal, respectivamente, no desarrollaron reglas particulares en relación a los delitos especiales propios (Cfr. Manuel A. Abanto Vasquez, *Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública*, Grijley, Lima, 2014, p.405 y ss.). De allí que su conexión con los audidos debates teóricos sólo se fue asimilando a partir de su reflexión por la doctrina o de su aplicación por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República como bien lo ha destacado MONTOYA VIVANCO (Cfr. Yván Montoya Vivanco, *Manual Sobre Delitos Contra la Administración Pública*, Idehepucp, Lima, 2015, p.54).

8°. Ahora bien, la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios de infracción de deber, que cometen los funcionarios públicos competentes contra la administración pública, ha promovido también distintas posiciones teóricas sobre su punibilidad o no punibilidad. Al respecto, el tema controvertido se relaciona con el señalamiento de las implicancias y consecuencias dogmáticas o prácticas, que conlleva el admitir la eficacia sobre dicha materia de la categoría de los delitos de infracción de deber especial. En efecto, actualmente, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se reconoce que existen tipos legales que se configuran y forman sólo a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus*, lo cual es una característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos. Por tanto, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación

factica que, para esta clase de delitos funcionariales, no adquiere trascendencia jurídica. Fundamentalmente, porque el hecho punible está construido por la posición o estatus en relación al deber estatal que sólo incumbe al funcionario, cual es conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo para con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia.

9°. Sin embargo, en lo que concierne a la participación del "extraneus" que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos (Cfr. Alonso R. Peña Cabrera, La Punibilidad de la Participación del Extraneus en el Delito Especial Propio: La Unidad del Título de Imputación. Gaceta Penal & Procesal Penal. Torno 89. Noviembre 2016, p. 104 y ss.). El primero, que plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos intraneus y extraneus ellos deben responder por distintos títulos de imputación. Esto es, el intraneus responderá, como autor de un delito especial; mientras que el extraneus responderá como partícipe o autor de un delito común (María Angeles Rueda Martín. Reflexiones sobre la Participación de los Extraneus en los Delitos Contra la Administración Pública. Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 8. 2ª Época. Madrid 2001, p. 157). De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (extraneus) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26° del Código Penal, estimando que dicha disposición legal consagraria la exigencia de impedir que la imputación del extraneus se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducirse hacia un delito común. Asimismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del intraneus al extraneus. Y que sólo el traslado de tales cualidades personales posibilitaría imputar al extraneus la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, se agrega, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. En consecuencia, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los extraneus sólo la autoría o la participación de los delitos comunes (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2526-2006. Procedente de Ucayali del 25 de abril 2006; Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad. N° 18-2008. Procedente de Huancavelica del 05 de junio 2008; Casación N° 782-2015. Procedente del Santa del 05 de julio 2016).

10°. La segunda posición jurisprudencial, en cambio, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el extraneus si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, si puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe quien sólo colabora, no hay ningún impedimento para que los extraneus respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoria (Mercedes Pérez Manzano. Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995. Civitas, Madrid. 1999, p. 22 y ss.). En tal sentido, el extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el mismo injusto realizado por el autor funcionarial que infringe el deber especial. Sobre todo, porque la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 375-2004. Procedente de Ucayali, del 11 de octubre 2004). Esto es, no posee una autonomía o configuración delictiva propia aún en aquellos casos donde aquel forma parte directa en la realización de la conducta punible.

§ 2. ARTÍCULO 26° DEL CÓDIGO PENAL Y DELITOS ESPECIALES PROPIOS

11°. Ha sido frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia nacional atribuir al contenido del artículo 26° del Código Penal la función dogmática de justificar el tratamiento del extraneus en delitos especiales propios de naturaleza funcionarial. En ese contexto, el mismo dispositivo legal ha sido utilizado coyunturalmente para afirmar o negar la validez de la teoría de la unidad del título de imputación

y posibilitar o impedir el tratamiento de un tercero como partícipe de aquellos delitos especiales propios que colocan en su tipificación como autor exclusivo y excluyente a un funcionario público, vinculado con deberes específicos y no transferibles del cargo o posición funcional que desempeña u ocupa en la administración pública. Es así que tanto en el Acuerdo Plenario N° 2 – 2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011 (Cfr. Fundamento Jurídico 12°), como en la Casación N° 782-2015 procedente del Santa del 6 de julio de 2016 (Cfr. Fundamento Jurídico 10°), se ha hecho evidente una contradictoria aplicación operativa del artículo 26° del Código Penal. Resulta, por tanto, necesario, establecer cuál es la condición dogmática y el rol normativo que realmente posee y cumple el citado artículo en la legislación penal vigente. Especialmente, porque la discusión teórica y práctica sobre dicha disposición legal adquiere particular relevancia, cuando se recurre con frecuencia a ella para justificar decisiones jurisdiccionales sobre la autoría o la participación en una modalidad relevante de delito funcionarial contra la administración pública, cual es el de enriquecimiento ilícito. A este nivel, pues, resulta pertinente precisar también si en esta modalidad de delito especial propio y funcionarial es posible admitir la participación de tercero extraneus; así como identificar hasta que momento de la ejecución de dicho delito penal se debe admitir la materialización de actos de complicidad o instigación.

12°. Según el texto legal del artículo 26° del Código Penal de 1991: "Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de los autores o partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible". El antecedente legislativo e inmediato de dicha disposición lo encontramos en el artículo 104° del Código Penal de 1924. La fórmula normativa utilizada por este precedente legal era muy similar a la actual, destacando también que "las circunstancias y cualidades personales que afectan la culpabilidad y la penalidad de alguno de los autores o cómplices, no modifican las de los demás autores o cómplices del mismo hecho punible". Sin embargo, en otro texto legal histórico, el Código Penal de 1863, la redacción empleada por un dispositivo equivalente, el artículo 56°, fue mucho más precisa al establecer el rol dogmático de dicha norma, señalando de modo específico que "las circunstancias agravantes o atenuantes que resulten del estado moral o intelectual del reo, o de sus relaciones con el ofendido, sólo atenúan o agravan las penas de los delincuentes en quienes concurren".

Resulta, por tanto, evidente, que en el devenir del tiempo las normas legales citadas han tenido un mismo propósito y función, cual es disponer la incomunicabilidad de circunstancias modificativas de la punibilidad que sólo concurren en determinados autores o partícipes de un mismo delito. Ello significa que su eficacia opera únicamente en torno a la determinación conminada o concreta de la penalidad de un mismo hecho punible en cuya realización concurrirán varias personas, sea como ejecutores o como partícipes. Se trataba, pues, de circunstancias antecedentes, concurrentes o posteriores que incidían en la configuración de la posibilidad punitiva de un determinado delito sea este común o especial, de infracción de deber o de dominio, pudiendo ellas ejercer una eficacia agravante o atenuante; así como de incremento o disminución de punibilidad únicamente sobre los intervinientes, autores o partícipes, en quienes se dieran sus presupuestos de configuración. Siendo así, el artículo 26° y sus antecedentes históricos nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; ni mucho menos, su disposición normativa estuvo dirigida a delimitar la calidad o condición particular de quien desde un tipo penal debía fungir como autor exclusivo de la conducta criminalizada.

