

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**“LA PUNIBILIDAD DEL PARTÍCIPE EXTRANEUS EN EL
DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO”**

Tesis para obtener el título profesional de abogado

Autor (a):

Patricia Jacqueline Wong Coronado

Asesor (a):

Ms. Carlos Roberto Castañeda Ferradas



**Trujillo - Perú
2018**

Dedicatoria

A mis padres que, con su esfuerzo y apoyo, hacen posible la concretización de cada una de mis metas.

A mis hermanos, por impulsarme a ser mejor cada día.

A mi mamá Julita por ser, desde el cielo, mi guía y mi mejor ejemplo.

Resumen

La presente tesis tiene por finalidad sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito, considerando la incomunicabilidad de circunstancias y cualidades personales entre autores y partícipes.

El primer capítulo de este trabajo de investigación comprende el problema, hipótesis, objetivos y justificación de la presente tesis.

El segundo capítulo aborda el marco teórico, que incluye los antecedentes y las bases teóricas; la misma que consta, a su vez, de seis acápite. El primer acápite comprende temas referentes al delito como tal. El segundo acápite refiere sobre los sujetos intervinientes en el delito, basándose en las formas de intervención delictiva, como son la autoría y la participación. Asimismo, se incluyen los conceptos de extraneus e intraneus. El tercer acápite comprende conceptos relacionados al delito de enriquecimiento ilícito. El cuarto acápite estudia el Principio de Accesoriedad Delictiva y los principios que se vinculan a este. El quinto acápite refiere sobre el Principio de Incomunicabilidad de circunstancias y cualidades entre autores y partícipes de un mismo hecho delictivo. El sexto acápite se centra en las circunstancias y cualidades personales del autor que afectan o fundamentan la responsabilidad penal del partícipe extraneus.

El tercer capítulo aborda la metodología seguida en el presente trabajo investigativo.

Finalmente el quinto capítulo comprende las conclusiones arribadas en este estudio, 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 N° 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.

Abstract

The purpose of this thesis is to support the punishability of the extraneous participant in the crime of illicit enrichment, considering the incommunicability of circumstances and personal qualities between authors and participants.

The first chapter of this research work includes the problem, hypothesis, objectives and justification of the present thesis.

The second chapter deals with the theoretical framework, which includes the background and the theoretical bases; the same that consists, in turn, of six sections. The first section includes issues related to crime as such. The second section refers to the subjects involved in the crime, based on the forms of criminal intervention, such as authorship and participation. Likewise, the concepts of extraneous and intraneous are included. The third section includes concepts related to the crime of illicit enrichment. The fourth section studies the Criminal Accessibility Principle and the principles that are linked to it. The fifth section refers to the Principle of Incommunicability of circumstances and qualities between authors and participants in the same criminal act. The sixth section focuses on the circumstances and personal qualities of the author that affect or support the criminal liability of the extraneous participant.

The third chapter addresses the methodology followed in the present research work.

Finally, the fifth chapter includes the conclusions arrived at in this study, having been able to determine that it is possible to sustain the punishability of the extraneous participant in the crime of illicit enrichment, taking into account the incommunicability of circumstances and personal qualities between authors and participants provided in article N ° 26 of the Criminal Code, based on its study and interpretation; Considering that this article would only understand the

incommunicability of circumstances and qualities that affect the responsibility of authors to participate in the same criminal act, that is to say, those that attenuate, aggravate or exclude criminal responsibility, being that not being immersed, within This legal precept, the circumstances and qualities that underlie criminal responsibility, these could be communicable from authors to participants in the same punishable act.

Tabla de Contenido

DEDICATORIA.....	2
RESUMEN.....	3
ABSTRACT.....	4
CAPÍTULO I: Introducción	9
1.1.Problema	9
1.1.1.Planteamiento del problema	9
1.1.2.Enunciado del problema	13
1.2.Hipótesis.....	14
1.3.Variables	14
1.3.1. Variable Independiente:.....	14
1.3.2. Variable Dependiente:	14
1.4.Objetivos	14
1.4.1.Objetivo General	14
1.4.2.Objetivos Específicos.....	14
1.5.Justificación	15
CAPÍTULO II: Marco teórico.....	16
2.1.Antecedentes	16
2.2.Bases Teóricas	32
CAPÍTULO III: Metodológico.....	89
3.1.Tipo de investigación	90
3.1.1.Por su finalidad.....	90
3.1.2.Por su profundidad.....	90
3.1.3.Por su naturaleza	90

3.2.Métodos jurídicos	91
3.3.Material de estudio	92
3.4.Recolección de datos	93
3.5.Análisis de datos	93
CAPÍTULO IV: Conclusiones.....	93
4.1.Conclusiones	93
Referencias bibliográficas.....	98
Bibliografía.....	102
Anexos	108

CAPÍTULO 1. Introducción

1.1. Problema

1.1.1. Planteamiento del problema

El ordenamiento jurídico penal peruano, en su respectivo Código Penal, prevé una serie de preceptos legales destinados a brindar armonía a la vida en sociedad y soluciones, frente al resquebrajamiento de esta, que, en su mayoría, resultan ser idóneas para alcanzar los fines que requiere una población para llevar una vida de paz y tranquilidad. El problema radica cuando, pese a la previsión de distintos supuestos, no es posible superar una dificultad jurídica, dejando una sensación de vulneración y desprotección en los ciudadanos que podría traducirse en impunidad frente a la presencia de algún vacío jurídico que, muchas veces, no ha sido satisfecho a través de una correcta interpretación normativa.

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. 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, p. 136). *“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” (MIR PUIG, 2008, p. 227). Con respecto a los tipos penales especiales, debemos considerar que estos *“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, esto es que se agregan circunstancias que van a crear otra figura penal diferente a la básica”* (ZAMBRANO PASQUEL, 2006, p. 136). 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 CASTILLO FREYRE, 2007, p. 235). 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”* (Cuestiones fundamentales de autoría y participación en los delitos de organización. p. 12).

Habiendo abarcado los conceptos precedentes que hablan del delito, en forma general, es necesario considerar aquel que es materia de investigación en el presente trabajo, como es el delito de enriquecimiento ilícito, que se encuentra previsto en el artículo N° 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 N° 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 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 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.

1.1.2. Enunciado del problema

¿Es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito?

1.2. Hipótesis

Es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito, dado que únicamente son incommunicables 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.

1.3. Variables

1.3.1. Variable Independiente:

La punibilidad del partícipe extraneus.

1.3.2. Variable Dependiente:

Delito de enriquecimiento ilícito

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

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

1.4.2. 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.

- Establecer los alcances del Principio de Incomunicabilidad de circunstancias y cualidades entre autores y partícipes de un mismo hecho punible.
- Diferenciar las circunstancias y cualidades personales que afectan la responsabilidad penal de autores y partícipes, de aquellas que fundamentan la misma.

1.5. Justificación

- El presente estudio busca explicar los motivos por los que el partícipe extraneus posee responsabilidad penal en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito; debido a la comunicabilidad de circunstancias y cualidades que fundamentan la responsabilidad penal entre autores y partícipes, considerando el artículo N° 26 del Código Penal Peruano, teniendo como base el Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva.
- Esta investigación se orienta en la posibilidad de que el delito de enriquecimiento ilícito, siendo perpetrado por algún partícipe extraneus, sea susceptible de recibir una merecida condena, evitando que dicha actuación quede en la impunidad.
- El presente trabajo comprende información que posee mayores luces sobre el tema en cuestión, la misma que podrá servir de base para posteriores investigaciones.
- Frente a las distintas teorías manejadas, a raíz de la polémica surgida en torno al problema en cuestión, se busca, con este estudio, la adopción de la presente tesis, en aras de la uniformización la doctrina.

CAPÍTULO 2. Marco teórico

2.1. Antecedentes

2.1.1. La Universidad San Martín de Porres - Perú, realizó la investigación titulada “Cuestiones fundamentales de autoría y participación en los delitos de organización”, en donde se arribó a las siguientes conclusiones:

- La sola pertinencia de una asociación para delinquir tiene un tratamiento diferenciado en doctrina, basado en considerar que la vigencia de la norma no sólo depende de la conducta de autores potenciales, que generan peligro al actuar en conjunto, sino también de lo que esperan los afectados, cuya confianza en la norma aumenta o disminuye por la acción de los intervinientes; en consecuencia la infracción colectiva de deberes por parte de los intervinientes genera un colectivo normativo delictivo, con identidad propia.
- La conducta de los miembros, no puede quedar limitada a formas de integración pasiva pues lo que se exige para la punición de los miembros de la organización es una actualización clara y permanente de la pertenencia.

2.1.2. Huamán Cáceres, Carla Ingrid e Idrogo Burga, Betty del Rocío, 2013 - Perú, realizaron la investigación titulada “Responsabilidad penal del funcionario público de hecho en el delito de peculado”, investigación que fue utilizada para la obtención del título profesional de abogado, en donde arribaron a las siguientes conclusiones:

- La figura del funcionario de facto o de hecho no se subsume en el artículo N° 387 del Código Penal, puesto que la norma que tipifica el delito de peculado es clara y

precisa, delimita lo que se castiga, cumpliendo con la exigencia de tipicidad y seguridad jurídica por tratarse de infracción del deber, precisando: 1) quien puede ser autor, es decir, un sujeto determinado, o sea un funcionario o servidor público, 3) el funcionario o servidor público tiene que haber sido nombrado o designado legal y lícitamente, siguiendo los procedimientos administrativos existentes, 4) la conducta que debe realizar para ser considerado autor es apropiar o utilizar, lo cual indica que es un delito de resultado instantáneo, 5) que la administración o custodia se le haya confiado por razón de su cargo, por lo que existe una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos, creando una relación de deber con el Estado, 6) el incumplimiento del ejercicio correcto de su función que le ha sido encomendada, incurriendo en infracción del deber, 7) se sanciona, porque el funcionario público es desleal o infiel con la administración pública que depositó su confianza y este la defrauda, al apropiarse del patrimonio del Estado, que le fuera entregado por razón del cargo que desempeña, incumpliendo con los fines que se persiguen.

- La figura del funcionario de hecho, al no estar prevista ni regulada, en el artículo N° 425 del C.P, ni subsumida en el delito de peculado establecido en el artículo N° 387 del C.P, en consecuencia, no se puede sostener que un funcionario de hecho es autor de peculado porque violaría el principio de legalidad, pues este no incurre es un desvalor antijurídico porque no incumple con los roles ante la sociedad, que le corresponde a las autoridades legítimamente constituidas quienes deben observar la actividad y el ejercicio correcto de la función que le ha sido encomendada, lo que no sucede con el funcionario de facto o de hecho; además,

según nuestra Constitución Política, el principio de legalidad implica, por sobre todas las cosas sin objeción alguna, que ninguna persona puede ser procesada, ni condenada por acto u omisión que al tiempo de cometerse, no se encuentre previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.

2.1.3. Zegarra Rengifo, Jorge Luis, 2016 - Perú, realizó la investigación titulada “La racionalidad del discurso configurador del castigo en el Perú”, investigación que fue utilizada para la obtención del título profesional de abogado, en donde arribó a las siguientes conclusiones:

- La teoría de la justificación del castigo, que busca determinar cuando estamos ante un discurso racional o irracional, está conformada básicamente por una justificación formal, que busca controlar la corrección formal de los argumentos y una justificación material, que busca controlar la corrección del contenido de cada premisa y/o argumento. Dentro de la justificación material tenemos las reglas de depuración (aporte de Robert Alexy) y las reglas de fundamentación (aporte de Jhon Finnis). El cumplimiento de todas aquellas reglas de depuración y fundamentación implica un discurso racional en Derecho. El incumplimiento de aquellas reglas implica un discurso con vicios de racionalidad.
- Una vez determinado que el fin del castigo debe ser el prevenir los delitos, es necesario analizar una cuestión subsecuente y necesaria: ¿cómo se puede prevenir los delitos mediante el castigo? Justamente, el Análisis Económico del Castigo es la disciplina que sostiene que se puede minimizar el costo social de la delincuencia

mediante dos instrumentos de política criminal: la severidad del castigo y la probabilidad de detección y/o castigo del delito, mayor tendrá que ser la severidad del castigo (incremento de las penas), si es que se quiere alcanzar el fin preventivo. En todo caso, siempre la severidad del castigo tiene que ser superior al beneficio esperado del delito, si es que se busca prevenir la magnitud de la pena no es fijada en función de la gravedad del hecho sino en función al beneficio esperado del delito.