Cabe destacar, además, que las circunstancias no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor potencial. Sólo de manera excepcional en la Parte Especial del Código Penal peruano, ellas se integran o fusionan con un tipo penal básico para permitir la construcción de tipos penales derivados (elementos típicos accidentales). Lo cual ocurre en los casos de los denominados homicidios calificados o privilegiados que derivan del delito de homicidio simple (Cfr. Artículos 106, 108, 112). Sin embargo, en ninguno de los diferentes tipos penales que describen delitos funcionariales contra la administración pública se ha empleado dicha técnica legislativa. Por el contrario, en la descripción de tales tipos penales que tratan de delitos especiales propios o de infracción de deber, el autor es siempre identificado como componente esencial de la estructura típica. Y al él se refiere la ley como un funcionario público o titular de un

deber especial derivado o asignado por las competencias o facultades que ejerce. Tal condición funcional, no es, pues, una circunstancia para medir la intensidad de la punición del delito sino un elemento constitutivo fundamental para que el hecho punible se pueda configurar y realizar.

En consecuencia, pues, los delitos funcionariales especiales propios o de infracción de deberes institucionales no reproducen circunstancias específicas, sino a un modelo específico de autor. No tienen, por tanto, ninguna conexión dogmática o política criminal con lo regulado por el artículo 26° del Código Penal.

Lo expuesto, pues, permite señalar que el artículo 26° no es una disposición que permita sustentar, legal o técnicamente, la adopción o preeminencia de cualquier enfoque teórico dirigido a excluir la necesaria accesoriedad de la intervención de un tercero extraneus como cómplice o instigador del mismo delito especial propio o de infracción de deber que sólo puede ejecutar el funcionario público (teorías de ruptura del título de imputación). La eficacia y utilidad dogmática de dicha norma, se limita, en realidad, únicamente a evitar que la mayor o menor punibilidad que puede proyectar una circunstancia genérica, específica o calificada, así como causales de disminución o incremento de punibilidad (Cfr. José Reaño Peschiera. *La Participación del Extraneus en el Delito Especial: Punibilidad o No Punibilidad. Tratamiento Sustantivo. Actualidad Penal* N° 29. Noviembre de 2016, p. 75-76), sobre la valoración y medición punitiva concreta del proceder delictivo del autor o partícipe de un mismo hecho punible -sea cual fuere la naturaleza de dicho delito-, afecte o privilegie en igual medida a las demás personas intervinientes que interactuaron con aquél.

§ 3. EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO COMO DELITO ESPECIAL PROPIO

13°. El delito de enriquecimiento ilícito se encuentra tipificado en el artículo 401° del Código Penal. Según esta disposición legal es punible *“el funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos”*.

Sujeto activo de este delito debe ser necesariamente un funcionario o servidor público, en cualquiera de las categorías que registra el artículo 425° del Código Penal. Se trata, por tanto, de un típico delito especial propio o funcional de infracción de deber. Sobre todo, porque el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldamiga. *Delitos y Penas. Una Aproximación a la Parte Especial. Ideas*. Lima, 2017, p.195). Como esclarece la doctrina especializada, este delito consiste en *“enriquecerse sin causa justa. Lo justo de un enriquecimiento es el poder explicar los orígenes de un incremento patrimonial económico, según la ley y conforme a la ética que son los dos patrones que medirán esta justicia”*. Por tanto, *“el que el enriquecimiento no sea justificable, es parte estructural del delito de enriquecimiento ilícito y no una mera condición para hacer punible tal enriquecimiento”* (Francisco Ferreira Delgado. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Temis. Bogotá, 1985, p. 118). En consecuencia, pues, el delito se va materializando de modo continuado y acumulativamente, mediante un conjunto conexo de actos dolosos irregulares que van procurando el aumento de los activos o la disminución de los pasivos del funcionario público. Sin embargo, es pertinente destacar que tales acciones se encuentran siempre vinculadas entre sí por el mismo designio lucrativo antijurídico (producir el enriquecimiento ilícito).

Ahora bien, tal potenciación patrimonial no debe corresponder al incremento o reducción ordinaria, regular y probable que producirían los ingresos o rentas personales que el funcionario genera, obtiene y posee lícitamente. Lo punible, entonces, está referido, exclusivamente, al efecto y beneficio lucrativo que deriva de aquellas *“conductas anormales mediante las cuales el funcionario incrementa lícitamente su patrimonio”* (Juan Portocarrero Hidalgo. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Jurídica Portocarrero. Lima, 1996, p. 229). Por ende toda modificación positiva o enriquecimiento patrimonial que sean justificados carecen de relevancia penal. *“Lo importante es que el enriquecimiento o incremento patrimonial del funcionario sea el fruto de actividades ilícitas o injustas”* (Antonio José Cancino – Manuja Toscano de Sánchez. *El Delito de Enriquecimiento Ilícito*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1988, p. 36).

Cabe precisar, también, que el enriquecimiento ilícito puede ser paulatino. El, sin embargo, debe acontecer y

concretarse necesariamente durante el periodo de gestión o competencia funcional que ejerce el funcionario público. Esto es, desde que asume el cargo hasta que cesa en él. Ni antes ni después de tales sucesos formales será posible practicar o imputar un acto de enriquecimiento ilícito (Yván Montoya Vivanco. *Editor. Estudios Críticos sobre los Delitos de Corrupción de Funcionarios en el Perú*. Idehpucp Lima, 2012, p. 64 y ss.).

No obstante, el enriquecimiento ilícito debe derivarse de la comisión de modalidades inominadas pero idóneas de abuso funcional, las cuales no deben constituir otros delitos funcionariales, como los actos de corrupción pasiva, peculado o colusión. Este presupuesto material negativo del enriquecimiento ilícito lo convierte en un delito de carácter subsidiario o residual (Cfr. Ramiro Salinas Siccha. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta Edición. JUSTITIA, Grilley. Lima, 2016, p.707). Por tanto, sólo en la medida en que el enriquecimiento legal no sea efecto o derive de la realización de otro delito funcional, como los antes mencionados, será posible subsumirlo en la tipicidad del artículo 401° del Código Penal. Se trata, pues, de un presupuesto negativo implícito en la construcción legal y sistemática de dicho tipo penal.

Un problema adicional que plantea la estructuración formal y material del delito de enriquecimiento ilícito se relaciona con el monto económico que aquél representa. La discusión gira en torno a determinar si cabe considerar un componente cuantitativo mínimo de incremento en los activos o de disminución de los pasivos del funcionario público para poder imputar la realización del delito. Al respecto en el derecho comparado hay varias alternativas legales. Por ejemplo, se ha destacado que el enriquecimiento patrimonial tiene siempre que ser *“apreciable”* (Artículo 268° del Código Penal argentino). Siguiendo similar orientación legislativa, el párrafo tercero del artículo 401° del Código de 1991, establece que constituye un indicio de enriquecimiento ilícito *“cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de sus bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente hubiera podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”*. Un criterio análogo se aprecia en el artículo 41° de la Constitución de 1993. Siendo así, no cabe exigir un monto dinerario específico para identificar el enriquecimiento ilícito pero sí una valoración razonable de su magnitud como desbalance notorio y apreciable en el patrimonio personal o familiar del funcionario, para, en base a ello, inferir e imputar su presencia.

§ 4. EL EXTRANEUS EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

14°. La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional. Por ejemplo BRAMONT ARIAS comentando la regulación de este delito en el artículo 361° del Código Penal de 1924, consideraba que ella debía ser sancionada conforme a las *“disposiciones generales relativas a la participación en hechos punibles”* (Luis A. Bramont Arias. *Temas de Derecho Penal*. Tomo 4. SP Editores. Lima, 1988, p. 81). Ella, por tanto, debe ser sancionada, según los casos, con los mismos estándares de penalidad conminados en el artículo 401° y en concordancia con lo dispuesto al respecto en los artículos 24° y 25° del Código Penal. Esta opción hermenéutica ha sido, además, ratificada plenamente por la doctrina penal nacional más caracterizada. Por ejemplo, ROJAS VARGAS ha sostenido que *“los terceros responden a título de cómplices en el delito de enriquecimiento ilícito. Nuestra legislación penal no tiene una figura propia de enriquecimiento ilícito de particulares, que sí la observamos, por ejemplo en la legislación penal especial colombiana (Decreto 2200 de 1997). Pero cómplices no sólo son los terceros interpuestos sino también quienes con diversidad de aportes contribuyen al enriquecimiento ilícito de los funcionarios y servidores públicos”* (Fidel Rojas Vargas. *Delitos Contra la Administración Pública*. Grilley. Lima, 1999, p.437). Similar posición ha sido asumida por SALINAS SICCHA al afirmar, que *“los terceros que participan en la comisión del delito responden por el mismo delito pero a título de cómplices”* (Ramiro Salinas Siccha. *Delitos Contra la Administración Pública*. Cuarta Edición. Ob. Cit. p.718). Igualmente, la línea jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia ha sido recurrente a favor de dicho razonamiento dogmático y existen antecedentes de ello desde el año 2004. Es así que en el Voto en Discordia de una Ejecutiva Suprema recaída en el Recurso de Nulidad

N° 2976-2004, procedente de Lima, fue sumadamente expreso sobre esta materia, al señalar que "aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial – propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la calidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría– el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriamente que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes– como todas las personas– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico – penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es autor, sino un simple partícipe"(Cfr. Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre de 2004. Voto de los Señores Vocales Supremos César Eugenio San Martín Castro, Adolfo Barrientos Peña y José Luis Lecaros Comejo. Considerando Segundo).

Por tanto, no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, lo accesorio de la participación de aquel lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25° del Código Penal, por el artículo 2° del Decreto Legislativo 1361, que expresamente señala: "El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él". Cabe destacar que la misma alternativa legal que dispone la aludida reforma, debe también aplicarse para resolver el caso del instigador extraneus de un delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando el artículo 24° del Código sustantivo no haya sido modificado, lo cual, además, ha sido igualmente sugerido por la doctrina nacional (Cfr. Tomás Aladino Galvez Villegas. Delito de Enriquecimiento Ilícito. IDEMSA. Lima. 2001, p. 185).

15°. Sin embargo, subsiste un conflicto hermenéutico y práctico cuando lo que se pretende es fijar una delimitación temporal que determine la oportunidad de la intervención del extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito. Especialmente cuando ella tiene lugar durante las postrimerias de la gestión funcional del intraneus o, incluso, luego del cese formal de este último en el cargo funcional que desempeñaba. Al respecto, es pertinente destacar que el delito de enriquecimiento ilícito, según la estructura típica que él posee en el artículo 401° del Código Penal peruano es de naturaleza combinada o mixta. En efecto, la norma citada lo regula como de ejecución continua y de consumación permanente (Cfr. Yván Montoya Vivanco. Manual Sobre Delitos Contra la Administración Pública. Idehepucp. Lima. 2015, p. 125; Luis A. Bramont Arias. Temas de Derecho Penal. Tomo 4. Ob. Cit., p. 81. El agente, por tanto, debe realizar mientras ostenta su condición funcional una secuencia de actos provenientes de la misma resolución criminal (producir su enriquecimiento ilícito); pero, además, la mejora acumulativa de su patrimonio que va obteniendo debe él mantenerla hasta el fin del periodo que ejerce su cargo funcional, sea este por cese o destitución. Lo cual posibilita que la intervención del tercero extraneus pueda ocurrir durante todo el tiempo que el funcionario intraneus se mantenga en el ejercicio de su posición y competencia funcional. Sea, pues, como instigador cuando motive o induzca a la realización de actos idóneos para el enriquecimiento; o como cómplice cuando ayude, de cualquier manera, a obtener, recepcionar, administrar, guardar, transferir o mantener los ingresos, los bienes, créditos o réditos que van produciendo el enriquecimiento ilícito del intraneus, el tercero deberá siempre de intervenir mientras el mal funcionario conserve su cargo y condición. Por consiguiente, si la conducta del tercero se realiza o tiene lugar con posterioridad al cese o después de la pérdida del status funcional del agente del enriquecimiento ilícito, esto es, después que concluya la continuidad de la actividad delictuosa y cese la permanencia, la conducta que despliegue aquel ya no será accesoria sino autónoma y deberá ser considerada como un delito diferente que bien puede ser el de lavado de activos.

III. DECISIÓN

16°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia

de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial;

ACORDARON

17°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 6° al 15° del presente Acuerdo Plenario.

18°. PRECISAR que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116 del citado estatuto orgánico.

19°. DECLARAR que, sin embargo, los jueces que integran el Poder Judicial, en aras de la afirmación del valor seguridad jurídica y del principio de igualdad ante la ley, solo pueden apartarse de las conclusiones de un Acuerdo Plenario si incorporan nuevas y distintas apreciaciones jurídicas respecto de las rechazadas o desestimadas, expresa o tácitamente, por la Corte Suprema de Justicia de la República.

20°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. Hágase saber.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

HINOSTROZA PARIACHI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

VENTURA CUEVA

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHAVEZ MELLA

CALDERON CASTILLO

FUNDAMENTO JURÍDICO PROPIO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PARIONA PASTRANA.

El suscrito no comparte los fundamentos del acuerdo plenario sobre la "participación del extraneus en los delitos especiales propios: el caso del enriquecimiento ilícito", en esa línea se desarrolla mi voto del modo siguiente:

§ 1. CONSIDERACIONES GENERALES: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1.° La autoría y participación, representa uno de los problemas complicados de las formas de intervención delictiva en la teoría del delito. Por ello, se han planteado en doctrina una amplia y variada discusión que pretenden conceptualizar y delimitar las diversas formas de intervención en el delito para determinar su configuración como autoría o en su caso como participación. Esta temática, tiene un extenso debate en la doctrina y jurisprudencia, y de modo general se clasifica la intervención en el delito en: a) delitos de organización, y b) delitos de infracción de deber; o lo que, *mutatis mutandis*, conocemos tradicionalmente como: a) delitos de dominio y b) delitos especiales. En el primer supuesto, se configura autoría cuando el sujeto activo actúa de modo competente teniendo el control o dominio del suceso delictivo vulnerando el deber negativo de no dañar; en el segundo supuesto, será autor quien teniendo un deber especial lo infringe, por lo que, la infracción del deber jurídico positivo con el cual el autor tiene un vínculo de deber jurídico institucional es determinante para su configuración típica (in extenso SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid 2002, p. 29 y ss.)