- Tal irracionalidad – según las reglas de fundamentación – exigen un cambio de discurso, un cambio en la elección del fin de la pena, un fin que desde su misma fundamentación sea coherente con las exigencias de racionalidad de la teoría de la justificación, presentada en esta monografía, pues únicamente así, se puede evitar un castigo materialmente limitado y absoluto en perjuicio latente de los derechos fundamentales del ser humano.

2.1.4. Linares De La Cruz, Heidi, 2013 - Perú, realizó la investigación titulada “El cumplimiento del deber de motivación de la pena por los Jueces penales de Trujillo en las sentencias condenatorias por delito de violación sexual de menor de edad previsto en el artículo N° 173 del Código Penal Peruano”, investigación que fue utilizada para la obtención del título profesional de abogado, en donde arribó a las siguientes conclusiones:

- En las sentencias condenatorias por el delito de violación sexual de menor de edad analizadas, los jueces penales de Trujillo incurren en incumplimiento e inobservancia de la exigencia constitucional de motivar la pena aplicable al autor,

pues no realizan una motivación especial, suficiente y proporcional a la afectación del derecho fundamental a la libertad personal y su relación con el quantum de la pena que se va a imponer en el caso concreto, pues no solo debe motivarse más cuando se afecta un derecho fundamental, sino que debe motivarse tanto más como mayor sea la intensidad de la vulneración, señalando no cualquier motivo o sólo unos cuantos motivos, sino tantos motivos sean necesarios para que aparezca a todas luces justificada la magnitud de la pena, de manera que contribuya a eliminar dentro de nuestra práctica judicial, la adopción de decisiones arbitrarias en el ámbito de la individualización y o determinación judicial de la pena.

- Los jueces penales de Trujillo, como criterio o fundamento para la determinación de la pena, sólo proceden a citar artículos y a verificar la presencia o no de los requisitos previstos en los artículos números 45 y 46 del Código Penal referentes a los criterios de graduación de la pena, sin precisar cuáles son las razones o motivos que determinan la legalidad de la pena concreta impuesta o, en su defecto, la motivación consiste en citar conceptos superficiales y estériles sobre las definiciones de los Principios de Proporcionalidad, Razonabilidad y Lesividad y sobre los fines de la pena, más no cumplen con realizar un procedimiento técnico y valorativo del caso concreto, que conlleve a la conminación o imposición de una pena menor o más grave de ser el caso, esto, como consecuencia de la inobservancia de los principios de rango constitucional, como los Principios de Proporcionalidad y Resocialización del interno.
- Las patologías de la motivación en que incurren los jueces penales de Trujillo al proceder a la individualización de la pena concreta consiste en la presencia de la

inexistencia de motivación o motivación aparente así como la motivación insuficiente, que surgen como consecuencia del reconocimiento a la naturaleza discrecional del juez carente de límites en cuanto a la imposición de la pena, aunado a la ausencia de la institución jurídico-procesal, lo cual evidencia un problema con la exigencia constitucional del deber de motivar la pena por parte de nuestros jueces penales, que vulnera el derecho al debido proceso y el ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva, lo cual no resulta aceptable en un Estado Democrático y Constitucional de Derecho como el nuestro.

2.1.5. Torres Jiménez, Lucas Eduardo, 2013 - Perú, realizó la investigación titulada “Calificación del ejecutor consciente en los supuestos de autoría mediata: Contribución en el establecimiento de criterios de autoría y participación en el ámbito judicial peruano”, investigación que fue utilizada para la obtención del título profesional de abogado, en donde arribó a las siguientes conclusiones:

- Cuando interviene más de un sujeto en la comisión de un delito surge como primera discusión, si todos ellos deben ser considerados autores o si debe considerarse sólo a alguno(s) como autor(es) y a los demás como partícipes; siendo importante dar solución a esta interrogante debido a que en función a quienes sean identificados como autores se determinará el delito a imputar y la pena a imponer.
- Surgen así dos sistemas que buscan dar respuesta a este problema, que son: 1) El sistema unitario de autor y 2) El sistema diferenciador de autor. El primero señala que todos deben ser considerados autores debido a que el delito se produce gracias a que todos contribuyeron de alguna manera en éste; mientras que para el segundo,

se debe diferenciar entre autores y partícipes, puesto que no todos cometen el delito sino sólo algunos, los que deberán ser considerados autores, mientras que otros simplemente colaboran con éste, quienes serán considerados partícipes.

- Consideramos inadecuado el sistema unitario de autor, debido a que no puede considerarse a todos los intervinientes en el delito como autores, pues esto no es una solución admisible para los delitos especiales o los de propia mano. Así, para los delitos especiales sólo puede ser autor quien tenga la cualificación exigida por el tipo penal; y, en los delitos de propia mano, sólo pueden ser autores aquellos que realicen directamente la acción descrita en la misma. Por ello, creemos que la solución más apropiada es la de diferenciar entre autores y partícipes; ésta permite guardar un respeto al Principio de Legalidad, que, como límite del *iuspunendi*, exige que las personas puedan identificar claramente qué conductas de las realizadas en la comisión del delito son las que otorgan la autoría del mismo.
- La segunda variante, el concepto restrictivo de autor, señala que sólo el autor comete el delito, mientras que los demás intervinientes (partícipes) también responden, pero debido al principio de accesoriedad. Según este principio, estos responden por una norma que estipula la sanción de los que intervengan de una u otra manera en la tentativa o consumación del delito cometido por el autor, recurriendo a criterios objetivos y a criterios subjetivos para distinguir entre ambas formas de intervención. Esta posición nos parece más acertada, debido a que permitiría distinguir de manera cierta entre autores y partícipes; reconociendo la dependencia del partícipe al autor, en la medida en que es el autor, quien realmente comete el delito (el partícipe se limita a colaborar con el mismo).

2.1.6. Lopera Arango, Nelson Antonio, 2015 - Colombia, realizó la investigación titulada “El interviniente, punibilidad y Principio de Igualdad en el derecho penal colombiano”, investigación que fue utilizada para la obtención del título de magister en Derecho Penal, en donde arribó a las siguientes conclusiones:

- El concurso de personas en la ejecución de la conducta punible ha sido tema de continuo avance en la legislación penal colombiana. Nótese como en el Decreto N° 100 de 1980 existían solo dos artículos que regulaban todo lo referente a la autoría y a la participación, y uno más donde se prescribía lo relacionado con la comunicabilidad de circunstancias, lo que hacía imposible imponerle una pena como autor de delito especial y de infracción de deber al extraneus que concurría en tal conducta, pues en ese evento la cualificación del tipo no era una circunstancia personal, y esto era así, porque se trataba de una condición especial que no podía transmitirse de autores a partícipes, lo que hacía que en esos casos el extraneus siempre reciba tratamiento de cómplice, mucha veces sin serlo.
- Con la entrada en vigencia del nuevo estatuto penal en Colombia, Ley N° 599 del 2000, se incorporó una nueva figura, la del interviniente en el artículo N° 30 inciso final del mencionado estatuto. Es importante resaltar que dicha figura se anexó al artículo que regulaba todo lo relacionado con el instituto de la participación, pero no se refirió a él de manera directa, es decir, no obstante estar esta figura del interviniente en el artículo de los partícipes, no le dio esa calificación y esto se puede evidenciar en la misma redacción del mencionado artículo, pues al inicio dice: “Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice”. De una lectura rápida y descuidada se podría pensar que sólo son partícipes el determinador y el

cómplice, pero en el inciso final se dice; “al interviniente que no teniendo las calidades especiales en el tipo penal concurra en su realización...”, quiere decir lo anterior que no sólo se pueden concurrir en la realización de la conducta punible, del tipo especial, el autor, sino además el determinador, el cómplice y el interviniente, pero estos tres últimos en calidad de partícipes y es por eso que están regulados en el artículo N° 30 de los partícipes. Esta mala redacción por parte del legislador ha generado que se den distintas interpretaciones en torno a esta figura, pues en un comienzo se sostuvo que dicha figura era otra forma de participación criminal y por lo tanto se aplicaba indistintamente a autores como a partícipes, lo cual resultaba bastante exótico desde el punto de vista dogmático, pues se le estaba dando la calidad de autor de un tipo penal especial a un sujeto que concurría en su realización pero sin tener las calidades especiales exigidas en dicho tipo penal. Pero adicionalmente desde el punto de vista que se defiende en esta investigación, esta interpretación resultaba insuficiente para solucionar los diversos casos ya que no siempre el particular concurría en la realización del tipo penal especial como determinador o como cómplice, sino que también puede actuar como autor de la misma pero sin tener las calidades especiales, es decir, este particular hacía un aporte de igual envergadura que la del mismo autor, pero por no tener las calidades especiales exigidas en el tipo penal no se le puede dar la calificación de autor, sino la de interviniente en sentido estricto porque su aporte difiere al del determinador y al del cómplice, por tanto no puede ser tratado como tal y este es el principal aporte que se hace en esta tesis.

- La teoría del dominio del hecho es acogida por la Ley N° 599 del 2000, pero ésta debe ser aplicada de manera tangencial en los delitos de infracción de deber, pues en tal categoría de comportamientos delictivos, el dominio del hecho, parte y se sostiene únicamente por la condición especial del sujeto garante o titular de tales derechos y no por el aporte material. Lo anterior significa que en este tipo de delitos el tener o no las riendas del mismo no garantiza tener la condición de autor, porque por muy insignificante que sea el aporte material del intraneus siempre y cuando se tenga el deber de garante frente a ese bien jurídico, será considerado autor, y, por el contrario, por relevante que sea el aporte material del extraneus, éste jamás podrá ser considerado autor porque en él no se identifican las calidades especiales exigidas por el tipo penal especial, ni es titular de deberes especiales, y mientras ese extraneus no tenga tal calidad o tales deberes solo podrá ser tratado como un partícipe es decir como determinador interviniente, cómplice interviniente e interviniente en sentido estricto según lo sostenido en esta trabajo investigativo y es a estos, a los que se les debe hacer la rebaja punitiva de una cuarta parte de la pena establecida en el inciso final del artículo N° 30 del Código Penal.
- Desde el punto de vista planteado en la conclusión anterior, resulta ser más lógico y jurídico interpretar que en los delitos especiales y de infracción de deber sólo puede ser autor (intraneus) quien ostente la calidad o deberes especiales exigidos en el tipo penal y, por lo tanto, los particulares (extranei) sólo pueden ser tratados como partícipes de tales conductas, es decir determinares intervinientes, cómplices intervinientes o intervinientes en sentido estricto.

2.1.7. Avelar Valencia, Carlos Ernesto, 2012 - Argentina, realizó la investigación titulada “Complicidad del extraneus en los delitos especiales propios”, investigación que fue utilizada para la obtención del grado de licenciado en Ciencias Jurídicas, en donde arribó a las siguientes conclusiones:

- Según la teoría de la unidad del título de imputación, se puede sancionar al extraneus cuando interviene en un delito especial, con la penalidad que establece ese mismo delito, al cual ha colaborado el particular para su ejecución, y no con la penalidad del delito común subyacente al especial, si es que existe tal injusto criminal. Por ello, se ha establecido que esta tesis es aplicable tanto para los delitos especiales propios e impropios. De la cual ha surgido la propuesta de reforma legal que se detalló en el capítulo cuatro de esta investigación.
- Se debe reformar tanto el artículo N° 36 como el 66 del Código Penal, ya que con la reforma del primero se busca abrir las puertas a la complicidad del extraneus en los delitos especiales, y que sobre este no serán exigidas las calidades que se solicitan en tales delitos, las cuales solamente serán aplicadas al autor directo. El segundo artículo se reformará agregando un inciso con el objeto de no dejar dudas que el cómplice de un delito especial se sancionará con base al marco penal del delito al cual colabora y no a otro, aplicando posteriormente la fórmula que establece el mismo artículo en el inciso que ya posee redactado.

2.1.8. Ortiz Arpide, Diego Antonio, 2015-2016 – España, realizó la investigación titulada “El regreso al derecho penal. Estudio de algunos problemas relativos al concepto

penal de funcionario público”, investigación que fue utilizada para la obtención del grado en Derecho, en donde arribó a las siguientes conclusiones:

- En el Código Penal Español coexisten en función del círculo de posibles sujetos activos, dos tipos de delitos. Por un lado, los delitos especiales propios, en los cuales la condición requerida por el tipo fundamenta la pena, y por otro lado los delitos especiales impropios, que a diferencia de los anteriores, la posesión de tal cualidad solo agrava la responsabilidad penal derivada del hecho típico. En el caso de los delitos contra la administración pública, el fundamento para limitar el círculo de sujetos activos, es la concurrencia de dos realidades: por un lado, el deber especial que posee el intraneus, y de otro lado, la relación especial del sujeto idóneo con el bien jurídico protegido por los tipos penales. En concreto, ese bien jurídico común a todos los delitos previstos en el Título XIX del Código Penal, es el correcto funcionamiento de la administración pública, si bien, existen en cada tipo concreto diferentes objetos de protección.
- Dentro de los delitos especiales, y fundamentalmente en los delitos contra la administración pública, el concepto penal de funcionario público del artículo N° 24.2 CP 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 N° 24 CP. 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 extranei 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 N° 65.3 CP, 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 N° 65.1 CP. 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 partcipe 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.

2.1.9. Pinto León, Ignacio, 2000 – México, realizó la investigación titulada “El enriquecimiento ilícito”, investigación que fue utilizada para la obtención del grado de licenciado en Derecho, en donde arribó a las siguientes conclusiones:

- La nueva redacción propuesta al final del último capítulo, posibilitará la armonía entre la pretensión punitiva típica y los principios y garantías indicados, subsanando las deficiencias advertidas.
- Pero esta propuesta o cualquier otra que modifique la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito será insuficiente mientras no resolvamos el problema de fondo, que es al final el que ha provocado las salidas fáciles del legislador para la autoridad: eficientar a los órganos encargados de la procuración, administración e impartición de justicia en nuestro país. Únicamente con Ministerios Públicos y Jueces conocedores de la materia penal –y respetuosos de sus principios– lograremos que los responsables del delito de enriquecimiento ilícito y de todos los demás sean condenados por sus conductas. No es culpa ni del derecho penal, ni de las garantías individuales, ni de los abogados defensores, ni de las leyes garantistas el que los responsables no sean sentenciados condenatoriamente, sino principalmente del órgano persecutor de los delitos que acusa importantes deficiencias.

2.1.10. Pezo Roncal, Cecilia Alexandra, 2016 – Perú, realizó la investigación titulada “El bien jurídico específico en el delito de enriquecimiento ilícito”, investigación que fue utilizada para la obtención del grado de magister en Derecho Penal, en donde arribó a las siguientes conclusiones:

- La gran relevancia de la administración pública como institución, se justifica en los fines que ésta tiene destinados: la satisfacción del interés general a través de sus distintas actividades tales como las de fomento, policía y las prestacionales. En el último de los casos, se hace latente la necesidad de asegurar las condiciones mínimas para el acceso de los ciudadanos a los servicios destinados a satisfacer sus necesidades básicas y elementales. Los primeros, coadyuvan el logro del interés general de modo mediato pero, finalmente, en aras de satisfacer intereses de la ciudadanía en general. Ese es el fundamento de su existencia e institucionalidad.
- En el marco de la protección penal de la administración pública, no se trata de protegerla en sí misma –como ente orgánico y jerarquizado-, sino, a partir de la consideración de la existencia de un bien jurídico genérico y diversos bienes jurídicos específicos –protegidos por los diversos tipos penales que componen el grupo- merecedores de dicha tutela. En ese escenario, el bien jurídico genérico es el correcto funcionamiento de la administración pública.
- No es posible considerar la protección penal del correcto funcionamiento de la administración pública sin tomar como punto de partida los principios que rigen a la administración y, por lo tanto, la actividad funcionarial. El respeto por dichos principios, por su calidad de tales, amerita una tutela especial y forman la base esencial del sistema complejo de competencias concretas que ejercen los funcionarios públicos.

2.2. Bases Teóricas

Capítulo I: El delito y su clasificación por estructuración

1.1. Definición de delito

“El delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Los niveles de análisis son tipo, antijuricidad y culpabilidad” (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014, p. 226). 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” (CEREZO MIR, 2014, p. 226). El artículo 11 del Código Penal expresa que “son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”. Si bien esta sucinta descripción no expone taxativamente las características que se aceptan para la definición del delito, están implícitas”. (MAURACH & ZIPF, 2014, p. 226).

1.2. Clases de delitos

En la doctrina, se han reconocido una serie de clasificaciones, en aras de diferenciar los tipos penales, acorde a las características que estos presentan. En el presente capítulo, se tomará en cuenta, una de estas clasificaciones, que hace referencia a la estructura de los delitos, los mismos que acorde a la misma, se distinguen:

1.2.1. 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, p. 97).

“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” (REYES ECHANDIA, 2006, p. 136). Podríamos agregar por nuestra parte que “son tipos genéricos que constituyen la base de un determinado título de delitos que sanciona la vulneración de un bien jurídico perfectamente destacado” (ZAMBRANO PASQUEL, 2006, p. 136); un ejemplo de estos tipos penales sería el delito de homicidio.

1.2.2. Delitos especiales

“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” (REYES ECHANDIA, 2006, p. 136), esto es que se agregan circunstancias que van a crear otra figura penal diferente a la básica” (ZAMBRANO PASQUEL, 2006, p. 136); 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.

- Delitos especiales propios

“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” (MIR PUIG, 2008, p. 228); por ejemplo, el delito de prevaricato considerando la cualidad de juez que prevé el tipo penal para el sujeto agente.

- Delitos especiales impropios

“Los delitos especiales impropios guardan, en cambio, correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto cualificado que realiza la acción” (MIR PUIG, 2008, p. 228); por ejemplo, el parricidio, en relación al homicidio que es un tipo penal básico.

Capítulo II: Formas de intervención delictiva

2.1. 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.

2.1.1. 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.

2.1.2. 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.

2.1.3. El intraneus y el extraneus

- Intraneus

“Intra es en inglés inside: el lado de adentro. Intraneus es el que es de adentro” (CHINCHAY CASTILLO, 2016, p. 83).

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.

- 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, p. 83).

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” (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, p. 98), 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, p. 98).

2.2. 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:

2.2.1. 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, pp. 368-369).

“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, p. 461). “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” (LOPEZ PEREGRIN, 2014, p. 461). “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 accesoriedad. 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)” (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014, pp. 461-462).

“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, p. 462).

“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) (HERNANDEZ PLASENCIA, 2014, p. 462). 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 (MAURACH & ZIPF, 2014, p. 462). La concepción unitaria funcional tiene como idea central la “doble naturaleza de la intervención” (LOPEZ PEREGRIN, 2014, p. 462), 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 (HERNANDEZ PLASENCIA, 2014, pp. 462-463). 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” (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014, p. 463).

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.

2.2.2. 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, p. 369).

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, pp. 463-464).

“El instrumento teórico para diferenciar entre autores y partícipes es de índole subjetivo pues “será autor quien obre con ánimo de autor (animus auctoris) 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, p. 369).

- Concepto restrictivo de autor

“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” (MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, 2014, p. 464-465). “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, p. 465).

Esta teoría distingue entre autores y partícipes, de un mismo ilícito penal. Además, reconoce el Principio de Accesoriedad 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 participe 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, p. 465).

“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” (LORENZO SALGADO, 2014, p. 465). “En el ejemplo de jefe de la banda que no realiza ninguna acción descrita en el tipo, no se le considerar coautor y estará relegado a un segundo plano, en una

posición de participación que resulta inadmisibile. En este sentido, también falla a tratar de explicar los supuestos de realización del delito sirviéndose de un aparato de poder” (MUÑOZ CONDE, 2014, p. 465).

- Teoría objetivo-material

“Plantea el criterio de la importancia objetiva de la contribución para distinguir entre autor y participe con lo que trata de indagar la mayor peligrosidad objetiva de la contribución” (MIR PUIG, Derecho Penal Parte General., 2014, p. 466). Así como autor, será el individuo que aporte la condición objetiva más importante. En la relación causal, será autor quien produce la causa, y participe quien pone la condición” (VELASQUEZ VELASQUEZ, 2014, p. 466).

“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” (MIR PUIG, Derecho Penal Parte General., 2014, p. 466). “Por último, tampoco resuelve el problema del autor mediato y del coautor que objetivamente no intervienen con una contribución importante” (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014, p. 466).

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.

- Teoría del dominio del hecho

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” (MAURACH, Derecho Penal Parte General., 2014, p. 372).

Esta corriente 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” (MIR PUIG, Derecho Penal Parte General., 2014, p. 375).

2.3. Intervención delictiva

2.3.1 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, p. 367).

“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” (MIR PUIG, Derecho Penal Parte General., 2014, p. 367) .

Nuestro Código Penal Peruano, en su artículo N° 23, prescribe respecto a la autoría:

“Artículo N° 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.

La última proposición - y los que lo cometan conjuntamente - alude a la coautoría, por existir un dominio funcional del hecho” (VILLA STEIN, 2014, p. 368).

2.3.2. Clases de autoría

2.3.2.1. Autoría inmediata

- Definición

También denominada autoría directa o de mano propia. “Aquí se tiene por autor, conforme al artículo N° 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, p. 376).

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.

2.3.2.2. Autoría mediata

- Definición

También conocida como autoría indirecta o de mano ajena. *“Coinciden los autores en conceptualizar como autor mediato a todo aquel que realiza el hecho utilizando como instrumento a otro. O como dice MAURACH, “quien para la ejecución de un hecho punible que se pueda cometer con dolo, se sirva de otro ser humano como instrumento. (...). Lo determinante de la autoría mediata es el dominio superior de la decisión. La autoría del hecho se basa en el dominio de la voluntad y en tal sentido el rol principal lo juega el hombre de atrás y no el ejecutor”* (MAURACH, Derecho Penal Parte General., 2014, p. 377).

- 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, p. 472).

“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” (JAKOBS, 2014, p. 472). “Si el intermediario domina su acción, será autor inmediato, mientras que el hombre de atrás será un partícipe” (LOPEZ BARJA DE QUIROGA, 2014, p. 472).

2.3.2.3. 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 estos dominio del hecho respecto al suceso criminal.

“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)” (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014, p. 481).

“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” (LOPEZ BARJA DE QUIROGA, 2014, p. 481). “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” (PEREZ ALONSO, 2014, p. 481).

“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, p. 383).

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”* (ROXIN, 2014, p. 383).

“El coautor es un participante principal y en ello se diferencia del cómplice” (VILLA STEIN, 2014, p. 384).

- 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” (VILLA STEIN, 2014, p. 384).

- 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- dirá ROXIN* (ROXIN, 2014, p. 384)- *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, p. 384).

- 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” (BACIGALUPO, 2014, p. 384).

- Clasificación

- Coautoría sucesiva

“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 (PEREZ ALONSO, 2014, p. 488). 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 (GARRIDO MONTT, 2014, p. 488). 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. Ejemplo: en el caso descrito, sólo responde por el delito de hurto y no por el robo” (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014, p. 488).

- Coautoría alternativa

“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” (PEREZ ALONSO, 2014, p. 488). *Estamos ante una coautoría de realización comisiva alternativa de los aportes de cada interviniente* (LOPEZ BARJA DE QUIROGA, 2014, p. 488). *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”* (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014, pp. 488-489).

- Coautoría aditiva

“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 (PEREZ ALONSO, 2014, p. 489). *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” (VILLAVICENCIO TERREROS, 2014, p. 489).

2.3.3. Definición de participación

“Participación es la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno. La “participación” puede concebirse en sentido amplio y en sentido específico. En sentido amplio abarca a todos los que intervienen en el hecho (autor directo, autor mediato, coautor, instigador y cómplice). En sentido específico son partícipes aquellos que no son autores, es decir, participación se contrapone a autoría. Partícipes son aquellos cuya actividad se encuentra en dependencia, en relación a la del autor. El partícipe interviene en un hecho ajeno, por ello, es imprescindible la existencia de un autor respecto del cual se encuentra en una posición secundaria, por ende, no es posible un partícipe sin un autor (BACIGALUPO, 2014, pp. 492-493). Todas las conductas de los partícipes deben adecuarse bajo el mismo título de imputación, por el cual responde el autor (unidad de título de imputación o unidad de calificación jurídica)” (BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, 2014, p. 493).

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 concurra 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 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, p. 388).

“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” (VILLA STEIN, 2014, p. 493).

”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).

2.3.4. Clases de participación

2.3.4.1. Instigación

- Definición

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

“El instigado 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 persuada o convenza al autor potencial a que realice determinado tipo “causando la resolución criminal” (MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, 2014, p. 391), 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, p. 391).

“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” (VILLA STEIN, 2014, p. 516).

2.3.4.2. Complicidad

- Definición

“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 (STRATENWERTH, 2014, p. 392), por medio de hechos o incluso de consejos (BACIGALUPO, 2014, p. 392). 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” (VILLA STEIN, 2014, p. 392).