2.º La norma penal establece una distinción legal de las formas de autoría en el artículo 23 del Código Penal, diferenciándolas cuando el hecho punible se realiza por sí, por medio de otro, o se realice conjuntamente, lo que se conoce como autoría directa, mediata y coautoría.

3.º Mientras que la participación en sus modalidades de instigación y complicidad, están reguladas en los artículos 24 y 25 CP, respectivamente, y según el tenor de la ley se establece que, en ambos casos, deben ser dolosos, por lo que, por un lado, no puede haber participación culposa por impedimento legal, y, por otro lado, no habrá participación, si la ayuda o cooperación es involuntaria. La instigación, es el comportamiento que determina a otro a cometer el delito. La complicidad es la cooperación de quien presta auxilio para la realización del hecho punible: el acto de auxilio es "realizar un acto que favorezca la ejecución del hecho punible principal, haciéndolo posible o facilitándolo" (HURTADO POZO, *Derecho Penal, Parte General*, Lima 2005, p. 898.). Esta cooperación o prestar auxilio en la complicidad, debe darse antes o durante la ejecución del delito, puesto que, se presta auxilio para cometer o consumar el delito. Los actos de cooperación posterior a la consumación del delito no configuran complicidad sino podrían configurar actos de encubrimiento. La complicidad puede ser primaria o secundaria: será primaria, cuando sin la cooperación o auxilio, el delito no se hubiera perpetrado, es decir, se consume en base a su cooperación esencial para el delito; en cambio, la complicidad secundaria, se consume con cualquier otro auxilio o asistencia, distinto al de la complicidad primaria.

4.º El artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1351 publicado el 07 de enero de 2017, ha modificado la regulación de la complicidad regulada en el artículo 25 CP, dejando ineluctable las regulaciones de la complicidad primaria y secundaria reguladas en el primer y segundo párrafo, conforme a lo anteriormente referido. Pero se ha introducido una modificatoria de la complicidad, incorporando un tercer párrafo en el artículo 25 CP, mediante la cual establece la punibilidad de la complicidad del extraneus. Y precisamente, el tema de la participación del extraneus, ha sido objeto de discusión del presente pleno jurisdiccional del que seguidamente nos ocupamos.

§ 2. LA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN EL DELITO ESPECIAL.

5.º La participación del extraneus en el delito especial, hasta antes de la introducción de la modificatoria del tercer párrafo del artículo 25 del CP por el Decreto Legislativo N° 1351, ha generado diversas interpretaciones entorno a su punibilidad o no punibilidad. Dicha problemática ha planteado un intenso análisis y debate en la doctrina y la jurisprudencia, originando diversas y polémicas posiciones; sin embargo, ninguna posición ha llegado a constituir una posición dominante o de consenso.

6.º El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos de infracción de deber especial. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que para su configuración se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde al ámbito de competencia del autor intraneus -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor de estos delitos no pueden ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción de dicho deber lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica en este específico tipo de delito, pues el fundamento está construido por la posición o estatus en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito de infracción de deber (en mismo sentido CARO JOHN, "La autoría delictiva del funcionario público". En *Revista Ius Punientis*, Lima, Ideas, Año I, Volumen 2, Ed., 2015, p.34, al referirse que el "obligado especial" -ergo, el funcionario público- responde siempre como autor y no como partícipe por los delitos que cometa contra la administración pública).

7.º Ahora, si bien este tipo de delitos restringe el círculo de autores, es plausible atender a la cuestión relativa a la participación del "extraneus", sujeto que no ostenta esa obligación especial. Para resolver esta situación, en la jurisprudencia nacional actual se han considerado dos teorías para su tratamiento que la doctrina denomina: diferenciadora y unificadora.

8.º La tesis diferenciadora [ruptura del título de imputación] sostiene que -cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos intraneus y extraneus- cada sujeto responde por distintos títulos de imputación. Esto es, el intraneus responderá como autor de un delito especial; mientras que el extraneus responderá como partícipe o autor de un delito común (RUIZ MARTÍN, *Reflexiones sobre la participación de los extraneus en los delitos contra la administración pública*. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 8, 2.º época, Madrid 2001, p. 157.). De esto se infiere que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (extraneus) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea el grado de intervención. Esta posición se fundamenta recurriendo a la incommunicabilidad de las circunstancias [Art. 26º del C. P.], pues consagraría la exigencia de impedir que la imputación del extraneus se fundamente en el tipo penal especial sino más bien en un delito común. Ello, se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del intraneus al extraneus. Sólo el traslado de las cualidades personales posibilitaría imputar al extraneus la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. Ante ello, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los extraneus sólo la autoría o la participación de los delitos comunes (vid. R.N.N 2628-2006 Ucayali, del 25 de abril 2008; R.N.N 18-2008 Huancavelica, del 05 de junio 2008; Casación 782-2015 del Santa, de 06 de julio 2016). La jurisprudencia en diversos pronunciamientos, ya ha argumentado que los tipos penales especiales (delitos de infracción de deber especial) solamente irradian su campo de acción sobre los intraneus, mas no respecto de los particulares extraneus. Así, entonces "Delitos especiales son todos aquellos en los que, eso se dice, no toda persona puede ser autor. Ejemplo: no todo el mundo puede realizar una malversación, sino sólo un funcionario. No todo el mundo puede ser partícipe, sino sólo determinados parientes de la víctima. El círculo de autores no es, pues, en estos delitos, abierto, sino que está limitado a determinados sujetos" (GIBERNAT ORDÓZ, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universidad de Madrid, Madrid 1966 p. 229).

9.º Por su parte, la tesis unificadora [unidad del título de imputación] sostiene que el extraneus, si bien no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito. Pues, desde esta perspectiva, si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que autor es quien tiene el dominio del hecho, y partícipe quien sólo colabora, entonces, no hay ningún impedimento para que los extraneus respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad [PÉREZ MANGANO, *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid, Civitas, 1999, p. 22 y ss.]. En ese sentido, el extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal (vid. R.N.N 375-2004 Ucayali, del 11 de octubre 2004). Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible.

10.º De otra parte, un sector importante en la doctrina, plantea atribuir los ámbitos de responsabilidad de los intervinientes de modo separado, esto es, según corresponda partiendo de la distinción si se trata de "delitos de dominio", o de "delitos de infracción de un deber". Con "una matización importante de este planteamiento, sería la de entender incluso que, además de los delitos puros de infracción de un deber, hay delitos especiales (sólo) de dominio (o de organización) y delitos especiales en los que al dominio (la organización) se les suma la infracción de un deber" (SILVA SÁNCHEZ, "Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de extraneus hasta la imposición de intereses de demora", en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid 2005, p. 904). Es decir, los delitos de dominio, de distinta fundamentación dogmática que los delitos especiales, se distinguen estos, en delitos especiales de deber con elementos de dominio y delitos especiales de infracción puro o institucional. En estos últimos no se admitiría la participación del extraneus. En cambio, los delitos de dominio sí regirían las reglas de la teoría de la accesoriedad, le rige un deber general

negativo de no perturbar la institución positiva, debiendo sin embargo para su punibilidad ser tipificados expresamente por el legislador [ROBLEDO PLANAS, La participación en el delito: Fundamentos y límites, Madrid-Barcelona 2003, p. 243; también ROBLEDO PLANAS - RIGOLI, "El extrañío artículo 65.3 del Código Penal", en *InDret* 4/2008, Barcelona 2008, p. 24]. Así, en la infracción del deber institucional, es posible las intervenciones paralelas o convergentes configurando cada quien su propio injusto, no siendo admisible la intervención conjunta. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber que tengan un componente de dominio, la intervención conjunta del *intrañeus* y *extraneus* es admisible, al infringir el *extraneus* su deber general de abstención de no perturbar instituciones positivas, y en base a ello se funda su sanción [SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.* pp. 908 y 909].