- Clasificación

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

- Complicidad primaria

Estaremos frente a la figura de un cómplice primario, “cuando su cooperación es imprescindible a la luz de la intensidad objetiva de su aporte (BACIGALUPO, 2014, p. 392) sin la cual el hecho no se hubiera concretado a la luz del momento en el que se produce el aporte” (VILLA STEIN, 2014, p. 392).

- 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, p. 392).

2.4. Teoría de la ruptura del título de imputación y teoría de la unidad del título de imputación.

2.4.1. 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, p. 102).

2.4.2. Teoría de la ruptura del título de imputación

Esta teoría, a diferencia de la anteriormente citada, *“atribuye tanto al extraneus como al intraneus delitos diferentes, cuando los dos emanan de un mismo hecho punible”* (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, p. 109), rompiendo así con el principio de accesoriedad de la participación delictiva.

“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” (CASACION , 2016, p. 07).

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 accesoriedad 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.

Capítulo III: El delito de enriquecimiento ilícito

3.1. Antecedentes Legales

- Constitución Política de 1979: Esta constitución, ahora derogada, prescribía en su artículo N° 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” (GALVEZ, 2001, p. 87).

“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” (GALVEZ, 2001, p. 87). 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”* (GALVEZ, 2001, p. 87).

- 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” (GALVEZ, 2001, p. 88).

- 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*”.

En este sentido, es necesario mencionar que, 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”.

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.

3.2. Tipo penal

3.2.1. Elementos objetivos

3.2.1.1. 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 (GALVEZ, 2017, p. 186).

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 (GALVEZ, 2017, p. 187).

3.2.1.2. 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.

- 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 la 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 endose 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” (GALVEZ, 2017, p. 231).

- 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” (GALVEZ, 2017, p. 244-245).

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 dignad, 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” (GALVEZ, 2017, p. 244-245).

3.2.1.3. 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” (GALVEZ, 2017, p. 254).

- 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.

- Funcionario público

“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” (GALVEZ, 2017, p. 254).

- Servidor público

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” (GALVEZ, 2017, p. 76-77).

3.2.1.4. 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*” (GALVEZ, 2017, p. 264).

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 Antejucio Constitucional o Antejucio 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 antejuicio) 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” (GALVEZ, 2017, p. 265-267).

“Cabe precisar 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” (GALVEZ, 2017, p. 255-256), como ya se explicará, ampliamente y con posterioridad, en el capítulo respectivo.

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” (GALVEZ, 2017, p. 255-256).

3.2.2. Elementos subjetivos

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.

Capítulo IV: Principio de Accesoriedad de la Participación Delictiva

4.1. 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.

4.2. Clasificación

- Accesoriedad mínima

“El hecho principal satisface el tipo, independientemente de la antijuricidad. Esta tesis obviamente se rechaza actualmente” (VILLA STEIN, 2014, p. 390).

- Accesoriedad limitada

“El hecho principal además de típico, es antijurídico. No se requiere culpabilidad” (VILLA STEIN, 2014, p. 390).

- Accesoriedad extrema

“El hecho alcanza el nivel de la tipicidad, de la antijuricidad y de la culpabilidad” (VILLA STEIN, 2014, p. 390).

- Hiperaccesoriedad

“Aquí, además de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, actúan las condiciones objetivas de punibilidad” (VILLA STEIN, 2014, p. 390).

“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, p. 390).

4.3. Principios vinculantes

- 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”.

“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, p. 953-954).

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.

- 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, p. 115).

“Informa este principio 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”. (MUÑOZ CONDE, Derecho Penal Parte General., 2014, p. 144)

“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” (VILLA STEIN, 2014, p. 144).

Capítulo V: Principio de Incomunicabilidad de Circunstancias y Cualidades entre autores y partícipes

5.1. 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.

Capítulo VI: Circunstancias y cualidades personales del autor que afectan o fundamentan la responsabilidad penal del partícipe extraneus

6.1. Legislación peruana

6.1.1. 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”.

- 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 N° 26 del Código Penal peruano, que es materia de estudio en la presente investigación, tenemos que pese a que éste prescribe acerca de una serie de circunstancias y cualidades, no especifica 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.

- Responsabilidad penal

Teniendo en cuenta, el análisis realizado al artículo N° 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 sgtes.) 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 incomunicable 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 incomunicabilidad 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, p. 960).

- La incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades personales del autor y la afectación de la responsabilidad penal

Se entiende que cuando el legislador, en la redacción del artículo N° 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” (REVILLA LLAZA, 2014, p. 958-959).

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” (REVILLA LLAZA, 2014, p. 960).*

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” (REVILLA LLAZA, 2014, p. 960).

“No debe perderse de vista que el artículo 26 CP 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” (REVILLA LLAZA, 2014, pp. 960-961).

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” (REVILLA LLAZA, 2014, p. 962).

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” (REVILLA LLAZA, 2014, p. 962).

“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 comunicables 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” (REVILLA LLAZA, 2014, pp. 962-963).

“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, p. 963).

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

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”* (REVILLA LLAZA, 2014, p. 963), 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”* (REVILLA LLAZA, 2014, p. 963), concluyendo en la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades personales que fundamenten el injusto penal.

Siguiendo la línea de la 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, p. 964).

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

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*” (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, p. 104). “*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*” (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, p. 102).

“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” (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, p. 102).

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” (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016).*

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, pp. 110-111).

6.1.2. Casación N° 782-2015

- Hechos

Con fecha 06 de junio del 2015, la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia, sentó doctrina jurisprudencial vinculante con la emisión y publicación de la sentencia casatoria N° 782-2015.

Los hechos giran en torno a la investigación seguida contra la persona de Amelia Victoria Espinoza García, en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa, entre los años 1999 al 2002 y del 2007 al 2010, a quien se le imputó haberse enriquecido ilícitamente, durante el tiempo en el que desempeño dichos cargos, de la suma de S/. 1,028.00 soles, habiendo depositado dicha suma dineraria en las cuentas bancarias de su pareja sentimental y padre de su hijo, la persona de Wuilmer Agapito Vásquez.

Dada la situación, el Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción del Distrito Judicial del Santa, encargado del caso, formuló requerimiento acusatorio contra Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, en

la calidad de autor y cómplice, respectivamente, por la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de enriquecimiento ilícito.

Con fecha 02 de junio del 2015, el Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia del Santa, habiéndose realizado el juicio oral respectivo, emitió sentencia respecto al caso en concreto; condenando a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autor y cómplice, respectivamente, del delito contra la administración pública, en la modalidad de enriquecimiento ilícito, imponiéndoles la pena privativa de libertad de siete años, inhabilitación por tres años, para ejercer función pública, y la cancelación, de forma solidaria, del monto dinerario de S/. 1, 028 703.44 soles, por concepto de reparación civil.

La defensa de Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, interpuso recurso de apelación, contra la sentencia emitida, solicitando la absolución de sus patrocinados, por lo que, con fecha 12 de junio del 2015, el Primer Juzgado Penal Unipersonal del Santa, admitió dicho recurso y el 22 de septiembre del 2015, la Sala Penal de Apelaciones del Santa dictó sentencia declarando infundado el recurso de apelación, condenando a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autor y cómplice, respectivamente, del delito contra la administración pública, en la modalidad de enriquecimiento ilícito, imponiéndoles la pena privativa de libertad de siete años, inhabilitación por tres años, para ejercer función pública, y la cancelación, de forma solidaria, del monto dinerario de S/. 1, 028 703.44 soles, por concepto de reparación civil.

Dadas las circunstancias, la defensa de Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, formuló recurso de casación, por lo que, con fecha 04 de marzo del 2016, el Tribunal Supremo declaró, de oficio, conceder dicho recurso y el 06 de julio del 2016 la

Sala Penal Permanente emitió sentencia, declarando fundado el recurso de casación, disponiendo casar la sentencia del 22 de septiembre del 2015, que confirmó la sentencia apelada que condenó a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autor y cómplice, respectivamente, del delito contra la administración pública, en la modalidad de enriquecimiento ilícito, imponiéndoles la pena privativa de libertad de siete años, inhabilitación por tres años, para ejercer función pública, y la cancelación, de forma solidaria, del monto dinerario de S/. 1, 028 703.44 soles por concepto de reparación civil, revocar la sentencia del 02 de junio del 2015 que condenó a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autor y cómplice, respectivamente, del delito contra la administración pública, en la modalidad de enriquecimiento ilícito, imponiéndoles la pena privativa de libertad de siete años, inhabilitación por tres años, para ejercer función pública, y la cancelación, de forma solidaria, del monto dinerario de S/. 1, 028 703.44 soles por concepto de reparación civil; reformándola y absolviendo, a los procesados, por la comisión del delito que les fue atribuido, ordenando el levantamiento de las órdenes de ubicación y captura emitidas contra los procesados y la anulación de los antecedentes policiales y judiciales de los investigados, que se habrían generado a raíz del presente proceso, sentando, además, con esta decisión, doctrina jurisprudencial vinculante.

- Fundamentos

La Corte Suprema de Justicia, fundamentó su decisión, básicamente, centrándose en el hecho de que el ilícito denunciado giraba en torno al enriquecimiento ilícito de Amelia Victoria Espinoza García, la misma que, abusando de su cargo, se habría apropiado de la suma de S/. 1,028.00 soles; suma dineraria que habría depositado en las cuentas bancarias de su pareja sentimental Wuilmer Agapito Vásquez quien, a diferencia de ella, no ostentaba cargo público alguno, siendo este último detalle el meollo del asunto, en tanto al ser este un partícipe extraneus,

que no ostentaba la condición exigida por el tipo penal, por el que se les estaba procesando, no podría ser responsable de la comisión de dicho delito.

Para motivar esta decisión, los magistrados se basaron en el artículo N° 26 del Código Penal, que recoge la tesis de la ruptura del título de imputación, por la cual no sería posible imputarle responsabilidad al partícipe extraneus, en tanto este no reúna las condiciones exigidas por el tipo penal. Asimismo, hicieron hincapié en el tema indiciario que se manejó, en el caso concreto, haciendo alusión a que no se había logrado probar que Amelia Victoria Espinoza García se había enriquecido ilícitamente, transfiriendo lo obtenido a Wuilmer Agapito Vásquez, valiéndose de este como un testaferro para la ejecución de sus actos.

Finalmente, acorde a lo ya manifestado, la Corte Suprema de Justicia de la República, motivo su fallo y sentó doctrina jurisprudencial vinculante, absolviendo a los procesados y dejando puerta abierta a la impunidad con esta polémica decisión.

6.1.3. Decreto legislativo N° 1351

- Hechos

El 06 de enero del 2017, se promulgó el 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 N° 25, que regula la complicidad primaria y secundaria, el mismo que tras la incorporación de un tercer párrafo, prescribe: *“El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido*

por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”.

- Fundamentos

Acorde a la modificación realizada al artículo en mención, tras la incorporación de su último párrafo, se puede apreciar que este recoge *“el Principio sustantivo de Unidad del Título de Imputación. Esto significa que si en la comisión de un peculado o delito de colusión participan funcionarios obligados y particulares o extraños a la administración pública, los primeros responderán a título de autores y los particulares responderán por el mismo delito a título de cómplices. Finalmente, según esta teoría, si en la comisión de un delito especial, como lo son la mayoría de delitos contra la administración pública, participan sujetos públicos y particulares, los primeros serán autores debido que participan en la comisión del delito pero infringiendo un deber especial impuesto por la ley penal, en tanto que los demás, serán simplemente cómplices debido que también participan en la comisión del delito pero sin infringir deber especial alguno, pues no lo tienen”* (SALINAS SICCHA, 2017).

6.2. Legislación comparada

- Alemania

“El artículo 28 del Código Penal alemán regula la atenuación de la pena para los partícipes en los que no concurren los elementos personales que fundamentan la punibilidad del autor: “1. Si faltan características especiales personales (14, inciso 1) en el partícipe (instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena, de conformidad con el 49, inciso 1.2. Si la ley determina que características personales especiales

agraven la pena, la disminuyan o la excluyan, entonces esto solo rige para los partícipes (autor o partícipe), en quien concurran” (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, p. 100).

“Se debe señalar que en el DP Alemán se interpreta la referencia típica a “elementos personales especiales”, vinculándola a la propia definición que da el 14 StGB, según la cual se trataría de “especiales característica, relaciones o circunstancias personales”, en las cuales importa el carácter extremadamente personal del elemento. La doctrina mayoritaria distingue entre elementos personales referidos al hecho (elementos que sirven a su caracterización material o a la de la lesión al bien jurídico) y elementos personales referidos al autor (elementos que se relacionan con la persona del autor), pero considera que en el 28 únicamente se incluyen los elementos personales relativos al autor, mientras que los elementos relativos al hecho se someten a las reglas generales de la accesoriadad, ya que caracterizan aquel injusto del hecho principal que puede ser realizado por cualquiera” (REVILLA LLAZA, 2014, p. 974).

“El 28 StGB da las respuestas a dos problemas fundamentales derivados del principio de accesoriadad. De un lado (28, párrafo primero), frente al problema del tratamiento jurídico que ha de recibir el partícipe en el que no concurren los elementos personales especiales que fundamentan la punibilidad del autor, establece la regla de que dicho partícipe ha de responder por el mismo delito del autor (unidad del título de imputación), pero no con su misma pena sino con una pena obligatoriamente atenuada. Es decir, cuando se trata de elementos personalísimos que fundamentan la pena, el StGB señala que estos sirven de base a la punibilidad del partícipe, aunque solo concurran en el autor, debiendo en tal caso atenuarse la pena al partícipe. Como se aprecia, en esta regla la ruptura de la accesoriadad se manifiesta de la siguiente manera: Si las cualidades personales fundamentan la punibilidad por hallarse indisolublemente unidas al tipo base, la ruptura de la accesoriadad solo tiene efecto sobre el marco de la pena (autor y partícipe

no reciben la misma pena: la pena del partícipe en quien no concurre un elemento especial personal que fundamenta la pena del autor ha de ser determinada en función de la pena de este para su atenuación) y no de la calificación (unidad del título de la imputación: autor y partícipe lo son del mismo delito). El 28, párrafo primero, determina así que los especiales elementos personales que fundamentan la pena son limitadamente accesorios” (REVILLA LLAZA, 2014, p. 975).

“Tal solución resulta justa, por cuanto evita cualquier intento de alegar impunidad en un partícipe en el que no concurre un elemento personal especial fundamentador de la punibilidad del autor, a la vez que obliga a responder al extraneus como inductor del delito especial propio pero con una pena necesariamente atenuada. Así, por ejemplo, no ha de quedar impune el inductor o cómplice no cualificado que participa en un delito especial propio que únicamente puede realizar un autor cualificado” (REVILLA LLAZA, 2014, p. 976).

“Ahora bien, comprobar si un elemento personal especial fundamenta la punibilidad de la conducta dependerá exclusivamente de si el comportamiento penalizado sigue o no siendo punible en caso de faltar este elemento... Así, un elemento personal especial solo tiene carácter fundante de la pena cuando, ante su ausencia, no exista una lesión típica del bien jurídico, no se da ningún comportamiento típico. En consecuencia, son elementos personales especiales fundantes de la pena los constitutivos de la lesión del bien jurídico en la medida en que estén comprendidos en el tipo, no así empero aquellos de naturaleza especial que pueden tener tanto un efecto fundante como modificadorio de la pena, pudiendo llegar incluso a la exclusión de esta. Los elementos personales fundantes de la pena dejan subsistente la accesoriedad, en el sentido de que también el partícipe no cualificado responde por el tipo realizado por el autor principal (cuando conozca la concurrencia de dicha cualidad en este). En todo caso, la accesoriedad no alcanza el

marco punitivo, pues el 28, párrafo primero, dispone una atenuación obligatoria” (REVILLA LLAZA, 2014, p. 976).

“De otro lado (28, párrafo segundo), frente al problema de si deben o no comunicarse los elementos personales especiales que agravan, atenúan o excluyen la responsabilidad penal de unos autores o partícipes en quienes concurren a otros en los que están ausentes, establece la regla que estos elementos solo han de apreciarse en aquellos intervinientes (autores o partícipes) en quienes están presentes o concurren (es decir, su comunicabilidad). Aquí, cuando la ley utiliza las cualidades personales para calificar o privilegiar un tipo base (elementos que agravan, atenúan o excluyen la pena), la ruptura de la accesoriedad produce sus efectos sobre la imputación del hecho principal a la participación: cada sujeto interviniente (autor o partícipe) debe responder únicamente por aquellos elementos personales que solo en él concurren cuando ellos modifican o excluyen la pena. El 28, párrafo segundo, declara así que los elementos especiales que modifican o excluyen la pena no son accesorios. De este modo, el ámbito de la accesoriedad de la participación no puede ir tan lejos que se restrinja el contenido del injusto del hecho principal; en cambio, una rígida regulación de la accesoriedad, que extendiera sin más a todos los intervinientes cada uno de los elementos del injusto que cualificase o privilegiase al hecho principal, resultaría injusta, porque cabe que el factor que altera la punibilidad se halle tan unido a la persona que solo pueda perjudicar o beneficiar a aquel implicado en el que realmente concurre. Por ejemplo, en un delito especial impropio, si el sujeto no cualificado induce al sujeto cualificado a realizar el delito, este responderá como autor del delito agravado o cualificado, mientras que aquel por el delito común subyacente” (REVILLA LLAZA, 2014, p. 977).

- Otras

“Desarrollando un análisis comparado, tenemos que el Código Penal boliviano, último párrafo del artículo 24, indica: “Faltando en el instigador o cómplice, especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que funden la punibilidad del autor, su pena se disminuirá conforme al artículo 39” (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, p. 99).

“El Código Penal colombiano dispone en el artículo 62: “Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurran en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes, y solo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido. Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurran en el autor, se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible” (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, pp. 99-100).

“Finalmente, el artículo 65.3 del Código Penal español estipula: “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate” (PEÑA CABRERA FREYRE, 2016, p. 100).

CAPÍTULO 3. Metodológico

La metodología abarca un conjunto de procedimientos racionales utilizados para alcanzar una serie de objetivos planteados en una investigación científica determinada.

3.1. Tipo de investigación

3.1.1. Por su finalidad

3.1.1.1. Investigación Básica

La investigación básica es aquella que se desarrolla con la finalidad de incrementar determinados conocimientos en relación a una parte de la realidad. En este sentido, el presente estudio se relaciona con la finalidad de este tipo de investigación, en tanto nos permite profundizar conocimientos y conocer los fundamentos de la postura que se postula sobre la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito.

3.1.2. Por su profundidad

3.1.2.1. Investigación Interpretativa

Una investigación interpretativa hace referencia a formas concretas de percibir y abordar la realidad, lo que implica compartir posturas que coinciden en concebir dicha realidad como multireferencial y cambiante, cuyas explicaciones son un producto social y humano. Siguiendo lo anotado, se puede precisar que el presente trabajo, es de corte interpretativo, por su profundidad, en tanto, se ha realizado un análisis de la normativa penal vigente, direccionando los mismos hacia lo postulado en la presente investigación.

3.1.3. Por su naturaleza

3.1.3.1. Investigación Documental

La investigación documental, constituye una especie de estrategia, en virtud de la que surge el estudio realizado. Hablamos de una especie de cimiento que se forja a través de los medios que resulten más adecuados al tema que se esté desarrollando. En la presente investigación,

ha sido necesario el auxilio de la investigación documental, en tanto existen diversas leyes, principios, teorías y doctrina, que han servido de base para la fundamentación de la tesis propuesta.

3.2. Métodos jurídicos

3.2.1. Exegético: *“La exégesis como un método consiste en la interpretación literal a lo que la ley dice, y no a lo que probablemente se haya querido decir. Por lo tanto mediante este método, los escritos del derecho positivo, convertido en ley vigente deben leerse, interpretarse y aplicarse, de acuerdo con los alcances literales y normativos del deber ser”* (MARTINEZ, 2011).

3.2.2. Dogmático: *“Es la aplicación de la lógica formal a los caso de derecho o resolver los casos de derecho”* (LOPEZ HERNANI, 2009).

3.2.3. Ratio Legis: *“El método de interpretación de la ratio legis otorga significados a partir de la precisión de la razón de ser de la norma. Esta razón de ser es distinta de la intención del legislador y de la ratio iuris, concepto de mayor abstracción. Es un método importante, reconocido y en verdadero ejercicio en nuestro medio jurídico”* (RUBIO CORREA, 2009, p. 240).

3.2.4. Sociológico: *“El método sociológico de interpretación supone el aporte de las distintas ciencias sociales al esclarecimiento y adaptación de la normatividad a la realidad y, en verdad, uno de sus objetivos centrales es trabajar para lograr tal adecuación entre derecho y sociedad”* (RUBIO CORREA, 2009, p. 250).

3.2.5. Histórico: “Para el método histórico la interpretación se hace recurriendo a los contenidos que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma de que se trate” (RUBIO CORREA, 2009, p. 246).

3.3. Material de estudio

3.3.1. Principio de la Accesoriedad de la Participación Delictiva: Esta teoría asume la idea de que existe una dependencia entre la figura del autor y del partícipe, en tanto, por regla, el segundo sigue la suerte del primero, considerando las situaciones que pudieran concurrir en cada uno de los actores.

3.3.2. Teoría de la unidad del título de imputación: Esta teoría recoge la posición de que tanto autor como partícipe, de un mismo ilícito penal perpetrado, deben responder por ese mismo delito, no permitiendo la disgregación de un mismo hecho en distintas calificaciones delictivas.

3.3.3. Sentencia casatoria N° 782-2015: Esta sentencia casatoria constituyó, en su momento, doctrina jurisprudencial vinculante, adoptando, en nuestro ordenamiento jurídico, la teoría de la ruptura del título de imputación en los casos de los delitos especiales impropios, generando la impunidad del partícipe extraneus, en estos supuestos, al no poseer, estos intervinientes, la cualidad exigida por el tipo penal para el sujeto agente, obstaculizando así su punibilidad.

3.3.4. Decreto Legislativo N° 1351: Este Decreto Legislativo, entró en vigencia, con posterioridad de la sentencia casatoria N° 782-2015, modificando una serie de artículos, entre los que se encontraba el artículo N° 25, en donde se aprecia el desligamiento de la teoría de la ruptura del título de imputación, dando pase a la

adopción de la teoría de la unidad del título de imputación, la misma que permite que el partícipe extraneus posea responsabilidad penal en los casos de los delitos especiales propios.

3.4. Recolección de datos

La técnica empleada para la recolección de datos, en el presente trabajo de investigación, ha sido el fichaje, a través del cual ha sido posible la recopilación de diversos datos extraídos de distintas fuentes, que han resultado de suma importancia para la elaboración de este estudio.

3.5. Análisis de datos

El análisis utilizado en la presente investigación, ha sido de corte documental, porque se ha realizado a través de la interpretación de distintos conocimientos que se han ido adquiriendo, a lo largo de la investigación, a partir de la lectura de distintas fuentes que asumían determinadas posturas, de las cuales se llegó a adoptar una en especial, que se considera es la más adecuada y la que guarda mayor relación con los principios que rigen nuestro sistema penal.

CAPÍTULO 4. Conclusiones

4.1. Conclusiones

En el presente capítulo, se desarrollarán las conclusiones a las cuales se ha logrado arribar a partir de la investigación descriptiva desarrollada en esta tesis. Dichas conclusiones son las siguientes:

- 4.1.1.** Se logró determinar que es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en delitos especiales propios, teniendo en cuenta la incomunicabilidad de circunstancias y

cualidades personales entre autores y partícipes, prevista en el artículo N° 26 del Código Penal, partiendo del estudio e interpretación de dicho artículo, el mismo que solo contemplaría la comunicabilidad de circunstancias y cualidades que afecten las responsabilidades penales de autores a partícipes de un mismo hecho punible, siendo estas aquellas que atenúen, agraven o excluyan la responsabilidad penal, considerando, entonces que al no incluirse, dentro de este precepto legal, a las circunstancias y cualidades que fundamentan la responsabilidad penal, estas si puedan ser comunicables de autores a partícipes de un mismo hecho delictivo. Teoría que es adoptada, actualmente, por nuestra comunidad, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 3056, que modificó el artículo N° 25 del Código Penal.

4.1.2. 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, de modo que si una persona no puede ser responsable penalmente por la comisión de un delito especial, si podrá serlo por la comisión de algún delito común.

4.1.3. 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.

4.1.4. Asimismo, se tuvo conocimiento de las figuras jurídicas correspondientes a los intraneus y extraneus, siendo los primeros, aquellas personas que concurren en la comisión de algún hecho delictivo y son responsables por el mismo, y los segundos, aquellos sujetos que, pese haber tenido participación en la perpetración de un delito, carecen de la posición funcional exigida por el tipo penal, por lo que se encontrarían excusados de aquella responsabilidad penal.