§ 3. PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA REGULACIÓN VIGENTE DEL MODIFICADO ARTÍCULO 25 CP [D. LEY N° 1351] Y LOS CASOS ANTERIORES A SU ENTRADA EN VIGENCIA

11°. Ahora, si bien la doctrina y jurisprudencia nacional han desarrollado teorías a fin de abordar la problemática en torno a la responsabilidad del *extraneus* en los delitos especiales, esta cuestión sin embargo, parece superarse por la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 1351, del siete de enero de 2017, que introduciendo un tercer párrafo en el artículo 25 CP, señala: "El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la pena del tipo legal no concurren en él". Por lo que, con la entrada en vigencia de la presente ley, se establece textualmente la punibilidad de la participación del *extraneus* en los delitos incluso si no tienen la cualidad especial del autor, con lo que se resuelve la discusión sobre su punibilidad o no del *extraneus*, siempre para los hechos que acontecen a partir de su entrada en vigencia.

12°. Bajo esa línea, para los hechos punibles ocurridos con anterioridad a la vigencia del Decreto Ley N° 1351 que fueran materia de proceso, debe aplicarse la ley vigente al momento de la comisión del hecho punible, y, en caso de conflicto de leyes, la más favorable al reo conforme a los cánones establecidos en el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política y artículo 6 CP; en consecuencia, para los hechos ocurridos antes la vigencia del Decreto Ley referido, debe aplicarse el texto originario del artículo 25 CP, el mismo que fuera regulado por el Decreto Legislativo 636 del tres de abril de 1991, en razón de que se trata de una norma más favorable para el reo como lo prevé nuestro ordenamiento jurídico, y, en conformidad también con la interpretación sostenida en la línea jurisprudencial de la Casación 782-2015 Del Santa, del 05 de julio de 2016, que estableció como doctrina jurisprudencial vinculante sus fundamentos normativos 10 y 11, que en puridad consagra la tesis de la ruptura del título de imputación, pues en los delitos especiales de deber, el status del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él; es decir, los delitos de infracción de deber especial solamente irradian su campo de acción sobre el *intrañeus*, mas no respecto de los particulares *extranei*. Y ello ocurre para el caso del *extraneus* del delito de enriquecimiento ilícito, al ser este un delito de infracción de deber institucional o especial propio.

S.S.

PARIONA PASTRANA

J-1576279-3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

X PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS
PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS

ACUERDO PLENARIO N.º 4-2018/CIJ-118

BASE LEGAL: artículo 116 TUO LOPJ

Asunto: Alcances de las restricciones legales en materia de imputabilidad relativa y confesión sincera

Lima, doce de junio de dos mil diecisiete.

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1.º Las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 179-2016-P-PJ, de 22 de junio de 2016, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Pariona Pastrana, realizaron el X Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la participación en los temas objeto de análisis de la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2.º El X Pleno Jurisdiccional se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la convocatoria a la comunidad jurídica para proponer los puntos materia de análisis, que necesitaran una interpretación uniforme y de la generación de una doctrina jurisprudencial para garantizar la debida armonización de la conducta de los jueces en los procesos jurisdiccionales a su cargo. Segunda, el examen de las propuestas temáticas que presentaron las entidades y los juristas, que se realizó entre los días 7 de julio al 7 de agosto de 2016. Se presentaron un total de 41 mociones. De ellas, en la sesión de 31 de agosto de 2016, se identificaron tres propuestas, que se oficializaron en los siguientes temas: 1. Restricciones legales en materia de confesión sincera y responsabilidad restringida por edad. 2. Participación del *extraneus* en delitos especiales. 3. Delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

En la sesión del 7 de septiembre se seleccionó a las personas e instituciones que harían uso de la palabra en la Audiencia Pública.

3.º La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el día 28 de septiembre de 2016. En ella, los juristas y expositores especialistas convocados sustentaron y debatieron sus ponencias ante el Pleno de los jueces supremos. Hicieron uso de la palabra en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, los señores abogados: Juan Carlos Jiménez Herrera y José Antonio Caro John.

4.º La tercera etapa, del IX Pleno Jurisdiccional, comprendió el proceso de designación de los jueces supremos ponentes. En la sesión de fecha cinco de octubre se designó a los señores San Martín Castro e Hinojosa Paríachi para la formulación de la ponencia referida a "las restricciones legales en materia de responsabilidad restringida por edad y confesión sincera".

Presentada la ponencia pertinente; integrados al Pleno los señores Jueces Supremos, titulares y provisionales, como consecuencia de la creación de la Segunda Sala Penal Transitoria; tomado conocimiento de los informes orales a través del video de la audiencia pública; y, realizadas diversas sesiones de presentación de la ponencia, análisis, debate, deliberación y votación, en la fecha se acordó profetir el presente Acuerdo Plenario.

5.º Este Acuerdo Plenario se emite conforme con lo dispuesto en el artículo 116 de la LOPJ, que faculta a las salas especializadas del Poder Judicial –en este caso, de la Corte Suprema de Justicia de la República– a pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales del Orden Jurisdiccional que integran.

Intervienen como ponentes los señores SAN MARTÍN CASTRO E HINOJOSA PARÍACHI.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

6.º El artículo 22 del Código Penal de 1991 estableció, expresamente, como eximente incompleta de responsabilidad penal, lo siguiente: "Podrá reducirse prudentemente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintidós años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción". Esta disposición, como se advierte de su tenor, no contemplaba ninguna excepción por razón del delito cometido.