4.1.5. Se tuvo conocimiento sobre el delito de enriquecimiento ilícito, el mismo que se encuentra regulado en el artículo N° 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, la conducta típica descrita en el tipo penal, la misma que es explicada con mayor profundidad en el capítulo respectivo.

4.1.6. 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.

4.1.7. Los alcances del Principio de Incomunicabilidad de circunstancias y cualidades entre autores y partícipes de un mismo hecho punible, se rigen por la relatividad de este principio, en tanto este no es absoluto, en virtud a la flexibilidad por la que rige; es por ello que resulta indispensable lograr determinar cuáles son aquellas circunstancias y cualidades incomunicables de autores a partícipes y cuales si pueden ser transferidas,

considerando que existen las que afectan la responsabilidad penal y las que la fundamentan.

4.1.8. Fue posible diferenciar las circunstancias y cualidades personales que afectan la responsabilidad penal de autores y partícipes, de aquellas que la fundamentan, tras considerar que el término “afectar”, hace referencia a la atenuación, agravación o exclusión, de ciertas circunstancias y cualidades, siendo estas las únicas formas en las que se puede afectar la responsabilidad penal, las mismas que son incommunicables de autores a partícipes, por poseer un carácter personalísimo en relación a cada interviniente del hecho delictivo. Siguiendo la relación, así como existen circunstancias y cualidades que pueden afectar la responsabilidad penal, también, existen otras que la fundamentan, las mismas que, por el contrario, si pueden ser comunicables de autores a partícipes, por involucrar la propia esencia del tipo penal que resulta ser inherente al mismo y es transferible a todas las personas que intervengan en la comisión de un tipo penal específico.

4.1.9. Ya habiendo distinguido las circunstancias y cualidades personales que afectan la responsabilidad penal de autores y partícipes, de aquellas que la fundamentan, queda pendiente la interrogante relacionada con la forma en la que se determina cuáles son las circunstancias y cualidades que pueden ser comunicables, de autores a partícipes y cuáles no. Dicha dificultad ha logrado ser superada, siguiendo la lógica de que si faltando una cualidad o circunstancia exigida por el tipo penal, como es el caso de la calidad del sujeto agente, dicho injusto penal, sigue siendo punible, estaríamos ante una circunstancia o cualidad que afecta la responsabilidad penal, la misma que, en este caso, sería incommunicable de autores a partícipes de un mismo hecho punible, caso contrario, en el

supuesto de que si faltando una cualidad o circunstancia exigida por el tipo penal y dicho injusto penal, deja de ser punible, estaríamos ante una cualidad fundamentadora del injusto que, por no afectarlo, sería comunicable, de autores a partícipes de un mismo hecho punible.

Referencias bibliográficas

MUÑOZ CONDE, F. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 465). Lima.: Grijley E.I.R.L.

CASACION , N° 782-2015 (Sala Penal Permanente. 06 de Julio. de 2016).

BACIGALUPO, E. (2014). En J. Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 384). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 493). Lima.: Grijley E.I.R.L.

CEREZO MIR, J. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 226). Lima.: Grijley E.I.R.L.

CHINCHAY CASTILLO, A. M. (2016). El extraño caso de Amelia Espinoza: para jurisprudenciar y comer pescado, hay que tener mucho cuidado. *Gaceta Jurídica.*, 81-96.

GARRIDO MONTT, M. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 488). Lima.: Grijley E.I.R.L.

HERNANDEZ PLASENCIA, J. U. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 462). Lima.: Grijley E.I.R.L.

JAKOBS, G. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 472). Lima.: Grijley E.I.R.L.

LANDAVERDE, M. (06 de Marzo. de 2015). *Enfoque Jurídico*. Recuperado el 23 de Marzo. de 2017, de La autoría y la participación.: <http://www.enfoquejuridico.info/wp/biblioteca/publico/derecho-penal/la-autoria-y-la-participacion/>

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2014). En F. Villevicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 472). Lima.: Grijley E.I.R.L.

LOPEZ PEREGRIN, M. D. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 361). Lima.: Grijley E.I.R.L.

LORENZO SALGADO, J. M. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 465). Lima.: Grijley E.I.R.L.

MAURACH, R. (2014). En J. Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 372). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

MAURACH, R., & ZIPF, H. (2014). Sobre la importancia de la definición material del delito. En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 226). Lima.: Grijley E.I.R.L.

MIR PUIG, S. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires.: St Gráfico.

MIR PUIG, S. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (págs. 464-465). Lima.: Grijley E.I.R.L.

MIR PUIG, S. (2014). En J. Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 375). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

MUÑOZ CONDE, F. (2014). En J. Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 144). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

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. *Gaceta Jurídica.*, 97-112.

PEREZ ALONSO, E. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 481). Lima.: Grijley E.I.R.L.

REVILLA LLAZA, P. E. (2014). Incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de autores y partícipes. En G. Jurídica., *Código Penal Comentado*. (págs. 951-986). Lima.: Gaceta Jurídica.

REYES ECHANDIA, A. (2006). La tipicidad. En A. ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 136). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

ROXIN, C. (2014). En J. Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 383). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

SALINAS SICCHA, R. (08 de Enero. de 2017). *Legis.pe*. Recuperado el 23 de Marzo. de 2017, de Ramiro Salinas Siccha comenta la reciente modificación del art. 25 del Código Penal sobre complicidad.: <http://legis.pe/ramiro-salinas-siccha-comenta-la-reciente-modificacion-del-art-25-del-codigo-penal-sobre-complicidad/>

STRATENWERTH, G. (2014). En J. Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 392). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

VELASQUEZ VELASQUEZ, F. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 466). Lima.: Grijley E.I.R.L.

VILLA STEIN, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima.: Grijley E.I.R.L.

ZAMBRANO PASQUEL, A. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

Bibliografía

MUÑOZ CONDE, F. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 465). Lima.: Grijley E.I.R.L.

CARO JOHN, J. A. (s.f.). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Obtenido de Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf

CASACION , N° 782-2015 (Sala Penal Permanente. 06 de Julio. de 2016).

CASTILLO ALVA, J. L. (24 de julio de 2016). Casación N° 782-2015, Del Santa: Una sentencia importante y que merece la pena analizar. Obtenido de Legis.pe: <http://legis.pe/casacion-n-782-2015-del-santa-una-sentencia-importante-merece-la-pena-analizar/>

Cuestiones fundamentales de autoría y participación en los delitos de organización. (s.f.). Obtenido de Cuestiones fundamentales de autoría y participación en los delitos de organización.: http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2010/CUESTIONES_FUNDAMENTALES.pdf

BACIGALUPO, E. (2014). En J. Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 384). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 493). Lima.: Grijley E.I.R.L.

CEREZO MIR, J. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 226). Lima.: Grijley E.I.R.L.

CHINCHAY CASTILLO, A. M. (2016). El extraño caso de Amelia Espinoza: para jurisprudenciar y comer pescado, hay que tener mucho cuidado. *Gaceta Jurídica.*, 81-96.

GACETA JURIDICA. (2004). Código Penal Comentado. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

GARCIA CAVERO, P. (2009). La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales. Obtenido de La reforma del derecho penal y del derecho procesal en el Perú Anuario de Derecho Penal 2009: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf

GARRIDO MONTT, M. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 488). Lima.: Grijley E.I.R.L.

GUADARRAMA MARTINEZ, J. J. (18 de abril de 2011). Derecho Posgrado Investigación Jurídica. Obtenido de Blogdiario.com: <http://rayoposgrado.blogspot.es/1303145907/investigacion-juridica/>

HERNANDEZ PLASENCIA, J. U. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 462). Lima.: Grijley E.I.R.L.

JAKOBS, G. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 472). Lima.: Grijley E.I.R.L.

JURISTA EDITORES. (2016). CÓDIGO PENAL. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

LANDAVERDE, M. (06 de Marzo. de 2015). *Enfoque Jurídico*. Recuperado el 23 de Marzo. de 2017, de La autoría y la participación.: <http://www.enfoquejuridico.info/wp/biblioteca/publico/derecho-penal/la-autoria-y-la-participacion/>

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 472). Lima.: Grijley E.I.R.L.

LOPEZ HERNANI, O. (10 de septiembre de 2009). Modulo II Metodo de Investigacion. Obtenido de El Blog de Oscar Leon: <http://dominiooscar.over-blog.com/article-35891546.html>

LOPEZ PEREGRIN, M. D. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 361). Lima.: Grijley E.I.R.L.

LORENZO SALGADO, J. M. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 465). Lima.: Grijley E.I.R.L.

MAURACH, R. (2014). En J. Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 372). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

MAURACH, R., & ZIPF, H. (2014). Sobre la importancia de la definición material del delito. En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 226). Lima.: Grijley E.I.R.L.

MIR PUIG, S. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires.: St Gráfico.

MIR PUIG, S. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (págs. 464-465). Lima.: Grijley E.I.R.L.

MIR PUIG, S. (2014). En J. Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 375). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

MUÑOZ CONDE, F. (2014). En J. Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 144). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

MUÑOZ RAZO, C. (2011). Como elaborar y asesorar una investigación de tesis. Mexico: Prentice Hall.

PEÑA CABRERA CASTILLO 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. *Gaceta Jurídica.*, 97-112.

PEREZ ALONSO, E. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 481). Lima.: Grijley E.I.R.L.

PEREZ PORTO, J., & GARDEY, A. (2013). Definición de Ficha. Obtenido de Definición.de: <http://definicion.de/ficha/>

REVILLA LLAZA, P. E. (2014). Incomunicabilidad de las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de autores y partícipes. En G. Jurídica., *Código Penal Comentado*. (págs. 951-986). Lima.: Gaceta Jurídica.

REYES ECHANDIA, A. (2006). La tipicidad. En A. ZAMBRANO PASQUEL, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 136). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

ROJAS VARGAS, F. (2013). Derecho Penal. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

ROXIN, C. (2014). En J. Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 383). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

RUBIO CORREA, M. (2009). El Sistema Jurídico Introducción al Derecho. Lima: Fondo Editorial PUCP.

SALAZAR SANCHEZ, N. (22 de agosto de 2005). La participación de los extraneus en los delitos de infracción de deber. Obtenido de *ÁmbitoJurídico.com.br*: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=433

SALINAS SICCHA, R. (s.f.). Delitos contra la Administración Pública: La Teoría de Infracción de Deber en la Jurisprudencia Peruana. Obtenido de Delitos contra la Administración Pública: La Teoría de Infracción de Deber en la Jurisprudencia Peruana: http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2._int._d._adm._publica.pdf

SALINAS SICCHA, R. (08 de Enero. de 2017). *Legis.pe*. Recuperado el 23 de Marzo. de 2017, de Ramiro Salinas Siccha comenta la reciente modificación del art. 25 del Código Penal sobre complicidad.: <http://legis.pe/ramiro-salinas-siccha-comenta-la-reciente-modificacion-del-art-25-del-codigo-penal-sobre-complicidad/>

SANCHEZ CARLESSI, H., & REYES MEZA, C. (2015). Metodología y diseños en la investigación científica. Lima: Business Support Aneth S.R.L.

STRATENWERTH, G. (2014). En J. Villa Stein, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 392). Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

TAMAYO Y TAMAYO, M. (1988). Diccionario de la Investigación Científica. México: Editorial Limusa S.A.

VALDERRAMA MENDOZA, S. (2013). Pasos para elaborar proyectos de investigación científica. Lima: Editorial San Marcos.

VELASQUEZ V., F. (1997). Derecho Penal Parte General. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A.

VELASQUEZ VELASQUEZ, F. (2014). En F. Villavicencio Terreros, *Derecho Penal Parte General*. (pág. 466). Lima.: Grijley E.I.R.L.

VILLA STEIN, J. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2014). *Derecho Penal Parte General*. Lima.: Grijley E.I.R.L.

VILLEGAS VILLEGAS, L. (2005). *Metodología de la investigación pedagógica*. Lima: Editorial San Marcos.

ZAMBRANO PASQUEL, A. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima.: ARA Editores E.I.R.L.

Anexos

Anexo N° 01

CASACIÓN N° 782-2015

SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA

CASACIÓN N° 782-2015, DEL SANTA

Enriquecimiento ilícito

Hecho: Quien se ha enriquecido no es el funcionario o servidor público sino un tercero.

Sumilla: El patrimonio como objeto del ilícito del artículo 401 del Código Penal.

Interpretación del supremo tribunal: El incremento del patrimonio que configura enriquecimiento ilícito debe corresponder al funcionario o servidor público.