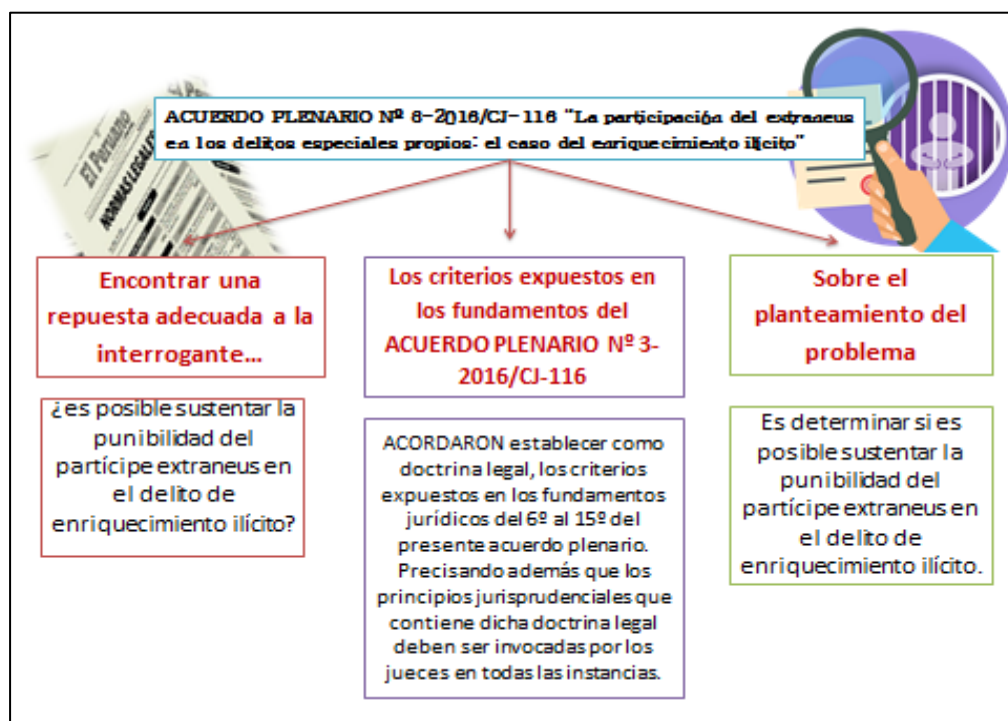


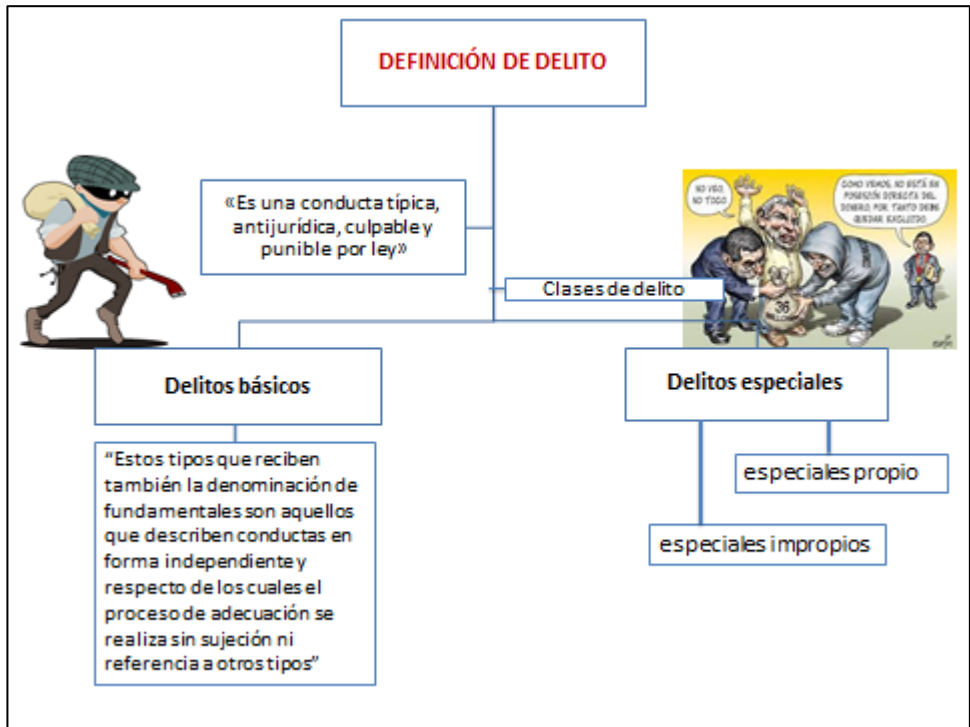
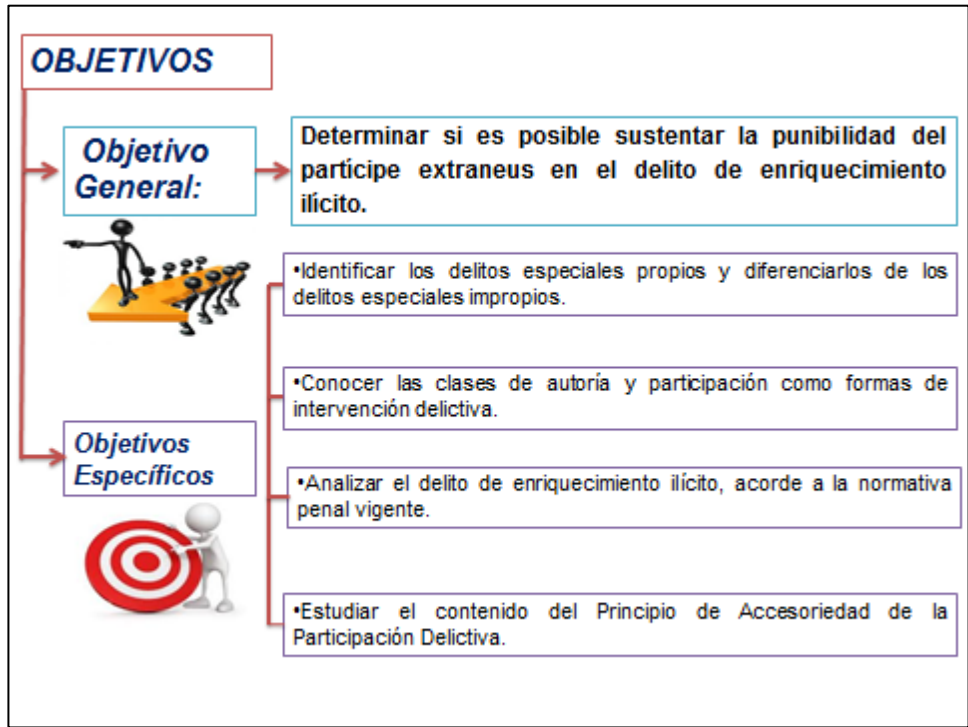
TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL MÉTODO DE CASO JURÍDICO

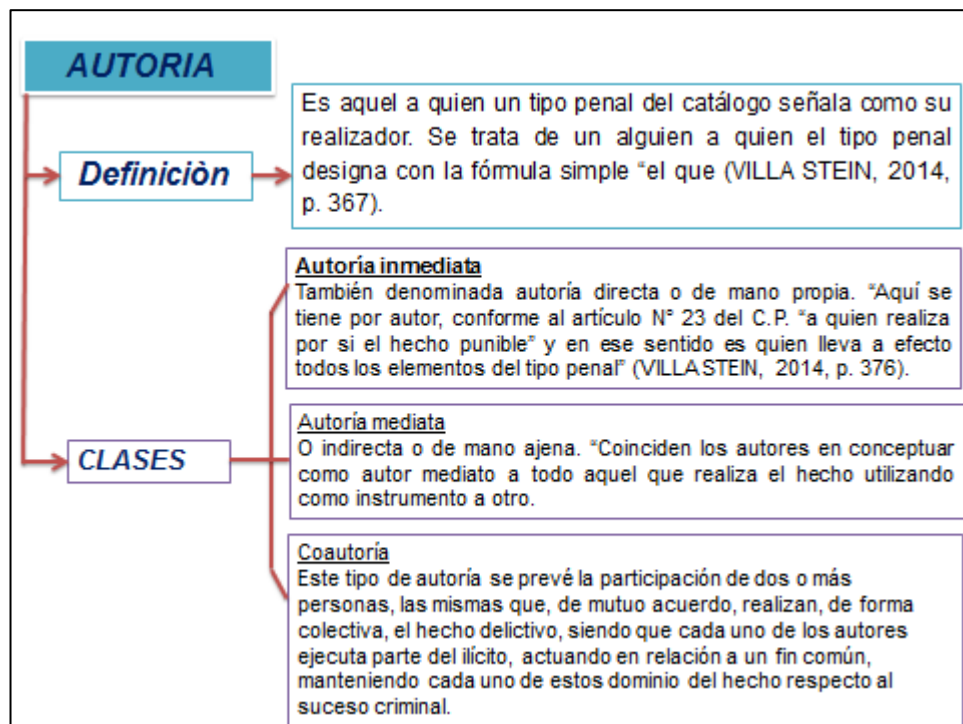
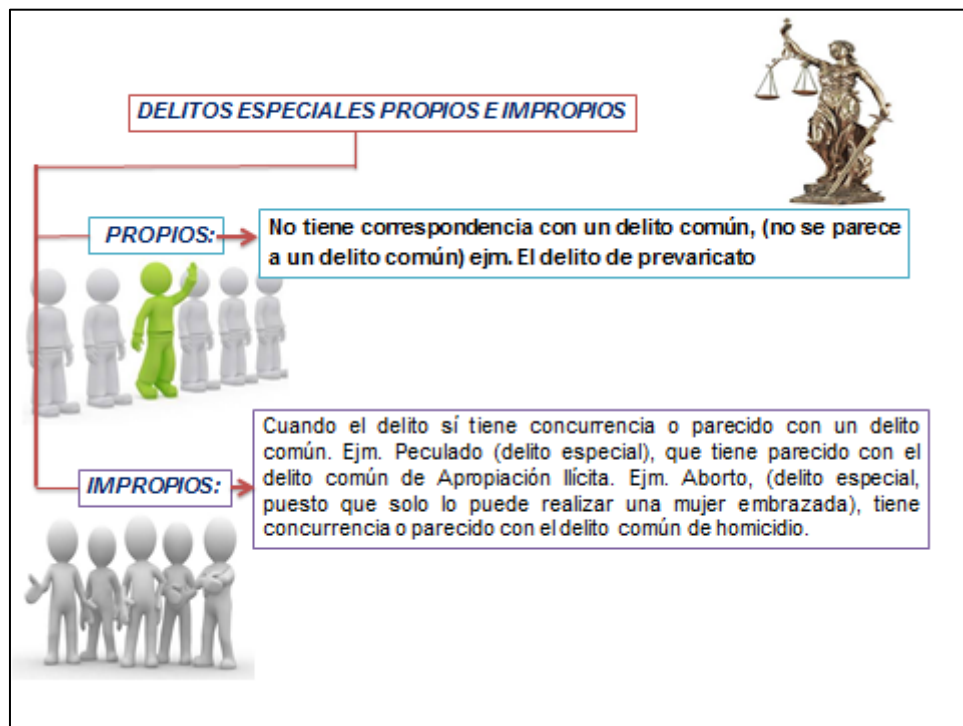
“LA PARTICIPACIÓN DEL EXTRANEUS EN LOS DELITOS ESPECIALES PROPIOS: EL CASO DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”. SEGÚN EL ACUERDO PLENARIO N° 3-2016/CJ-116

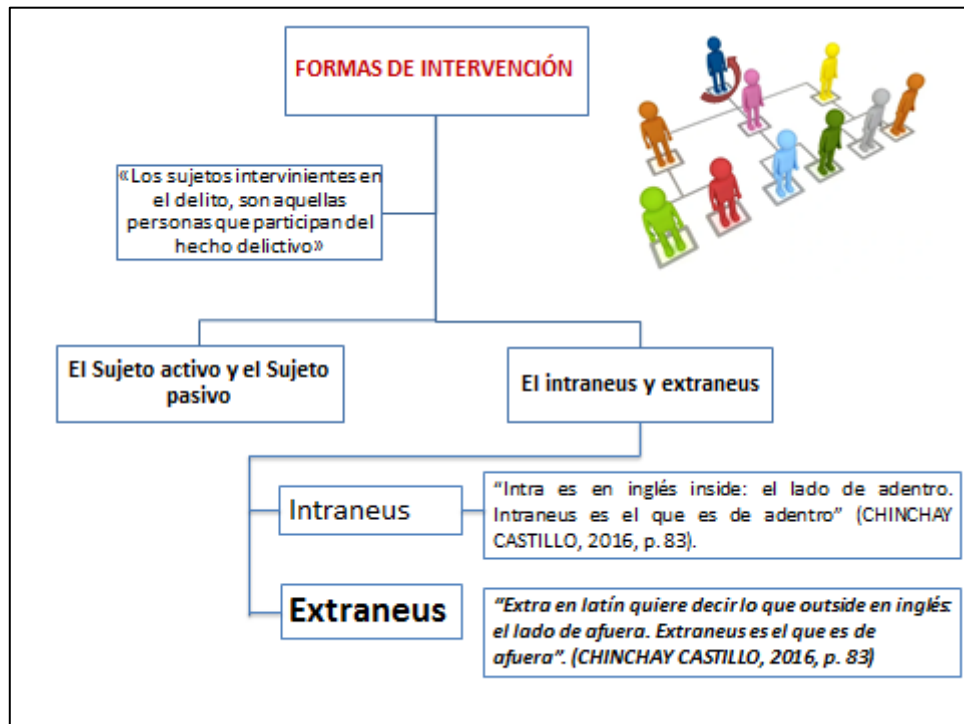
Autores:

- ❖ REÁTEGUI CAIÑA, JOSÉ CARLOS
- ❖ TANGOA CHUMBE, MILAGRITOS










TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN




Esta teoría propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe. El extraneus, si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de infracción del deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe quien solo colabora, no hay ningún impedimento para que el extraneus responda como partícipe de un delito especial.

TEORÍA DE LA RUPTURA DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN



Sostiene que cuando en los delitos de infracción del deber especial concurren sujetos intraneus y extraneus, ellos deben responder, por distintos títulos de imputación. El intraneus responderá, como autor de un delito especial; y el extraneus, como el autor de un delito común.

TEORÍA DE LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN



El extraneus no necesita tener cualidades especiales para ser punible en el delito especial. Esta teoría ha sido asumida por el código penal, a sostener que el partícipe, responder en relación al hecho **desplegado** por el autor. Ello materializado por el artículo 25º del código penal

- **EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO:**

Consiste en el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado.