Norma: Art. 401 del Código Penal.

Palabras clave: Enriquecimiento ilícito, patrimonio, tipicidad, interpretación restrictiva.

SENTENCIA CASATORIA

Lima, miércoles seis de julio de dos mil dieciséis.-

I. VISTOS

En audiencia pública; el recurso de casación concedido de oficio para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa -inc. 11 del art. 139 y art. 103 de la Constitución Política del Estado y art. 25. 26 y 401 del Código Penal-, respecto de la sentencia -fojas 733- del veintidós de septiembre de dos mil quince, que confirmó la sentencia apelada -fojas 378- del dos de junio de dos mil quince, que condenó a los citados procesados como autora y cómplice primario respectivamente, del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito en agravio del

Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1 028 703.44 nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria. Interviene como ponente el señor juez supremo Villa Stein.

IMPUTACIÓN FÁCTICA -hechos-

Se imputa a la señora Amelia Victoria Espinoza García, que en su condición de regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa entre los años de 1999 al 2002 y del 2007 al 2010, haberse enriquecido valiéndose de una relación o núcleo familiar y en la cuenta de su presunto esposo en la cantidad de S/. 1 028 703.44 nuevos soles, que se tiene la prueba de las cuentas del señor Wuilmer Agapito Vásquez, para ocultar la sociedad económica que mantenían y no pudieron ocultar el dinero que apareció repentinamente en las indicadas cuentas bancarias, cuando la imputada ejercía el cargo de regidora y después de alcaldesa.

1. El señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios del distrito judicial Del Santa -fojas 02- formuló su requerimiento de apertura a juicio (acusación), en contra de Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública- enriquecimiento ilícito -art. 401 del Código Penal- en agravio del Estado.

2. Con fecha 04 de noviembre de 2014 -fojas 08- el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Chimbote realizó el control de acusación. Posteriormente, dictó auto de enjuiciamiento -fojas 12- en contra de Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito -art. 401 del Código Penal- en agravio del Estado.

3. El día 19 de noviembre de 2014, el Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia del Santa emitió el auto de citación a juicio -fojas 10-. Tras la realización del juicio oral, dictó sentencia el 02 de junio de 2014 -fojas 378- condenando a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito -art. 401 del Código Penal- en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1 028 703. 44 nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria.

SEGUNDA INSTANCIA

4. Contra la citada sentencia, la defensa de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez interpuso recurso de apelación -a fojas 467- solicitando la absolución de sus patrocinados por no haberse encontrado desbalance patrimonial en Amelia Victoria Espinoza García, no haberse valorado correctamente la prueba, haberse aplicado incorrectamente el artículo 401, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, inaplicación del principio in dubio pro reo, vulneración al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y al debido proceso.

5. Primer Juzgado Penal Unipersonal del Santa por resolución del 12 de junio de 2015 -fojas 525- admitió los recursos de apelación interpuestos por la defensa de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez; mediante resolución del 22 de julio de 2015 -fojas 578- la Sala Penal de Apelaciones Del Santa señaló fecha para la audiencia de apelación de sentencia, la que se realizó conforme al acta del 24 de agosto de 2015 -fojas 599- y su continuación -fojas 641- con la intervención del Representante del Ministerio Público, el actor civil, los

procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez y sus respectivos abogados defensores.

6. El día 22 de septiembre de 2015 -fojas 733-, Sala Penal de Apelaciones Del Santa dictó sentencia de vista declarando infundados los recursos de apelación interpuestos por los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez; confirmaron la sentencia el 02 de junio de 2014 -fojas 378- que falló condenando a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, como autora y cómplice del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito -art. 401 del Código Penal- en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1 028 703.44 nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria.

RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA DE LOS PROCESADOS AMELIA VICTORIA ESPINOZA GARCÍA Y WUILMER AGAPITO VÁSQUEZ

7. El tribunal superior por resolución del 13 de octubre de 2015 -fojas 939- concedió el recurso de casación interpuesto por la defensa de los Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez. Este supremo tribunal, mediante el auto de calificación del recurso de casación del 04 de marzo de 2016 -fojas 189 del cuaderno de casación formado en esta instancia- declaró de oficio bien concedidos los recursos de casación interpuestos por la defensa técnica de los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa -inc. 3 y 11 del art. 139 de la Constitución Política del Estado y art. 26 y 401 del Código Penal-.

8. Deliberada la causa en secreto y votada el día 06 de julio de 2016, esta sala suprema emitió la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública -con las partes que asistan- se realizará por la secretaria de la sala el día 12 de julio de 2016, a las 8:30 horas.

II. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Verificar si existe infracción normativa de los incisos 3 y 11 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y de los artículos 26 y 401 del Código Penal.

MOTIVO CASACIONAL: INFRACCIÓN NORMATIVA DE LOS ARTÍCULOS 25, 26 Y 401 DEL CÓDIGO PENAL Y DEL INCISO 11 DEL ARTÍCULO 139 Y 103 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO

2. A la fecha en que es redactada la presente sentencia, se tiene como precedente la sentencia recaída en la casación N° 343-2012 del 16 de abril de 2013. En esta última se desarrollaron parte de los temas que hoy nos ocupan, siendo la solución a la que arribaron coincidente con el criterio de este supremo tribunal. Por tanto, aquello que ya ha sido objeto de análisis en la misma, no será analizado sino para complementar algo en la presente sentencia.

3. Una de las conclusiones más importantes a las que se arribó en la casación N° 343-2012 fue el contenido de la prohibición del delito de enriquecimiento ilícito del artículo 401 del Código Penal, no ha variado en su núcleo esencial a lo largo del tiempo pese a haberse variado la terminología empleada en sus sucesivas modificatorias. En buena cuenta, la norma de conducta de la norma penal ha permanecido en el tiempo.

4. Ello tuvo especial eco al momento de abordar la locución introducida por la última modificatoria del 26 de noviembre de 2013, esto es el “abusando de su cargo”. A primera vista pareciera que se ha condicionado el enriquecimiento ilícito a un uso indebido del cargo de funcionario público. Sin embargo, una interpretación a ultranza de esto podría concluir en que el supuesto de hecho ahora no se limita al patrimonio del funcionario o servidor público incrementado de modo injustificado.

5. No obstante, la casación N° 343-2012 también abordó ese tema, y haciendo un análisis histórico del tipo penal del artículo 401, determinó que la locución “abusando de su cargo” era el equivalente a “por razón de su cargo”. Es decir que hacen referencia al vínculo funcional que debe estar presente al momento en que acontece el enriquecimiento ilícito.

6. Esta explicación se ve reforzada al hacer un análisis teleológico del delito de enriquecimiento ilícito. Así tenemos que dicha figura es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable en relación a sus ingresos lícitos. De allí que al no poderse explicar de ninguna otra manera el origen lícito del incremento patrimonial del funcionario o servidor público, se entiende que ese superávit económico obedece a algún tipo de abuso -uso indebido- del cargo que ostenta.

7. Pues bien, resulta que el delito de enriquecimiento ilícito siempre ha conservado en su estructura -a excepción de la primera redacción del artículo- un elemento: el incremento patrimonial del funcionario. Esto implica dos condiciones, la primera que exista un incremento del patrimonio; y la segunda que dicho patrimonio aumentado sea del funcionario o servidor público.

8. A simple vista parecería que todo es claro. Cuando el incremento del patrimonio sea de un tercero distinto al funcionario o servidor público investigado, el delito no se configura. Sin embargo, una

solución así de tajante podría resultar demasiado simplista y ajena a la realidad. Lo cierto es que la experiencia nos enseña que si alguien se enriquece abusando de su cargo público, tendrá la inclinación a no permitir que el dinero mal habido figure a su nombre. Esto normalmente lo perseguirá incrementando el patrimonio de otra persona de modo simulado, ejerciendo el dominio de los bienes de facto. Es decir, empleará testaferros.

9. En esta hipótesis lo que tenemos es que el autor del enriquecimiento ilícito estaría realizando de mano propia el delito de enriquecimiento ilícito por cuanto en realidad incrementa sus bienes disimulándose como no propietario. Por tanto, en estos supuestos se tendrá que probar dicha simulación. La pregunta que inmediatamente nos asalta es qué tipo de intervención delictiva es atribuible al testaferro.

10. 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.

11. Así las cosas, el artículo 25 del Código Penal[7] que prevé la complicidad para quien realiza un aporte esencial, en el caso del cómplice primario; u 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.

12. Finalmente, llama la atención que en la redacción actual del artículo 401 del Código Penal, se dice que el aumento del patrimonio o del gasto del funcionario público son indicios de enriquecimiento ilícito. Esta parte del tipo penal no configura la conducta típica, lo que ha hecho es introducir como indicio notable el incremento del patrimonio o el gasto del funcionario. Sin embargo de la literalidad de esta norma, se desprende que como indicio que es, no es prueba de enriquecimiento ilícito, sino que tendrá que reunir todas las reglas de la prueba indiciaria para desplegar eficacia probatoria.

13. Cabe precisar al respecto, que el indicio de incremento patrimonial o del gasto es indicio si se predicen de un funcionario o servidor público. Y en su condición de indicio, no prueba los hechos, sino que abre la posibilidad a su posterior investigación y ahondamiento con pruebas capaces de confirmar los hechos materia de imputación. Ello debido a que el derecho constitucional a la presunción de inocencia se mantiene imponiendo la carga de la prueba al Ministerio Público. Este indicio solo se le puede aplicar al funcionario o servidor público, no operará cuando se trate de un tercero que pudiera tener algún tipo de relación con el funcionario o servidor público investigado por el delito de enriquecimiento ilícito.

14. Toda vez que se ha determinado que la conducta criminalizada no ha variado sustancialmente en el tiempo, las variaciones que ha sufrido el artículo 401 del Código Penal difícilmente pueden vulnerar el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución. Por ende, el debido proceso resguardado en el inciso 3 de la misma norma constitucional que actúa como derecho continente y el artículo

103, tampoco tendrían porque verse afectados salvo que el caso concreto exigiera un análisis más exhaustivo de la subsunción de los hechos a la norma penal del artículo 401 del Código Penal.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

15. El caso que nos ocupa presente una imputación fáctica relativamente simple, Amelia Victoria Espinoza García habría incrementado su patrimonio abusando de su cargo como regidora, teniente alcaldesa y alcaldesa, pero habría disimulado dicho superávit empleando a su pareja sentimental Wuilmer Agapito Vásquez a quien habría utilizado a modo de testaferro. Por tanto corresponde determinar, desde la verdad judicial ya establecida en el presente proceso, si los hechos se subsumen o no en el artículo 401 del Código Penal y si se puede atribuir intervención delictiva a los procesados.

16. A la luz de lo expuesto hasta ahora, la respuesta al caso ya se vislumbra. El uso de testaferros para configurar el delito de enriquecimiento ilícito es un tema probatorio, que en el presente caso se llegó a postular tal como se aprecia de la imputación fáctica recogida por la sentencia de vista. El problema es que como la misma reconoce, no se ha podido probar que la procesada Amelia Victoria Espinoza García haya transferido los bienes (sobre todo dinero) que figuraban en el patrimonio de Wuilmer Agapito Vásquez.

17. La tesis que se ha esgrimido para condenar a estos procesados es que su relación, de la cual como fruto tuvieron una hija, nos permite inferir que el incremento injustificado del patrimonio de Wuilmer Agapito Vásquez es en realidad de Amelia Victoria Espinoza García. Una propuesta así supone un enorme riesgo para la seguridad jurídica del país en tanto de los vínculos que tienen los funcionarios y servidores públicos no se puede inferir todo lo negativo.

18. En el caso que nos ocupa los procesados tenían una relación sentimental y de allí es que la sala superior entiende que el desbalance patrimonial de quien no es funcionario público proviene de un abuso del cargo de quien sí fue funcionaria pública. Las relaciones entre las personas, y ello incluye las amicales, no prueban nada distinto el vínculo mismo. Deducir otra cosa a partir de ellas es un salto lógico que vulnera las reglas de la sana crítica en su manifestación de reglas de la lógica.

19. En consecuencia, la verdad judicial que se ha alcanzado, esto es, que Agapito Vásquez incrementó su patrimonio injustificadamente, no es el supuesto de hecho criminalizado en el artículo 401 del Código Penal. Y en la medida en que no se ha probado que el mismo haya sido testaferro de Amelia Victoria Espinoza García, no existe otra posibilidad de subsumir los hechos en la norma penal imputada. Por lo tanto no es posible atribuir responsabilidad a los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez.