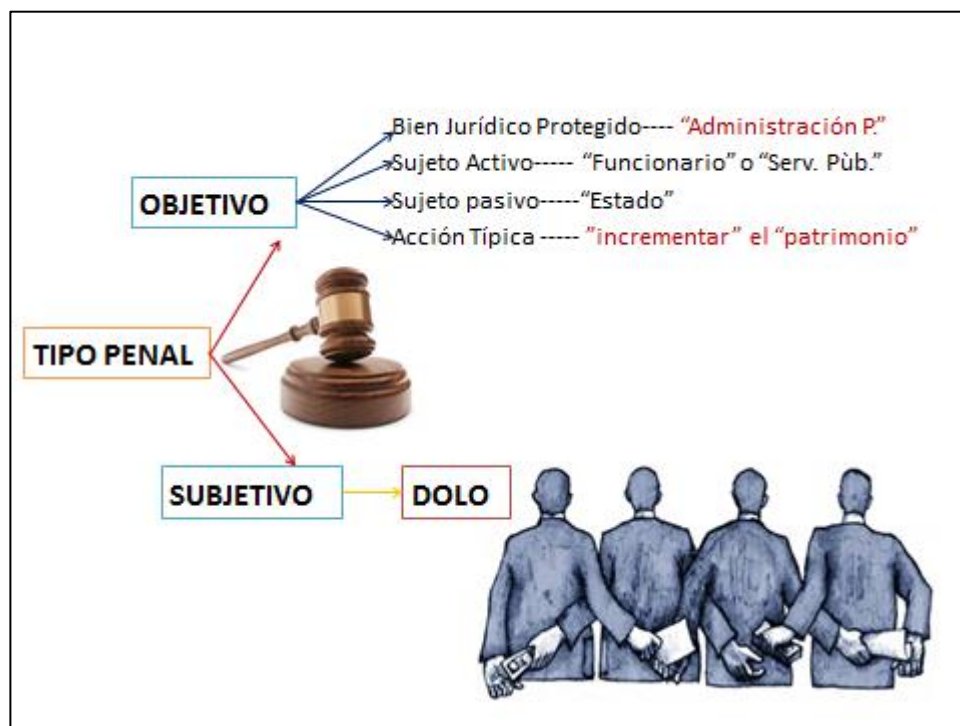
Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

“El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.



Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuício y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.”

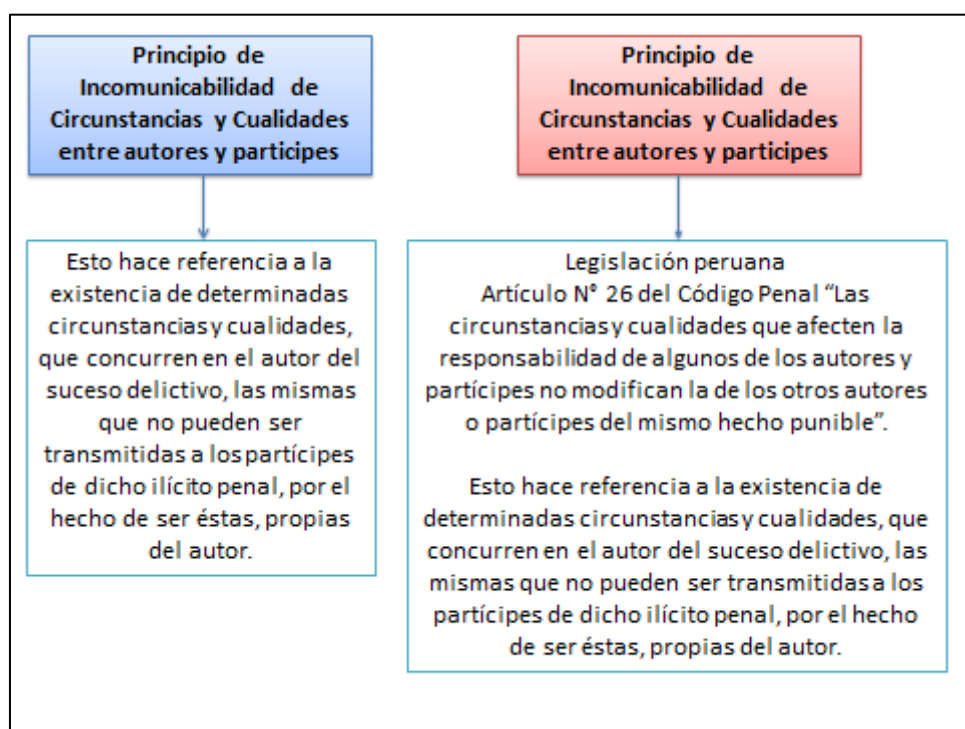


FUNCIONARIO PÚBLICO

Los funcionarios son los agentes públicos que tienen potestad o capacidad de decisión, gestión y de representación del Estado o del organismo público en el cual realizan sus actividades, tanto en sus relaciones al interior de la entidad estatal así como al exterior de la misma.

SERVIDOR PÚBLICO

También, denominados empleados públicos, son aquellos "(...) agentes que si bien no realizan o no ejercen la función pública, coadyuvan al ejercicio de esta por parte de los primeros (funcionarios públicos), sobre todo están vinculados directamente a la prestación o realización del servicio público a cargo de la entidad para la cual laboran (...).



CONCLUSIONES:

- a. Se logró determinar que es posible sustentar en la actualidad la punibilidad del partícipe extraneus en delitos especiales propios, teniendo en cuenta la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 3056, que modificó el artículo 25 del Código Penal, último párrafo donde estipula “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamenten la penalidad del tipo legal no concurren en él”.
- b. Fue posible identificar los delitos especiales propios y diferenciarlos de los delitos especiales impropios, al considerar que los primeros describen una conducta punible a título de autor, de modo que las demás personas que lo cometan y no posean la cualidad o característica del tipo penal, no podrán ser penalmente responsables de este ni de otro delito, siendo que, los segundos, a diferencia del anterior, guardan correspondencia con algún delito básico.



- c. Se conoció como formas de intervención delictiva a las figuras jurídicas de autoría y participación, las mismas que, a su vez, poseen una serie de subdivisiones, siendo que la autoría se encuentra delimitada por la autoría inmediata, autoría mediata y co-autoría, mientras que la participación abarca la instigación y la complicidad.
- d. Se tuvo conocimiento sobre el delito de enriquecimiento ilícito, el mismo que se encuentra regulado en el artículo 401 del Código Penal, y del que se aprecia, partiendo de su descripción, que se trata de un delito especial propio que contiene como sujetos agentes a los funcionarios y servidores públicos; quienes para ser autores, de este delito deberán desplegar, con dolo, esto es conocimiento y voluntad.
- e. Pudo estudiarse el Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva, que guarda íntima relación con la figura de la participación, en el sentido de que esta es derivada de la autoría, en tanto si no existiese autor del delito, tampoco, existiría partícipe del mismo, dada la relación de dependencia del partícipe para con el autor.

RECOMENDACIONES:



- a. Propuesta legislativa para delimitar los supuestos en que el extraño debe ser imputado, procesado y sancionado por un delito especial, por lo que sugerimos la modificatoria del artículo 25 primer párrafo del código penal, respecto a los Complicidad primaria y complicidad secundaria que dice lo siguiente: **“El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor”; debiendo modificarse de la siguiente manera: “El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la menor pena prevista para el autor”.**
- b. A los estudiantes, abogados y operadores de justicia, conocer los alcances de las teorías, de manera que no exista confusión al momento de su aplicación, puesto que en nuestra normativa vigente en el artículo 25° del código penal último párrafo, recoge la teoría de la unidad del título de imputación.
- c. A los jueces y fiscales al momento de valorar los hechos, no solo basarse en el hecho en concreto para imputar al extraneus un delito; sino que este debe tomar en cuenta la circunstancias que condicionaran al extraneus a ser partícipe del delito de enriquecimiento ilícito.