20. En relación a la reparación civil fijada, se debe señalar que la misma tiene como fundamento, en el caso concreto, el daño causado a la administración pública producto del enriquecimiento ilícito. Esto significa que la conducta ilícita de los procesados era lo que permitía sostener la existencia de un daño indemnizable. Al haberse descartado el carácter ilícito de su proceder, debe también descartarse la posibilidad de que se genere responsabilidad civil a partir del mismo.

III. DECISIÓN

Por estos fundamentos declararon:

FUNDADO el recurso de casación concedido de oficio para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial por infracción normativa -inc. 11 del art. 139 y 103 de la Constitución Política del Estado y art. 25, 26 y 401 del Código Penal-.

CASARON la sentencia -fojas 733- del veintidós de septiembre de dos mil quince, que confirmó la sentencia apelada -fojas 378- del dos de junio de dos mil quince, que condenó a Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez como autora y cómplice primario respectivamente, del delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, y como tales les impuso siete años de pena privativa de libertad, los inhabilitó por tres años para ejercer función pública, y fijó en S/. 1 028 703.44 nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria; actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento sobre el fondo REVOCARON la sentencia del dos de junio de dos mil quince que condenó a Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez por el delito contra la administración pública-enriquecimiento ilícito en agravio del Estado; reformándola, ABSOLVIERON a los citados procesados por el delito y agraviado en mención.

ORDENARON el levantamiento de las órdenes de ubicación y captura emitidas contra los procesados Amelia Victoria Espinoza García y Wuilmer Agapito Vásquez, así como la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado en razón del presente proceso.

MANDARON que la Sala Penal de Apelaciones Del Santa y las demás cortes superiores de los distritos judiciales que aplican el Nuevo Código Procesal Penal, consideren ineludiblemente como doctrina jurisprudencial vinculante lo señalado en los fundamentos jurídicos contenidos en los numerales dos (2) al trece (13) -motivo casacional: infracción normativa de los artículos 25, 26 y 401 del Código Penal y del inciso 11 del artículo 139 y 103 de la Constitución Política del Estado- de la presente sentencia suprema, de conformidad con el inciso 3 del artículo 433 del Código Procesal Penal; y se publique en el diario oficial “El Peruano”.

ORDENARON que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema; notifíquese.-

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

VS/phd

Anexo N° 02

DECRETO LEGISLATIVO N° 1351

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

Que, mediante Ley N° 30506, “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A.”, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de seguridad ciudadana, por el término de noventa (90) días calendario;

Que, en este sentido, el literal a) del inciso 2 del artículo 2 del citado dispositivo legal, establece la facultad de legislar a efectos de establecer precisiones y modificaciones normativas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal, en particular en lo que respecta a la tipificación de nuevos delitos o agravantes;

Que, resulta necesario realizar ajustes normativos que fortalezcan la censura penal de algunas circunstancias conflictivas que atentan gravemente al bienestar de las personas y la convivencia social, para lo cual es necesario generar nuevos espacios de sanción penal, siempre respetando su carácter excepcional;

De conformidad con lo establecido en el literal a) del inciso 2 del artículo 2 de la Ley N° 30506 y el artículo 104 de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

**DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL A FIN DE FORTALECER
LA SEGURIDAD CIUDADANA**

Artículo 1.- Objeto de la norma

La presente norma modifica el Código Penal con el objeto de mejorar la técnica legislativa y los criterios normativos de algunos tipos penales para contribuir a la mejora de la tutela penal de la integridad personal, el patrimonio, la correcta administración pública y la estabilidad del medio ambiente.

Artículo 2.- Modificación de los artículos 25, 57, 58, 64, 102, 105, 128, 196-A, 301, 304, 307-A, 320 y 321 del Código Penal

Modifícanse los artículos 25, 57, 58, 64, 102, 105, 128, 196-A, 301, 304, 307-A, 320 y 321 del Código Penal en los siguientes términos:

“Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

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

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

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

“Artículo 57.- Requisitos

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384, 387, segundo párrafo del artículo 389, 395, 396, 399, y 401 del Código.”

“Artículo 58.- Reglas de conducta

Al suspender la ejecución de la pena, el juez impone las siguientes reglas de conducta que sean aplicables al caso:

(...)

9. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico.”

“Artículo 64.- Reglas de conducta

Al disponer la reserva del fallo, el juez impone de manera debidamente motivada las siguientes reglas de conducta que resulten aplicables al caso:

(...)

9. Obligación de someterse a un tratamiento psicológico o psiquiátrico.”

“Artículo 102.- Decomiso de bienes provenientes del delito

El juez, siempre que no proceda el proceso autónomo de pérdida de dominio previsto en el Decreto Legislativo 1104, resuelve el decomiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, aun cuando pertenezcan a terceros, salvo cuando estos no hayan prestado su consentimiento para su utilización. Los objetos del delito son decomisados cuando, atendiendo a su naturaleza, no corresponda su entrega o devolución. Asimismo, dispone el decomiso de los efectos o ganancias del delito, cualesquiera sean las transformaciones que estos hubieren podido experimentar. El decomiso determina el traslado de dichos bienes a la esfera de titularidad del Estado.

El juez también dispone el decomiso de los bienes intrínsecamente delictivos, los que serán destruidos.

Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes.

Si no fuera posible el decomiso de los efectos o ganancias del delito porque han sido ocultados, destruidos, consumidos, transferidos a tercero de buena fe y a título oneroso o por cualquier otra razón análoga, el juez dispone el decomiso de los bienes o activos de titularidad del responsable o eventual tercero por un monto equivalente al valor de dichos efectos y ganancias.”

“Artículo 105.- Medidas aplicables a las personas jurídicas

Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

(...)

5. Multa no menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias.

(...)”

“Artículo 128.- Exposición a peligro de persona dependiente

El que expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia, sea privándola de alimentos o cuidados indispensables, sea abusando de los medios de corrección o disciplina, o cualquier acto análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

En los casos en que el agente tenga vínculo de parentesco consanguíneo o la víctima fuere menor de catorce años de edad, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si se produce lesión grave o muerte de la víctima, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años.”

“Artículo 196-A.- Estafa agravada

La pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días-multa, cuando la estafa:

1. Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
2. Se realice con la participación de dos o más personas.
3. Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas.
4. Se realice con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles.
5. Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.
6. Se realice con aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima.

“Artículo 301.- Coacción al consumo de droga

El que, subrepticamente, o con violencia o intimidación, hace consumir a otro una droga, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con noventa a ciento ochenta días-multa.

Si el delito se comete en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor, la pena será no menor de ocho ni mayor de doce años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si se produce afectación grave a la salud física o mental de la víctima, la pena será no menor de doce ni mayor de quince años.”

“Artículo 304.- Contaminación del ambiente

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o

radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”

“Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal

El que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa.

La misma pena será aplicada al que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad, no mayor de tres o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”

“Artículo 320.- Desaparición forzada de personas

El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma priva a otro de su libertad y se haya negado a reconocer dicha

privación de libertad o a dar información cierta sobre el destino o el paradero de la víctima, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años.

La pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años, cuando la víctima:

- a. Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.
- b. Padece de cualquier tipo de discapacidad.
- c. Se encuentra en estado de gestación.”

“Artículo 321.- Tortura

El funcionario o servidor público, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que inflige dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, a otra persona o la somete a cualquier método tendente a menoscabar su personalidad o disminuir su capacidad mental o física, es reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de catorce años.

La pena privativa de libertad es no menor de quince ni mayor de veinte años, cuando la víctima:

- a. Resulte con lesión grave.
- b. Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.
- c. Padece de cualquier tipo de discapacidad.
- d. Se encuentra en estado de gestación.
- e. Se encuentra detenida o recluida, y el agente abusa de su condición de autoridad para cometer el delito.

Si se produce la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.”

Artículo 3.- Incorporación de los artículos 395-A, 395-B, 398-A, 398-B y 438-A en el Código Penal
Incorpóranse los artículos 395-A, 395-B, 398-A, 398-B y 438-A en el Código Penal en los siguientes términos:

“Artículo 395-A.- Cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para sí o para otro, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 del Código Penal.

El miembro de la Policía Nacional que condiciona su conducta funcional a la entrega o promesa de donativo o cualquier otra ventaja o beneficio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 artículo 36 del Código Penal.”

“Artículo 395-B.- Cohecho pasivo impropio en el ejercicio de la función policial

El miembro de la Policía Nacional que acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de siete años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

El miembro de la Policía Nacional que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar u omitir un acto propio de su función, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del acto ya realizado u omitido, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.”

“Artículo 398-A.- Cohecho activo en el ámbito de la función policial

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones derivadas de la función policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un miembro de la Policía Nacional donativo o cualquier ventaja o beneficio para que realice u omita actos propios de la función policial, sin faltar a las obligaciones que se derivan de ella, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.”

“Artículo 398-B.- Inhabilitación

En los supuestos del artículo 398-A, cuando el agente corrompa a un miembro de la Policía Nacional en el ejercicio sus funciones, siempre que éstas correspondan al tránsito o seguridad vial, se le impondrá además inhabilitación consistente en la cancelación o incapacidad definitiva, según sea el caso, para obtener autorización para conducir, de conformidad con el inciso 7 del artículo 36.”

“Artículo 438-A.- Falsedad genérica agravada

El que otorgue, expida u oferte certificados, diplomas u otras constancias que atribuyan grado académico, título profesional, título de segunda especialidad profesional, nivel de especialización u otra capacidad análoga, sin que el beneficiario haya llevado efectivamente los estudios correspondientes, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años y sesenta a ciento cincuenta días-multa.”

“Artículo 441.- Lesión dolosa y lesión culposa

El que, de cualquier manera, causa a otro una lesión dolosa que requiera hasta diez días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con prestación de servicio comunitario de cuarenta a sesenta jornadas, siempre que no concurren circunstancias o medios que den gravedad al hecho, en cuyo caso será considerado como delito. Se considera circunstancia agravante y se incrementará la prestación de servicios comunitarios a ochenta jornadas cuando la víctima sea menor de catorce años o el agente sea el tutor, guardador o responsable de aquella.

Cuando la lesión se causa por culpa y ocasiona hasta quince días de incapacidad, la pena será de sesenta a ciento veinte días-multa.”

DISPOSICION COMPLEMENTARIA FINAL

Única.- Exención de responsabilidad penal

Están exentos de responsabilidad penal por la comisión del delito de minería ilegal establecido en el artículo 307-A, quienes se encuentren en los siguientes supuestos:

a. El sujeto de formalización minera que no logra la autorización final de inicio o reinicio de operaciones mineras por culpa inexcusable o negligente del funcionario a cargo del proceso de formalización.

b. El agente de los delitos de minería ilegal, que se inserte al Registro Integral de Formalización Minera, dentro del plazo establecido en el numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1293.

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los seis días del mes de enero del año dos mil diecisiete.

PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD

Presidente de la República

FERNANDO ZAVALA LOMBARDI

Presidente del Consejo de Ministros

MARÍA SOLEDAD PÉREZ TELLO

Ministra de Justicia y Derechos Humanos

Anexo N° 03**Matriz de consistencia**

PROBLEMA	VARIABLES	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	METODOLOGÍA
-----------------	------------------	------------------	------------------	--------------------

<p>¿Es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito?</p>	<p>Variable Independiente La punibilidad del partícipe extraneus.</p> <p>Variable Dependiente Delito de enriquecimiento ilícito.</p>	<p>Objetivo general: 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 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 Criminal. • Establecer los alcances del Principio de Incomunicabilidad de circunstancias entre autores y partícipes de un mismo hecho punible. 	<p>Es posible sustentar la punibilidad del partícipe extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito, dado que, únicamente, son incommunicables las circunstancias y cualidades personales que afectan la responsabilidad penal, de autores a partícipes, de un mismo hecho, más no las que la fundamentan, las cuales si son comunicables, debido al Principio de Accesoriedad de Participación Delictiva.</p>	<p>Tipo de investigación Por su finalidad: Investigación básica. Por su profundidad: Investigación Interpretativa. Por su naturaleza: Investigación documental.</p> <p>Material de estudio</p> <ul style="list-style-type: none"> • Principio de la Accesoriedad de la Participación Delictiva. • Teoría de la unidad del título de imputación. • Sentencia casatoria N° 782-2015. • Decreto legislativo N° 1351.
--	--	--	---	---

		<ul style="list-style-type: none">• Diferencia r las circunstancias y cualidades personales que afectan la responsabilidad penal, de autores y partícipes, de aquellas que fundamentan la misma.		
--	--	--	--	--